



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO



GABRIELA BARRETO GADELHA

**A NOVA CONFIGURAÇÃO DO CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL:
O FIM DOS RÍGIDOS LIMITES ENTRE OS
CONTROLES ABSTRATO E DIFUSO**

RECIFE
2009

GABRIELA BARRETO GADELHA

**A NOVA CONFIGURAÇÃO DO CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL:
O FIM DOS RÍGIDOS LIMITES ENTRE OS
CONTROLES ABSTRATO E DIFUSO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife/Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de mestre.

Área de Concentração: Neoconstitucionalismo.
Linha de Pesquisa: Estado e constitucionalização do Direito.

Orientador: Prof. Dr. Francisco Ivo Dantas Cavalcanti.

RECIFE
2009

Gadelha, Gabriela Barreto

A nova configuração do controle de constitucionalidade no Brasil: o fim dos rígidos limites entre os controles abstrato e difuso / Gabriela Barreto Gadelha. – Recife : O Autor, 2009.

171 folhas.

Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2009.

Inclui bibliografia.

1. Controle da constitucionalidade - Brasil. 2. Revisão judicial. 3. Brasil. Supremo Tribunal Federal - Jurisprudência. 4. Constitucionalidade das leis - Modelos austríaco e norte-americano. 5. Juízes - Decisões - Brasil. 6. Eficácia e validade do direito - Brasil. 7. Interesse difuso - Brasil. 8. Recurso Extraordinário - Brasil - Art. 27 da Lei nº. 9.868/99 - Aplicação. 9. Brasil. [Constituição (1988)] - Art. 52, X. 10. Direito constitucional - Brasil. I. Título.

342.4(81)
342

CDU (2.ed.)
CDD (22.ed.)

UFPE
BSCCJ2009
-022

GABRIELA BARRETO GADELHA

**A NOVA CONFIGURAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO
BRASIL: O FIM DOS RÍGIDOS LIMITES ENTRE OS CONTROLES ABSTRATO E
DIFUSO**

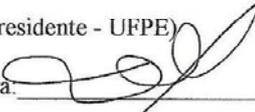
Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para a obtenção do grau de mestre em Direito.

Área de Concentração: Neoconstitucionalismo
Orientador: Dr. Francisco Ivo Dantas Cavalcanti

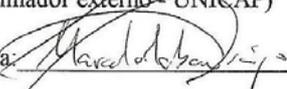
A banca examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu a candidata à defesa em nível de Mestrado, e a julgou nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL: Aprovado

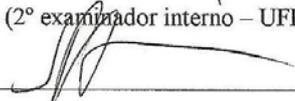
Prof. Dr. Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti (Presidente - UFPE)

Julgamento: Aprovado Assinatura: 

Prof. Dr. Marcelo Labanca Corrêa de Araújo (1º examinador externo - UNICAP)

Julgamento: Aprovado Assinatura: 

Prof. Dr. João Paulo Fernandes de Souza Allain Teixeira (2º examinador interno - UFPE)

Julgamento: Aprovado Assinatura: 

COORDENADOR DO CURSO: Prof. Dr. Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti

AGRADECIMENTOS

Ao querido e estimado Professor Dr. Ivo Dantas, cujos ensinamentos foram essenciais ao amadurecimento das idéias que originaram esta dissertação.

Aos professores da Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, pelas lições transmitidas, pelos debates realizados e pela dedicação à cátedra.

Aos meus professores de Direito Constitucional da Universidade Católica de Pernambuco, em especial, Maria Betânia, Marcelo Labanca e Gustavo Santos, responsáveis por despertar em mim o fascínio por essa disciplina jurídica.

Aos servidores da Pós-Graduação, sempre tão prestativos e comprometidos em fornecer todo o suporte necessário ao desenvolvimento do ambiente acadêmico.

Aos amigos do Mestrado, presentes desde o início dessa trajetória, pelas angústias compartilhadas e pelos conselhos que foram fundamentais nos momentos mais difíceis do curso.

À minha família, em especial minha mãe e minha irmã, amigas e companheiras de uma vida.

Ao meu querido noivo, Bruno Arruda, pela compreensão; pelo apoio nos momentos de dúvida e angústia; pelo amor incondicional a mim dedicado.

RESUMO

GADELHA, Gabriela Barreto. *A nova configuração do controle de constitucionalidade no Brasil: o fim dos rígidos limites entre os controles abstrato e difuso*. 2009. 171 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2009.

No Brasil o controle judicial de constitucionalidade das leis é profundamente marcado pelo sincretismo. Adotamos um sistema que contempla características do modelo austríaco e norte-americano. Contudo, percebe-se nos últimos anos, forte tendência legislativa e jurisprudencial no sentido de aplicar, no controle difuso, técnicas e princípios consagrados no âmbito do controle abstrato e concentrado de constitucionalidade. Nesse sentido observamos a instituição de medidas tendentes a transformar o recurso extraordinário em instrumento de defesa da ordem constitucional considerada objetivamente. O instituto da repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, a possibilidade de modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em sede de controle difuso e a possibilidade de concessão de efeitos vinculantes às decisões declaratórias de inconstitucionalidade proferidas pelo STF em sede de controle difuso foram enfrentados neste trabalho com o intuito de analisar uma das expressões da objetivação controle difuso de constitucionalidade no nosso país.

Palavras-chave: Controle difuso. Objetivação.

ABSTRACT

GADELHA, Gabriela Barreto. *The new conformation of Brazilian's Control of Constitutionality: the end of strict limits between abstract and diffuse controls*. 2009. 171 f. Dissertation (Master Degree of Law) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2009.

In Brazil, the judicial review of the Constitutionality of the laws is extremely marked by syncretism. We have adopted a system that encompasses both Austrian and North-American models. However, it has been observed in the last years, a strong legislative and jurisprudential tendency to apply onto the diffuse control, techniques and tenets proper from the abstract and concentrated review of Constitutionality. Facing this issue, we have noticed the institutionalization of measures to transform the Extraordinary Appeal in an instrument of Defense of the Constitutional Order regarded objectively. The general repercussion institute as a requisite of its admissibility of the Extraordinary Appeal, the possibility of the temporal modulation of the effects of the Unconstitutionality Declaration in locus of the diffuse control, and the possibility of the acknowledgment of binding effects towards the Unconstitutionality Declaration from the STF in locus of the diffuse control were faced in this work aiming to analyze one of the expressions of the “objectivation” of the diffuse control in the country.

Keywords: Diffuse control. “Objectivation”.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 CONSTITUCIONALISMO E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	18
1.1 Notas sobre o Constitucionalismo e a Jurisdição Constitucional: as origens do controle de constitucionalidade nos Estados Unidos e na Europa.....	18
1.2 O modelo norte-americano de controle de constitucionalidade.....	36
1.3 O modelo austríaco de controle de constitucionalidade.....	41
2 O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL	49
2.1 A introdução do judicial review of legislation no Direito brasileiro.....	49
2.2 O Senado Federal e a suspensão da execução da norma inconstitucional.....	54
3 O FIM DOS RÍGIDOS LIMITES ENTRE O CONTROLE ABSTRATO E O DIFUSO	63
3.1 A aplicação do art. 27 da Lei nº 9.868/99 em sede de Recurso Extraordinário.....	63
3.1.1 <i>A flexibilização do dogma da nulidade da lei inconstitucional no Direito positivo brasileiro</i>	64
3.1.2 <i>A modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso</i>	78
3.2 A Repercussão Geral.....	88
3.2.1 <i>Antecedentes</i>	92
3.2.2 <i>A repercussão geral como elemento de aproximação entre o controle difuso e o controle abstrato</i>	97
3.3 A nova interpretação do art. 52, X, da Constituição Federal de 1988.....	103
3.3.1 <i>Reforma e mutação constitucional</i>	103
3.3.2 <i>Argumentos em favor da mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição</i>	116
3.3.3 <i>Argumentos contrários à tese da mutação constitucional</i>	131
3.3.4 <i>Nossa posição</i>	135
CONCLUSÃO	142
REFERÊNCIAS	154

INTRODUÇÃO

Ensinam os livros de Direito Constitucional que o poder constituinte se manifesta em momentos excepcionais, nos quais emerge a necessidade de fundar uma nova ordem político-social. As revoluções, os golpes de Estado e os movimentos sociais impulsionam a manifestação deste poder ilimitado e soberano, fazendo com que a Constituição anterior seja substituída por uma nova Carta Política.

A Carta de 1988 não foi fruto de uma revolução. Na verdade, foi o produto de uma emenda à Carta Constitucional anterior, a qual convocava uma Assembléia Nacional Constituinte para a produção de uma nova Constituição. Vê-se, daí, que o poder constituído excedeu os limites que tradicionalmente lhe são reconhecidos pela Teoria Constitucional.¹

Não é sem razão que Paulo Bonavides (2004, p. 386) afirma que:

[...] as constituintes de 67 e 1987-1988, tendo sido constituintes congressuais, acumularam perante a teoria constitucional vícios formais insanáveis que tornam ambígua ou questionável toda base de sua legitimidade, pois sendo o Congresso Nacional um poder constituído – nunca é demais repetir – tinha competência para reformar a Constituição, jamais para estabelecer nova ordem constitucional, alterar forma de governo ou instituir uma diferente relação de poderes.

Vale também rememorar que a edição da Constituição não foi precedida de um anteprojeto.² Os debates da Constituinte de 1988 correram em um ambiente de indefinição, sem que houvesse um consenso forte sobre os rumos dos projetos e instituições políticas. Assim, ao fim do processo constituinte tivemos a edição de uma Carta Política que seria alvo de inúmeras críticas.

Neste sentido, vale reproduzir o magistério de José Eduardo Faria, para quem:

[...] o projeto aprovado pela Assembléia Constituinte peca por sua falta de unidade lógico-formal, pela ausência de fios condutores entre suas normas,

¹ “Devemos ter claro que a Constituição não nasceu como fruto de uma revolução ou de golpe de estado; ou seja, não decorreu daqueles momentos tradicionalmente considerados como a gênese do poder constituinte originário. Não se quer dizer com isso que uma Carta não possa ser criada a não ser quando essas profundas e gravíssimas instabilidades institucionais ocorram: é evidente que os fatos não se adaptam à teoria, mas esta àqueles. Contudo, deve ser destacado que a inexistência de uma comoção social de tal magnitude que leve à elaboração de um novo Texto Constitucional – a revolução ou o golpe de estado – conduz-nos à falta de clareza acerca dos motivos pelos quais elaboramos uma nova Constituição. Em outras palavras: se não estamos frente a uma situação insustentável – que para a teoria tradicional justifica o aparecimento do poder constituinte originário – por que criamos uma nova Carta Constitucional? Repita-se: se não sabemos exatamente porque criamos uma nova Carta Constitucional, parece evidente que ela não tenha objetivos claros. Talvez tenhamos tido mais uma *vontade* de ter uma nova Constituição do que realmente uma *necessidade*.” (ROSA, 2008, p. 3)

² Consta que o então Presidente da República, José Sarney, nomeou uma comissão de notáveis, sob a presidência de Afonso Arinos de Mello, com o objetivo de elaborar um anteprojeto da Constituição. No entanto, o projeto foi praticamente ignorado pela Assembléia Nacional Constituinte.

incisos e parágrafos, pela carência de um espírito balizador entre seus capítulos, pela inexistência de identidade e ideologia próprias, pela profusão de casuísmo, arcaísmos e corporativismos ao lado de medidas inovadoras, modernas e democráticas, pela confusão entre temas materialmente constitucionais e temas formalmente constitucionais e pela conjugação desarticulada entre propostas de caráter estrutural e medidas de natureza meramente conjuntural. Nesse sentido, a nova Constituição não é um sistema lógico-formal de normas destinado a funcionar na produção de resultados concretos e específicos. (FARIA, 1989, p. 18-19)

Não havia um projeto de Estado uniformemente desejado pelos diversos setores da sociedade, mas a emergência de uma nova Constituição significava o repúdio aos anos de ditadura vividos no Brasil. A nova Carta Política consistia em um esforço com o objetivo de abandonar definitivamente a experiência trágica vivida a partir de 1964 e instaurar um sistema pautado nos valores do Estado Democrático de Direito.

Apesar das críticas dirigidas à legitimidade do processo de elaboração da atual Constituição, não se pode negar que a Carta de 1988 trouxe grandes benefícios para os sistemas político, social e jurídico do país. O constituinte inaugurou uma nova ordem, voltada para a concretização da cidadania e para a instituição da igualdade material entre os homens.

Passados vinte anos de promulgação da Constituição Federal, é chegada a época de fazermos o balanço dos acertos e desacertos. De fato, não conseguimos efetivar tantos direitos, nem realizar os objetivos da República. Ainda persistem fortes padrões de exclusão social. De qualquer modo, a Carta de 1988 representou um avanço em termos de processo democrático.

A Constituição de 1988 é o símbolo maior de uma história de sucesso: a transição de um Estado autoritário, intolerante e muitas vezes violento para um Estado democrático de direito. Sob sua vigência, realizaram-se cinco eleições presidenciais, por voto direto, secreto e universal, com debate público amplo, participação popular e alternância de partidos políticos no poder. Mais que tudo a Constituição assegurou ao país duas décadas de estabilidade institucional. (BARROSO, 2009, p. 36)

A Constituição de 1988 desempenha um papel importante na sociedade brasileira. Neste sentido, há que se registrar a conquista de resultados concretos no âmbito da proteção dos direitos fundamentais e na submissão das autoridades ao primado do Estado Democrático de Direito.

A multipresença da Constituição de 1988 em praticamente todos os setores da vida brasileira e a recorrência com que o discurso constitucional é invocado no Brasil de hoje são signos indicativos de uma inegável emancipação constitucional da sociedade brasileira e deve-se, basicamente, ao ambiente fortemente democrático que foi conquistado e construído por esta sociedade (TAVARES, 2008, p. 15)

Sob a égide da nova Carta Magna as instituições políticas ganharam novos contornos. A Carta de 1988 concedeu ao Poder Judiciário autonomia institucional e assegurou-lhe autonomia financeira e administrativa. Para os fins aqui pretendidos, vale sublinhar que a Constituição de 1988 possibilitou uma transformação profunda no âmbito do Supremo Tribunal Federal. O constituinte ampliou o rol de legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, introduziu a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, além do mandado de injunção. Em 1993, por força da edição da EC nº 03, foram introduzidas a ação declaratória de constitucionalidade e a argüição de descumprimento de preceito fundamental no país. Ao prever tantos mecanismos destinados à defesa da suprallegalidade constitucional e dos direitos fundamentais, o constituinte originário e o reformador aumentaram sobremaneira a atividade deste Tribunal, modificando o perfil da nossa Corte Maior.

Perante a possibilidade de apreciação, pelo Supremo Tribunal, de uma gama de matérias controvertidas via processo objetivo, uma nova face da Corte se apresentou: a de arena onde se dá o choque de interesses, de gerações e de ideologias. O Tribunal tem dado a última palavra em temas envolvendo separação dos Poderes, direitos fundamentais e políticas públicas.

Diante desta reformulação do papel do Supremo Tribunal Federal sob a égide da Carta de 88, discutem-se as conseqüências advindas da expansão e do fortalecimento do controle concentrado de constitucionalidade no Brasil. Parcela da literatura jurídica (CRUZ, 2004) critica este fenômeno por entender que reduz as potencialidades de uma sociedade complexa e plural, além de obstacularizar a formulação de diversos discursos em torno da Constituição.

Neste sentido, o regramento dado ao controle abstrato/concentrado de constitucionalidade promove uma verticalização do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. A concessão de tantos poderes ao Supremo Tribunal Federal seria algo extremamente danoso ao projeto democrático, pois, em última análise, essa conjuntura levaria à definição de uma sociedade fechada de intérpretes da Constituição.

Para outros constitucionalistas (MENDES, 2007), o fortalecimento do Supremo Tribunal representa uma evolução no sistema de controle de constitucionalidade pátrio. O sistema de controle abstrato/concentrado permite que as questões constitucionais sejam solvidas de maneira uniforme e célere, reduzindo os males causados pela divergência jurisprudencial.

Nesse ambiente de intensos debates acerca dos poderes confiados ao Supremo Tribunal Federal, assistimos a transformações substanciais no âmbito do controle de

constitucionalidade brasileiro; presenciamos redefinições das formas, técnicas e métodos de realização deste controle. Se o constituinte de 1988 positivou um modelo misto de controle de constitucionalidade, consagrando a prática norte-americana ao lado de instrumentos típicos do modelo austríaco, hoje vemos o constituinte reformador, o legislador ordinário e o Supremo Tribunal Federal modificarem a clássica configuração do controle de constitucionalidade.

Um rápido olhar sobre as disposições constitucionais e legais que regem o controle de constitucionalidade faz-nos concluir que estamos diante de um movimento de convergência dos modelos americano e austríaco no nosso país. Esse fenômeno é visível a partir da introdução das súmulas vinculantes, da redefinição do perfil do recurso extraordinário e de disposições do Código de Processo Civil que fortalecem as decisões do Supremo Tribunal Federal.³ Vê-se que o fenômeno possui amplas dimensões no Direito brasileiro. Analisar cada uma delas causaria uma excessiva ampliação do tema.

Nesta dissertação propusemo-nos a examinar fragmentos da aproximação dos modelos de controle judicial de constitucionalidade no sistema jurídico brasileiro

O modelo austríaco e o americano de fiscalização da constitucionalidade representam verdadeiros paradigmas no âmbito da justiça constitucional. Historicamente eles se distinguiram pelo uso de lógicas e princípios díspares. Esta dicotomia se traduz na natureza da sentença de inconstitucionalidade (constitutiva ou declaratória), na quantidade de órgãos autorizados à realização do controle (um único órgão em contraposição a todos os magistrados), na forma de realização do controle (abstrato e concreto) e nos efeitos da decisão (*erga omnes* e *inter partes*).

No sistema norte-americano associa-se tradicionalmente o exercício do controle de constitucionalidade pela via de exceção, realizado em cada caso concreto, com a possibilidade de uma pluralidade de agentes efetuarem a fiscalização da constitucionalidade. A declaração de inconstitucionalidade vale apenas para as partes litigantes. Já os sistemas de matriz austríaca-kelseniana associam o controle por via de ação com o monopólio da fiscalização abstrata nas mãos dos Tribunais Constitucionais. Neste caso, o pronunciamento da Corte é dotado de efeitos gerais.

³ Não negligenciamos que a aproximação entre os dois modelos de controle, no Brasil, também é visível a partir da mitigação do caráter objetivo do processo de fiscalização abstrata e concentrada de constitucionalidade. O instituto da pertinência temática; a participação do *amicus curiae* nesta modalidade de controle; a possibilidade de designação de peritos ou comissão de peritos nas ações destinadas à defesa da supremacia constitucional sinalizam nesse sentido. Contudo, esses elementos não foram apreciados neste trabalho.

Com base nessas características, a doutrina constitucionalista-comparativista estabeleceu uma dicotomia entre os modelos austríaco e norte-americano, como se estivéssemos tratando de modelos totalmente distintos e incompatíveis um com o outro.

Contudo, o passar dos tempos fez com que presenciássemos a circulação, a recepção e a hibridação dos modelos de justiça constitucional em todo o mundo.

Em virtude da impetuosa expansão do constitucionalismo e da forma de Estado liberal-democrático (nos últimos dez anos também na América Latina, no Leste europeu e na ex-URSS), os modos de fazer a justiça constitucional ainda são muito mesclados e complicados. Assim, as velhas tipologias necessitam de uma nova sistematização, inclusive para criar modelos heurísticos dotados de coercitividade. Também no setor da justiça constitucional – como tem ocorrido na esfera das formas de governo do tipo do semi-presidencialismo –, a adaptação de um modelo histórico (aquele mais prestigioso e portanto assumido como paradigma) às exigências de cada ordenamento comporta, efetivamente, a progressiva propagação do arquétipo do modelo heurístico que deve ser forjado, tendo em conta não só a matriz, mas também os seus “descendentes”, ou seja, os sistemas derivados. (PEGORARO, 2005, p. 60)

Os modelos tradicionais – norte-americano e austríaco – se difundiram pelo mundo afora, dando origem a soluções híbridas. Existem sistemas que se originaram da fusão dos dois paradigmas, bem como sistemas em que os dois modelos coexistem (PEGORARO, 2005).

A justiça constitucional expandiu-se principalmente após a Segunda Guerra Mundial, adaptando-se às necessidades de cada sociedade. Hoje não se pode defender a existência de dois modelos puros, aos quais os demais países adeririam, sem qualquer restrição.⁴

Ivo Dantas parece concordar com tal assertiva ao afirmar que:

Apesar de muito se falar em dois grandes sistemas de controle da constitucionalidade, o incidental ou de origem americana e o concentrado, ou de origem austríaca, a verdade, em última análise, é que já não se pode estabelecer esta divisão de forma rígida, como, de resto, a própria separação radical das famílias do *Common Law* e do *Civil Law* já não mais responde à realidade dos fatos. (2009, p. 7)

A práxis brasileira indica que o nosso sistema de controle judicial de constitucionalidade é marcado pelo sincretismo. Incorporamos elementos das tradições norte-

⁴ “A forma mista é, assim, inevitável, ao contemplar ações de fiscalização abstrata em meio a processos subjetivos em defesa de interesses concretos, não sendo desprezível a idéia de que, mesmo nos sistemas concentrados, os incidentes de inconstitucionalidade terminam por desempenhar um papel híbrido, de proteção dos direitos e da ordem constitucional [...] não há, na prática, um sistema puramente concreto ou puramente abstrato, nem totalmente concentrado ou difuso. A Suprema Corte dos Estados Unidos, por exemplo, também detém competência para conhecer de conflitos entre Estados e, pela sua posição institucional, termina dando a última palavra em matéria constitucional, não sendo rara a hipótese de ação declaratória simulada. Nas jurisdições de Corte Constitucional, há sempre uma competência residual para as instâncias ordinárias, ainda que indiretamente de termos constitucionais.” (SAMPAIO, J. A. L., 2002, p. 51-52)

americana, francesa e austríaca, formando, assim, um complexo modelo de fiscalização da constitucionalidade das leis.

O controle abstrato, em nosso país, segue, em linhas gerais, a orientação do sistema austríaco. Há um órgão que monopoliza a fiscalização abstrata e um procedimento estabelecido para a provocação deste órgão; as decisões proferidas pelo órgão, o STF, são dotadas de efeitos gerais. O controle difuso foi introduzido sob a influência da experiência norte-americana. Contudo, a forma como esse modelo se estruturou no Brasil gerou situações problemáticas, para as quais o sistema não forneceu soluções adequadas.

Diante da pluralidade de órgãos competentes para o exercício de controle de normas, é natural que haja divergências de entendimentos sobre a constitucionalidade das leis. Essa diversidade representa um obstáculo para a integridade do sistema jurídico e para a eficácia dos direitos fundamentais, pois fomenta a insegurança jurídica. É com a tentativa de resolver problemas como este que vem ganhando força em nosso país a “abstratização” do controle difuso.

Não é raro colhermos na jurisprudência considerações dos ministros do Supremo Tribunal ressaltando os benefícios dos processos ditos objetivos em favor da racionalidade, da coerência e da unidade sistêmica do Direito.

Observe-se a importância dos processos objetivos. Neles, o Supremo Tribunal Federal tem a oportunidade de enfrentar de imediato questões de repercussão maior, que interessam à sociedade como um grande todo. Em vez de se aguardar demorada tramitação processual para se obter, no julgamento do recurso extraordinário, passados cerca de cinco anos – tempo médio – da propositura da ação, a palavra final da Corte que está no ápice do Poder Judiciário, atua o Supremo de pronto e o faz em prol da unidade do próprio Direito, no que aplicável, de forma linear, no território nacional. Mediante o processo objetivo ensejador do controle concentrado de constitucionalidade, o Supremo exerce, na plenitude, a atribuição que lhe é precípua, isto é, de guardar a Constituição Federal, e, com isso, afasta a desinteligência dos julgados, decisões que, em última análise, implicam a interpretação do ordenamento jurídico com base na formação da técnica e humanística dos integrantes do órgão que atue, fenômeno que ocorre a partir do ato de vontade. Daí a conveniência de não ficar a Corte a reboque, a pronunciar-se processo a processo, de modo irracional, visando à prevalência do direito posto, especialmente do direito constitucional. Passo a passo, o Constituinte alargou o âmbito de atuação do Tribunal em tal campo, começando com a representação interventiva, e hoje, conta-se não só com a ação direta de inconstitucionalidade nas duas modalidades, englobado o vício da omissão, a declaratória de constitucionalidade, mas também com a mais nova irmã dessas ações, a argüição de descumprimento de preceito fundamental. A instrumentalidade está ao alcance do Tribunal, cumprindo da concretude ao que previsto na Carta da República. Dessa maneira, aciona-se

sadia política judiciária, eliminando-se as perplexidades decorrentes de julgamentos díspares, ainda que idênticos os fatos e o arcabouço normativo.⁵

A convivência dos sistemas austríaco e norte-americano é permeada, no Brasil, por uma tensão entre os dois modelos. De um lado, consagramos um modelo em que a decisão declaratória de inconstitucionalidade vale apenas para as partes integrantes da lide, sendo esta decisão dotada de efeitos ampliativos desde que o Senado Federal edite ato normativo suspendendo a execução da lei inconstitucional. De outro lado, a Constituição de 1988 deu ênfase ao sistema de controle concentrado, um sistema em que as decisões do Supremo Tribunal têm força geral independentemente da atuação de qualquer órgão.

Nesse contexto, ganham relevo as discussões a respeito da vinculação dos juízes e dos tribunais às decisões do Supremo Tribunal Federal. A Constituição prevê efeitos vinculantes apenas para as súmulas vinculantes e para as decisões proferidas pelo Pretório Excelso em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Porém, observamos, no cenário atual, medidas legislativas e jurisprudenciais tendentes a conferir às decisões proferidas pelo STF, no exercício do controle difuso, efeitos vinculantes.

No Brasil, a aproximação entre o modelo norte-americano e o austríaco é visível, entre outros aspectos, pela introdução das súmulas vinculantes no ordenamento jurídico, pela mitigação do caráter objetivo dos processos de fiscalização abstrata e pela redefinição do perfil do recurso extraordinário. Nas palavras de Gilmar Mendes, o recurso extraordinário “deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva”.⁶

Tradicionalmente, no bojo do recurso extraordinário o Supremo realiza o controle concreto e incidental da constitucionalidade, de modo que eventual decisão declaratória de ilegitimidade da lei é válida apenas para as partes envolvidas no litígio e é dotada de efeitos retroativos. Tudo de acordo com os fundamentos clássicos do controle de matriz norte-americana. Contudo, atualmente observamos a tentativa de se transformar o recurso extraordinário, apelo tradicionalmente destinado à defesa de situações subjetivas, em instrumento de controle abstrato de constitucionalidade.

Para que se compreenda como o legislador e o Supremo Tribunal Federal vêm realizando este movimento de “abstratização” do controle difuso, foram enfrentadas nesta dissertação questões como a da aplicação do art. 27 da Lei n°. 9.868/99 às sentenças que

⁵ ADPF n° 54 QO. Rel. Min. Marco Aurélio.

⁶ RE n° 376.852 MC/SC. Rel. Min. Gilmar Mendes.

declaram incidentalmente a inconstitucionalidade, a da repercussão geral, bem como a da suposta mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal.⁷

Entendimentos jurisprudenciais e alterações legislativas ocorridas nos últimos dez anos apontam para a existência de uma tendência de se introduzir elementos do processo objetivo no controle concreto, aproximando-o do controle abstrato. Daí o uso do termo “objetivação” do controle concreto em referência ao uso de elementos do processo objetivo em processos nos quais as questões constitucionais são discutidas em um contexto subjetivo, regido por regras processuais comuns. Assim, o que antes eram características próprias do controle abstrato agora também podem ser observadas no controle concreto. (PAIVA, 2008, p. 50)

Antes, porém, de adentrarmos nesses pontos, tratamos de questões preliminares indispensáveis à compreensão do controle de constitucionalidade.

No primeiro capítulo analisamos as relações travadas entre o constitucionalismo e a jurisdição constitucional, lançando um olhar retrospectivo sobre as origens do sistema norte-americano e do sistema austríaco de controle. O estudo foi realizado com o intuito de demonstrar que a afirmação do princípio da supremacia constitucional e das formas de fiscalização da constitucionalidade não decorreu de argumentos lógicos universalmente aceitos. Cada experiência constitucional conduziu à adoção de um sistema peculiar de controle, sedimentado em bases distintas; em cada cultura jurídica, foram alcançados resultados diversos.

Ainda no primeiro capítulo, traçamos brevemente as principais características dos modelos norte-americano e austríaco de controle de constitucionalidade, demonstrando em que termos se estabeleceu a dicotomia entre ambos. Certamente não tivemos a intenção de exaurir todas as possíveis distinções entre os dois paradigmas, mas apenas salientar as mais importantes e evidentes para a compreensão da objetivação do controle difuso.

No segundo capítulo ingressamos no âmbito da experiência brasileira do controle de constitucionalidade, evidenciando que a introdução do *judicial review of legislation* em nosso país foi acompanhada de sérias dificuldades, as quais tornaram débil o sistema nacional de controle de constitucionalidade. Nesta oportunidade não pretendemos realizar uma minuciosa reconstrução histórica do tema, mas lançar um olhar crítico sobre a instituição do controle difuso de constitucionalidade no país.

⁷ Não desconhecemos a existência de outros elementos que poderiam ser contemplados em nossas análises. As súmulas vinculantes; a flexibilização da exigência do prequestionamento; a *causa petendi* aberta nos processos intersubjetivos; a participação do *amicus curiae* no bojo de um recurso extraordinário. No entanto, optamos por analisar três matérias que compõem o centro do problema da objetivação do controle concreto: a modulação temporal no controle difuso; a repercussão geral e a suposta mutação constitucional do art. 52, X, CF.

No terceiro capítulo enfrentamos três elementos que demonstram que o recurso extraordinário, instrumento por excelência de proteção de posições subjetivas, está se tornando mecanismo de controle abstrato de constitucionalidade. O exercício do controle concreto/incidental de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal sofreu significativas modificações.

A tendência agora encampada pelo próprio STF é a de conferir feições de precedente às suas decisões em matéria de controle de constitucionalidade, as quais passariam a ser obrigatoriamente reproduzidas pelos demais juízes integrantes da estrutura do Poder Judiciário. Isso seria possível por meio da suposta mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal. Segundo o entendimento dos ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, cabe ao Senado Federal apenas dar publicidade às decisões declaratórias de inconstitucionalidade proferidas por aquela Corte.

A partir desse paradigma, não somente as decisões da Excelsa Corte proferidas em ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, argüição do descumprimento de preceito fundamental e ação direta de inconstitucionalidade por omissão teriam eficácia *erga omnes* e força vinculante. As decisões proferidas em casos concretos, isolados, também poderiam vir a ter força normativa. Este movimento conduz à atribuição de uma maior importância aos precedentes judiciais na qualidade de fontes do Direito.

A importância dos precedentes judiciais na elaboração e desenvolvimento do direito tem crescido sobremaneira nas últimas décadas no sistema jurídico pátrio. Paulatinamente, parte da doutrina nacional já tem caminhado para o reconhecimento da jurisprudência como uma verdadeira fonte formal do nosso sistema legal. A legislatura também tem caminhado na direção do fortalecimento da jurisprudência através de várias alterações legislativas no campo processual, que passaram a reconhecer a adequação ao entendimento sumulado ou a jurisprudência dominante dos tribunais superiores, como um verdadeiro pressuposto processual para os recursos dirigidos aos tribunais. (SILVA, C. A., 2005, p. 141)

O fenômeno reflete a contínua aproximação entre duas tradições jurídicas tidas, anteriormente, como incompatíveis. De um lado, o sistema anglo-saxão, que confere à decisão judicial *status* de preeminência sobre as demais fontes do Direito; de outro, o sistema romano-germânico, o qual historicamente creditou à lei posição de fonte jurídica de maior importância. Em verdade, o próprio sistema de fontes passa a ser revisitado.

A queda do Estado de Direito Legalista vem fazendo com que países de tradição romanística experimentem elementos próprios da tradição inglesa e norte-americana. A jurisprudência desenvolvida pelo Pretório Excelso, em matéria constitucional, passa a ganhar força. E é isso que observamos na realidade jurídica brasileira. René David (1998, p. 108)

afirma: “O direito encontra-se, assim, nos países de família romano-germânica, não só nas regras de direito, tal como são formuladas pelo legislador, mas também na interpretação que os juízes fazem destas fórmulas”.

É certo que a convergência entre os modelos norte-americano e austríaco já foi noticiada por diversos autores do Direito Constitucional. Historicamente os sistemas de controle vêm sofrendo mutações, aperfeiçoamentos e inovações de modo a agregar elementos não previstos, ao menos originariamente, nos modelos tradicionais de fiscalização da constitucionalidade.

Mauro Cappelletti (1984), no seu clássico estudo sobre os diversos sistemas de controle de constitucionalidade já vislumbrava este movimento de convergência, observando-o na introdução do incidente de inconstitucionalidade no sistema austríaco; na similitude dos institutos do *stare decisis* e da eficácia *erga omnes*; na flexibilidade de arbitramento dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade; no uso do *writ of certiorari* no Direito norte-americano e, por fim, na instituição, em vários países, de modelos híbridos de controle de constitucionalidade. Francisco Fernández Segado também estudou o movimento de aproximação do controle americano e o controle de origem austríaca. Para Segado (2002, p. 13):

La justicia constitucional, en el nuevo siglo XXI se nos presenta perfilada por una serie de situaciones peculiares que aunque encontrando su origen en épocas más o menos anteriores, han venido convergiendo y, a la par, acentuando sus rasgo: el proceso de progresiva e ininterrumpida convergencia entre los dos clásicos sistemas de justicia constitucional. La quiebra frontal del modelo kelseniano del “legislador negativo” con el subsiguiente rol creativo de los tribunales constitucionales y la enorme heterogeneidad e generalizada mixtura e hibridación de los actuales sistemas de justicia constitucional, han desencadenado la obsolescencia de la clásica bipolaridad “sistema americano-sistema europeo-kelseniano”, haciendo necesaria la búsqueda de una nueva tipología que nos ofrezca una mayor capacidad analítica de los sistemas de justicia constitucional.

Em sua obra, Segado questiona a utilidade e a atualidade da dicotomia estabelecida entre o sistema norte-americano e o austríaco de controle de constitucionalidade.

É certo que o fenômeno da aproximação dos principais modelos de controle de constitucionalidade pode ser analisado sob várias perspectivas. O autor supracitado analisa a problemática a partir da falta de utilidade analítica da bipolaridade historicamente estabelecida entre o modelo “europeu” e o norte-americano de controle de constitucionalidade. Nós optamos por analisar a problemática sob o ponto de vista do Direito Processual Constitucional brasileiro, analisando as mudanças que repercutiram diretamente na nova configuração do recurso extraordinário.

O tema se enquadra no âmbito de compreensão do Direito Processual Constitucional. A definição e a caracterização deste capítulo do Direito Público não constituem tarefas simples. Garcia Belaunde (2001), no seu “*Derecho procesal constitucional*”, observa que ainda existem dúvidas sobre o alcance, o conteúdo e a utilidade de uma disciplina específica voltada para os estudos da atividade processual destinada à defesa da Constituição.

Os autores costumam dar extensão variável a esse ponto do Direito Constitucional. Filiamo-nos à posição do nosso orientador, para quem o Direito Processual Constitucional possui dois objetos de análise: (a) Jurisdição ou Tribunal Constitucional e as ações que visam à defesa da Constituição, abrangendo o controle de constitucionalidade concentrado e o difuso, e (b) a jurisdição constitucional das liberdades, incluindo aqui as ações constitucionais destinadas a tornar efetivos os direitos individuais e coletivos. (DANTAS, I., 2007)

Quando se fala em Direito Processual Constitucional fala-se das normas cuja finalidade é garantir o cumprimento das disposições constitucionais atinentes aos direitos da pessoa e à observância da hierarquia normativa da Constituição.

Neste estudo nos limitaremos a analisar aspectos processuais, evitando, tanto quanto possível, enfrentar questões como aquelas referentes ao papel das Constituições na atualidade, ao caráter político das decisões dos Tribunais Constitucionais, ao ativismo e à autocontenção das Cortes Constitucionais e a chamada “dificuldade contramajoritária”.

Mesmo sabendo que tais questões compõem o pano de fundo deste trabalho, o estudo dessa temática significaria uma excessiva ampliação do objeto da pesquisa. Optamos, portanto, por analisar fragmentos da aproximação entre os modelos austríaco e norte-americano no Direito brasileiro, apresentando e sistematizando algumas idéias que permitam a compreensão da objetivação do recurso extraordinário no Brasil. Com isso, pretende-se evidenciar a insuficiência de teorias gerais elaboradas em face de conjunturas históricas diversas para equacionar problemas específicos do processo constitucional brasileiro.

1 CONSTITUCIONALISMO E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

1.1 Notas sobre o Constitucionalismo e a Jurisdição Constitucional: as origens do controle de constitucionalidade nos Estados Unidos e na Europa

Segundo Horst Dippel (2007), findos quase dois séculos de vigência do constitucionalismo moderno, pouco conhecimento acumulamos sobre sua história. Passados tantos anos desde a afirmação da suprallegalidade constitucional nos Estados Unidos, e depois de terem sido redigidas tantas obras sobre o tema, parece que estamos diante de uma história a ser escrita. As origens e a formação da cultura constitucional ainda não foram completamente conhecidas pelos estudiosos. Há, porém, alguns pontos sobre os quais há alguma concordância.

O constitucionalismo clássico foi a base sobre a qual o Direito Público se edificou. Foi ele que originou ou deu novos contornos a postulados presentes até hoje na Teoria Constitucional. A contenção do poder político, a teoria do poder constituinte, o princípio da separação dos Poderes e a afirmação da suprallegalidade constitucional são apenas alguns destes princípios. As revoluções liberais e as categorias delas advindas – ou com elas consolidadas – provocaram transformações profundas nas relações de poder.

A doutrina constitucionalista prefere falar em uma *pluralidade* de movimentos constitucionais em vez de falar em um único constitucionalismo. Os autores procuram advertir que não se pode defender o constitucionalismo como teoria e prática comum a todos os Estados. Na verdade, tais movimentos se diferenciaram devido a distintos fatores históricos, políticos e sociais. Cada sociedade vivenciou um movimento constitucional particular, que pode, sim, ter recebido influxos de outros. Ainda que receba influências externas e que recepcione, por “transplante”, institutos pensados para outras realidades, a experiência constitucional de cada país é única e singular. Neste sentido, parece-nos difícil oferecer uma conceituação universal capaz de captar todas as conquistas e as vicissitudes dos movimentos constitucionais do Ocidente. Mas, para os fins propostos, vamos tomar o constitucionalismo moderno como:

[...] movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do séc. XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de *domínio político*, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova fórmula de ordenação do poder político. (CANOTILHO, 2003, p. 51-52)

Podemos compreender, sob certo ponto de vista, o constitucionalismo moderno enquanto doutrina que tem por pretensão normatizar a política, conter o poder do Estado frente ao cidadão.

Segundo García de Enterría (2006, p. 55),

[...] lo fundamentalmente nuevo del estado constitucional frente a todo el mundo del autoritarismo, es la fuerza vinculante bilateral de la norma, esto es, la vinculación a la vez de las autoridades y de los ciudadanos, de todas las autoridades y de todos los ciudadanos, en contraposición a toda forma de Estado de privilegios de viejo y nuevo cuño. La constitución jurídica transforma el poder desnudo en legítimo poder jurídico. El gran lema de la lucha por el Estado Constitucional ha sido la exigencia de que el (arbitrario) *government by men* debe disolverse en un (jurídico) *government by laws*.

O ambiente no qual se deu essa forma de normatizar a política foi o das revoluções, mais notadamente o da independência das treze colônias britânicas e o da revolução francesa.⁸ O mais importante acontecimento deste momento histórico, para os fins perseguidos nesta dissertação, é o surgimento das Constituições codificadas, nos Estados-Unidos e na França.⁹

A Constituição norte-americana de 1787 e a francesa de 1791 representam um momento decisivo na história constitucional do Ocidente por inaugurarem um novo conceito e uma nova prática constitucional (FIORAVANTI, 1999). Antes dessas Cartas certamente podemos reconhecer a presença de movimentos constitucionais pré-modernos; contudo, nos conceitos de Constituição até então disponíveis não estava presente a nota de suprallegalidade que os americanos a outorgaram.

Segundo Paulo Ferreira da Cunha (2002, p. 184),

[...] no fundo o constitucionalismo moderno nasce do antigo, transmutado pelas combustões revolucionárias – tal é o seu processo de fabrico ou geração, como ambos, doloroso. É, com efeito, com base no que se afirmava ser a antiga Constituição (velhos direitos já míticos) que os revolucionários ingleses, americanos e franceses abalarão de tal forma a ordem estabelecida, que, ante a aceleração do momento e o generalizado *derruir* (em tantos casos involuntário), se verão na incumbência de forjar uma nova Constituição (em que, por escrito, tudo fique claro e não possa haver ‘esquecimentos’ futuros),

⁸ “A Revolução francesa prolonga-se por vários anos. O *Anciën Régime* não volta mais, nem sequer na fase mais dura da Restauração. Todavia, não se cria uma ordem constitucional homogênea e sem sobressaltos; pelo menos, não se cria desde logo [...]. Os franceses já experimentaram mais de dez Constituições e têm vivido em regimes de liberdade e de restrição de liberdade política, de concentração e desconcentração do poder, de monarquia e de república, por mais de uma vez.” (MIRANDA, 2003, p. 162)

⁹ Fala-se de constitucionalismo ou movimento constitucional para designar “o movimento histórico-político que, sob o impacto da Revolução Americana e da Revolução Francesa dos finais do sec. XVIII, mas colhendo a sua primeira inspiração nas revoluções inglesas do século anterior e encontrando aí os seus pródromos [...] se traduziu na progressiva e generalizada substituição do regime de monarquia absoluta até então vigente na Europa Continental, por outro fundado numa Constituição escrita e obedecendo ao princípio da separação de poderes.” (CUNHA, 2002, p. 360)

cunhada com o selo dos novos mitos, da nova *weltanschauung* que encarnavam – a dos tempos modernos.

Neste sentido, afirma Jorge Miranda (1996, p. 31-32) que “a Constituição que porventura tenha existido antes do sec. XVIII era uma simples Constituição em sentido institucional, ou seja, aquilo que dava a configuração essencial da sociedade, distinguindo cada uma das restantes.”

A justiça constitucional¹⁰ é herdeira da cultura constitucionalista, isto é, de uma concepção segundo a qual é necessário opor restrições ao poder político. Para Fix-Zamudio (1984 apud SEGADO, 2003, p. 57) o pensamento contemporâneo a respeito da defesa das normas constitucionais reflete a permanente luta dos seres humanos pela liberdade frente ao poder político. Por esta razão é impossível compreender a jurisdição constitucional distante do constitucionalismo.

Contudo, não se deram simultaneamente nem decorreram dos mesmos fatores político-sociais, na Europa e nos Estados Unidos, o reconhecimento da supremacia constitucional e a conseqüente elaboração de instrumentos destinados à defesa da Constituição. Entre o constitucionalismo europeu e o norte-americano há vários pontos de aproximação e de afastamento, mas, em realidade, parece-nos que cada um deixou seu saldo para a Teoria da Constituição.

A afirmação do valor jurídico-normativo da Constituição se deu, primeiro, nos Estados Unidos e, depois, na Europa. Enquanto, em 1803, Marshall defendia a tese da supremacia constitucional nos Estados Unidos, Napoleão publicava o Código Civil (1804), expressão máxima do Estado de Direito Legalista.

Na América, o estabelecimento da supremacia constitucional não se deu com o intuito de tutelar a superioridade de uma dada lei sobre as demais. Isto quer dizer que este princípio

¹⁰ Os doutrinadores não são unânimes a respeito do que se entende sobre justiça e jurisdição constitucional. Segundo Rubén Hernández Valle “desde Kelsen existe una confusión entre los términos justicia constitucional y jurisdicción constitucional, que se ha ido acentuando con el transcurso del tiempo. La primera acepción, según algún sector de la doctrina, es preferible por dos razones: una de carácter filosófico, pues subraya que la supremacía y defensa constitucional persigue la consecución de determinados valores suprajurídicos y otra de carecer netamente jurídico, según la qual dicha acepción abarca además de la existencia de un órgano especializado en la materia, todos los procedimientos de carácter procesal mediante los cuales se encarga a determinados órganos estatales la imposición forzosa de la Constitución”. O autor refuta as duas posições e filia-se ao pensamento de Zagrebelsky afirmando que “la justicia constitucional está, en efecto, constituida por los procedimientos de aplicación de la Constitución para la resolución de los casos controvertidos, aunque no se agota solamente en esto. Ella comprende también la teoría de la Constitución como norma sustancial. De esa forma la justicia constitucional debe ser concebida no como una suma de estos dos elementos, sino más bien como la unión de ambos, porque cada concepción de la Constitución lleva en sí misma una concretización del procedimiento, así como cada concepción del procedimiento implica una concepción de la Constitución”. (VALLE, 1995 apud DANTAS, I., 2007, p. 305)

não foi fixado originariamente com o intuito imediato de proteger a autoridade da Lei Fundamental ante as demais espécies normativas, mas sim com o fim de tutelar a existência do novo Estado que então se formava: o Estado Federal.¹¹

No novo mundo a união dos Estados independentes se deu por meio de um tratado, o qual poderia a qualquer tempo ser denunciado. Ao optar pelo estabelecimento de vínculos perpétuos unindo os Estados, negou-se às gerações futuras o direito de escolha. A partir de então, os Estados abriram mão da sua liberdade de decisão (manter-se ou não unidos aos demais Estados) em prol de um ideal superior: o de formar uma única nação. O poder de autodeterminação, então, foi restringido em nome de um ideal maior. Era este ideal que a supremacia constitucional visava tutelar. O constitucionalismo norte-americano já trazia em si o caráter contramajoritário que é alvo de severas críticas até os dias de hoje.

A supremacia da Constituição fora afirmada, portanto, com o objetivo de proteger a União indissolúvel dos Estados independentes ante insurgências separatistas.¹² Os primeiros anos de trabalho dos membros da Suprema Corte nos Estados Unidos foram dedicados à defesa da legislação federal frente à normatização emanada pelos Estados-membros. Basta recordar que nos setenta e cinco anos que sucederam a abertura deste órgão, ele apenas anulou duas leis federais.

Nos Estados Unidos, o surgimento de um sistema de controle de constitucionalidade se deu de forma bastante peculiar. É com razão que Dominique Rousseau (2002) afirma que a *judicial review* se formou no silêncio dos textos, tomando corpo lentamente.

Como se sabe, o controle de constitucionalidade das leis não estava previsto na Carta Constitucional norte-americana. Em realidade, foi produto do experimentalismo realizado pela magistratura daquele país. Na Carta Magna, o artigo VI, seção segunda, dispunha apenas que a Constituição era a “*supreme law of the land*” e que, neste sentido, todos os Poderes, inclusive o Judiciário, estavam vinculados a ela.

La *supremacy clause* – se ha dicho – es lugar privilegiado del poder judicial, al ordenar ejecutar la Constitución contra las leyes e provisiones constitucionales contrarias de los Estados. El efecto de la *supremacy clause* fue transferir la revisión de las leyes de los Estados, desde el Congreso, en

¹¹ Parece contrastar com essa posição Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1980), para quem a supremacia constitucional é decorrência da teoria das constituições rígidas.

¹² “A criação do modelo constitucional francês foi antecedida, como se sabe, pela formação dos Estados Unidos que poucos anos antes discutiram a alternativa entre confederação e federação, estruturando o regime federal dentro de uma constituição lacônica e deixando para os Estados-membros e suas respectivas constituições a regulamentação de diversos problemas. A velha constituição quase inglesa quase não entrou naquela obra, fruto do racionalismo e das leituras clássicas dos *fathers*, mas o acendrado pragmatismo britânico entrou. Além, anote-se, da religiosidade puritana, de então para hoje estudada por tantos autores”. (SALDANHA, 2006, p. 2)

donde Madison la quiso situar, al poder judicial. Las palabras de la *Clause on jurisdiction* (art. 3) resolvían inequívocamente quién ejecutaría en última instancia la *supremacy clause* contra los Estados: el Tribunal Supremo. La combinación de ambas cláusulas significaba que cada línea de la Constitución quedaba sujeta a ejecución por el poder judicial federal. Cada palabra constituía una instrucción al Tribunal Supremo, y cuantas más instrucciones, más potente sería el arsenal del Supremo y sus responsabilidades. (ACOSTA SÁNCHEZ, 1998, p. 103)

As palavras de Acosta Sánchez nos leva a concluir que ao final do processo constituinte o Poder Judiciário se converte em guardião do poder nacional, uma instância superior, à qual nenhuma outra poderia se sobrepor. No entanto, não se pode enxergar na cláusula de supremacia autorização para que os juízes realizassem o controle da constitucionalidade das leis.

A emergência da *judicial review of legislation* é associada à presença de variáveis políticas, sociais, culturais e jurídicas, as quais demandam uma pesquisa dedicada exclusivamente a este tema. Contudo, parece-nos indispensável fazer algumas considerações sobre os fatos mais relevantes que antecederam a clássica sentença do juiz Marshall no caso *Marbury v. Madison*. Apesar da brilhante exposição feita pelo juiz Marshall, não se pode afirmar que o mérito da afirmação do controle judicial da constitucionalidade das leis nos Estados- Unidos seja todo seu. A edificação do *judicial review* decorreu de um amadurecimento doutrinário e jurisprudencial, impulsionado por fatores políticos e sociais bem particulares que levaram aquele país a atribuir um valor especial a sua Constituição.

Mesmo antes da independência das treze colônias é possível encontrar antecedentes do *judicial review of legislation*. Muitas das colônias norte-americanas eram regidas por cartas ou estatutos da coroa inglesa, as quais estabeleciam regras que deveriam ser compulsoriamente observadas pelos colonos americanos.

É bem verdade que havia assembléias locais autorizadas a editar suas próprias leis. No entanto, esta legislação não poderia contrariar o disposto nas leis do reino da Inglaterra. Caso as leis locais fossem desarrazoadas ou contrárias à vontade do Parlamento inglês, os juízes deveriam negar-lhes aplicação.¹³ Com a proclamação da independência, as velhas cartas outorgadas foram substituídas pelas Constituições dos Estados independentes, e o mesmo raciocínio que justificava a não aplicação das leis locais contrárias às leis inglesas pôde ser

¹³ “A existência do Comitê Judiciário do Conselho Privado, na Inglaterra, é uma forma de controle de constitucionalidade que foi difundida nas colônias americanas, através da prática do Comitê Judiciário do Conselho Privado (*Privy Council*), emanção do Conselho do Rei que podia invalidar as leis das Assembléias Coloniais contrárias ao direito da mãe pátria. Este mecanismo pré-figura uma espécie de controle jurisdicional de conformidade com a legislação que destaca as relações com a norma reputada superior.” (BARACHO, 2004, p. 3-4)

invocado para legitimar o controle normativo em face da Constituição do Estado. (MELLO, 1980) Foi o que aconteceu em 1780 em Nova Jersey (*Holmes v. Walton*), em 1782 na Virgínia (*Commonwealth v. Caton*), em Nova York (*Rutgers v. Waddington*) no ano de 1784, em Rhode Island (*Trevitt v. Weedon*) em 1786 e na Carolina do Norte em 1787, no caso *Bayard v. Singleton*.¹⁴

Os precedentes supracitados não elidem ou reduzem a importância do caso *Marbury v. Madison*. A sentença proferida pelo presidente da Suprema Corte americana teve um valor fundamental na afirmação do poder de revisão judicial pela clareza da argumentação construída por Marshall; afinal, foi esta decisão que firmou, definitivamente, o controle de constitucionalidade nos Estados Unidos da América.

Observando o domínio inglês sobre as colônias situadas no novo mundo, percebe-se por que os americanos depositavam certa dose de desconfiança nos Parlamentos. A história já lhes tinha mostrado que um Parlamento soberano, sem limites, poderia ser danoso ao projeto de Estado que se tentava estabelecer.

Fato interessante se deu quando, ainda sob a égide do império inglês, os colonos americanos se mostraram profundamente inconformados com o Parlamento britânico, cuja atuação revelava-se, em muitos casos, arbitrária. A respeito desse inconformismo, podemos lembrar a instituição de tributos pelo Parlamento inglês, sem anuência das assembleias locais. Como o governo britânico não solicitou o aval das assembleias locais, a cobrança seria ilegítima. A adesão à fórmula *no taxation without representation* serviu de óbice à intervenção do governo inglês nos bens dos colonos. (BRANDÃO, 2008)

Segundo Paulo Ferreira da Cunha (2002, p. 167-168):

[...] desde tempos imemoriais (...) que os representantes dos vários estamentos (menos talvez os que usufruíam de isenção) repetidamente vinham defendendo o princípio de que só era legítimo o imposto votado pelas assembleias. Fora com argumentos desses, aliás, que tudo houvera também começado em Inglaterra. (...) E aqui está mais um significativo paralelo: como sucede tantas vezes nos conflitos de gerações, em que os filhos se insurgem contra os pais precisamente para defenderem os valores que estes diziam advogar (e que beberam com o leite materno), procurando-lhes uma pureza e uma atualização que o pragmatismo das camadas mais velhas não entende, assim também aqui era a América liberal a defender ante

¹⁴ Há autores que contestam a autenticidade de tais julgados, vistos como precedentes do controle de constitucionalidade norte-americano. “Tales son los nueve supuestos precedentes de judicial review anteriores a la Constitución Federal. En su mayoría imaginarios, son en su conjunto insignificantes como base de la que inferir que el derecho de control de constitucionalidad de las leyes por los jueces fue considerado, en general y en todos los Estados, como un usual incidente del Judicial Power. Por el contrario, esos casos demuestran que tal derecho, allí donde fue reivindicado fue muy discutido, que fue reclamado en solo unos pocos Estados, y que en ninguno fue firmemente establecido.” (ACOSTA SÁNCHEZ, 1998, p. 98-99)

a liberal Inglaterra os princípios que com ela aprendera, e via agora – por absurdo e para grande desilusão – olvidados na prática.

Desde cedo se percebeu, na tradição americana, que o alcance material da lei era limitado – ela não podia violar os direitos naturais do indivíduo. Para Rodrigo Brandão (2008), a nota distintiva do constitucionalismo americano é o temor da atuação ilegítima e arbitrária dos poderes constituídos, especialmente do Legislativo. A tendência, segundo o autor, não é a de confiar ao Legislativo a definição e a tutela dos direitos, mas a de vislumbrar na preeminência desses direitos um verdadeiro limite ao legítimo exercício da função legislativa, na medida em que a irresignação dos colonos norte-americanos referia-se ao prejuízo que a onipotência do Parlamento inglês causara a seus direitos.¹⁵

Tais fatos marcam o início de um grande processo que teve sua eclosão com a sentença do juiz Marshall no caso *Marbury v. Madison* – sentença na qual foi declarada a inconstitucionalidade de uma lei federal. O mérito daqueles precedentes judiciais anteriormente citados foi o de esclarecer, desde aquele momento, que o poder de declarar nulos os atos contrários a uma Lei Superior é consequência direta do poder de interpretar as leis. O juiz americano é um juiz da *common law*, ao qual é reconhecido, desde cedo, um amplo poder.

Ainda que na Inglaterra tenha prevalecido o princípio da supremacia parlamentar e a impossibilidade de exercício de um controle de constitucionalidade, o juiz inglês sempre teve a seu favor o poder de interpretar as leis e de tornar sua exegese obrigatória em virtude da regra do *stare decisis*. E esse poder também foi reconhecido ao juiz norte-americano.

Outro dado digno de nota para a afirmação da revisão judicial foi a importação da tese do juiz inglês Edward Coke. Em 1610 o juiz teve uma atitude audaciosa ao defender a supremacia da *common law* frente aos atos abusivos do Parlamento no *Bonham's case*.¹⁶

¹⁵ Na mesma linha de entendimento conclui Monia Henning Clarissa Leal: “A grande contribuição americana será, então, a de plasmar em uma Constituição escrita esse parâmetro normativo superior que decide a validade das leis do Parlamento, o que faz com que a noção de soberania do órgão legislativo ordinário desapareça automaticamente [...]”. (LEAL, M. H. C., 2007, p. 20)

¹⁶ “O juiz inglês Sir Edward Coke, no início do século XVII, aplica a noção de *lei superior*, através do *arrêt Bonham*, decorrente do tribunal de *Common Pleas*, em 1610. Nesta decisão, ele considera que o Colégio de Médicos de Londres não é competente para sancionar a situação de Bonham para o exercício da medicina sem autorização, desde que a lei invocada não apóia esta sanção que parece contrária ao direito da *common law*. A *common law*, monopólio do poder judiciário, de conformidade com esta tese, é a lei fundamental do reino, é a encarnação da razão. É neste sentido que uma lei do Parlamento contrária à *lei superior* deve ser declarada nula. Na Inglaterra, a doutrina do juiz Coke é abandonada, e, com ela, o princípio, segundo o qual a vontade do Parlamento pode ser submetida ao controle de juiz; nos Estados Unidos, os teóricos da revolução a aceitaram expressamente. No ano de 1761, esse princípio começa fazer parte do conceito de Constituição, pelo que James Otis e John Adams defendem as reivindicações de independência das Colônias da nova Inglaterra, proclamando que uma lei contrária à Constituição é nula”. (BARACHO, 2004, p. 3)

Porém, não há unanimidade entre os doutrinadores sobre a real importância desta tese para a edificação do *judicial review* nos Estados-Unidos. Para uns¹⁷, a doutrina do juiz inglês deixou seus frutos na América. Para outros, não se pode vislumbrar umnexo de causalidade direto entre a tese do juiz e a construção do *judicial review* na América.¹⁸ Os que defendem esta última posição argumentam a inexistência da idéia de Constituição rígida na Inglaterra de meados de 1600 – idéia indispensável para a compreensão do controle de constitucionalidade. Não obstante, entendemos que Coke, mesmo sem dispor do conceito de Constituição rígida, deixou frutos para o nascimento do *Judicial review* norte-americano. É que a idéia de defesa de uma ordem suprema é corrente na história da humanidade mesmo em momentos em que não se dispunha do conceito moderno de Constituição.

Ainda na Antiguidade Clássica, ou mesmo na Idade Média, encontramos registros da distinção feita entre ordem superior e ordem inferior, bem como de tentativas de institucionalização de meios destinados a tutelar aquela ordem. Coke, ao se posicionar em defesa da supremacia da *common law*, se insere no conjunto de antecedentes que favoreceu a posterior afirmação da supremacia constitucional.

Mas a influência do Direito inglês vai além da tese desenvolvida por Edward Coke. Documentos como a *Magna Charta* inglesa, o *Agreement of the people*, o *instrument of government* e o *Bill of rights* tiveram sua importância para a teoria constitucional do mundo ocidental.¹⁹ Estes textos são tidos como as primeiras aproximações do constitucionalismo moderno. Tais experiências, entretanto, não foram fortes o suficiente para dar sustentação ao reconhecimento da supremacia constitucional e à conseqüente possibilidade do controle de constitucionalidade das leis. Segundo Bruno Galindo (2004, p. 303), “as proteções formais à Constituição britânica são muito tênues, quase inexistentes, e a sua consagração tem-se dado

¹⁷ Para Segado (2002, p. 10), “[...] el pensamiento del Juez Coke no será olvidado en las colonias inglesas de los territorios de América del Norte. La reivindicación del juez en orden a la atribución a los jueces de la tarea de garantizar la supremacía del common law frente a los posibles arbitrios del rey e del parlamento será plenamente recepcionada en las colonias, primero, y en el nuevo Estado independiente, más tarde.”

¹⁸ “Não há umnexo de causalidade específico entre a decisão de Coke e o *Marbury x Madison*. Os contextos históricos, os fundamentos teóricos e a semântica dos conceitos são totalmente diversos. Um pressuposto básico para a identificação das decisões era a disponibilidade para Coke do conceito moderno de constituição, de legislação e de função judicial, que era impossível antes do final do século XVIII”. (MARQUES, 2006, p. 209)

¹⁹ Segundo Acosta Sánchez, não foi no pensamento de Coke, mas nos dois mais importantes ensaios de Constituições escritas à época da Revolução Inglesa – o *Agreement of people* e o *Instrument of government* – que se deu pela primeira vez a limitação constitucional do Poder Legislativo na lógica da submissão do legislador à vontade soberana do povo ou da nação, expressada em uma Lei Fundamental. O artigo 6º do *Agreement of people* estabelece que nenhum corpo representativo poderá vulnerar os fundamentos do pacto. O artigo nono, por sua vez, estabelece que as leis, ordenações ou estatutos contrários às liberdades consagradas naquele documento deverão ser rechaçados e anulados. (ACOSTA SÁNCHEZ, 1998)

muito mais pela força material e dimensão político-institucional dos seus preceitos do que pela existência de garantias formalizadas”.²⁰

Todos esses antecedentes sinalizam em uma direção: a possibilidade de uma revisão judicial dos atos legislativos. E isso ocorreu, de fato, com o caso *Marbury v. Madison*.

Como se sabe, o caso que acabou por se tornar paradigmático para o constitucionalismo moderno não era, em si, complexo. O Presidente John Adams articulou-se com o Congresso com o objetivo de conservar sua influência política no Poder Judiciário. Fora, então, editada uma lei que criava 42 cargos de juiz de paz. Adams, no final do seu mandato, nomeou vários correligionários seus para os cargos de juiz de paz, na tentativa de manter a presença dos federalistas nos tribunais do país. As últimas nomeações foram confirmadas pelo Senado no último dia de gestão do governo Adams, motivo pelo qual os magistrados nomeados ao fim da sua administração foram denominados "*midnight judges*".

Contudo, o Secretário de Estado do Presidente, John Marshall, encarregado de entregar os títulos de posse aos magistrados, não teve tempo hábil para efetivar os atos de investidura dos juízes.

Com o fim do governo Adams, Thomas Jefferson assume a presidência dos Estados Unidos e nomeia Madison para o cargo de Secretário de Estado, ordenando a ele que não efetuasse a entrega dos títulos de posse assinados pelo presidente anterior. A querela se deu quando um dos magistrados não empossados decidiu impetrar um *writ of mandamus* requerendo que fosse assegurado seu direito de receber posse. Jefferson queria, sobretudo, que tais juízes não fossem nomeados e, para isso, tratou logo de articular a revogação da Lei Judiciária de 1801 que criou os cargos de juiz em questão. Para impedir questionamentos sobre essa decisão no âmbito da Suprema Corte, o Congresso suprimiu a sessão do Tribunal, deixando-o sem se reunir de dezembro de 1801 até fevereiro de 1803.

Invertendo a ordem do julgamento, Marshall, presidente da Suprema Corte norte-americana, afirmou a ilegalidade praticada por Madison ao não entregar o título a Marbury. Deste modo, tornava evidente perante a opinião pública a posição da Suprema Corte em relação à ilegalidade da conduta de Madison. Afirmou, porém, que o *writ* impetrado não era cabível, posto que fora interposto diretamente à Corte Suprema, órgão que tem suas competências preestabelecidas na Constituição Federal. A seção 13 da Lei Judiciária de 1789 era inconstitucional por ampliar as competências do então órgão julgador. A declaração de

²⁰ O autor reconhece a inexistência de uma Constituição sistematizada nos moldes das Constituições da Europa continental, mas afasta a idéia de que não há na Inglaterra uma Constituição. O conteúdo desta seria composto por regras relativas à organização e estrutura dos Poderes e por regras assecuratórias dos direitos e liberdades individuais. (GALINDO, 2004)

inconstitucionalidade foi útil para evitar uma crise entre os Poderes. Foi nesse ambiente de profunda instabilidade política que Marshall decidiu a questão, negando aplicação à seção 13 do *Judiciary act*, sob o argumento de que tal disposição ampliava as competências da Suprema Corte americana, as quais estavam taxativamente enunciadas na Constituição Federal.²¹

Se, por um lado, Marshall interpretou o sistema normativo de modo a restringir as competências da Suprema Corte, garantiu-lhe um poder muito maior: o de controlar a constitucionalidade das leis, declarando nulo todo ato normativo que confrontasse a interpretação dada pelos próprios juízes à Lei Fundamental. Nesta ocasião, o juiz Marshall afirmou a supremacia da Constituição e a competência inerente à atividade jurisdicional para interpretar as leis e a Constituição.

Interessante nisso tudo é que Marshall não era conhecido por ser um exímio jurista. Em realidade, o presidente da Suprema Corte americana era um hábil político, capaz de concatenar logicamente os argumentos e expor suas idéias com extrema clareza. Não é por acaso que Oliver Holmes afirmou que se o Direito americano tivesse de ser representado por uma única figura, os céticos e os admiradores concordariam, sem discussão, que essa figura seria John Marshall. (RODRIGUES, 1958)

As idéias deste juiz tinham propósitos bem definidos: a unidade da nação, a supremacia constitucional e a defesa dos direitos privados. Marshall sistematizou, na sua clássica decisão, idéias anteriormente tratadas por Alexander Hamilton em “O Federalista”, consolidando uma técnica já utilizada por outros juízes mesmo antes da declaração de independência.

Nada disso apaga o brilhantismo de sua decisão, que versava, sobretudo, acerca da posição da Constituição no ordenamento jurídico e sobre a competência natural dos juízes para proceder à verificação da compatibilidade dos atos legislativos com a Constituição.

Segundo Marshall (1908, p. 24-27),

A vontade originária e suprema organiza o governo e assina aos diversos departamentos seus respectivos poderes. E podem contentar-se com isso ou fixar certos limites para que não sejam ultrapassados por esses departamentos.

²¹ Não se pode olvidar o elemento político que motivou a decisão do juiz da Suprema Corte. Recorda Leda Boechat Rodrigues (1958, p. 39) que: “[...] ao declarar inconstitucional o art. 13 da Lei Judiciária de 1789, visava Marshall fim meramente político, mostrando, através da discussão de mérito, haver Jefferson cometido uma ilegalidade, mas falecer à Corte, por uma questão preliminar, de falta de jurisdição, competência para corrigi-la.”

Pertence a ultima classe o governo dos Estados Unidos. Os poderes da legislatura são definidos e limitados; e, para que esses limites não se possam tornar confusos e apagados, a Constituição é escrita. Para que fins os poderes são limitados e com que intuito se confia à escrita essa delimitação, se a todo tempo esse limites podem ser ultrapassados por aqueles a quem se quis refrear? A distinção entre um governo de limitados ou de ilimitados poderes se extingue desde que tais limites não confinem as pessoas contra quem são postos e desde que atos proibidos e atos permitidos sejam de igual obrigatoriedade. É uma proposição por demais clara para ser contestada que a Constituição veta qualquer deliberação legislativa incompatível com ela; ou que a legislatura possa alterar a Constituição por meios ordinários.

Não há meio termo entre essas alternativas. A Constituição ou é uma lei superior e predominante, e lei imutável pelas formas ordinárias; ou está no mesmo nível juntamente com as resoluções ordinárias da legislatura e, como as outras resoluções, é mutável quando a legislatura houver por bem modificá-la.

Se é verdadeira a primeira parte do dilema, então não é lei a resolução legislativa incompatível com a Constituição; se a segunda parte é verdadeira, então as Constituições escritas são absurdas tentativas do povo para delimitar um poder por sua natureza ilimitável.

Certamente todos quantos fabricaram Constituições escritas consideraram tais instrumentos como a Lei Fundamental e predominante da nação e, conseqüentemente, a teoria de todo o governo, organizado por uma Constituição escrita, deve ser que anula toda a resolução legislativa com ela incompatível [...].

Há diversas leituras possíveis para o caso *Marbury v. Madison*. Cada uma delas nos leva a conclusões diversas a respeito do controle judicial da constitucionalidade das leis e da posição do Poder Judiciário no quadro da organização dos Poderes. Uma possível leitura, além de afirmar o poder de controlar a constitucionalidade como decorrência da atividade hermenêutica do juiz, estabelece a supremacia da Suprema Corte. Ou seja, a interpretação constitucional deste órgão faz-se excludente e prevalente sobre quaisquer outras manejadas pelos demais Poderes, porque interpretar normas constitui atribuição própria do Judiciário. Este ponto de vista conduz à idéia antidemocrática de interpretação constitucional, já que tem o efeito prático de concentrá-la no Poder Judiciário, especialmente no órgão de cúpula deste Poder, e de subestimar as demais interpretações realizadas pelos demais atores sociais (CONTINENTINO, 2008).

Vê-se, portanto, que a afirmação da supremacia constitucional e a conseqüente possibilidade de controle de constitucionalidade das leis não representam, na história da civilização ocidental, um ponto de partida, um dogma inquestionável. Pelo que foi dito, pode-se concluir que este princípio nasceu nos Estados Unidos, motivado por um contexto político e social bastante particular. Isso, porém, não nos autoriza a afirmar a supremacia

constitucional como um dogma perene, imutável e universalmente aceito sem maiores problemas. Segundo Gustavo Ferreira Santos (2006, p. 45), “longe de se constituir uma verdade inquestionável, a idéia central do constitucionalismo, que se expressa na supremacia da Constituição sobre as outras normas que compõem o sistema, suscita, desde sua origem, contestações de diversos matizes.”

Ao avocar para si o poder de controlar a legitimidade das leis produzidas pelos congressistas o Poder Judiciário norte-americano foi acusado de ter usurpado uma atribuição que não lhe fora concedida expressamente pela Constituição de 1787. E mesmo nos dias de hoje discute-se a extensão dos poderes da Suprema Corte, bem como a legitimidade de algumas intervenções realizadas por este Tribunal.

Enquanto para os americanos a consolidação da supremacia da Constituição era uma decorrência da necessidade de estabilização da unidade nacional, para os franceses qualquer imposição de limites ao legislador constituía limitação da própria democracia, sendo por isso mesmo inaceitável.

Observando o constitucionalismo norte-americano, não podemos deixar de traçar paralelos entre ele a experiência constitucional desenvolvida na Europa continental, mais especificamente a desenvolvida na França. A revolução francesa não tinha os mesmos propósitos da revolução americana. Enquanto esta objetivava a independência dos Estados Unidos e a formação de uma nova forma de Estado, capaz de facilitar o equacionamento de problemas comuns às ex-colônias, a revolução francesa intentava modificar a base de legitimidade que sustentava o poder político. Não se almejava construir um novo país, mas realizar mudanças nas relações de poder.

O sistema vai-se formar a partir de 1789, por via de revolução que, em progressiva radicalização, se propõe destruir todas as instituições e estruturas antigas. As idéias que inspiram a mudança não se encontram somente na França, mas é lá (em face de certos condicionantes históricos muito propícios) que são formalizadas e compendiadas, e o seu triunfo torna-se um exemplo para o resto da Europa. (MIRANDA, 2003, p. 161-162)

A revolução francesa colocou o “povo” ou a “nação” como o fundamento da legitimidade do poder. Num primeiro momento isto conduziu à primazia da lei e não da Constituição, como se poderia imaginar. A lei, tida como expressão da vontade popular, conformava o ideal de racionalização do poder presente naquele momento.²² Diante da

²² “A Revolução, por voz de Rousseau, fundamentou sobre a vontade geral a obrigatoriedade da lei, da qual derivaria conceitualmente a da Constituição, que os norte-americanos haviam pouco antes definido como lei suprema, *paramount law*, e que os franceses, na declaração de 1791, afirmavam consistir basicamente na separação de poderes e na garantia dos direitos. Ao fixar esta sagrada essência, o sistema de poderes e o dos direitos, e ao vincular a constituição (como toda lei) ao alicerce da vontade geral, os revolucionários a um tempo

impossibilidade de que cada cidadão participasse diretamente da condução da vida política da comunidade, a idéia de representatividade ganhou força. A soberania popular se transmudou em soberania do Poder Legislativo. A lei, elaborada por representantes escolhidos pelo povo, constituía o reflexo da vontade geral.²³

Neste contexto, a idéia de um documento superior, capaz de limitar os poderes de decisão das maiorias era visto como uma restrição à democracia, sendo, por isso, inaceitável. Por esta razão Acosta Sánchez (1998, p.147) assinala que “Latió con mucha más fuerza en la Revolución Francesa la exigencia de la supremacía de la ley que la de la Constitución”.

Como lei e democracia andavam juntas, o Estado de Direito Legalista estava amplamente legitimado. Segundo Ignácio de Otto (1999), a lei não é produto da vontade política de quem manda, mas produto da vontade racional dos indivíduos; não é filha do poder, da imposição unilateral, mas fruto do consentimento.

Assim, diferentemente da experiência norte-americana, a experiência francesa não admitiu, nesta ocasião, a presença de uma Constituição rígida, vista como uma limitação ao poder do Parlamento. A esse respeito, o art. 28 da Declaração de Direitos do Homem e do cidadão de 1793 era explícito: “um povo tem sempre o direito de rever, de reformar e de mudar a sua Constituição. Uma geração não pode sujeitar às suas leis as gerações futuras”.

Na França, os direitos individuais consagrados nas Constituições eram vistos como enunciados que necessitavam, para operar a favor do cidadão, de legislação integrativa. Neste sentido, García de Enterría (2006) registra que a parte dogmática do texto constitucional ou não existia ou, quando existia, se expressava em princípios excessivamente genéricos, cuja positivação técnica requeria o intermédio de leis ordinárias sem as quais os princípios careciam de operatividade. Além disso, o reconhecimento de uma ordem suprema, capaz de subordinar o legislador, remetia à existência de uma esfera transcendental cujo conteúdo ficava imune a qualquer deliberação dos representantes do povo. Tal idéia não era admitida no contexto de laicização do Estado que se delineava.

colocaram e resolveram o problema das relações entre legitimidade e legalidade. Não cancelando aquela ou fundindo-a nesta, como fariam os formalismos do século vinte, nem tingindo os conceitos com as oscilantes cores das ideologias, mas pensando o problema do geral dentro da ordem jurídica: a ordem justificada pela base ontológica e instrumentalizada pela expressão da vontade.” (SALDANHA, 2006, p. 3)

23 Registre-se que Jean Jacques Rousseau (2002, p. 91-92) não admite, em sua obra, a possibilidade de representação: “Não se pode representar a soberania pela mesma razão que se não pode alienar; consiste ela essencialmente na vontade geral, e a vontade não se representa; ou é ela mesma, ou outra, e nisso não há meio termo; logo os deputados do povo não são, nem podem ser representantes seus; são quando muito seus comissários e nada podem concluir definitivamente. Não sendo a lei senão a mostra da vontade geral, é claro que no poder Legislativo não pode o povo ser representado.”

O fim do Estado Absoluto requer o repúdio a qualquer idéia de uma ordem suprema, já que foi a preeminência de uma ordem superior – a divina – que legitimou o exercício do poder político pelas monarquias. Qualquer referência a tal ordem constituía recurso a uma entidade estranha, inatingível pelo povo. E não podia haver nada acima da vontade popular. Nada acima da lei.

As idéias do abade Sieyès lançaram as sementes, no velho continente, para o reconhecimento da força normativa da Constituição. Retomando algumas idéias cunhadas do outro lado do Atlântico, o padre estabeleceu a distinção entre poder constituinte e poder constituído, salientando a ausência de limitações jurídicas oponíveis àquele.

Referindo-se às leis constitucionais, Sieyès (2001) afirma que elas são fundamentais, posto que os corpos políticos que existem e atuam com base nelas não as podem afetar. A Constituição é obra do poder constituinte e, portanto, nenhum poder constituído pode alterar as condições da delegação. O abade ainda propôs a criação de um *Jury Constitutionnel*, ao qual caberia o dever de pronunciar-se sobre eventuais violações da Constituição perpetradas pelas legislaturas.

Todavia, as idéias de Sieyès não repercutiram *prontamente* na afirmação da supremacia constitucional na Europa, nem na construção de um sistema apto a garanti-la.²⁴ Como o Poder Legislativo ocupava uma posição especial na organização dos Poderes, a importância da Constituição em relação à lei era secundária.

O culto à lei, fortemente enraizado na cultura política europeia, também contribuiu para a rejeição do judicial na Europa. A idéia de que a lei era fruto da razão – ou da vontade geral, na expressão de Rousseau, consagrada no art. 4º da Declaração dos Direitos do Homem de 1789 – e, portanto, infalível, propagou-se ao longo do século XIX e início do século XX. É o que Favoreu denomina *sacralização da lei*. Assim, admitir que a lei pudesse contrariar a Constituição e, portanto, incorrer em alguma espécie de equívoco ou ilicitude seria considerado como *heresia*. O império da lei, neste período, constituiu forte óbice à implementação definitiva de alguma forma mais efetiva de controle de constitucionalidade. O postulado da soberania popular era incontestável. (LEAL, R. S, 2006b, p. 44)

À Carta Magna cabia a função de afirmar o novo modelo que iria se instaurar, mas não lhe era reconhecido o *status* de norma jurídica superior, capaz de limitar o legislador. O reconhecimento do valor jurídico-normativo da Constituição e a instituição do controle de constitucionalidade só ocorrerão posteriormente, com as contribuições de Hans Kelsen e com a criação do Tribunal Constitucional austríaco.

²⁴ Há registro na história constitucional francesa de Constituições que adotaram as idéias de Sieyès, atribuindo ao Senado o controle de constitucionalidade das leis. Contudo, a terceira República inaugurou um período de repulsa à idéia de um órgão capaz de controlar a vontade das maiorias.

En realidad, el concepto específico de Constitución y el genérico de constitucionalismo expresan dos ideas fuerzas distintas que propugnan hechos diversos: respectivamente, la limitación concreta del legislador para proteger la voluntad del pueblo expresada en una Ley primera, y la limitación general del poder político para proteger a la sociedad y al ciudadano. Lo característico de la segunda idea-fuerza, sobre todo hasta el siglo XX y en Europa, es que no reclama a la primera, no pasa necesariamente por ella: es una limitación del poder político que no exige la concreta y efectiva limitación jurisdiccional del poder legislativo.

Se trata de un constitucionalismo, pues, que se define en paradoja, es decir, por la ausencia de Norma Suprema, aunque en sus formas más avanzadas se exprese mediante la Constitución escrita (nunca jurisdiccionalmente protegida). (ACOSTA SÁNCHEZ, 1998, p. 171)

Alfonso Celotto (2004) afirma que na Europa o limite imposto ao Poder Legislativo estava mais fundado na atribuição de funções a órgãos diversos e independentes (leia-se, na separação dos Poderes) do que no controle judicial da lei. Conceder aos juízes o poder de controlar a legitimidade das leis representava uma afronta ao princípio da separação dos Poderes tal como vivenciado na Europa. Foram muitas as razões que levaram os franceses a negar aos seus magistrados a competência para realizar o controle de constitucionalidade das leis.

Na França revolucionária predominava um clima de profunda desconfiança em relação aos juízes, pois vinham às mentes dos revolucionários os “*parlements*” ou tribunais superiores que na época dos Luíses tanto contribuíram para a arbitrariedade do *Ancien Régime*. As idéias de poder supremo da vontade geral, expressada unicamente pela Assembléia Nacional, reforçavam esse quadro a ponto de ser editada uma lei de 16 a 24 de agosto de 1790, vedando aos tribunais tomar parte direta ou indiretamente no exercício do Poder Legislativo, assim como impedir ou suspender a execução de decretos daquele poder, sob pena de prevaricação. Pela mesma razão, instituiu-se o *referee* legislativo que perduraria, em seus traços gerais, até 1873: sempre que uma lei despertasse interpretações divergentes, ela deveria ser enviada ao Legislativo, para que fosse emitido um decreto interpretativo ao qual o Judiciário haveria necessariamente de ajustar-se. (SAMPAIO, J. A. L., 2002, p. 32)

Os primeiros sinais de jurisdição constitucional institucionalizada, na Europa, apareceram em países que adotaram a forma federativa de Estado.²⁵ Em 1874, na Suíça, foi

²⁵ Louis Favoreu (2004, p. 16) noticia a evolução da jurisdição constitucional neste continente, registrando os momentos de surgimento e expansão dos Tribunais Constitucionais no velho mundo. “A história das Cortes Constitucionais não é longa, pois realmente teve início em 1920 com a criação da Corte Constitucional da Tchecoslováquia (Constituição de 29 de fevereiro de 1920) e a da Alta Corte Constitucional da Áustria (Constituição de 1º de outubro de 1920). A Espanha republicana seguiu este movimento, criando em sua Constituição de 1931 um Tribunal das garantias constitucionais que durou até a ascensão de Franco. A segunda onda situa-se após a segunda guerra mundial, quando após o restabelecimento da Corte austríaca em 1945 foram instituídas a Corte Constitucional italiana, em 1948, e o Tribunal Constitucional Federal alemão, em 1949, aos quais podemos acrescentar a criação, alguns anos mais tarde, das Cortes Constitucionais da Turquia (1961) e Iugoslávia (1963). A criação do conselho constitucional na França, em 1959, deve ser situada nesse movimento,

instituído um Tribunal Federal com a atribuição de guardar a Constituição em face do Direito cantonal. Na Áustria, em 1867, um Tribunal imperial foi instituído para dirimir os conflitos entre os entes federativos. (LEAL, R. S., 2006b)

Mas foi apenas com o advento do Estado de Bem-estar Social e com a crise de legitimidade que assolou os Parlamentos, que a lei perdeu seu prestígio, cedendo lugar à Constituição. As afrontas perpetradas contra os direitos humanos pelo legislador durante a vigência dos regimes totalitários contribuíram em muito para o descrédito dos Parlamentos europeus. A lei, antes tida como proteção do cidadão contra o Estado, passava a ser utilizada como instrumento de arbítrio.

O cataclismo dos regimes nazista e fascista derrubou as teorias constitucionais fundadas sobre a infalibilidade da lei. (LEITE, 2007) No momento de reconstruir a democracia, os políticos, os juristas e os dirigentes se preocuparam em criar instituições capazes de impedir o regresso daqueles males. Nesta busca, o controle jurisdicional da constitucionalidade das leis se impôs como instrumento destinado a assegurar os direitos das minorias, a evitar a opressão de uma maioria política e a impedir que o legislador atentasse contra os direitos fundamentais. (ROUSSEAU, D., 2002)

Nas palavras de Cappelletti (2003, p. 138):

Nosso século, todavia, haveria de ensinar uma outra lição: a de que a idéia rousseauiana da infalibilidade da lei parlamentar não passava de outra ilusão, pois até o Legislativo, e não apenas o Executivo, pode abusar do poder. A experiência mostrou, além disso, que a possibilidade de abuso legislativo cresceu enormemente com o crescimento legiferante do Estado moderno, e também que as tiranias legislativas e majoritárias podem ser tão opressivas quanto a tirania do Executivo.

Diante desta situação, a elevação da Constituição ao patamar de Lei Suprema servia à salvaguarda dos direitos fundamentais. Porém, a manutenção da autoridade da Constituição dependia da previsão de instrumentos capazes de garantir sua suprallegalidade, bem como de um órgão capaz de conter os excessos do legislador: um Tribunal Constitucional.²⁶

mesmo que na origem não parecesse ter as mesmas finalidades. A terceira onda manifestou-se nos anos 1970, com a criação do Tribunal Constitucional de Portugal (Constituição de 1976, revista em 1982), Espanha (Constituição de 1978) e também, em certa medida, a Corte Especial Superior da Grécia (1975); movimento que se propagou na Bélgica, com a Corte de Arbitragem (1983) que teve grande desenvolvimento na Europa do Leste: Polónia (1985), Hungria (1989), Romênia, Bulgária (1991), Albânia e República Tcheca (1992), Lituânia (1993), Eslovênia (1994), Rússia (1995) e Armênia (1996).”

²⁶ “Uma Constituição em que falta a garantia da anulabilidade dos atos inconstitucionais não é plenamente obrigatória, no sentido técnico. Muito embora não se tenha em geral consciência disso, porque uma teoria jurídica dominada pela política não permite tomar tal consciência, uma Constituição em que os atos inconstitucionais, e em particular as leis inconstitucionais também permanecem válidos [...] equivale mais ou menos, do ponto de vista propriamente jurídico, a um anseio sem força obrigatória”. (KELSEN, 2003, p. 179)

O modelo oferecido por Hans Kelsen teve a virtude de apresentar soluções às objeções (práticas e teóricas) que impediam a introdução de mecanismos de controle da legislação na Europa.

Segundo Perez Royo (1995), os Tribunais Constitucionais se fizeram presentes primeiro apenas nos países europeus que encontraram dificuldades excepcionais para passar do Estado Liberal do século XIX para o Estado Democrático do século XX. Com isso, reagia-se ao passado trágico e tentava-se propor um futuro democrático. Com o passar do tempo, a instituição se difundiu na Europa e ganhou espaço entre as instituições políticas do Estado Constitucional. Segundo o mesmo autor, nos países europeus que adotaram estruturas como o Tribunal Constitucional, as histórias da democracia e da justiça constitucional andaram juntas. Esta é a razão pela qual as Cortes Constitucionais gozam de amplo prestígio, com uma aceitação geral tanto pela opinião pública quanto pela opinião especializada.²⁷

Mesmo contrapostos em suas origens, em seus fundamentos, em suas lógicas e, principalmente, em suas histórias, podem ser apontados elementos comuns ao sistema norte-americano e austríaco de controle de constitucionalidade dos atos públicos. Um dos pontos de convergência entre estes modelos é o fato de o controle de constitucionalidade representar expressão do constitucionalismo.

Não podemos negar que a jurisdição constitucional integra o conjunto de mecanismos a serviço da limitação à ação dos poderes constituídos. O surgimento da jurisdição constitucional se insere, então, no contexto do constitucionalismo moderno. O constitucionalismo evoluiu e, com ele, também evoluíram os conceitos subjacentes à idéia de jurisdição constitucional. Os Tribunais Constitucionais se expandiram pelo mundo, o que fez com que muitos autores os considerassem indispensáveis a qualquer país que se afirmasse como Estado Democrático de Direito.

A universalização dos Tribunais Constitucionais foi seguida pela modificação do perfil destes órgãos. Se antes o controle de constitucionalidade se perfazia pela simples comparação de dois textos normativos abstratamente, hoje as Cortes Constitucionais são chamadas a atuar paralelamente ao legislador, seja proferindo sentenças aditivas ou substitutivas ou desenvolvendo formas de adaptar a obra do legislador, harmonizando-a à Constituição. Parece-nos difícil, nos dias de hoje, conceber as Cortes Constitucionais como legisladores negativos.

²⁷ A opinião do autor encontra atualmente vários críticos. Uma das mais ácidas, sobre o tema, pode ser encontrada no texto de cientista política da Universidade de Frankfurt: MAUS, Ingenborg. O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. **Novos Estudos CEBRAP**. São Paulo, n° 58, nov. 2000.

A afirmação feita por Alexandre Hamilton de que o Judiciário é o mais frágil dos três poderes, pois não dispõe nem da espada, nem da bolsa para garantir auto-executoriedade de suas decisões; e a assertiva proclamada por Tocqueville que também não considera que o Poder Judiciário possa ser visto como um superpoder pois lhe faltam as condições necessárias para sobrepujar os demais poderes, uma vez que deve pautar suas decisões pelos mandamentos legais, encontram-se ultrapassadas pela evolução da sociedade. (AGRA, 2005, p. 94)

Nas palavras de Dominique Rousseau o século XIX foi o século dos Parlamentos e o século XX foi o século da justiça constitucional. A aceitação desta instituição no mundo ocidental foi amplíssima. A justiça constitucional representa um “freio” oposto às maiorias, uma proteção dos direitos humanos consagrados na Lei Fundamental frente aos excessos dos Parlamentos.

A proteção sempre foi um fim perseguido pelo homem. O controle de constitucionalidade não é senão um reflexo da necessidade de proteção, tão familiar a todos nós.²⁸ Talvez por isso Cappelletti (1984, p. 45) afirme que “a necessidade de impor um limite ao próprio legislador, e de torná-lo efetivo através de um controle judicial, é uma necessidade profundamente radicada na história, mesmo antiga, da civilização humana.”

Mas cabe reconhecer que o constitucionalismo americano inaugurou uma nova fase em matéria de limitação do poder político²⁹, já que foi a partir dele que surgiu um novo conceito de Constituição, com caráter jurídico-normativo. A partir de então, agrega-se um atributo especial à Carta Política: a suprallegalidade. A suprallegalidade constitucional e a competência para que um órgão realize a fiscalização da constitucionalidade dos atos do Poder Público são indicados como fundamentos básicos do controle de constitucionalidade.

Mas o reconhecimento de tais pressupostos não se mostra suficiente para a compreensão do fenômeno do controle de constitucionalidade das leis. Qualquer tentativa neste sentido nos convidará a lançar um olhar sobre os fatores históricos, políticos e sociais que geraram o ambiente propício ao surgimento e desenvolvimento da jurisdição constitucional em cada país. Para entendermos os contornos de um sistema de fiscalização de constitucionalidade é preciso que estejamos atentos a tais elementos, pois o desenvolvimento de tal instituição no marco do Estado Democrático de Direito variou em larga medida. Não

²⁸ “[...] es lo cierto que la idea de la defensa de un determinado orden supremo es casi consustancial a la historia de la humanidad, y en ella podemos encontrar, lenjamente, algunos intentos de institucionalización en esta misma dirección”. (SEGADO, 2002, p. 10)

²⁹ “O desenvolvimento desse sistema das Constituições rígidas, e mais o Poder Judiciário com a capacidade de declarar írritos e nulos todos os atos e eles contrários a ela, têm por pátria os Estados Unidos da América do Norte.” (MELLO, 1980, p. 97)

dispomos de uma teoria da justiça constitucional uniformemente aplicável a todos os Estados que adotaram o controle de constitucionalidade das leis.

Nas páginas que se seguem buscamos traçar paralelos entre a sistemática norte-americana e a austríaca, evidenciando em que termos se estabeleceu a bipolaridade que hoje está ruindo. O que hoje se verifica no Direito é o movimento de aproximação destas duas formas de exercer o controle de constitucionalidade das leis. É de registrar que as incursões realizadas no presente estudo não têm o objetivo de descrever amplamente a evolução histórica do fenômeno nos Estados Unidos e na Áustria. Apenas salientamos alguns traços distintivos dos dois sistemas de controle com o intuito de contextualizar o problema da objetivação do controle concreto.

1.2 O modelo norte-americano de controle de constitucionalidade

O constitucionalismo norte-americano tem especial importância na história constitucional do Ocidente. Parte da doutrina aponta que a Carta de 1787 foi a primeira Constituição escrita da modernidade³⁰, mas a contribuição norte-americana vai muito além deste fato. Ao lado da forma federativa, esse país desenvolveu uma especial técnica de atuação da supremacia da Constituição: o *judicial review of legislation*.³¹

O controle judicial da constitucionalidade permite que juízes e tribunais neguem aplicação às leis contrárias a Constituição. Segundo Leal (2006b), a experiência norte-americana deu origem a uma nova forma de julgar não contemplada no sistema político de Montesquieu. No modelo clássico do princípio da separação dos Poderes os juízes estão submetidos à lei. A revisão judicial possibilitou o surgimento de um novo poder jurisdicional que, em nome da supremacia constitucional, se sobrepôs às leis, podendo negar-lhes aplicação.

No caso *Marbury v. Madison* o *Chief Justice* Marshall expôs as balizas do *judicial review*. Cumpre ressaltar que o poder de fiscalização não é ilimitado. A jurisprudência norte-americana, ainda no século XIX, estabeleceu restrições a esta atividade.

³⁰ Em sentido contrário, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello afirma que “A primeira Constituição escrita, em um corpo único, com poderes limitados, historicamente falando, é a de Cromwell. Expressamente declara que todo ato do Parlamento devia ser considerado ilegal, desde que não fosse contrário à Constituição, e mais, considera nulas e írritas as leis ofensivas da liberdade de consciência”. (MELLO, 1980, p. 107)

³¹ A revisão judicial não ficou confinada aos limites territoriais dos Estados-Unidos. Expandiu-se sobre o Canadá, a Austrália, a Índia, o Japão e mesmo sobre a Europa. Países como Noruega, Suécia, Alemanha e Itália experimentaram de algum modo e em algum momento elementos cunhados na prática do *judicial review* norte-americano. (CAPPELLETTI, 1992)

A decisão proferida no caso *Marbury v. Madison* evidencia que a Constituição é norma jurídica de hierarquia superior e serve de parâmetro para aferir a legitimidade das demais normas jurídicas; que o juiz apenas declara um vício preexistente; que a atuação do Poder Judiciário nesta matéria só poderia ocorrer diante de um caso concreto, quando uma ameaça real ou uma efetiva lesão do direito subjetivo deduzido no processo se fizesse presente. (CRUZ, 2004)

A competência para o controle de constitucionalidade das leis, no sistema americano, é atribuída difusamente a todos os juízes ou tribunais, já que a função de controlar a constitucionalidade das leis é decorrência do poder de interpretá-las. Assim, o controle encontra-se disperso na estrutura do Poder Judiciário. Esse dado lhe confere um forte apelo democrático, pois permite que a questão amadureça durante o *iter* regular das impugnações até chegar às portas da Suprema Corte.

Geralmente a Corte Maior apenas se manifesta a respeito do caso após um longo período de discussão e debates nas instâncias inferiores acerca da constitucionalidade da lei. Laurence Baum (1987 apud LEAL, R.,S., 2006b) afirma que até o ano de 1982, 61% das declarações de inconstitucionalidade de leis federais emanadas pela Suprema Corte eram proferidas após quatro anos contados da edição da lei pelo Congresso. É de registrar que não são raros os casos em que a Suprema Corte se abstém de firmar sua posição por entender que a questão não está suficientemente madura. Reconhece-se que não é dado à Corte produzir um pronunciamento prematuro ou abstrato. Em outras situações, a Corte se abstém de decidir casos em que a questão fora levantada tarde demais, não gerando qualquer benefício para as partes interessadas. *Mootness* e *ripeness* constituem doutrinas de acesso à Suprema Corte.

Muito embora a competência para a fiscalização esteja difundida entre todos os órgãos jurisdicionais, a Suprema Corte, órgão de cúpula da estrutura judiciária, ocupa lugar de destaque. É que, em virtude do *stare decisis*³², suas decisões se tornam obrigatórias para todos os demais órgãos judiciais.

Nos primórdios da *common law* a produção legislativa era escassa e a jurisprudência se consolidou como principal fonte do Direito. Benjamin Cardozo (2004) afirma, com razão, que o início do trabalho do juiz norte-americano baseia-se no exame e na comparação dos diversos precedentes judiciais. Se estes são claros e objetivos, talvez o magistrado não tenha que recorrer a mais nada para resolver o caso concreto que lhe foi submetido.

³² A expressão traduz o seguinte enunciado latino: “*stare decisis et non quieta movere*”, ou seja, ficar com o que foi decidido e não mover o que está em repouso.

No sistema norte-americano as decisões judiciais são baseadas em julgados anteriores. A cultura de respeito aos precedentes constitui um dado digno de nota nos países ligados à *common law*. Nas palavras de Appio (2008, p. 57) “Um juiz pode até discordar da correção da decisão anterior, firmada no precedente e, ainda assim, terá de aderir ao que já foi decidido no passado. Nos casos de vinculação vertical, a adesão é irrestrita e obrigatória.”

A regra do *stare decisis* revela a amplitude e a força do precedente jurisprudencial nos países de tradição anglo-saxã. A decisão judicial, para além de pôr termo a uma querela judicial, tem o condão de fixar um precedente que deverá ser obrigatoriamente seguido quando ocorrer um caso semelhante no futuro.

É graças a esse instituto que o *judicial review* adquire funcionalidade, de modo que, uma vez declarada inconstitucional, através do pronunciamento da Corte Maior, a lei, embora continue presente no ordenamento jurídico (*law on the books*) se transforma em lei morta (*dead law*). Assim, o *stare decisis* possibilita que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade proferida pela Corte Suprema se irradiem para além do caso concreto em que foi proferida.

Segundo Cappelletti (1992, p. 81):

[...] o resultado final do princípio do vínculo aos precedentes é que, embora também nas Cortes (estaduais e federais) norte-americanas possam surgir divergências quanto à constitucionalidade de uma determinada lei, através do sistema de impugnações a questão de constitucionalidade poderá acabar, porém, por ser decidida pelos órgãos judiciais superiores, e, em particular, pela *Supreme Court* cuja decisão será, daquele momento em diante, vinculatória para todos os órgãos judiciários. Em outras palavras, o princípio do *stare decisis* opera de tal modo que o julgamento de inconstitucionalidade da lei, acaba, indiretamente, por assumir uma verdadeira eficácia *erga omnes*.

À primeira vista tendemos a imaginar que o *stare decisis* e o efeito vinculante constituem uma mesma realidade, pois ambos tendem a tornar geral e obrigatória a interpretação realizada por um órgão. Existem, porém, diferenças entre esses dois institutos. O efeito vinculante foi forjado na Europa no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade como medida tendente a reforçar as decisões do Tribunal Constitucional em matéria de controle de constitucionalidade. O objetivo era pôr fim a reiterações de decisões contrárias às proferidas por este órgão. Já o *stare decisis* nasceu no seio da *common law* de modo a conferir estabilidade na regulação das relações sociais, ante a inexistência de uma densa produção legislativa. O *stare decisis* não foi criado especificamente para a prática

do controle de constitucionalidade, mas constitui instrumento de coerência interna do Poder Judiciário (LEAL, R. S., 2006a).³³

Alguns autores fazem referência a uma “debilidade” na aplicação da regra do *stare decisis* diante de matéria constitucional. (LEAL, R. S. 2006b, p. 127-129) Contudo há que se reconhecer que a regra tem força institucional suficiente para dar estabilidade e eficácia ao *judicial review of legislation*. A aplicação do *stare decisis* tende a dar outra dimensão aos postulados firmados por Hamilton e reproduzidos por Marshall. Se estes entendiam que o controle de normas era fundado diretamente na competência dos juízes em solucionar a lide concreta por meio da interpretação do Direito, a regra do *stare decisis* tende a agigantar os efeitos deste controle, gerando uma legítima anulação da lei com efeitos retroativos. (CAPPELLETTI, 1992)

A regra do *stare decisis* prestigia a estabilidade, a previsibilidade, assegura igualdade de tratamento aos jurisdicionados, mas não significa que os juízes tenham que obedecer cegamente às decisões pretéritas. Há mecanismos que possibilitam a reversão do entendimento anterior e a conseqüente oxigenação da jurisprudência norte-americana. Para Tribe (2000) o *stare decisis* promove o equitativo, previsível e consistente desenvolvimento dos princípios legais.

Outra diferença marcante entre o sistema norte-americano e o austríaco está no caráter incidental que caracteriza o controle norte-americano. A declaração de inconstitucionalidade, nesta forma de controle, não se apresenta enquanto objeto central da causa, pois a declaração de inconstitucionalidade não se presta à tutela da ordem constitucional considerada objetivamente, mas a defesa de posições subjetivas.

A questão sobre a inconstitucionalidade da lei só será enfrentada pelo juiz caso seja relevante para a resolução do caso concreto. Recorde-se que a própria Constituição norte-americana prescreve que a jurisdição dos membros do Poder Judiciário se restringe aos casos e às controvérsias. A atuação do Poder Judiciário norte-americano só pode ocorrer diante de um conflito de interesses. Nas palavras de Clève (2000, p. 92), “[...] a argüição manifestar-se-

³³ Para Hans Kelsen (2003, p. 307-308) “[...] a norma de *stare decisis* não é de modo algum absoluta. Não está bem claro até que ponto sua validade é reconhecida. Acima de tudo, admite-se que ela não é válida no caso de interpretação da Constituição. “Questões constitucionais estão sempre abertas a exame”. Portanto é possível que a Suprema Corte declare uma mesma lei inconstitucional num caso e inconstitucional noutra, ou vice-versa. O mesmo é verdade no que concerne às outras cortes. Tais casos têm, com efeito, ocorrido. Não está excluída também a possibilidade de que uma corte inferior, em particular uma corte estadual, decida a questão da constitucionalidade de uma lei se, que o caso seja trazido perante a Suprema Corte, e que esta, ao examinar a lei dentro de outro caso, decida a questão de forma contrária. Nesse caso o princípio da *res judicata* impossibilita a outra corte de adaptar sua decisão prévia àquela da Suprema Corte.”

á, sempre, no curso de um processo. Não há ataque direto à lei inquinada de vício. Ataca-se, antes, o ato, o fato ou a conduta que se pretende praticar com base na lei”.

Portanto, é natural que não haja qualquer procedimento específico para a obtenção da declaração de inconstitucionalidade. A regra fundamental do sistema é que inexistente qualquer modo especial de procedimento – assim como não existe um órgão especial competente – para as questões constitucionais, as quais se decidem na medida em que surgem em cada caso concreto, qualquer que seja a natureza dos direitos em questão.

Segundo a jurisprudência dos tribunais estadunidenses, a lei presume-se constitucional, sendo a declaração ato excepcional realizado ante a manifesta inconstitucionalidade. Trata-se de um incidente a ser apreciado pelo juiz antes da decisão acerca da procedência ou improcedência do pedido.

Como se dá no bojo de um processo subjetivo, em que o magistrado limita-se a resolver a lide, a declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum* não tem o condão de expurgar o ato normativo do ordenamento jurídico. Tradicionalmente a decisão só tem projeção no processo em que houve a declaração; portanto, apenas gera efeitos para as partes envolvidas no litígio.

A preocupação central não é a integridade do sistema jurídico, mas a tutela de determinado direito que pode ser negada em virtude da aplicação de uma lei inconstitucional. No cenário estadunidense os direitos formaram o fundamento sobre o qual a ordem constitucional foi construída, diferentemente do que ocorreu na Europa, onde as conquistas do constitucionalismo francês conduziram ao fortalecimento do Parlamento e da lei. O *judicial review* surgiu, então, como instrumento de proteção dos direitos do cidadão, consagrados na Carta Constitucional contra os excessos eventualmente cometidos pelo legislador.

Outro dado importante na configuração do controle de constitucionalidade de origem norte-americana diz respeito aos efeitos no tempo da declaração de inconstitucionalidade. Tradicionalmente associa-se este tipo de controle com a atribuição de efeitos retroativos à decisão que reconhece a incompatibilidade da lei com a Carta Maior.

Sendo a Constituição o texto ápice antecedente cronologicamente, era até natural defender-se que toda lei editada que se afigurasse contrária a ela o seria desde seu nascimento, uma vez que jamais deveria ter sido elaborada e ingressado na ordem jurídica. A declaração de inconstitucionalidade implicava necessariamente a nulidade *ab initio*, também denominada nulidade de pleno direito, na medida em que se entendia a incompatibilidade como a ausência dos elementos essenciais que a identificavam, o que acarretava a carência de produção de efeitos jurídicos desde a origem e a impossibilidade de ser ratificada ou sanada. (FERREIRA, C. W. D., 2007, p. 157)

A consolidação da tese da nulidade no Direito americano se deve, também, ao caráter incidental que caracteriza a *judicial review*. É que, como a inconstitucionalidade era declarada com vistas a solucionar o caso concreto, o juízo de inconstitucionalidade proferido pelo magistrado apenas seria útil se fosse dotado de efeitos retroativos. Veremos mais adiante que a questão dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade recebeu conformação diversa sob a égide da Corte Warren.

1.3 O modelo austríaco de controle de constitucionalidade

Embora existissem idéias cunhadas nos Estados Unidos da América para a formação de um sistema de controle de constitucionalidade das leis, a Europa adotou um modelo diverso de fiscalização da constitucionalidade dos atos normativos. A concepção deste modelo deve muito a Hans Kelsen, que se esforçou para criar estruturas jurídicas que garantissem a autoridade e primazia da Constituição sobre as demais leis.

Assim, a despeito de sua notável expansão e da enorme influencia intelectual que exerceu, e ainda exerce, na doutrina constitucional universal, o modelo norte-americano cedeu espaço ao longo do século XX, sobretudo na Europa continental, para o sistema de controle concentrado, em que a fiscalização da constitucionalidade das leis é confiada, com exclusividade, a um órgão jurisdicional independente (o Tribunal Constitucional). [...] Seu surgimento não se daria senão no período entre guerras, com a promulgação da Constituição austríaca de 1º de outubro de 1920, redigida a partir de projeto elaborado, a pedido do governo, por Hans Kelsen. (BINENBOJM, 2004, p. 35)

Kelsen estruturou a ordem jurídica de modo a concebê-la como um sistema de normas hierarquizadas, um verdadeiro edifício de normas superpostas no qual cada norma extrai seu fundamento de validade de uma norma superior. O sistema é fechado e auto-referente. Neste sistema impõe-se, obviamente, a necessidade de controle da regularidade dos atos inferiores com os atos superiores.

O controle de constitucionalidade se justifica, então, nesta necessidade de controle da regularidade da lei com o ato que lhe é imediatamente superior: a Constituição. Kelsen preocupava-se fundamentalmente com a manutenção da integridade do sistema, de modo a impedir que uma lei contrária a que lhe é superior integre o ordenamento jurídico.

Diversamente do que ocorria do outro lado do Atlântico, a competência para a declaração de constitucionalidade não seria outorgada a todos os magistrados indistintamente. E havia diversas razões para isso.

Segundo Eduardo García de Enterría (2006, p. 140),

Se ha querido paliar a través de este sistema tan cuidadosamente articulado el riesgo de un gobierno de los jueces, que, además entonces era especialmente peligroso en Europa por la vigencia, que en aquel momento la doctrina jurídica acepta, de dogmas como los de la Escuela Libre del Derecho, la libre *recherche* en Francia, la *Volksgemeinschaft* o comunidad del pueblo, el sentimiento colectivo, etc., que pretende liberar en cierta manera a los jueces de la observancia de la ley. Este riesgo es el que el sistema kelseniano intenta evitar estableciendo como postulado capital la sumisión de los jueces a todas las Leyes, sin perjuicio de que únicamente el Tribunal Constitucional pueda eliminar del sistema, siempre *ex nunc*, como hemos notado, las leyes supuestamente incompatibles con la Constitución.

Uma das mais importantes razões pelas quais os europeus não adotaram o modelo norte-americano diz respeito a ausência da regra do *stare decisis* na tradição romano-germânica. Certamente a falta de um instituto similar ao *stare decisis* geraria um ambiente permeado pela insegurança jurídica, ante a possibilidade de decisões divergentes acerca da constitucionalidade das leis.³⁴

El modelo americano de justicia constitucional difusa y descentralizada le merece ciertas críticas. En primer lugar, deja planear durante largo tiempo dudas sobre la constitucionalidad de las leyes lo que perjudica la seguridad jurídica: las decisiones de los tribunales, incluidas las del Tribunal Supremo, no poseen más que un valor relativo, limitado al caso concreto y la discusión constitucional puede renacer indefinidamente con ocasión de cualquier proceso. Además en Europa los jueces, formados en el respeto fiel de las leyes, se encuentran en una posición institucional e política de debilidad y de timidez que no les otorga la autoridad necesaria para asegurar la difícil función del control de las leyes. (ROUSSEAU, D., 2002, p. 13)

Preferiu-se atribuir a um único órgão a função de defesa da Constituição. Além de deter com exclusividade a competência para a apreciação da compatibilidade das leis com a Constituição, aos Tribunais Constitucionais foram conferidas outras competências como composição de conflitos federativos e julgamento de altos funcionários do Estado.

Para Kelsen, a atividade desempenhada pelos membros do Tribunal Constitucional, qual seja, o controle de compatibilidade entre a Constituição e a lei, tem natureza legislativa³⁵. Os membros da Corte Constitucional não aplicam a lei aos casos concretos, mas analisam a compatibilidade de uma norma abstrata com a Lei Fundamental, eliminando-a do

³⁴ Na Áustria as decisões da Corte mais alta – Oberster Gerichtshof – concernentes à constitucionalidade de uma lei ou decreto não tinham força obrigatória sobre as Cortes inferiores. Estas não estavam proibidas de aplicar uma lei que o Oberster Gerichtshof tivesse previamente declarado inconstitucional. (KELSEN, 2003)

³⁵ Segundo Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2004, p. 123) “Kelsen tuteou entre a natureza jurisdicional da Corte, ora dizendo-o de forma explícita, ora entendendo que a mesma não se encaixaria em nenhum dos poderes clássicos”.

ordenamento, se for o caso, no exercício de uma atividade alternativa ao processo usual de revogação das leis.

O poder de legislar era exercido tanto pelo Parlamento, como pelo Tribunal Constitucional. O primeiro era o legislador positivo; o segundo era o legislador negativo, entidade responsável pela eliminação de leis contrárias à Constituição. A anulação de uma lei pelo Tribunal Constitucional teria o mesmo caráter geral da promulgação de uma lei pelo Parlamento. Kelsen vislumbra apenas uma diferença quantitativa entre o caráter político da legislação e o da atividade desempenhada pelos Tribunais Constitucionais.^{36 37}

Por outro lado, o jurista vislumbra na atividade desempenhada pelas Cortes Constitucionais um caráter jurisdicional, eis que a sua função, no exercício do controle de normas, afigura-se antes uma função de aplicação de normas do que criação de normas. A livre conformação, característica presente no processo de elaboração das leis, não integra o perfil da Corte Constitucional. De acordo com Leal (2006b) trata-se de atividade de caráter híbrido.

No modelo europeu-kelseniano³⁸ através de um instrumento processual específico, o ente legitimado provoca o Tribunal para que se manifeste acerca da constitucionalidade do dispositivo de lei impugnado. Repare que ao contrário do sistema norte-americano, o controle de constitucionalidade austríaco não aparece, ao menos imediatamente, como forma de tutelar

³⁶ Para Kelsen (2005, p.385-386) “O conceito de separação dos poderes designa um princípio de organização política. Ele pressupõe que os chamados três poderes podem ser determinados como três funções distintas e coordenadas do Estado, e que é possível, definir fronteiras separando cada uma dessas três funções. No entanto, essa pressuposição não é sustentada pelos fatos. Como vimos, não há mais três, mas duas funções básicas do Estado: a criação e a aplicação do direito, e essas funções são infra e supra-ordenadas. Além disso, não é possível definir fronteiras separando essas funções entre si, já que [...] a distinção entre criação e aplicação do direito tem apenas um caráter relativo, a maioria dos atos do Estado sendo, ao mesmo tempo, atos criadores e aplicadores do Direito. É impossível atribuir a criação de direito a um órgão e sua aplicação a outro, de modo tão exclusivo que nenhum órgão venha a cumprir simultaneamente ambas as funções.”

³⁷ “Assim outorgando ao Tribunal Constitucional (especialmente constituído para esse fim e dotado de características especiais) a competência para declarar inconstitucional uma lei, o sistema asseguraria a supremacia da Constituição sobre o Parlamento, mas evitaria que o órgão fiscalizador entrasse em apreciações dos fatos e interesses, e na valoração e na paixão inerentes à decisão de casos concretos, e deste modo atenuaria o risco de apreciação das leis sob o aspecto da oportunidade, e de usurpação do juízo político que só ao Parlamento pertenceria. Destarte, o Tribunal Constitucional, em vez de concorrente do Parlamento, seria o seu complemento lógico, atuando como depositário das categorias lógicas do ordenamento, e julgando somente a validade da lei, por via de simples lógica racional.” (PONTES DE MIRANDA, 2008, p. 47)

³⁸ Em realidade não se pode dizer que todos os países europeus seguem o modelo kelseniano. A França, por exemplo, possui um sistema peculiar de fiscalização da constitucionalidade. A Inglaterra, por seu turno, não conhece esta técnica de controle dos atos do Parlamento. No entanto, falaremos em modelo europeu-kelseniano em razão da grande maioria dos países europeus ter incorporado, com maior ou menor grau de similitude, o sistema de fiscalização da constitucionalidade preconizado pelo mestre de Viena.

posições subjetivas. A ação movida pelo requerente pretende a declaração de inconstitucionalidade e, por consequência, a manutenção da higidez do ordenamento jurídico.

A maior diferença entre as Constituições americana e austríaca diz respeito ao processo pelo qual uma lei é declarada inconstitucional pelo órgão competente. De acordo com a Constituição dos Estados Unidos, a revisão judicial da legislação só é possível dentro de um processo cujo objetivo principal não seja estabelecer se uma lei é ou não constitucional. Essa questão pode surgir apenas incidentalmente, quando uma das partes sustentar que a aplicação de uma lei no caso concreto viola de modo ilegal os seus interesses porque a lei é inconstitucional. Assim, em princípio, apenas a violação de um interesse de uma parte pode colocar em movimento o procedimento de revisão judicial da legislação. O interesse na constitucionalidade da legislação, contudo, é um interesse público que não necessariamente coincide com o interesse privado das partes envolvidas; trata-se de um interesse público que merece ser protegido por um processo correspondente à sua condição especial. (KELSEN, 2003, p. 311-312).

O controle se dá, então, pela via de ação, de modo que o juiz constitucional se manifesta sobre a inconstitucionalidade independentemente da existência de um caso concreto em que se discuta a aplicação da lei. “Desde el momento en que el juez no tiene que decidir sobre un caso particular sino sobre la propia ley, in abstracto, su decisión no puede tener más que una autoridad absoluta, imponiéndose *erga omnes*”. (ROUSSEAU, D., 2002, p. 14).

Os efeitos gerais decorrentes das sentenças proferidas pela Corte Constitucional se justificam em razão da natureza de legislador negativo reconhecida a este órgão, bem como em razão do profundo interesse público na manutenção da higidez do ordenamento jurídico.

Com a reforma constitucional de 1929 foi introduzido, na Áustria, uma espécie de controle incidental, de modo que dois órgãos jurisdicionais superiores (Tribunal Supremo de Justiça e o Tribunal de Justiça Administrativa) podiam levar a questão de inconstitucionalidade ao Tribunal Constitucional para que elucidasse a dúvida sobre a questão.³⁹

Cualquier parte de una *litis* o controversia de la que estuviera conociendo uno de esos dos altos órganos jurisdiccionales ordinarios podía plantear ante ellos el problema de la constitucionalidad de una ley aplicable al caso concreto, si bien le cuestión constitucional propiamente dicha se había de plantear por la exclusiva decisión del alto órgano jurisdiccional. (SEGADO, 2003, p. 66)

Diante da dúvida a respeito da constitucionalidade da lei aplicável ao caso concreto, aqueles dois órgãos jurisdicionais suspendem o processo e remetem a questão para o Tribunal Constitucional. Depois de pronunciada pela Corte Constitucional a legitimidade ou a

³⁹ Em 1975, por obra de uma nova reforma constitucional, ampliou-se o rol de legitimados para levar a questão de inconstitucionalidade ao Tribunal Constitucional.

ilegitimidade da lei, o tribunal resolveria o caso concreto que lhe fora submetido, aplicando o entendimento da Corte Constitucional sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei.

O uso desta via por parte dos órgãos judiciais é considerado expressivo indício do movimento de convergência entre os modelos de justiça constitucional. Implicaria a introdução de um elemento incidental num sistema concentrado, em que o controle tem caráter principal. E mais: atribui caráter concreto ao controle realizado pelo Tribunal Constitucional quando conhece de uma questão de inconstitucionalidade. A aproximação dos dois sistemas situar-se-ia, neste caso, no liame existente entre a decisão do Tribunal Constitucional e o caso concreto, que pode, inclusive, chegar a exercer certa influência, por pequena que seja, no juízo sobre o problema de constitucionalidade suscitado. Trata-se, conforme leciona Cappelletti, de uma notável aproximação do sistema americano da *Judicial review*. (LEAL, R., S., 2006a, p. 65)

A introdução da questão de constitucionalidade no sistema austríaco não chega a desnaturar o modelo, contudo altera o significado original do monopólio. De fato, o Supremo Tribunal Administrativo e o Supremo Tribunal de Justiça não estavam autorizados a decidir a questão a respeito da constitucionalidade. Apenas poderiam remeter a questão ao Tribunal Constitucional. Contudo o seu juízo prévio a respeito da constitucionalidade da lei era necessário para a provocação do Tribunal Constitucional. Para alguns autores, a introdução da questão de constitucionalidade permitia a ocorrência de um duplo juízo de inconstitucionalidade: o primeiro, provisório, realizado por aqueles órgãos autorizados a identificar e levar a questão à Corte Constitucional; o segundo, definitivo, realizado pelo próprio Tribunal Constitucional (SEGADO, 2003).

Esta concreción en el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad convive con la abstracción del enjuiciamiento llevado a cabo por el Tribunal Constitucional. Este no va a dejar de confrontar en abstracto dos normas jurídicas, dilucidando su compatibilidad o contradicción a través de un conjunto de operaciones lógico-silogísticas. Sin embargo, como bien se ha señalado, la concreción en el planteamiento de origen no parece que haya de carecer de una cierta repercusión en el propio juicio constitucional, pues, llegado el momento de determinar el sentido de los enunciados normativos, puede llegar a ejercer un cierto influjo, por pequeño que sea, el caso litigioso en suspenso en el que se ha suscitado el problema de constitucionalidad y sobre el que posteriormente se ha de pronunciar el juez a quo. (SEGADO, 2003, p. 70)

A reforma constitucional de 1929, ao possibilitar que novos órgãos legitimados deflagrassem o controle de constitucionalidade a partir de um caso concreto, afasta-se da concepção original, na qual a questão a respeito da constitucionalidade surgia totalmente desvinculada de qualquer pretensão subjetiva.

A Constituição austríaca de 1920 deu à Corte Constitucional o poder de anular leis inconstitucionais. A decisão deste órgão tem a força de expurgar o ato normativo do ordenamento jurídico, de modo que a declaração não tem força apenas para um caso concreto, mas para todos os casos presentes e futuros.

Para Kelsen a tradição norte-americana, a qual sustentava que uma lei inconstitucional é lei inexistente e nula, não era de todo correta. Para o jurista, a lei, quando elaborada pelo Parlamento, goza de uma presunção de constitucionalidade que pode ser afastada pelo exame de compatibilidade realizado pela Corte Constitucional. O legislador, como intérprete da Constituição, deve ter sua obra respeitada até que sobrevenha uma decisão fixando interpretação diversa. Daí que o fato de uma lei contrariar a Constituição não implica que ela seja necessariamente nula ou inexistente. Ela é válida até a sua anulação, posto que efetivamente produziu efeitos jurídicos. A decisão do Tribunal Constitucional tem natureza constitutiva negativa.⁴⁰

Também é controverso se uma lei declarada inconstitucional pela Suprema Corte deve ser considerada como nula *ab initio*. Uma interpretação nesse sentido da decisão da Suprema Corte significaria que tal decisão anula a lei de maneira geral e com força retroativa, abolindo-se assim todos os seus efeitos anteriores. Dentro de um sistema de direito positivo, porém, não existe nulidade absoluta. Não é possível caracterizar como inválido *a priori* (nulo *ab initio*) um ato que se apresenta como legal. Somente a anulação de tal ato é possível; ele não é nulo, mas anulável, eis que não é possível afirmar que um ato é nulo sem que se responda a questão sobre quem tem competência para estabelecer tal nulidade. Uma vez que a ordem legal – a fim de evitar a anarquia – dá a certas autoridades o poder de definir se um ato é nulo, tal definição tem sempre um caráter constitutivo, e não declaratório. (KELSEN, 2003, p. 308)

Ademais conceder efeitos retroativos à decisão do Tribunal Constitucional significava negligenciar o fato de que a lei efetivamente existiu e produziu efeitos que não podem ser ignorados.

A Constituição de 1920, em seu texto original, estabeleceu que os efeitos da decisão do Tribunal Constitucional teriam eficácia *ex nunc* ou *pro futuro*. Neste último caso admite-se que a lei continue a produzir efeitos mesmo após a sua declaração de inconstitucionalidade.

⁴⁰ “O pressuposto de uma anulabilidade por um órgão central competente para tanto é o de que não há diferença entre a atividade legislativa e a atividade jurisdicional; ou se há, ela é apenas de grau. Tanto o Judiciário como o Legislativo emitem normas: o primeiro, uma norma individual para o caso concreto; o segundo, uma norma geral para um sem-número de casos. Ao outorgar, pois, a competência para a anulação de atos inconstitucionais a um só órgão, criado para isto, não há como desqualificar sua atividade como uma de caráter legislativo negativo. Anular uma lei, para Kelsen, equivale a criar uma norma geral, já que não se está diante de uma questão concreta a ser resolvida num litígio de partes. A anulação tem o mesmo caráter jurídico de uma criação e a sentença proferida pelo órgão de fiscalização é sempre anulatória.” (MEYER, 2008, p. 97) O autor afirma, ainda, que ao equiparar a atividade legislativa à atividade jurisdicional (ambas seriam produção de direito) Kelsen confunde existência e validade, atributos distintos da norma jurídica.

A natureza constitutiva da sentença em sede de controle abstrato não se prestava à realização da justiça no caso concreto, por esta razão, a reforma constitucional possibilitou que a sentença de inconstitucionalidade produzisse efeitos retroativos para o caso concreto (caso pretexto) que suscitou a discussão acerca da inconstitucionalidade da lei.

Tal força, concedida excepcionalmente à decisão anulatória, era uma necessidade técnica, pois sem ela as autoridades encarregadas da aplicação das leis (isto é, os juízes da Suprema Corte e da Corte Administrativa) não teriam tido um interesse imediato e portanto suficientemente relevante para provocar a intervenção da Corte Constitucional. As autoridades que solicitassem à Corte Constitucional a revisão judicial de uma lei precisavam saber que seu pedido, caso tivesse sucesso em anular a lei, teria um efeito imediato sobre a sua própria decisão no caso concreto onde haviam interrompido o processo para obter a decisão declaratória (KELSEN, 2003, p. 315)

Com a reforma constitucional de 1975, o sistema austríaco passou a permitir a concessão genérica de efeitos retroativos às decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional. A lei ilegítima não será mais aplicada em qualquer situação. Registre-se que o Tribunal Constitucional austríaco não se utilizou desse expediente com frequência.

Quanto ao seu alcance no tempo, a anulação pode se limitar ao futuro ou, ao contrário, igualmente se estender ao passado, ou seja, ter ou não efeito retroativo. Essa diferença obviamente só tem sentido para os atos que tenham conseqüências jurídicas duradouras; ela diz respeito, portanto, antes de mais nada, à anulação de normas gerais. O ideal de segurança jurídica requer que se atribua, geralmente, efeito à anulação de uma norma geral irregular pro futuro, ou seja, a partir da anulação. Deve-se considerar inclusive a possibilidade de não se deixar a anulação entrar em vigor antes do término de determinado prazo. Da mesma forma que devem existir motivos válidos para fazer a entrada em vigor de uma norma geral ser antecedida, por exemplo, de uma *vacatio legis*, também poderia haver motivos válidos para que uma norma geral deixasse de vigorar após certo prazo a partir da sentença de anulação. Todavia, certas circunstâncias podem tornar uma anulação retroativa necessária. Não se deve somente pensar no caso extremo, precedentemente considerado, de uma retroatividade ilimitada, em que a anulação do ato equivale a sua nulidade, quando o ato irregular deve, conforme a apreciação soberana da autoridade competente para anulá-lo ou em virtude da exigência pelo direito positivo de um mínimo de condições para sua validade, ser reconhecido como sendo pura e simplesmente um pseudo-ato jurídico. Deve-se vislumbrar, antes de mais nada, um efeito retroativo excepcional, limitado a alguns casos específicos ou a certa categoria deles. (KELSEN, 2003, p. 145)

Vê-se, pois, que mesmo adotando como regra a concessão de efeitos prospectivos o sistema austríaco passou a permitir a outorga de efeitos retroativos às decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional. Não há como se defender, mesmo no sistema austríaco, o primado absoluto da regra da não retroatividade. Esse dado evidencia que não há como defender a pureza dos sistemas de controle de constitucionalidade.

A afirmação histórica dos modelos austríaco e norte-americano foi caracterizada pelo radicalismo. Os críticos analisavam os dois modelos como se suas lógicas, seus princípios e suas técnicas fossem incompatíveis. Esse radicalismo cedeu espaço para abrandamentos ditados por imperativos de ordem prática.

O sistema kelseniano, expresso na Constituição austríaca de 1920, tornou-se o modelo adotado por muitos países europeus a partir do primeiro pós-guerra. Mas foi apenas no segundo pós-guerra que a influência deste modelo sobre a Europa se expandiu.

A partir daí, sobreleva-se a convicção de que a Constituição só pode servir de garantia da ordem social, política e dos direitos fundamentais se for garantida por mecanismos poderosos que tratam a questão da inconstitucionalidade como núcleo do Direito Constitucional (MIRANDA, 1995).

Ao longo do século XX assistimos a universalização dos Tribunais Constitucionais. Essa expansão deu origem a sistemas de controle com características distintas daquelas estabelecidas por Kelsen por ocasião da Constituição austríaca de 1920. Os países passaram a mesclar elementos das tradições norte-americana e austríaca, gerando sistemas híbridos, afastando-se, desse modo, dos modelos puros.

A expansão da jurisdição constitucional na Europa provocou uma mudança no perfil da atividade desenvolvida pelos Tribunais Constitucionais. Hoje estes órgãos não se limitam a expurgar a lei do ordenamento jurídico. Na atualidade eles exercem funções que escapam dos padrões conceituais definidos por Kelsen.⁴¹

⁴¹ “Não bastasse a discricionariedade ou liberdade interpretativa franqueada pela excessiva polissemia de muitos princípios e regras constitucionais, os atos emanados dos órgãos a que cumpre a função de julgar as leis impõem censuras políticas, estipulam prazos aos demais poderes, suprem omissões, assumem o controle de novos parâmetros, além de convalidar inconstitucionalidades e legislar provisoriamente.” (LEAL, R., S., 2006b, p. 99)

2 O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

2.1 A introdução do judicial review of legislation no Direito brasileiro

A experiência constitucional norte-americana possibilitou a elevação do Poder Judiciário a uma posição especial no quadro da organização dos Poderes, já que concedeu aos magistrados daquele país a competência para realizar o controle de constitucionalidade das leis.

No Brasil, durante a vigência da Constituição do Império, tal competência não era assegurada à magistratura, visto que a organização política do Estado brasileiro seguia os moldes do constitucionalismo francês, no qual ao Judiciário não era dada a possibilidade de negar a aplicação a qualquer lei.

Além disso, a existência de um Poder Moderador e a competência dada ao Poder Legislativo para guardar a Constituição (art. 15, IX da Constituição de 1824) impediam a formação de um sistema de fiscalização da constitucionalidade.

As palavras de Pimenta Bueno demonstram a restrita dimensão da magistratura em nosso país naquela época. O Poder Judiciário,

[...] no desempenho dessa importante missão que tem por fim proteger a liberdade, a fortuna e vida dos cidadãos, assim como a ordem e segurança social, ele deve ser perfeitamente independente, mas deve também cumprir impreterivelmente a obrigação sagrada de não se desviar jamais da lei. Esta, e só ela, deve ser o seu norte, deve ser a norma que tem de aplicar em toda a sua pureza, em todos os casos, com toda a igualdade. Foi para isso que recebeu seu poder social, essa é a condição da verdadeira legitimidade de seus atos, e também a indeclinável exigência da razão e dos interesses sociais. (PIMENTA BUENO, 1958, p. 335)

A importação do modelo constitucional norte-americano fez-se para uma cultura saturada de familiaridade com as instituições européias, razão pela qual a influência das idéias consolidadas nos Estados Unidos foi reduzida, ao menos nos primeiros anos da experiência constitucional brasileira. Vale lembrar que o nosso Direito Administrativo seguia a tradição francesa e que o Direito Civil inspirava-se na doutrina alemã. Certamente a introdução da doutrina norte-americana sobre o poder de controlar as leis encontraria, no Brasil, dificuldades.

Em 24 de fevereiro de 1891 foi promulgada a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, a qual, ao prever a competência recursal do STF, indiretamente reconheceu

a possibilidade de todos os juízes e tribunais afastarem a aplicação de norma ilegítima em face da Constituição.

Ao contrário do que ocorreu nos Estados Unidos, onde o controle de constitucionalidade foi fruto de uma construção jurisprudencial em sintonia com o próprio constitucionalismo americano, no Brasil a competência para que os juízes exercessem o controle de constitucionalidade foi produto da inovação legislativa, voltada, em última análise, para a defesa do regime republicano.

Em 1890, instituído o Supremo Tribunal Federal, nasce o controle de constitucionalidade. Contudo, ao invés de ser concebido como instrumento de inclusão social e de respeito dos direitos fundamentais, o instituto nasceu muito mais como instrumento de ação do governo republicano temeroso da ação da então maioria parlamentar monarquista, ou seja, como mecanismo de ação contramajoritário claramente colonizado pelos interesses governistas. Assim, o que se esperava do Supremo era o papel de guardião da República e não de defensor dos direitos fundamentais, a despeito de que anotam-se na história daquela instituição alguns julgamentos em prol desses direitos. (CRUZ; SOUZA, 2009, p. 94)

Transpusemos a doutrina do *judicial review* para um ambiente em que a influência escolástica, o clientelismo e o paternalismo se faziam presentes. (CRUZ, 2004) Assim, a transformação qualitativa do sistema constitucional brasileiro e do Poder Judiciário nacional decorreu de um longo e lento processo.

Os anos que se seguiram à instituição do controle de constitucionalidade no Brasil foram marcados pela reprodução das doutrinas norte-americanas, independentemente de qualquer reflexão crítica em torno de um sistema adequado a nossa realidade constitucional. Neste sentido as palavras de Rui Barbosa são sintomáticas:

Nesta excursão pelas novidades de um regime inteiramente sem passado entre nós [...] nossa lâmpada de segurança será o direito americano, suas antecedências, suas decisões, seus mestres. A Constituição brasileira é filha dele, e a própria lei nos pôs nas mãos esse foco luminoso, prescrevendo, nos artigos orgânicos da justiça federal, que “os estatutos dos povos cultos e especialmente os que regem as relações jurídicas na república dos EUA, os casos de *common law e equity*, serão também subsidiários da jurisprudência e processo federal”. (BARBOSA, 2004, p. 19)

De todo modo, não podemos negar que a Constituição de 1891 representa um marco para a jurisdição constitucional brasileira. Ao lado da consagração da República, do Legislativo bicameral, do Presidencialismo e do Federalismo, o constituinte outorgou expressamente ao Supremo Tribunal Federal a competência para aferir a compatibilidade de atos normativos com a Carta Maior, por meio de recurso (Art.59, n.3, §1º, *a,b* da Constituição de 1981).

A Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, por sua vez, deixou evidente que os juízes singulares detêm competência para o exercício do controle judicial da constitucionalidade das leis, dissipando, assim, quaisquer dúvidas a esse respeito. (DANTAS, I., 2001)

Apesar da notável influência norte-americana, trazida principalmente por Rui Barbosa, a instituição do controle de constitucionalidade no Brasil não se deu nos mesmos moldes vivenciados nos Estados Unidos. Os contrastes entre a Suprema Corte americana e o Supremo Tribunal Federal refletem bem as diferenças traçadas entre a experiência constitucional norte-americana e a brasileira.

Enquanto a Suprema Corte foi criada com o objetivo de fortalecer a unidade nacional em torno do projeto federativo e, também, de proteger direitos (como a propriedade) imanes do ser humano contra o arbítrio de maiorias eventuais, o nosso Tribunal Excelso tinha por propósito a defesa da República.

Por trás da edição da Carta Constitucional norte-americana havia um forte sentimento político voltado para a construção de uma nova nação segundo moldes bem diversos daqueles adotados pelos Estados europeus. A existência de um pacto federativo exigia a presença de um órgão capaz de dirimir os conflitos eventualmente suscitados entre os entes. O equilíbrio deste pacto seria garantido pela Corte Suprema que impediria a violação dos limites estabelecidos para cada esfera da federação.

Para os americanos, a Constituição de 1787 representa mais que um documento definidor das competências estatais, na verdade a Carta Política norte-americana representa o próprio ato de formação de seu país. (DAVID, 2002) Se antes havia treze ex-colônias inimigas, estruturadas sobre um modelo agrário precário, posteriormente construiu-se uma verdadeira potência mundial. Essa transformação foi possível, entre outros motivos, por conta da Constituição, que uniu todos os estados em torno do pacto federativo.

No Brasil, ao contrário, não se via o espírito “fundacional” presente na América do Norte. O Brasil já constituía um país e o principal propósito dos idealizadores da Carta Política de 1891 era a proclamação da República. Registre-se que não havia sequer um forte consenso em torno do projeto republicano, introduzido com o advento da Carta de 1891. O risco de uma restauração monárquica era real e a presença de um Tribunal capaz de defender a permanência do modelo republicano se fazia necessária.⁴²

⁴² “A Constituição brasileira de 1891 delegou ao Supremo Tribunal Federal o poder de rever definitivamente as decisões das Justiças estaduais, quando questionada a validade de leis federais ou estaduais ante a Constituição federal. Assim, na federação brasileira, o “*power of judicial review*” não dependeu de atribuição jurisprudencial, não principiou *por força de uma assunção auto-referencial de competências por parte do Supremo Tribunal Federal*, a símile dos Estados Unidos, mas nasceu do próprio texto constitucional. Contudo, ao criar com esse

Apesar das críticas dirigidas à forma de introdução do *judicial review* entre nós, é certo que a previsão do constituinte causou alterações na configuração do nosso Poder Judiciário. Nas palavras de Seabra Fagundes (1952 apud VELLOSO, 2003, p. 3-4):

Vínhamos, em 1891, do Império, onde a Justiça não tinha nenhuma expressão política. Era um poder que se limitava a dirimir as controvérsias do direito privado, de modo que os atos da Administração pública escapavam, por inteiro, ao seu controle. E, de chofre, pela instituição da República, o Poder Judiciário foi elevado a plano de excepcional importância na vida política do país. Atribuiu-se-lhe, ao lado da função que já era sua, de dirimidor das questões de ordem privada, uma outra, da maior importância: a de guardar os direitos individuais contra as infrações decorrentes de atos do Poder Executivo e do Poder Legislativo, inclusive e notadamente quando esses atos afetassem textos constitucionais. Isto equivalia, de certo modo, a fazê-lo fiador da seriedade do regime como construção política, pois, ao declarar a prevalência da Lei Suprema em face de atos legislativos ou administrativos que a afetavam, o que fazia o Judiciário era preservar as próprias instituições republicanas, pela contenção dos demais poderes nas suas órbitas estritas de ação e pela garantia ao indivíduo da sobrevivência dos seus direitos, fosse quais fossem as prevenções contra eles armadas.

Vê-se, portanto, as índoles distintas que norteavam o Poder Judiciário à época da nossa primeira Constituição e no período republicano. Houve, decerto, a atribuição de um novo papel ao Poder Judiciário no quadro da organização dos Poderes.

A possibilidade de os juízes negarem aplicação à lei inconstitucional foi fato de grande importância para o reconhecimento do Judiciário como um legítimo poder político. Mas os juízes republicanos se mostraram avessos à realização do controle de constitucionalidade. As palavras de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1980, p. 157) são claras neste sentido:

Em princípio, não obstante os claros preceitos referidos, houve, por parte do poder judiciário, dúvida quanto ao exercício de relevante atribuição, e timidez na sua utilização, em aceitando-a. Isso só se tornou pacífico, após os trabalhos de Ruy, ao mostrar, à conclusão, o alcance dos seus dispositivos em reconhecendo essa prerrogativa do poder judiciário.

Interessante registrar que os primeiros juízes do Supremo Tribunal Federal eram oriundos do Superior Tribunal de Justiça, órgão de cúpula do judiciário brasileiro durante a vigência da Carta de 1824. Obviamente tais magistrados, habituados com a tradição jurídica

perfil uma corte constitucional, na qual concentrou a **competência terminante** das questões de constitucionalidade, aquela Constituição também deixou clara a **competência difusa** por todo o restante Poder Judiciário de decidir sobre a constitucionalidade das leis, ainda que não terminantemente. Qualquer juiz da novel República poderia sentenciar a inconstitucionalidade. Esse poder, ainda que formidável, seria natural e inseparável de sua faculdade de livre convicção. O desígnio republicano, cujo alento democrático revolucionava o Brasil, impunha que nascesse como nasceu – da própria Constituição – uma **distribuição democrática** do poder judicial de controlar a constitucionalidade das leis na federação brasileira. Essa distribuição não conteve nenhuma reserva ou privilégio de competência, senão por efeito da hierarquização natural, que é congênita a todo o poder, incluído o dos juízes.” (BARROS, 2008, p. 3)

européia, expressaram em suas decisões um espírito conservador, distinto daquele esperado para a nova ordem que então se desenhava.

Insta trazer à colação depoimento de Castro Nunes sobre a questão:

Nos primeiros tempos da República, o Tribunal não tinha consciência de seu papel no regime. Este representava parte de muitos juízes que o compunham e que traziam do Império uma bagagem intelectual copiosa e até brilhante, mas inadequada à compreensão das novas instituições, um sistema pouco conhecido e que teria de receber na órbita judiciária uma aplicação perturbada pelos conceitos da educação judiciária haurida nas fontes romanas, canônicas, nas tradições do antigo regime e nos expositores do direito público francês. Coube a Rui um grande papel na evolução do pensamento jurisprudencial da nossa Suprema Corte. (CASTRO NUNES, 1943 apud BALEEIRO, 1968, p. 59)

Registra Leda Boechat Rodrigues (1991) que apenas em 16 de agosto de 1893 o STF, no bojo do HC nº 410, impetrado por Rui Barbosa em favor de Mário Aurélio da Silveira, se manifestou a respeito do poder de declarar a inconstitucionalidade das leis. Segundo a mesma autora, no ano de 1896, três anos após a postulação de Rui Barbosa, juízes e desembargadores do país respondiam criminalmente a processo por haverem declarado a inconstitucionalidade de leis federais e estaduais.

A Carta de 1891 representa um verdadeiro divisor de águas na história do constitucionalismo brasileiro. A partir daí substituía-se a intensa influência européia pelas novas práticas norte-americanas nos debates aqui travados. (SANTOS, G. F., 2003)

O poder de declarar a inconstitucionalidade das leis era reconhecido a todo e qualquer juiz como decorrência inarredável de sua competência para interpretar as leis e a Constituição.

Enquanto o florescimento do controle concreto de constitucionalidade nos Estados Unidos dependeu de uma confluência de fatores históricos e políticos que conduziu a outorga de um *poder especial* ao Judiciário, a introdução deste modelo de controle no nosso país se deu desvinculada de uma experiência própria que nos indicasse a revisão judicial como melhor mecanismo para a defesa da Constituição.

A prática da *judicial review* no Direito brasileiro foi marcada pela constante presença de problemas e inconvenientes, oriundos da ausência de uma regra similar ao *stare decisis*. Em razão disso, alguns autores chegam a qualificar a introdução do controle de constitucionalidade no Brasil como um fenômeno de reprodução defeituosa e incompleta. (MENDES, C. H., 2008)

O Brasil, embora herdeiro da tradição jurídica romana, após a proclamação da república e por inspiração maior de Campos Sales e Rui Barbosa, adotou como modelo o sistema instituído nos Estados Unidos da América, sendo a instituição nacional congênere da Suprema Corte Americana.

A cópia se mostrou inferior ao paradigma tido como inspiração. Não pela falta de genialidade de seus componentes, mas pelo caráter mítico outorgado ao modelo original, cujo gênio de Rui Barbosa tinha elevado a um nível supra-terreno e supra-humano. Ao injusto paralelo estabelecido sob essa base mítica, acrescenta-se o sistema jurídico em que se inseriu o Supremo Tribunal Federal que, ao tempo em que lhe reconhecia apenas o poder de declarar incidentalmente em um caso concreto e de forma difusa a inconstitucionalidade de uma lei, lhe negava a adoção do instituto do *stare decisis* [...]. (SILVA, C., A., 2005, p. 160)

Nos Estados Unidos a aplicação desta regra possibilita a expansão dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade proferida pela Suprema Corte para além do caso concreto, de modo que as Cortes inferiores, ao se depararem com a matéria, seguem o precedente fixado pela Corte Maior.

Embora os juízes norte-americanos pudessem, em um primeiro momento, divergir quanto à inconstitucionalidade ou constitucionalidade de um diploma normativo, a matéria, ao fim, chegaria às portas da Suprema Corte pela via dos recursos. E aí chegando, a decisão ganharia novos contornos. A partir de então a decisão desta Corte tornava a lei inconstitucional como lei morta.

Diante da ausência da regra do *stare decisis* no Brasil as decisões exaradas pelo Supremo Tribunal Federal em matéria de controle de constitucionalidade não possuíam efeitos *erga omnes*. A decisão do Pretório Excelso funcionava apenas como elemento de persuasão e orientação jurisprudencial, prevalecendo o livre convencimento de cada magistrado em cada caso concreto.

Nos países de tradição romano-germânica, a solução encontrada para evitar o perigo de decisões conflitantes a respeito da constitucionalidade das leis foi a monopolização do contencioso constitucional nas mãos dos Tribunais Constitucionais. As decisões proferidas por estes órgãos eram dotadas de efeitos *erga omnes*.

No Brasil, a solução encontrada para expandir os efeitos das declarações de inconstitucionalidade proferidas pelo STF foi atribuir ao Senado a competência para suspender a execução da lei declarada inconstitucional por aquele órgão.

2.2 O Senado Federal e a suspensão da execução da norma inconstitucional

De fato “transplantamos” um modelo de controle de constitucionalidade fundado na tradição da *common law* para um ambiente jurídico familiarizado com a cultura romano-germânica. Assim, mesmo consagrando o *judicial review of legislation* não adotamos a

técnica do *stare decisis*, fato que gerou certos inconvenientes no âmbito do controle difuso de constitucionalidade.

A multiplicidade de entendimentos acerca da inconstitucionalidade da lei, associada à inexistência de uma regra similar ao *stare decisis*, é fonte de incerteza jurídica e instabilidade nas relações sociais, pois a discrepância nos entendimentos proferidos pelos diversos juízes do país não favorece a manutenção da coerência do ordenamento jurídico e a previsibilidade das atuações judiciais em matéria de controle de constitucionalidade.

[...] a introdução, nos sistemas de *civil law*, do método americano de controle, levaria à conseqüência de que uma mesma lei ou disposição de lei poderia não ser aplicada, porque julgada inconstitucional, por alguns juízes, enquanto poderia, ao invés, ser aplicada, porque não julgada em contraste com a Constituição, por outros. Demais, poderia acontecer que o mesmo órgão judiciário que, ontem, não tinha aplicado uma determinada lei, ao contrário, a aplique hoje, tendo mudado de opinião sobre o problema de sua legitimidade constitucional. Poderiam, certamente, formar-se verdadeiros contrastes de tendência entre órgãos judiciários de tipo diverso [...] ou entre órgãos judiciários de diverso grau: por exemplo, uma maior inclinação dos órgãos judiciários inferiores, compostos usualmente de juízes mais jovens e, portanto, menos ligados a um certo passado, a declarar a inconstitucionalidade de leis que os juízes superiores (e mais velhos) tendem, ao contrário, a julgar válidas [...] (CAPPELLETTI, 1992, p. 77-78)

Cappelletti nos adverte para os riscos advindos da prática do *judicial review* sem a previsão de um instrumento capaz de uniformizar os entendimentos judiciais acerca da constitucionalidade da lei. Nos países que rejeitam a vinculação aos precedentes, a alternativa seria a criação de uma Corte Constitucional capaz de unificar a jurisprudência em matéria constitucional.

A ausência de um órgão com tais poderes inevitavelmente abre espaço para um ambiente de crises e de insegurança jurídica que é extremamente danoso para o Estado, na medida em que cada interessado tem que ingressar com uma nova ação, aguardar a apreciação de todos os recursos cabíveis para chegar às portas do STF e obter a última palavra acerca da legitimidade da lei.⁴³

No Brasil a primeira tentativa de superação desse estado de incerteza se deu em 1934, quando, por iniciativa do deputado Prado Kelly, outorgou-se ao Senado Federal a competência para suspender a execução da lei declarada inconstitucional.

O art. 91, IV da Constituição de 1934 enunciava:

⁴³ Em sentido contrário, há quem entenda que a possibilidade de divergência judicial a respeito da constitucionalidade das leis se mostra algo inerente ao próprio Estado Democrático de Direito, um Estado marcado pela pluralidade de opiniões. Para quem defende este ponto de vista, a possibilidade de um juiz ou tribunal vir a decidir em sentido contrário ao estabelecido pelo STF é uma exigência da justiça distributiva.

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.

Para Barroso (2004), a razão que justifica a previsão do constituinte de 1934 é claramente identificável. Segundo ele, a outorga da competência ao Senado Federal para suspender a execução da lei declarada inconstitucional se sustentava na necessidade de conferir efeitos gerais à decisão pretoriana, na tentativa de suprir a ausência da regra do *stare decisis* no Direito brasileiro.

Sérgio Resende de Barros, analisando aquele momento particular do constitucionalismo brasileiro, em que se almejavam os benefícios dos efeitos *erga omnes* mas não se concebia a outorga de tais poderes ao Supremo Tribunal Federal, abordou a questão da seguinte forma:

Tolhido o *stare decisis*, como obter a generalização imprescindível para dar estabilidade, segurança e economicidade ao controle difuso? Realmente, a tacha de inconstitucionalidade não tinha conseqüências formais no direito constitucional brasileiro de 1891–1934. Entretanto, embora sensível à necessidade de formalizar no direito positivo alguma conseqüência geral, a Constituição de 1934 não ousou transformar o julgamento **in concreto**, no caso examinado pelos juízes, em julgamento definitivo, geral, da lei, nem, tampouco, em apreciação **in abstracto** e derriscante da lei. Isso, não obstante escritores norte-americanos falassem de **veto judicial** (Allen Smith, “The Spirit of American Government”, 95). Mas, a despeito dessa fala avançada, prevaleceu o fato de que o sistema dos Estados Unidos da América e o do Brasil são os de simples julgamento, **in casu**, da inconstitucionalidade. Por conseqüência, o art. 91, IV, da Constituição de 1934, reproduzido no texto de 1946 e no de 1967, criou algo de novo – uma suspensão de execução – que está mais distante do veto judicial e mais perto do veto tradicional, muito embora só nos resultados, na eficácia. (BARROS, 2008, p. 4)

Adotado o controle difuso no Brasil, substituiu-se a doutrina do *stare decisis* pelo sistema de compartilhamento de funções no controle de constitucionalidade. (SILVA, C. A., 2005). Enquanto nos Estados Unidos e na Europa a eficácia abrangente das decisões declaratórias de inconstitucionalidade decorria da força das decisões emanadas pelos próprios órgãos fiscalizadores, no Brasil, esse efeito só era alcançado por força da atuação senatorial.

Prado Kelly, já como ministro do STF, justificou a razão de ser de sua proposta no Mandado de Segurança nº 16.512-DF:

A jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal negava a extensão a outros interessados dos efeitos de suas decisões. O julgado estava, como é de *communis opinio*, adstrito à questão focalizada pela Corte. Só em habeas corpus (impetrado o primeiro deles pelo Conselheiro Rui Barbosa, para assegurar a liberdade de reunião em praça pública) se admitiu a extensão da medida *erga omnes*. Então, acudia naturalmente aos estudiosos dos fatos

jurídicos a conveniência de instituir-se meio adequado à pronta suspensão dos efeitos, para terceiros, das leis e regulamentos declarados inconstitucionais pela Suprema Corte. Foi uma inspiração de ordem prática. Mas a fórmula adotada pela Constituinte de 1934 obedecia, ainda, a razões de ordem técnica. O regulamento, a lei, podiam provir da União, dos Estados-membros ou dos Municípios. Se se aguardasse a revogação, para alcance geral, de norma eivada de inconstitucionalidade, escaparia ao Legislador Federal o ensejo, em muitos casos, de corrigir os efeitos estranhos à sua competência, como, por exemplo, os da órbita estadual ou municipal.⁴⁴

A inovação se deu em um momento em que se pretendia dar nova feição ao Senado Federal.⁴⁵ A pretensão era transformar a Casa Alta em um verdadeiro coordenador dos Poderes. A nova competência prevista no art. 91, IV, da Constituição, se coadunava plenamente com a visão do princípio da separação dos Poderes vigente à época.

Ao Senado Federal era dada a função de fiscalizar a lei; sendo assim, caberia a este órgão o dever de estender os efeitos do julgado. Esta missão não poderia ser dada ao Judiciário, já que de acordo com a concepção dominante à época o Poder Judiciário só poderia decidir em espécie.

Num momento (1934) em que se temia o governo dos juízes, em que se esforçava para manter a fiscalização incidental, em que se almejavam as vantagens da fiscalização concentrada (eficácia *erga omnes*), em que se procuravam harmonizar as competências do Judiciário sem, todavia, amesquinhar o Legislativo, a fórmula encontrada pelo Constituinte de 1934, para estender ao julgado da Suprema Corte a eficácia *erga omnes*, parece ter sido criativa e adequada. (CLÈVE, 2000, p. 124)

O objetivo da regra era evitar a reprodução de tantas demandas quantos fossem os interessados prejudicados pela lei inconstitucional.⁴⁶ (BOLZAN, 2007) Buscava-se por meio

⁴⁴ MS nº 16.512/DF. Rel. Min. Oswaldo Trigueiro.

⁴⁵ “Releva notar que a Constituição de 1934 imprimiu importantes modificações nas atribuições do Senado Federal. O órgão passou à condição de representante dos Estados e do Distrito Federal (artigo 89); modificou a sua natureza e competência em relação à Constituição de 1891: foi-lhe outorgada a incumbência de coordenador aos poderes federais entre si e da manutenção da continuidade administrativa. O Senado foi excluído do Poder Legislativo e transmutado em auxiliar da Câmara dos Deputados na feitura leis (artigo 22 e 91, I). A Constituição de 1934 outorgou ao Senado Federal a competência de Coordenador dos Poderes entre si (artigo 88): as disposições relativas à composição, à imunidade e à competência não estavam contidas no capítulo relativo ao Poder Legislativo (artigos 22 a 50), mas naquele destinado à “Coordenação dos Poderes” (artigo 88 a 94), colocado a seguir aos que disciplinavam sobre o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” (CASTRO, 2008, p. 56)

⁴⁶ No plenário da constituinte de 1934 discutiu-se a respeito da inovação ao texto constitucional. Nos debates o então deputado Prado Kelly (apud MENDES, 2004b, p. 151) afirmou: “[...] na sistemática preferida pelo nobre deputado, Sr. Levi Carneiro, o Supremo Tribunal Federal decretaria a inconstitucionalidade de uma lei, e os efeitos dessa decisão se limitariam às partes em litígio. Todos os demais cidadãos, que estivessem na mesma situação da que foi tutelada num processo próprio, estariam ao desamparo da lei. Ocorreria, assim, que a Constituição teria sido defendida na hipótese que permitiu o exame do judiciário, e esquecida, anulada, postergada em todos os outros casos.”

desta medida modificar os efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade proferida pela Corte Maior. Se antes a decisão declaratória de inconstitucionalidade só tinha valor para as partes do processo, agora, o entendimento do Supremo acerca da incompatibilidade poderia generalizar-se, desde que o Senado expedisse resolução suspendendo a execução da lei em todo o território nacional.⁴⁷

Declarada a inconstitucionalidade de uma lei, o Senado deveria ser comunicado da decisão para que procedesse à suspensão da execução da lei ilegítima.⁴⁸ Observe-se que a competência conferida ao Senado não lhe permite interpretar a decisão, ampliá-la ou restringi-la. Sua função limita-se a conceder efeitos ampliativos à decisão pretoriana.

Segundo Gilmar Mendes (2004b) a originalidade da fórmula dificultou o seu enquadramento dogmático. A inovação do constituinte de 1934 gerou uma série de perguntas ainda hoje debatidas no meio acadêmico. Questiona-se acerca dos efeitos temporais da resolução do Senado, discute-se sobre a discricionariedade ou a obrigatoriedade da edição do ato normativo pela Casa Legislativa, sobre as espécies de ato normativo passíveis de tal suspensão. Indaga-se, ainda, sobre a natureza da atividade senatorial e sobre a possibilidade de o Senado revogar a resolução que suspende a execução da lei.

Tais questões são frequentemente discutidas pela doutrina nacional, havendo muita divergência a respeito da matéria. Aqui não cuidaremos delas. Por razões metodológicas, apenas cuidaremos daquelas imprescindíveis para a compreensão da configuração do instituto positivado, hoje, no art. 52, X, da CF.

A doutrina majoritária entende que a suspensão da execução da lei incompatível com a Carta Maior constitui ato político discricionário, não sujeito a prazo. Este último aspecto, aliás, é apontado como fator problemático, já que a inércia do Senado Federal perpetua o estado de incerteza e insegurança jurídica a respeito da constitucionalidade das leis.

Não há prazo para a deliberação do Senado Federal. Não especificando, a Constituição, prazo para a sua deliberação e, ademais, inexistindo sanção contra sua omissão, não é demais imaginar a possibilidade de o Senado manter-se inerte por anos a fio. Tendo decidido, porém, não pode o Senado Federal rever a resolução suspensiva. Esse, aliás, é o entendimento do Supremo Tribunal Federal. (CLÈVE, 2000, p. 120)

⁴⁷ “Diversamente, a não-aplicação da lei, no Direito norte-americano, constitui expressão do *stare decisis*, que empresta efeitos vinculantes às decisões das Cortes Superiores. Daí ter-se adotado, em 1934, a suspensão da execução pelo Senado como mecanismo de outorgar generalidade à declaração de inconstitucionalidade.” (MENDES, G., F., 2004b, p. 150)

⁴⁸ A Constituição não definiu o órgão responsável pela comunicação da decisão ao Senado Federal. Geralmente o próprio Supremo Tribunal informa o Senado a respeito da decisão, mas o regimento interno da Casa Alta admite que o Procurador Geral da República ou a Comissão de Constituição e Justiça possam fazê-lo. (CRUZ, 2004)

O Senado Federal dispõe de competência genérica e não de um dever constitucionalmente determinado de agir. A Casa Legislativa está inteiramente livre para avaliar se a questão constitucional já está amadurecida ou prematura; ou se há intensa divergência a respeito da matéria entre os órgãos aplicadores do Direito. A partir dessas considerações o Senado decide se suspende a execução da lei inconstitucional no território nacional.

As maiores discussões a respeito do tema concernem principalmente aos efeitos temporais da decisão senatorial. Para alguns, a resolução é dotada de efeitos *ex tunc*.⁴⁹ De acordo com essa parcela da doutrina, a suspensão da execução da lei, tal como adotada em 1934, importava a extensão dos efeitos do arresto declaratório da inconstitucionalidade. Outros, diversamente, entendem que a resolução Senado é dotada de efeitos *ex nunc*, ou seja, prospectivos.

A Constituição de 1946, a de 1967, a Emenda Constitucional nº 1 de 1969, a Emenda nº 7 de 1977 e a Constituição de 1988 repetiram a previsão, sendo que a Carta de 1946 restringiu a ação senatorial para os casos em que a declaração de inconstitucionalidade proviesse de decisão definitiva do STF.⁵⁰

Esta mesma Carta Constitucional elevou o Senado à condição de representante dos Estados-membros, desfigurando o papel de coordenador estabelecido no regime anterior, mas mesmo assim conservou a sua competência para a suspensão da execução da lei inconstitucional.

Com a introdução do controle abstrato de constitucionalidade no nosso país, indagou-se a respeito da aplicabilidade do dispositivo às decisões proferidas pelo Supremo em sede de controle abstrato de constitucionalidade. No Processo Administrativo nº 4.477/72 o STF entendeu que as decisões declaratórias de inconstitucionalidade proferidas no bojo de processos objetivos não deveriam ser comunicadas ao Senado Federal para a suspensão da execução da lei em todo território nacional.

⁴⁹ Neste sentido é o entendimento de Gilmar Mendes (2004b), para quem a suspensão da execução da lei pelo Senado importava não só a paralisação ou a derrogação do diploma normativo, mas possibilitava a generalização do pronunciamento do Supremo Tribunal. E se não fosse assim, o instituto seria inócuo, posto que não seria capaz de fazer justiça na maioria das situações formadas durante a vigência da lei inconstitucional.

⁵⁰ Para Ivo Dantas (2007, p. 490) quando o constituinte de 1946 inseriu a expressão “decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal” ficou evidente que a necessidade de participação do Senado apenas se daria nas decisões proferidas em controle incidental.

Vê-se, pois, que antes mesmo antes da entrada em vigor da Constituição de 1988, o STF entendia que a declaração de inconstitucionalidade proferida no âmbito do controle abstrato, já continha, em si, efeitos gerais, não havendo que se falar em intervenção senatorial para conferir efeitos normativos a essa decisão. Essa opção interpretativa foi confirmada com a entrada em vigor da Carta de 1988, de modo que a intervenção senatorial no sentido de suspender a execução da lei declarada inconstitucional apenas é cabível quando o Supremo declara a inconstitucionalidade em sede de controle difuso. Observe-se que a literalidade do art. 52, X, da Constituição Federal de 1988 não restringe, ao menos explicitamente, a atuação do Senado aos casos de declaração pronunciada no exercício do controle difuso.

A respeito da interpretação desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, Soraya Lunardi e Dimitri Dimoulis (2008, p. 224) afirmam que a ela se fundamenta em sólidos argumentos sistemáticos. Afinal, se a concessão de efeitos gerais às decisões proferidas em sede de controle concentrado dependesse da atuação senatorial, essa modalidade de fiscalização perderia o seu sentido. Contudo, os autores advertem que

[...] por mais que haja argumentos em seu favor, não deixa de constituir uma interpretação criativa que restringe o sentido do art. 52, X, da CF. Nesse caso, o STF assume a função de poder constituinte reformador, acrescentando um enunciado no texto constitucional, no intuito de redefinir as competências dos órgãos estatais.

À luz da ordem constitucional inaugurada pela Carta de 1988, manteve-se a competência do Senado Federal para emprestar efeitos gerais à decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de controle incidental de constitucionalidade.⁵¹

Vê-se que a competência para suspender a execução da lei inconstitucional é uma tradição no Direito brasileiro. Contudo, essa atribuição conferida ao Senado Federal não ficou imune a objeções. Há muito tempo, a atribuição dessa função ao Senado Federal despertou críticas tanto de parcela da doutrina, quanto da magistratura.⁵²

(...) a fórmula encontrada pelo Constituinte de 1934, para estender ao julgado da Suprema Corte a eficácia *erga omnes*, parece ter sido criativa e adequada. Todavia, é questionável a permanência da fórmula na Constituição de 1988. Parece constituir um anacronismo a permanência do mecanismo quando o país adota, na atualidade, não apenas a fiscalização incidental, mas também a concentrada-principal, decorrente de ação direta e, inclusive, para suprimimento de omissão; Tem-se que chegou a hora, afinal, de transformar o Supremo Tribunal Federal em verdadeira Corte especializada

⁵¹ Observe-se, porém, que durante os trabalhos da Constituinte de 88 houve quem defendesse a transferência desta competência para o Congresso Nacional. A Emenda nº 652 do Deputado Victor Fontana era neste sentido, mas foi rejeitada.

⁵² Cf. MS nº 16.512-DF. Rel. Min. Oswaldo Trigueiro.

em questões constitucionais, retirando-se do Senado a atribuição discutida no presente item. O estudo do direito comparado pode demonstrar que, com vantagem, poderia a República substituir o modelo atual pelo praticado em outros países que emprestam, satisfeitos, determinados e rigorosos pressupostos à decisão do órgão fiscalizador da constitucionalidade, eficácia *erga omnes*. (CLÈVE, 2000, p. 124-125)

Mendes (2004b) também critica duramente a disposição em apreço. Para o constitucionalista a adoção do instituto representa a negação da teoria da nulidade da lei inconstitucional. Se o ato inconstitucional é nulo de pleno direito e deve ser considerado, para todos os efeitos, como se nunca houvesse possuído eficácia jurídica como se justifica a suspensão da execução desse ato? “Dizer que o Senado suspende a execução da lei inconstitucional é, positivamente, impropriedade técnica, uma vez que o ato, sendo inexistente ou ineficaz, não pode ter suspensa a sua execução”. (BITTENCOURT, 1997, p. 146)

Passados alguns anos desde a promulgação da Constituição de 1988, o que se viu foi a inércia do Senado Federal no sentido de dar ao instituto a finalidade para a qual foi previsto. Com a inação da Casa Alta o controle difuso continuou padecendo dos males que o tornou inoperante.⁵³ A proliferação de entendimentos diversos sobre a inconstitucionalidade das leis e a necessidade de ajuizar sempre uma nova ação para obter a declaração de inconstitucionalidade de uma norma já apreciada pelo STF em outro caso concreto continuaram presentes na prática jurídica nacional.

Mesmo consagrando a competência do Senado Federal para dar generalidade às decisões do Supremo, o constituinte de 1988, paradoxalmente, ampliou o controle abstrato, dando ao STF o poder de conferir efeitos *erga omnes* às suas decisões em sede de controle abstrato de constitucionalidade.

É com base no fortalecimento da jurisdição constitucional concentrada e na necessidade de pôr fim ao excesso de demandas ajuizadas perante o Tribunal que alguns autores vêm defendendo que o instituto, atualmente positivado no art. 52, X, da Constituição Federal, tornou-se inadequado e obsoleto diante da nova conjuntura do controle de constitucionalidade brasileiro.

A verdade é que, com a criação da ação genérica de inconstitucionalidade, pela EC 16/65, e com o contorno dado à ação direta pela Constituição de 1988, essa competência atribuída ao Senado tornou-se um anacronismo. Uma decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, seja em controle incidental ou em ação direta, deve ter o mesmo alcance e produzir os

⁵³ Para alguns autores a competência inscrita no art. 52, X, da CF/88, representa a devolução ao Legislativo da discussão sobre a conveniência da retirada da norma inconstitucional do ordenamento jurídico, sendo assim um corretivo apto a atenuar o caráter contramajoritário que caracteriza o controle de constitucionalidade. (FERREIRA, M., E., M., 2007)

mesmos efeitos. Respeitada a razão histórica da previsão constitucional, quando de sua instituição em 1934, já não há mais lógica razoável em sua manutenção. Também não parece razoável e lógica, com a vênia devida aos ilustres autores que professam entendimento diverso, a negativa de efeitos retroativos à decisão plenária do Supremo Tribunal Federal que reconheça a inconstitucionalidade de uma lei. Seria uma demasia, uma violação do princípio da economia processual, obrigar um dos legitimados do art. 103 a propor ação direta para produzir uma decisão que já se sabe qual é! (BARROSO, 2004, p. 92)

Essas questões serão enfrentadas no capítulo seguinte, no qual cuidaremos da análise dos argumentos favoráveis e contrários à tese da mutação constitucional do art. 52, X da Constituição.

3 O FIM DOS RÍGIDOS LIMITES ENTRE O CONTROLE ABSTRATO E O DIFUSO

3.1 A aplicação do art. 27 da Lei nº 9.868/99 em sede de Recurso Extraordinário

O controle de constitucionalidade brasileiro passa por um momento de profundas transformações. Inovações jurisprudenciais e legislativas sinalizam na direção da modificação do perfil do recurso extraordinário. A nova configuração deste recurso sobreleva a função de defesa da ordem constitucional em detrimento da defesa dos interesses subjetivos das partes. O instituto da repercussão geral, a possibilidade de modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso, bem como a tentativa de emprestar efeitos vinculantes às decisões proferidas em sede de recurso extraordinário refletem o fim dos rígidos limites que separavam os dois modelos de fiscalização judicial da constitucionalidade das leis.

Destas hipóteses de estudo, analisaremos, nesta ocasião, a possibilidade de modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, apresentando argumentos favoráveis e contrários à relativização do postulado da nulidade da lei inconstitucional em sistemas que tradicionalmente consagram a concessão de efeitos retroativos às decisões declaratórias de inconstitucionalidade. Trata-se, portanto, da análise dos efeitos da inconstitucionalidade no tempo.

É certo que o dogma da nulidade da lei inconstitucional não foi aceito irrestritamente pelos países que admitiram alguma forma de controle judicial da constitucionalidade dos atos públicos. Alguns sistemas jurídicos, notadamente aqueles que seguiram a lição kelseniana, aceitam que a lei inconstitucional não é nula, mas anulável. Nesses países, a declaração de inconstitucionalidade, em princípio, opera efeitos *ex nunc*. Contudo, a evolução do sistema austríaco levou ao abandono da exclusividade dos efeitos prospectivos. Desta forma, alguns países concederam aos seus Tribunais Constitucionais a possibilidade de fixar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade *ex tunc*, *ex nunc* ou *pro futuro*, permitindo, nestes dois últimos casos, que a lei inconstitucional produza efeitos válidos.

A aproximação dos sistemas austríaco e norte-americano fez com que as características básicas que identificavam cada um dos sistemas fossem relativizadas. Essa mitigação das características originárias atingiu, também, o âmbito dos efeitos temporais da declaração de constitucionalidade.

Assim, os Estados Unidos, berço do *judicial review*, passaram a reconhecer a possibilidade de conceder efeitos não retroativos às decisões proferidas pela Suprema Corte, para fazer frente às novas demandas e aos novos desafios apresentados ao Tribunal. Por outro lado, países que seguiam o modelo kelseniano passaram a admitir, em alguma medida, a concessão de efeitos retroativos em sede de fiscalização constitucional.

Segundo Luciana Santos Pontes de Miranda (2008, p. 246):

Tornou-se insuficiente, portanto, a concepção do julgador constitucional como simples “descobridor” de uma inconstitucionalidade preexistente, que precisa apenas ser declarada (sistema americano), bem como sua caracterização como mero legislador negativo, dotado do poder de revogar as leis em razão de causas especialmente previstas na Constituição (sistema austríaco). Nesse contexto, ao lado dos tipos simples ou extremos (inconstitucionalidade ou não inconstitucionalidade), verifica-se a crescente utilização de decisões intermédias (interpretativas, aditivas, modificativas ou manipulativas; decisões limitativas).

A possibilidade de modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade constitui prática exercida pelos vários órgãos que praticam o controle de constitucionalidade, sejam eles Cortes Constitucionais ou Cortes Superiores, a exemplo da Suprema Corte norte-americana.

No Brasil, o legislador infraconstitucional positivou a possibilidade de modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do controle concentrado. A nossa Corte Maior vem fazendo uso da modulação temporal, prevista pelo legislador apenas para os casos de controle abstrato/concentrado, em sede de controle concreto/difuso. Esta possibilidade está a indicar que técnicas e conceitos clássicos do controle de constitucionalidade das leis estão em xeque. Dogmas tradicionais, historicamente consagrados em culturas jurídicas diversas, passam a ser revisados, o que evidencia a relativização das rígidas fronteiras que separam o controle norte-americano do austríaco.

3.1.1 A flexibilização do dogma da nulidade da lei inconstitucional no Direito positivo brasileiro

Durante muito tempo fomos fiéis aos ensinamentos de Marshall e Hamilton, ao afirmarmos que a lei inconstitucional é nula e írrita, incapaz de gerar efeitos legítimos no ordenamento jurídico. A lei inconstitucional devia ser considerada, para todos os efeitos,

como se jamais, em qualquer tempo, houvesse possuído eficácia.⁵⁴ Vale reproduzir o magistério de Mauro Cappelletti (1984, p. 115-116) sobre o tema:

[...] a lei inconstitucional, porque contrária a uma norma superior, é considerada absolutamente nula (*null and void*) e, por isso, ineficaz, pelo que o juiz, que exerce o poder de controle, não anula, mas, meramente, declara uma (pré-existente) nulidade da lei inconstitucional.

A retroatividade das decisões judiciais integra a tradição jurídica norte-americana há muito tempo. As contribuições decorrentes da doutrina de Wiliam Blackstone foram decisivas para a consolidação do princípio da nulidade da lei inconstitucional no país.

Blackstone defendia que os magistrados apenas descobrem os direitos consagrados na Carta Constitucional, não havendo qualquer espaço de criação judicial. Nesta linha de pensamento, o Direito consiste em um dado preexistente e independente da decisão judicial, restando aos juízes a tarefa de revelá-lo. A superação de um precedente por outro impunha a concessão de efeitos retroativos porque o novo entendimento se apresenta mais correto que o anterior, isto é, mais próximo da verdade que o antigo julgado.

“*The unconstitutional statute is not law at all*”. Esta frase, consagrada na doutrina norte-americana principalmente por estudiosos como Westel Willoughby, foi reproduzida inúmeras vezes pelos constitucionalistas brasileiros, desde Rui Barbosa⁵⁵, no sentido de afirmar a adoção irrestrita do dogma da nulidade da lei inconstitucional. Assim, a declaração de inconstitucionalidade gerava automaticamente a nulidade da lei e de todos os atos praticados com base nela.

É fato que as Constituições brasileiras silenciaram sobre os efeitos no tempo da declaração de inconstitucionalidade. Diante deste silêncio, a jurisprudência pátria, influenciada diretamente pelos norte-americanos, consolidou-se no sentido de reconhecer a nulidade da lei inconstitucional, bem como dos atos praticados sob seu império.

Do ponto de vista lógico-formal, permitir que uma lei incompatível com a Constituição produzisse qualquer efeito válido na ordem jurídica significaria suspender provisoriamente a Carta Constitucional em favor de uma lei inconstitucional. Em última análise, isso implicaria o fim da rigidez constitucional.⁵⁶

⁵⁴ *Norton v. Shelby County*. O ato inconstitucional não confere direitos, não impõe deveres, não estabelece proteções e nem cria cargos; é tão inoperante como se nunca tivesse existido.

⁵⁵ “Toda medida, legislativa, ou executiva, que desrespeitar preceitos constitucionais, é, de sua essência, nula. Atos nulos da legislatura não podem conferir poderes válidos ao Executivo”. (BARBOSA, 2004, p. 43)

⁵⁶ Assevera Ana Paula Ávila (2009, p. 39): “De fato, se feito de forma indiscriminada, o reconhecimento dos efeitos produzidos por norma inconstitucional pode romper com a supremacia da Constituição. Isso, porém, não ocorre necessariamente. Para se compreenderem as razões, primeiro há que se abrir mão da condição de dogma

Assim, adotamos o dogma da nulidade da lei inconstitucional tanto no âmbito do controle difuso como no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade⁵⁷, escapando da clássica orientação kelseniana segundo a qual a lei inconstitucional não é nula, mas anulável. A vinculação entre inconstitucionalidade e nulidade, no Direito brasileiro, se tornou uma verdade axiomática. (MEYER, 2008)

Houve, contudo, vozes que passaram a criticar a adoção irrestrita do dogma da nulidade da lei inconstitucional muito antes da edição da Lei nº 9.868/99. Entre eles destaca-se Lúcio Bittencourt (1949, p. 148-149), para quem:

[...] essa doutrina da ineficácia *ab initio* da lei inconstitucional não pode ser entendida em termos absolutos, pois que os efeitos de fato que a norma produziu não podem ser suprimidos, sumariamente, por simples obra de um decreto judiciário. O professor O. P. Field, que estudou longamente o assunto, demonstra que o referido princípio corporifica a doutrina tradicional, mas não pode ser considerado regra universal de direito – *it's not a universal rule of law*. E os tribunais têm que encontrar meios – e os têm encontrado – para salvar certos efeitos de fato que a inconstitucionalidade não pode cancelar.

Outro jurista que se mostrou dissidente da tese da nulidade foi o ministro Leitão de Abreu, que advogava a necessidade de temperar o princípio em questão. Para ele a lei é fato eficaz ao menos antes da declaração de inconstitucionalidade, podendo ter conseqüências que não é lícito ignorar. Segundo o ministro:

[...] não se deve ter como nulo *ab initio* ato legislativo que entrou no mundo jurídico munido de presunção de validade, impondo-se, em razão disso, enquanto não declarado inconstitucional, à obediência pelos destinatários dos seus comandos. Razoável é a inteligência, a meu ver, de que se cuida, em verdade, de ato anulável, possuindo caráter constitutivo a decisão que decreta a nulidade.⁵⁸

atribuída à regra da nulidade da lei inconstitucional, para considerá-la uma regra de preferência que, eventualmente, pode ser superada.”

⁵⁷ Recorde-se que as decisões proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade operam, em princípio, em nível normativo, não gerando a desconstituição automática das situações jurídicas consolidadas sob sua égide. Cabe ao juiz ou tribunal verificar em cada caso concreto se as relações jurídicas podem ser desconstituídas. Mesmo prevalecendo a tese da nulidade da lei inconstitucional, atos praticados com base na lei inconstitucional que não se afigurem mais passível de revisão não são afetados pela declaração de inconstitucionalidade. Faz-se a distinção entre o efeito da decisão no plano normativo e no plano do ato singular, mediante a utilização das fórmulas de preclusão. No mesmo sentido doutrina Sérgio Fernando Moro (2001) para quem a decisão que declara a inconstitucionalidade de uma lei importa a expulsão do ato normativo do ordenamento jurídico, com efeitos retroativos. Contudo, a decisão não tem o condão de desconstituir automaticamente os atos praticados com base na lei inconstitucional. Estes deverão ser desconstituídos em processos específicos. Contudo, se houver incidido prescrição, decadência ou qualquer outra fórmula de preclusão, a desconstituição do fato ou da situação será obstaculizada.

⁵⁸ RE nº 79.343/BA. Rel. Min. Leitão de Abreu.

A reflexão do ministro Leitão de Abreu e a doutrina prelecionada por aqueles que defendiam a tese de Kelsen sobre a anulabilidade fez com que a discussão a respeito dos efeitos no tempo das decisões de inconstitucionalidade ganhasse alguma força em nosso país. Contudo, vale ressaltar que estas opiniões eram minoritárias, posto que tanto a doutrina como a jurisprudência nacional tratavam da questão da nulidade *ab initio* da lei inconstitucional como dogma ou princípio de hierarquia constitucional.

Gilmar Ferreira Mendes (1994a), tecendo críticas à forma de assimilação do princípio da nulidade da lei inconstitucional, assinala que a recepção da doutrina americana não contribuiu significativamente para o desenvolvimento de uma teoria da nulidade da lei inconstitucional no Direito brasileiro. Para o autor, a fundamentação dogmática da chamada nulidade de pleno direito *ou ipso jure* jamais se afigurou precisa entre nós.⁵⁹

É bem verdade que mesmo a jurisprudência do STF foi abrandando sua posição a respeito da total retroatividade ainda antes da vigência da Lei nº. 9.868/99. A título de exemplo, no RE 78.209/SP⁶⁰ a Corte decidiu que é válida a penhora realizada por oficial de justiça cuja nomeação foi feita em obediência a uma lei declarada inconstitucional, em homenagem à proteção de terceiros de boa-fé.

No Recurso Extraordinário nº 78.594/SP⁶¹ a questão foi novamente discutida pelos membros do STF. Depois de descrever em que consiste a teoria do funcionário de fato, o relator discorreu a respeito das conseqüências concretas da declaração de inconstitucionalidade de uma lei. Vale reproduzir as palavras do ministro Bilac Pinto, relator do recurso extraordinário em comentário.

[...] Na espécie, a investidura do oficial de justiça foi regularmente feita nos termos da legislação estadual. Ela somente se tornou irregular a partir da decisão dessa Corte que julgou inconstitucional a Lei paulista de 3.12.1971 (acórdão de 21.03.1973, na Rep.832-SP). Tendo sido a citação e a penhora realizadas regularmente em 18 de dezembro de 1972, ou seja, em data

⁵⁹ "[...] as dificuldades e problemas surgem, precisamente, no que tange à eficácia indireta ou colateral da sentença declaratória da inconstitucionalidade, pois, embora procurem os autores estendê-la a situações jurídicas idênticas, considerando indiretamente anulada a lei, porque a "sua aplicação não obteria nunca mais o concurso da justiça", não têm, todavia, conseguido apresentar fundamento técnico, razoavelmente aceitável, para justificar essa extensão. Não o apontam os tratadistas americanos -- infensos à sistematização, que caracteriza os países onde se adota a codificação do direito positivo -- limitando-se a enunciar o princípio, em termos categóricos: a lei declarada inconstitucional deve ser considerada, para todos os efeitos, como se jamais em qualquer tempo, houvesse possuído eficácia jurídica -- *is to be regarded as having never, at any time, been possessed of any legal force*. Os nossos tratadistas também não indicam a razão jurídica determinante desse efeito amplo. Repetem a doutrina dos escritores americanos e as afirmações dos tribunais, sem buscar-lhes o motivo, a causa ou o fundamento. Nem o grande Rui, com o seu gênio estelar, nem os que subsequente, na sua trilha luminosa, versaram o assunto com a proficiência de um Castro Nunes." (BITTENCOURT, 1949, p. 140-141)

⁶⁰ RE nº 78.209/SP. Rel. Min. Aliomar Baleeiro.

⁶¹ RE nº 78.594/SP. Rel. Min. Bilac Pinto.

anterior ao do acórdão do STF, nenhum vício apresentam esses atos judiciais. Ainda que se pretenda que os efeitos da decisão desta Corte, pela sua própria natureza, tem efeito retroativo, para atingir todas as nomeações de oficiais de justiça feitas com apoio na Lei Estadual de 3.12.1971, não se poderá daí concluir que os atos praticados por esses oficiais de justiça são nulos. Apesar de proclamada a ilegalidade da investidura, em razão da inconstitucionalidade da norma de competência para a nomeação, as circunstâncias que se operou formalmente o provimento fazem deles “funcionários de fato”. E os atos que praticaram, como oficiais de justiça de fato, são válidos, de acordo com a melhor doutrina do direito administrativo. Se recorrermos ao direito processual civil, para aferir a validade dos atos praticados pelos oficiais de justiça de fato, outra não será a solução.⁶²

Em outras ocasiões, como, por exemplo, no RE 105.789/MG⁶³ e no RE 122.202⁶⁴, o Tribunal deixou de aplicar o princípio da retroatividade plena. Tais julgados demonstram que o Supremo Tribunal Federal encontrou fórmulas para fugir à aplicação rígida do dogma da nulidade da lei inconstitucional mesmo antes do advento da Lei nº 9.868/99.

Apesar de decisões como estas, nas quais o Supremo Tribunal manejava diversos expedientes para contornar a rigidez da regra da nulidade os juristas brasileiros, em sua grande maioria, se apresentavam avessos à possibilidade de modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Para essa corrente, a inconstitucionalidade gera automaticamente a nulidade da lei e dos atos praticados com base nela. Além disso, a possibilidade de realização de modulação temporal converte a atividade jurisdicional em legislativa, violando, assim, o princípio da separação dos Poderes.

Contra esta posição pesa o argumento segundo o qual a inconstitucionalidade é vício, ao qual podem corresponder diferentes sanções. Como a Constituição nada prescreve a respeito dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, sendo a adoção do postulado da nulidade *ab initio* produto da construção doutrinária e jurisprudencial, nada impede o legislador de modificar ou atenuar o regime de sanção da lei inconstitucional.

E foi isso que aconteceu. A Lei nº 9868/99 tratou de atenuar o regime de sanção da lei inconstitucional, modificando o perfil da jurisdição constitucional brasileira.

A dicção do art. 27 é a seguinte:

Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o

⁶² RE nº 78.594/SP. Rel. Min. Bilac Pinto.

⁶³ RE nº 105.789 Rel. Min. Carlos Madeira.

⁶⁴ RE nº 122.202. Rel. Min. Francisco Rezek. No caso, o STF admitiu a flexibilização do dogma da nulidade da lei inconstitucional de modo a impedir a restituição, por servidor público, de gratificação instituída por lei inconstitucional.

Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só venha a ter eficácia a partir do seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

A disposição em apreço reafirmou, ainda que implicitamente, a regra da retroatividade das decisões declaratórias de inconstitucionalidade, porém, autorizou o STF a realizar a limitação temporal dos efeitos da decisão no controle concentrado de constitucionalidade.⁶⁵ A modulação é possível nas hipóteses em que a declaração de nulidade se mostre “inadequada” ou em que a lacuna resultante da declaração de inconstitucionalidade possa dar ensejo ao surgimento de uma situação ainda mais afastada da vontade constitucional.

A medida dividiu a doutrina nacional. De um lado houve aqueles que louvaram a iniciativa do legislador ao positivar uma prática já existente no Tribunal. Ana Paula Ávila (2008, p. 57), em estudo recente sobre a modulação de efeitos temporais em sede de controle de constitucionalidade preleciona:

Levando em conta que a práxis, pelo Supremo, vem sendo de determinação retroativa dos efeitos do controle, esse dispositivo representa certo avanço na medida em que oficializa a possibilidade de flexibilização na atribuição dos efeitos. De fato, a aplicação indiscriminada do efeito *ex tunc* pode gerar situações de lesão a direitos individuais, de insegurança jurídica e de contrariedade aos ditames da justiça. A lei inconstitucional, ao nascer com presunção de constitucionalidade, dá origem a inúmeras relações jurídicas que se estabelecem durante a sua vigência, criando, em seus destinatários, a legítima expectativa de que sua pauta de conduta seja cumprida.

Para esta parte da doutrina a possibilidade de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em nada fere o princípio da separação dos Poderes. Trata-se de competência própria e indissociável da atividade de fiscalização da constitucionalidade das leis, uma vez que as Cortes Constitucionais não podem se eximir de ponderar as conseqüências advindas de suas decisões.

Clève, por sua vez, alerta-nos para os danos eventualmente causados em virtude do excessivo apego à tese da nulidade *ab initio* da lei inconstitucional. Segundo a opinião do constitucionalista a inexistência de prazo para a pronúncia de nulidade permite que durante um longo lapso temporal diversas situações jurídicas se estabeleçam sob a égide da lei dita inconstitucional. “É indubitoso que em semelhantes casos o dogma da nulidade absoluta deve sofrer certa dose de temperamento, sob pena de sustentar a injustiça e a violação do princípio da proteção da confiança”. (CLÈVE, 2000, p. 250-251),

⁶⁵ Mesmo com a edição da Lei nº 9.868/99, a regra, entre nós, é de que a declaração de inconstitucionalidade gera efeitos retroativos. Eventual declaração com efeitos prospectivos deve ser excepcional, deve ser tomada por dois terços dos membros do Tribunal, bem como deve estar devidamente justificada pela presença do interesse social ou por razões de segurança jurídica, de acordo com o prescrito no art. 27 do referido diploma normativo.

Para outros, a disposição é ilegítima e prejudicial ao Estado Democrático de Direito. Neste sentido é o magistério de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2000), para quem o Supremo Tribunal se torna uma terceira Câmara Legislativa, porque pode estipular os efeitos de suas decisões no controle de constitucionalidade a partir de considerações eminentemente políticas.⁶⁶

O professor Jorge Miranda, comentando a questão da modulação temporal, entende que o instituto destina-se a evitar que, para fugir a conseqüências demasiado gravosas da declaração, o Tribunal Constitucional viesse a não decidir pela existência de inconstitucionalidade. Ao modular os efeitos da declaração, a Corte reconhece a ilegitimidade do ato normativo, mas desonera-se da responsabilidade que teria de arcar caso decretasse a nulidade de todos os atos praticados com base na lei.⁶⁷ (MIRANDA, 1991)

Os argumentos supracitados justificam, no fundo, a possibilidade de modulação temporal em razão dos graves impactos políticos, sociais e econômicos que eventual decretação de nulidade da lei e dos atos praticados com base nela poderia gerar.

La técnica de la anulación prospectiva se ha desarrollado en las jurisprudencias constitucionales de otros países y en la de los Tribunales supranacionales europeos en función de un problema específico del control judicial de las leyes. En palabras ya clásicas de Otto Bachof en su trabajo ‘El juez constitucional entre el Derecho y la Política’ (al que yo mismo me he referido detenidamente en el libro citado, La Constitución como Norma, pp. 179, y sigs.), porque las Sentencias anulatorias de una Ley ‘pueden ocasionar catástrofes, no solo para el caso concreto, sino para un invisible número de casos; cuando esas Sentencias son ‘políticamente equivocadas’ (en el sentido de que desbaratan las tareas políticas legítimas de la dirección del Estado), la decisión puede alcanzar a la comunidad política entera’. Así, pues, ‘más que el juez de otros ámbitos de la justicia, puede y debe el juez constitucional no perder de vista las consecuencias – y tan frecuentemente consecuencias políticas – de sus sentencias. Pero – y ésta es la cuestión a plantearse - ¿ Qué influencia le es permitido conceder a esas eventuales consecuencias sobre su sentencia? ¿ Puede, le es permitido o debe declarar ineficaz la ejecución de una Ley aplicada incólumemente durante largos años declarando una nulidad que privara de soporte a innumerables actos jurídicos, o quizá derribar a sectores enteros administrativos o económicos a causa de una infracción constitucional tardíamente descubierta? ¿ No se convertiría aquí de hecho el *summum ius* en *summa iniuria*, sin utilidad para nadie y daño para muchos o para la entera comunidad?’ (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1989, p. 12-13)

⁶⁶ Para Meyer (2008) a possibilidade de uma ponderação de interesses, no âmbito da fixação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, despreza a necessária distinção entre as argumentações dos discursos de justificação e dos discursos de aplicação.

⁶⁷ Comungam da mesma opinião Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra Martins: “[...] a ausência de um instituto capaz de estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade acaba por obrigar os Tribunais, muitas vezes, a se abster de emitir um juízo de censura, declarando a constitucionalidade de leis manifestamente inconstitucionais.” (MENDES, G., F.; MARTINS, 2001, p. 316)

Para Teori Albino Zavascki (2001, p. 49-50), ao ponderar as conseqüências que poderão advir da decretação da nulidade *ab initio* da lei, os juízes não se afastam da função jurisdicional.

O que o Supremo faz, ao preservar determinado *status quo* formado irregularmente, é típica função de juiz.

Com efeito, não é nenhuma novidade, na rotina dos juízes, a de terem diante de si situações de manifesta ilegitimidade cuja correção, todavia, acarreta dano, fático ou jurídico, maior do que a manutenção do *status quo*. Diante de fatos consumados, irreversíveis ou de reversão possível, mas comprometedora de outros valores constitucionais, só resta ao julgador – e esse é o seu papel – ponderar os bens jurídicos em conflito e optar pela providencia menos gravosa ao sistema de direito, ainda quando ela possa ter como resultado o da manutenção de uma situação originariamente ilegítima. Em casos tais, a eficácia retroativa da sentença de nulidade importaria a reversão de um estado de fato consolidado, muitas vezes, sem culpa do interessado, que sofreria prejuízo desmesurado e desproporcional.

Mutatis mutandis, é justamente esse o quadro suposto pelo art. 27 da Lei nº 9868, de 10.11.1999, o de um manifesto conflito entre valores constitucionais de mesma hierarquia: de um lado a nulidade do ato; de outro, o sério comprometimento da segurança jurídica ou de excepcional interesse social. Tendo de dirimi-lo, o STF faz prevalecer o bem jurídico que considera ser o mais relevante na situação em causa, ainda que isso importe a manutenção de atos ou situações formados com base em lei que se pressupunha válida, mas que era nula. Isso é julgar, não legislar. O legislador cria normas para disciplinar situações futuras. O Supremo, ao aplicar o art. 27 da Lei 9868 de 10.11.1999, faz juízo de valor sobre fatos passados.

O processo decisório decorrente do exercício do controle da constitucionalidade não pode ser visto como um procedimento de simples comparação de duas normas jurídicas, solucionado mediante a aplicação lógica da regra da retroatividade da lei inconstitucional. As experiências desenvolvidas tanto na Áustria, como nos Estados Unidos, indicam que a concessão automática de efeitos *ex nunc* ou *ex tunc* pode se mostrar prejudicial. Daí porque se diz que o art. 27 da Lei nº 9868/99 constitui uma regra de calibragem que impede o comprometimento da paz social em virtude da necessária concessão de efeitos retrooperantes.

Mais do que realizar o controle de compatibilidade das normas infraconstitucionais com a Carta Política, a missão dos Tribunais Constitucionais é assegurar a supremacia da Constituição. Defender a primazia constitucional exige o compromisso do intérprete em tornar a Constituição efetiva, mesmo que para isso ele precise se afastar do postulado da retroatividade da lei inconstitucional. Ao analisar os possíveis danos decorrentes da concessão de efeitos retroativos o Tribunal está a tutelar um bem jurídico de hierarquia igualmente constitucional.

A modulação dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade tem por fundamento básico a preocupação com as conseqüências concretas do julgado, que não podem ser desconsideradas no exercício da jurisdição constitucional. Destarte, a contrariedade da lei ou ato normativo ao texto constitucional pode ser manifesta, porém seu reconhecimento com efeitos retroativos e imediatos pode acarretar a violação a outros bem jurídicos igualmente consagrados na Constituição. Cabível, então, a aplicação do princípio da proporcionalidade, em suas três vertentes, verificando-se, primeiramente, se e em que medida a modulação de efeitos temporais se mostra apta a garantir a preservação do interesse constitucional que seria sacrificado pela incidência imediata ou retroativa da decisão de inconstitucionalidade (juízo de adequação). (PONTES DE MIRANDA, 2008, p. 253-254)

Num sistema que seguia desde sua origem a tradição norte-americana, a flexibilização do dogma da nulidade da lei inconstitucional não seria aceita com tranqüilidade. Em razão disto foram interpostas duas ações diretas de inconstitucionalidade, impugnando o art. 27 da Lei nº 9.868. Trata-se das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 2.154 e nº 2.258, atualmente sob a relatoria do ministro Carlos Alberto Menezes Direito.

Em linhas gerais, os motivos pelos quais se considera o art. 27 da Lei nº 9.868/99 inconstitucional são dois: a) violação do princípio da nulidade da lei inconstitucional – princípio de hierarquia constitucional e b) violação da Supremacia da Constituição – postulado fundamental do constitucionalismo moderno.

Na ADIn nº. 2154, André Serrão Borges Sampaio, então Consultor Geral da União, prestou informações que nos parecem úteis neste trabalho.

[...] sabemos todos, com Karl Larenz, que uma Corte Constitucional deve considerar a repercussão de suas decisões antes de proferi-las (Metodologia da Ciência do direito, Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2ª.ed., p. 442: 'Ao tribunal constitucional incumbe uma responsabilidade política na manutenção da ordem jurídico-estadual e da sua capacidade de funcionamento. [...] Aqui a ponderação das conseqüências é, portanto, de todo irrenunciável [...]. **García de Enterría já nos havia indicado que o apego inflexível ao dogma da nulidade da lei inconstitucional pode constituir, em razão da impossibilidade prática de mantê-lo, um desserviço à máxima eficácia da ordem constitucional** (op. Cit., p. 14) pela eventual convalidação de atos inconstitucionais. Em verdade, a flexibilização do dogma da nulidade da lei inconstitucional, ao permitir a introdução de novas técnicas de decisão semelhantes à declaração de inconstitucionalidade da lei sem pronúncia de nulidade e ao apelo ao legislador (MENDES, Jurisdição Constitucional, op. Cit., p. 202 e s. e 229 e s.) permite ampliar a capacidade decisória da Corte Constitucional e, com isso, fazer frente às demandas de controle de constitucionalidade em situações normativas e fáticas crescentemente complexas (tais como as imposições do princípio da isonomia e o controle da inconstitucionalidade por omissão: idem, ibidem) (SAMPAIO, 1999, p. 17) (grifo nosso)

Há diversos países que contemplam a técnica da modulação temporal no controle de constitucionalidade. Áustria, Portugal, Alemanha prevêm o uso desta técnica ou de institutos similares nos seus sistemas de fiscalização da constitucionalidade.⁶⁸ E nem por isso esses países deixam de configurar Estados Democráticos de Direito. Parece-nos errôneo entender que defesa da supremacia constitucional depende da adoção absoluta do dogma da nulidade da lei inconstitucional.

Os conceitos e institutos jurídicos são criados para conformar a realidade; em inúmeras situações, todavia, os fatos derrotam as normas, obrigando o jurista a reavaliar suas noções teóricas, de modo a adequá-las às novas necessidades e aspirações sociais. A flexibilização dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade é uma dessas imposições da experiência à lógica jurídica. (BINENBOJM, 2004, p. 200)

A lei nasce encoberta por uma presunção de constitucionalidade. Enquanto manteve-se incólume, criou direitos e obrigações, de modo a tornar certas situações irreversíveis ou de difícil reversão.⁶⁹ ⁷⁰ Nessa lógica, compreende-se que a concessão de efeitos *ex tunc* às decisões declaratórias de inconstitucionalidade não deve ser absoluta, e o legislador ordinário, ao prever a possibilidade de modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade estava sensível a este fato.

Há ainda outras técnicas decisórias desenvolvidas pelos Tribunais Constitucionais tendentes à relativizar o binômio constitucionalidade/inconstitucionalidade. Em respeito à obra do legislador, tais órgãos desenvolveram formas de manter a lei no ordenamento jurídico mesmo quando sua aplicação gera uma situação inconstitucional.⁷¹

⁶⁸ Gustavo Binenbojm (2004) assinala que os países onde o legislador não positivou técnica similar a esta a jurisprudência se encarregou de construí-la.

⁶⁹ “[...] enquanto não considerados inconstitucionais, a lei ou o ato normativo podem, na prática, produzir efeitos, às vezes por anos, no mundo fenomênico, gerando no espírito dos indivíduos e da própria sociedade a presunção de validez que servem de premissas para a prática de atos e negócios jurídicos. Tornar sem eficácia esse período de tempo, por imperativo da retroatividade da declaração de inconstitucionalidade, em algumas situações, vulnera o Direito, ante a descontinuidade da disciplina legiferante sobre a matéria e a insegurança jurídica, justificando, por isso mesmo, o abandono da tese da nulidade da lei inconstitucional. Nesse particular a teoria da anulabilidade e a conseqüente eficácia prospectiva buscam equalizar os princípios da constitucionalidade e da segurança jurídica. Quando se esvazia o postulado da segurança jurídica, o postulado da constitucionalidade deve ceder e, por conseguinte, admitir a limitação dos efeitos jurídicos de lei considerada inconstitucional.” (FERREIRA, C. W. D., 2007, p. 160-161)

⁷⁰ “[...] o problema dos efeitos da decisão no controle de constitucionalidade das leis e atos normativos não pode ser analisado e solucionado apenas sob o aspecto lógico-dedutivo da vinculação entre inconstitucionalidade (vício) e nulidade (sanção), sob pena de recair na visão unilateralista do direito como norma, afastando-se os aspectos sociológico e axiológico de compreensão do fenômeno jurídico.” (PONTES DE MIRANDA, 2008, p. 175)

⁷¹ “Os juízes devem respeitar a liberdade do Parlamento no sentido de somente declarar a inconstitucionalidade quando a norma não pode, de forma alguma, compatibilizar-se com o texto constitucional. Não é lícito que o

É o que ocorre com a interpretação conforme a Constituição, com a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto e, também, com as chamadas sentenças transitivas, ou seja, com aquelas sentenças em que o juiz constitucional reconhece que a lei é inconstitucional, mas deixa de declarar a sua nulidade por vislumbrar que a nulidade geraria uma situação ainda mais reprovável na sociedade que a manutenção da lei inconstitucional temporariamente no ordenamento.⁷²

A modulação temporal se mostra particularmente útil para preservar a paz social e a segurança jurídica, bens tutelados pela própria Constituição e essenciais à própria idéia de Estado Democrático de Direito.⁷³

Vê-se, portanto, que a modulação dos efeitos temporais da decisão declaratória de inconstitucionalidade é um instrumento essencial para que o Tribunal Constitucional exerça o controle de constitucionalidade comprometido primeiramente com a efetividade da Constituição. Neste sentido manifesta-se Otto Bachof (1986, p. 846-847):

[...] as Cortes Constitucionais se consideram, guardadas as devidas proporções, não são somente facultadas, mas inclusive obrigadas a incluir as possíveis conseqüências de suas decisões em suas reflexões, para evitar, sob o manto de uma correção jurídica, produzir, na prática, uma injustiça. Por isso examinam se um resultado possível em sua decisão não seria claramente injusto, se não poderia trazer um prejuízo para o bem público, ou se não prejudicaria interesses legítimos de alguns cidadãos. Isto não deve naturalmente entender-se como se os tribunais partissem dos resultados esperados de sua decisão, e com o objetivo de um resultado desejado, se sobrepusessem à Constituição e à lei. Mas um resultado injusto ou, por qualquer circunstancia suspeito, é geralmente – não sempre – também um

próprio juiz, interpretando a Constituição, declare que a interpretação feita pelo legislador não é a melhor que se poderia ou deveria ter feito da Carta. O legislador tem o direito de interpretar a norma constitucional como lhe pareça conveniente de acordo com cada momento histórico dado. O que não pode é elaborar uma norma que sob nenhuma perspectiva seja compatível com o Texto Maior. A atitude do juiz deve ser de precaução no sentido de examinar todas as possibilidades de interpretação da Carta e somente em último caso, isto é, em sendo impossível compatibilizar a norma infra-constitucional com o Texto Fundamental, declarar a inconstitucionalidade da norma para o caso. Se a norma legislativa pode ser considerada constitucional, ainda que sob uma única perspectiva, não deve o juiz substituir as opções adotadas pelo legislador pela sua. Qualquer juiz ou tribunal deve manter essa postura de respeito ao legislador.” (ROSA, 2000, p. 41)

⁷² “Deve-se ressaltar, ademais, que, em alguns casos, a atenuação do binômio inconstitucionalidade-nulidade tem por objetivo justamente assegurar a separação dos Poderes, preservando o trabalho de elaboração legislativa já produzido, enquanto se aguarda a disciplina da matéria pelo Poder Legislativo. Nessas hipóteses, inadmissível cogitar de ofensa ao princípio da separação dos Poderes, já que a esfera de atribuições do legislador permanece intacta, podendo ser exercitada no momento em que lhe pareça mais conveniente.” (PONTES DE MIRANDA, 2008, p. 177)

⁷³ Nas palavras de Regina Maria Macedo Ferrari (1992, p. 142-143): “[...] a admissão da retroatividade *ex tunc* da sentença deve ser feita com reservas, pois não podemos esquecer que uma lei inconstitucional foi eficaz até consideração nesse sentido e que ela pode ter tido conseqüências que não seria prudente ignorar, e isto principalmente em nosso sistema jurídico, que não determina um prazo para a argüição de tal invalidez, podendo a mesma ocorrer, dez, vinte ou trinta anos após sua entrada em vigor.”

resultado falso. Pelo menos, tem que ser um sinal de alerta que induza o juiz a uma nova verificação do resultado suspeito a que se chega; muito freqüentemente poderá então comprovar que outra interpretação do direito é possível, a qual é mais conforme com a Constituição, e que, desta maneira, logra também chegar a um resultado satisfatório.

Na opinião de Ana Paula Ávila (2008) a ponderação autorizada pelo legislador no art. 27 da Lei nº. 9.868/99 leva o Tribunal a analisar o confronto de duas normas de mesma hierarquia. De um lado há a norma violada pela lei infraconstitucional (X), de outro, há a norma que protege as situações que se formaram por causa e durante a vigência da lei inconstitucional (Y). Segundo a autora, a atribuição de efeitos *ex nunc* ou *pro futuro* somente é válida se a melhor forma de solucionar este conflito seja priorizar a segunda norma (Y) em detrimento da primeira (X).⁷⁴

É de bem se ver que a alteração do efeito *ex tunc* somente é adequada quando, mediante uma aplicação do art. 27 da Lei 9868/99, resultar a sobrevalência de uma norma também constitucional – aquela norma que tutela os bens preservados pela determinação de efeitos *ex nunc*, *ex tunc* parcial (reduzido) ou efeitos *pro futuro*, à decisão. (ÁVILA, 2008, p. 67)

A não aplicação do princípio da retroatividade não se justifica em razões de política judiciária, mas em razão da defesa de outro bem ou princípio de status constitucional. Daniel Sarmento, acompanhando o entendimento acima esposado, posiciona-se sobre o tema da seguinte forma:

Assim, entendemos que o princípio da proporcionalidade autoriza uma restrição à eficácia *ex tunc* da decisão proferida no controle de constitucionalidade, sempre que esta restrição a) mostrar-se apta a garantir o interesse contraposto; b) não houver solução menos gravosa para proteger o referido interesse; e c) o benefício logrado com a restrição da eficácia retroativa da decisão compensar o grau de sacrifício imposto ao interesse que seria integralmente prestigiado, caso a decisão surtisse seus efeitos naturais. Assim, quando a atribuição de efeitos retroativos à decisão de inconstitucionalidade acarretar grave lesão a outros interesses tutelados pela Lei Fundamental, pode o Judiciário restringir tais efeitos, valendo-se do princípio da proporcionalidade. (SARMENTO, 1998, p. 38-39)

Entendemos, portanto, que a boa aplicação da técnica pode trazer benefícios para a ordem jurídica, desde que o seu uso seja precedido de motivação assentada em argumentos suficientemente fortes para justificar a não aplicação do princípio da nulidade. O uso indiscriminado da técnica certamente pode levar a uma cultura de tolerância com situações

⁷⁴ “O princípio da supremacia da Constituição é fundamento da própria existência do controle de constitucionalidade, uma de suas premissas lógicas. Não pode, portanto, ser afastado ou ponderado sem comprometer a ordem e a unidade do sistema. O que o Supremo Tribunal poderá fazer ao dosar os efeitos retroativos da decisão é uma ponderação entre a norma violada e as normas constitucionais que protegem os efeitos produzidos pela lei inconstitucional. Como por exemplo: boa fé, moralidade, coisa julgada, irredutibilidade de vencimentos, razoabilidade.” (BARROSO, 2004, p. 162)

inconstitucionais, o que não é admitido no Estado Democrático de Direito. O julgador deve ter em mente que o uso da técnica é excepcional,⁷⁵ prevalecendo, como regra, a concessão de efeitos retroativos às decisões que anunciam a inconstitucionalidade das leis.⁷⁶

A fixação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade permite que o Tribunal adéqüe os efeitos do pronunciamento às situações da vida, nas quais se verifica a impossibilidade ou a extrema dificuldade de desconstituição dos atos baseados na lei inconstitucional.

Analisando a problemática à luz do Direito português, assinala Rui Medeiros (1999, p. 704):

A declaração de inconstitucionalidade com eficácia *ex tunc* tem manifestamente prioridade de aplicação. Todo o sistema de fiscalização de constitucionalidade português está orientado para a expurgação de normas inconstitucionais. É, aliás, significativa a recusa de atribuição de força obrigatória geral às decisões de não-constitucionalidade. Não basta, pois, afirmar que o “Tribunal Constitucional deve fazer um juízo de proporcionalidade, cotejando o interesse na reafirmação da ordem jurídica – que a eficácia *ex tunc* da declaração plenamente potencia – com o interesse na eliminação do factor de incerteza e insegurança – que a retroatividade, em princípio, acarreta. (Acórdão do Tribunal Constitucional n. 308-93)”. **É preciso acrescentar que o Tribunal Constitucional deve declarar a inconstitucionalidade com força obrigatória geral e eficácia retroativa e reipristinatória, a menos que uma tal solução envolva o sacrifício excessivo da segurança jurídica, da equidade ou de interesse público de excepcional relevo.** (grifo nosso)

Há, contudo, autores que contestam a aplicação da ponderação de interesses em matéria de efeitos temporais das decisões declaratórias de inconstitucionalidade. No Direito brasileiro Álvaro Ricardo de Souza Cruz critica o instituto positivado no art. 27 da Lei nº 9868/99. Para o autor, a possibilidade de modulação temporal está assentada em argumentos utilitários que oportunizam ao juiz constitucional o poder de fazer uma análise de custo/benefício da incidência do princípio da nulidade da lei inconstitucional em face da boa-fé e da razoabilidade.⁷⁷

⁷⁵ Em pesquisa sobre o tema, LUNARDI (2009) concluiu que o uso da técnica da modulação temporal tem sido feito de maneira parcimoniosa pelos ministros do Supremo Tribunal. Num universo de 2.735 ADIns julgadas em definitivo entre 1988 e 2008 a autora constatou que apenas em 12 casos houve modulação temporal. Esse número equivale a 0,44% das ações definitivamente julgadas pelo Pretório Excelso.

⁷⁶ O ministro Marco Aurélio externou esse tipo de preocupação. Para o ministro, nos casos de flagrante inconstitucionalidade, os efeitos da declaração devem ser retrooperantes para evitar que a modulação temporal se converta em instrumento de estímulo à produção de leis inconstitucionais. ADIn nº 3.660. Rel. Min. Gilmar Mendes.

⁷⁷ “Abrem, portanto, espaço ao Supremo para tratar os princípios constitucionais como “mandados de otimização”, competindo a este a tarefa de bem sopesar as conseqüências de decretar a nulidade/anulabilidade em face da inconstitucionalidade da norma ou de postergar a incidência desta decisão, adiando os efeitos dessa

O art. 27 da Lei nº 9868/99 possibilita que o Tribunal module os efeitos da declaração quando razões de excepcional interesse social ou de segurança jurídica justifiquem a necessidade de emprestar de efeitos não retroativos à decisão. Assim sendo, o legislador permite que considerações de fato e projeções de conseqüências sejam determinantes para o arbitramento dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade.

Discute-se a respeito das condições de racionalidade desse tipo de decisão, bem como a respeito da legitimidade dos magistrados para realizar este tipo de análise que leva em conta as conseqüências da decisão na solução do caso.

Deste modo, podemos concluir que não há consenso na doutrina a respeito do acerto ou desacerto do legislador na previsão do art. 27 da Lei nº 9.868/99. Duas correntes de pensamento são claramente identificáveis. De um lado posicionam-se aqueles que defendem a possibilidade de modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade como forma de evitar que, em certas situações, a concessão de efeitos retroativos possa gerar prejuízos irreparáveis. Assim sendo, a modulação temporal constitui uma válvula de escape para que os juízes constitucionais minimizem os danos nefastos que a concessão de efeitos *ex tunc* pode gerar. De outro lado temos aqueles que criticam a previsão inscrita no art. 27 da Lei nº 9.868/99, já que, com tal previsão, concedem-se amplos poderes ao Supremo Tribunal Federal.

São muitas as críticas dirigidas à possibilidade de modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Afirmam que o art. 27 da Lei nº 9.868/99 equipara a atividade jurisdicional desenvolvida pelo Supremo à atividade legislativa, pois ao conceder efeitos *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade o magistrado estaria dando efeitos a uma lei em essência inválida, incapaz de produzir efeitos válidos. Sendo assim, o Supremo Tribunal Federal estaria atuando como se legislador fosse, inovando na ordem jurídica, ou mesmo estaria assumindo feições de constituinte, na medida em que permite que uma lei inconstitucional prevaleça, ainda que dentro de determinado período, sobre a Constituição. Assim, tais autores entendem que o arbitramento dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade contraria o Estado Democrático de Direito, bem como se mostra incompatível com a tradição brasileira de controle difuso de constitucionalidade, em que prevalece o dogma da nulidade da lei inconstitucional.

norma, mesmo que claramente inquinada de vícios de inconstitucionalidade. [...] não é dado ao Judiciário julgar com base meramente em argumentos utilitários do tipo custo/benefício. Isso pertence à esfera política. Essa forma de argumentar é política (*arguments of policy*), inteiramente inadequada ao discurso de aplicação da norma jurídica pelo Poder Judiciário.” (CRUZ, 2004, p. 423)

Outros autores ainda entendem que cabe ao legislador, e não ao Supremo Tribunal Federal, recompor os interesses eventualmente afetados pela declaração de inconstitucionalidade, não se admitindo, por conseguinte, a modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade. (FERREIRA, M. E. M., 2007)

O fato, contudo, é que a possibilidade de modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade é uma realidade no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade. Certamente não pretendemos esgotar todos os argumentos favoráveis e contrários à modulação temporal. Apenas introduzimos o tema, com a certeza de que o exame detalhado destes argumentos levaria ao desvirtuamento dos objetivos pretendidos nesta dissertação.

Portanto, partindo do pressuposto de que a técnica da modulação temporal está positivada em nosso país e que o Supremo Tribunal Federal a tem aplicado, passamos a discutir a possibilidade de modulação temporal em sede de controle difuso de constitucionalidade.

3.1.2 A modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso

Mesmo nos Estados Unidos, onde o dogma da nulidade da lei inconstitucional foi fundado e amplamente aceito, a tese mereceu temperamentos ao longo dos anos de atuação da Suprema Corte. Neste sentido é de registrar-se a importância das decisões proferidas pela Corte Warren (1953-1969) no intuito de romper com a rigidez da teoria da retroatividade das decisões proferidas pela Suprema Corte.

No caso *Linkletter v. Walter* a Suprema Corte avaliou os danos decorrentes de eventual concessão de efeitos retroativos a um novo entendimento firmado pelo Tribunal, entendendo que a concessão de efeitos retroativos, em certas circunstâncias, poderia gerar uma situação extremamente prejudicial à administração da justiça.

A compreensão das circunstâncias que levaram a Corte a romper com o binômio inconstitucionalidade/nulidade depende do conhecimento prévio de dois casos: *Wolf v. Colorado* e *Mapp v. Ohio*. No primeiro caso, a Suprema Corte decidiu pela inadmissibilidade de provas colhidas ilicitamente perante as cortes federais, por entender que tal ação afrontava a IV Emenda, mas nesse mesmo caso deixou ao arbítrio dos tribunais estaduais a admissão, ou

não, de provas colhidas ilicitamente.⁷⁸ Em *Mapp v. Ohio*, a Corte se afastou do entendimento esposado em *Wolf v. Colorado*, estendendo a proibição também aos Estados-membros.

Dolree Mapp foi acusada de portar material pornográfico, fato descrito como crime pelas leis de Ohio. Contudo, a polícia colheu as evidências do crime adentrando em sua residência sem um mandado de busca e apreensão. A Suprema Corte, então, fixou o entendimento de que a regra de exclusão, que proibia a produção de provas por meios ilícitos, já vedada no âmbito federal (*Wolf v. Colorado*), deveria ser aplicada também no âmbito das cortes estaduais. Assim, também as polícias estaduais não podiam efetuar buscas desprovidas de mandados judiciais.

Nas palavras de Mendes⁷⁹ “A decisão de *Mapp v. Ohio* superou o precedente *Wolf v. Colorado*, 338 U.S 25(1949), tornando a regra obrigatória aos Estados, e àqueles acusados, cujas investigações e processos não tinham atendido a estes princípios, era conferido o direito de habeas corpus.”

Linkletter, condenado em definitivo pela corte da Louisiana pela prática de roubo, ajuizou *habeas corpus* requerendo a aplicação retroativa do entendimento firmado em *Mapp v. Ohio* ao seu caso, o qual já se encontrava definitivamente julgado no âmbito estadual.

Linkletter fora condenado com base em provas ilícitas, pois a polícia estadual havia colhido as provas que serviram de fundamento à sua condenação tomando-lhe as chaves e adentrado em sua residência e em seu local de trabalho sem autorização judicial. Sua condenação foi ilegítima, porém o remédio fora denegado sob o argumento de que o entendimento fixado no caso *Mapp v. Ohio* não se aplicava às condenações estaduais que se tornaram definitivas antes da sua prolação.

A Corte tratou da questão dos efeitos temporais de suas decisões como uma questão de política judiciária a ser decidida em cada caso concreto, colocando abaixo a tese que associava obrigatoriamente o controle norte-americano com a concessão de efeitos retroativos às decisões declaratórias de inconstitucionalidade. (TRIBE, 2000) Aplicar o precedente firmado no caso *Mapp v. Ohio* a casos definitivamente julgados representaria uma ameaça às relações entre União e Estados-membros, pois milhares de condenações realizadas pelos

⁷⁸ “A Suprema Corte norte-americana entendeu que a Quarta Emenda (cujo coração é o direito à privacidade) não estabelecia quaisquer restrições aos modos de colheita de provas nos Estados e que, em certos casos, seria possível aceitar essa inidoneidade; a interferência do Poder Judiciário não seria necessária segundo o minimalismo defendido pela Corte, bastando a disciplina interna da polícia, sob o olhar vigilante da opinião pública.” (MEYER, 2008, p. 85)

⁷⁹ HC nº 82.959/SP. Rel. Min. Marco Aurélio. Voto do Min. Gilmar Mendes.

tribunais estaduais teriam que ser revistas. Daí por que o precedente só deveria ser aplicado aos casos futuros e pendentes de recurso.

No caso *Linkletter* a Suprema Corte também estabeleceu uma distinção entre o tratamento a ser dado aos casos pendentes de julgamento e os casos já transitados em julgado (*collateral review*), negando eficácia retroativa em relação a estes últimos, já que a reabertura de todos os processos, através de habeas corpus, criaria uma situação (e custos) inaceitável para os Estados. Assim, julgou que a regra fixada em *Mapp vs Ohio* somente poderia ser invocada em grau de apelação e não, em habeas corpus promovidos por pessoas já condenadas em definitivo. (APPIO, 2008, p. 74)

Com essa decisão, a Corte passou a tratar da questão dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade como algo a ser decidido em cada caso concreto. A opinião da Suprema Corte norte-americana a respeito da matéria pode ser observada no seguinte trecho constante do *United States reports* (vol. 381), transcrito pelo ministro Gilmar Mendes:

Uma vez aceita a premissa de que não somos requeridos e nem proibidos de aplicar uma decisão retroativamente, devemos então sopesar os méritos e os deméritos em cada caso, analisando o histórico anterior da norma em questão, seu objetivo e efeito, e se a questão retrospectiva irá adiantar ou retardar sua operação. Acreditamos que essa abordagem é particularmente correta com referência às proibições da 4ª Emenda, no que concerne às buscas e apreensões desarrazoadas. Ao invés de ‘depreciar’ a Emenda devemos aplicar a sabedoria do Justice Holmes que dizia que ‘na vida da lei não existe lógica: o que há é experiência.’⁸⁰

De acordo com o entendimento exposto pelo Justice Clark, não há que se defender o primado de uma regra absoluta de retroatividade na jurisdição constitucional. Como a Constituição silencia a esse respeito, a questão dos efeitos temporais dos pronunciamentos da Suprema Corte pode ser definida em cada caso concreto.

A decisão gerou polêmica. No seu voto, o Justice Hugo Black entendeu que a concessão de tratamento diferenciado aos condenados julgados antes e depois do caso *Mapp v. Ohio* era arbitrária. Registre-se que Mapp cometeu o crime em 23 de maio de 1957; já Linkletter havia praticado o delito posteriormente, em 16 de agosto de 1958. Deste modo, se a corte de Ohio tivesse procedido com a mesma celeridade que a corte da Louisiana ou se a Corte da Louisiana tivesse sido tão lenta quanto a Corte de Ohio, provavelmente a condenação de Linkletter se daria depois da decisão proferida no caso *Mapp v. Ohio*, o que daria a Linkletter o direito à liberdade (MEYER, 2008)

Para o Justice Hugo Black, a atuação da Suprema Corte simbolizava mais uma advertência dirigida aos xerifes e policiais contra o uso abusivo de provas ilícitas do que o

⁸⁰ HC nº 82.959/SP. Rel. Min. Marco Aurélio. Voto do Min. Gilmar Mendes.

direito de alguém de não ser condenado por elas. A atitude da Corte, em dar efeitos prospectivos ao novo entendimento assemelhava-se mais a uma atividade legislativa do que uma interpretação constitucional. Por este motivo, há autores que associam a prática da prospectividade no Direito norte-americano com o ativismo judicial.

O crime da senhora Mapp fora cometido em 1957; o de Linkletter, em 1958. Ainda assim, o precedente, estabelecido para ela em 1961, não seria aplicável a ele em 1965. Se considerações de tempo detêm alguma importância num julgamento judicial, possivelmente não o será para a privação dos direitos fundamentais. O Justice Hugo Black ainda salientou que casos como esse não deveriam ser julgados levando-se em conta questões acerca do que os juízes fazem quando interpretam o direito, se o inventam ou se eles o descobrem, como defendera Clark; era preciso verificar os casos que discutiam a matéria na Suprema Corte, e Black enumerou uma série deles em que se posicionara mesmo a favor da doutrina dos efeitos prospectivos. Num desses casos, *James v. United States* [366, U.S 213 (1961)], ele se mostrou contra uma regra geral para a atribuição de tais efeitos envolvendo o Direito Penal; não se trataria de ignorar as consequências judiciais da extensão ao passado de um precedente, mas o que não se pode pôr de lado é o fato nefasto de se manter nas prisões pessoas que, evidentemente, foram condenadas com base em provas ilícitas. Black condena veementemente o procedimento da Suprema Corte de aceitar uma suposta razoabilidade dos meios com os quais foram obtidas ilicitamente as provas contra Linkletter, bem como uma recorrente “ponderação” (*balancing*) que a Corte vinha fazendo em relação às garantias e direitos estabelecidos no Bill of rights e na Quarta Emenda. (MEYER, 2008, p. 88-89)

Meyer (2008) critica o comportamento da Suprema Corte norte-americana no caso em comento por vislumbrar, na hipótese, uma agressão direta à integridade esperada das decisões judiciais. A integridade exigida das atuações judiciais requer que casos semelhantes recebam o mesmo tratamento. Ademais, o controle difuso requer, tão somente, uma decisão para o caso. Não pode o juiz constitucional elaborar regras em ampla medida à semelhança do que faz o legislador.

A outorga de efeitos prospectivos à decisão declaratória de inconstitucionalidade no Direito norte-americano não ficou restrita ao caso *Linkletter v. Walter*. Nos precedentes *Johnson v. New Jersey* (1966), *Tehan v. Scott* (1966) e no caso *Stovall v. Denno* (1967) a Corte concedeu efeitos prospectivos à declaração de inconstitucionalidade, tendo em vista a necessidade de preservação dos atos praticados com boa-fé com base em leis inconstitucionais.⁸¹

⁸¹ O ministro Carlos Veloso, comentando o tema, manifestou-se da seguinte forma: “Na pátria do efeito *ex tunc*, nos Estados Unidos, a Suprema Corte admite o teor político do controle de constitucionalidade e que o ingrediente político da decisão tomada no controle de constitucionalidade pode relativizar o princípio da retroação *ex tunc* [...]. No caso *Linkletter vs Walter*, de 1965, “a Suprema Corte reconheceu que a questão da retroatividade ou prospectividade dos efeitos do *judicial review* não corresponde a um princípio exarado na

No entendimento do Justice Hughes, proferido no caso *County Drainage Dist. v. Baxter State Bank* (1940), o passado nem sempre pode ser apagado pelas Cortes de Justiça. Ainda que a posição da Suprema Corte sobre a constitucionalidade de uma lei tenha sido superada, aquele entendimento era válido à época e não podia ser ignorado.

Álvaro Ricardo de Souza Cruz sintetiza a relativização do princípio da nulidade da lei inconstitucional nos Estados Unidos no trecho a seguir:

Em 1965, a U.S. *Supreme Court* abriu precedente no *Linkletter case* para incidência de efeitos prospectivos na declaração de inconstitucionalidade. [...] O caso *Linkletter vs Walter* [381 US 618, 629 (1965)], exige o entendimento do precedente *Mapp vs Ohio* [367 US 643 (1961)], no qual a Corte estendeu a vedação do uso de provas ilícitas (*exclusionary rule*) aos Estados-membros. Preocupada com os efeitos retroativos de sua decisão, pois a mesma poderia anular milhares de casos nos quais as polícias estaduais certamente tinham abusado da ilicitude de provas, a Corte optou/ponderou entre a segurança jurídica e o direito de liberdade. E decidiu pelos efeitos prospectivos da decisão *Mapp vs Ohio* no caso em que *Linkletter* buscava a revisão de uma condenação criminal. Esse precedente foi, em seguida, ampliado à jurisdição cível. Nos casos *Stovall vs Dunro* [388 US 293 (1967)] e *Chevron Oil Co. vs Huson* [404 US 97 (1971)] a Corte estabeleceu limites à retroatividade de suas decisões em ações cíveis, fixando o princípio de que a retroatividade poderia fazer-se presente para evitar uma injustiça substantiva. (CRUZ, 2004, p. 419)

A exigência de concessão de efeitos prospectivos se afirma em um momento de ativismo da Suprema Corte norte-americana. A outorga de efeitos prospectivos permitiu que grandes inovações fossem instituídas no ordenamento, sem a subversão do equilíbrio do sistema, possivelmente causado pela concessão de efeitos retroativos. A partir do caso *Linkletter v. Walter* a Suprema Corte passou a fixar requisitos mais rígidos para a atuação policial, defendendo direitos civis.

Passando a exercitar uma importante dose de discricionariedade (e liberdade) de atuação, a Suprema Corte dos Estados Unidos modificou a fórmula até então existente, afirmando, desde aquele momento, que os julgados passariam a ter efeitos prospectivos e não retroativos. Com isto, os milhares de julgamentos que deveriam ser anulados por descumprimento das “novas regras” editadas pela Suprema Corte seriam poupados de revisão judicial. Para os casos futuros, os juízes estariam vinculados às novas decisões da Suprema Corte, de maneira que a tese da retroatividade deixou de ser aplicada em uma importante parcela dos processos. **A teoria da não-retroatividade dos julgados em controle difuso assegurava, assim, uma maior liberdade à Suprema Corte, a qual poderia verdadeiramente legislar em sede de novos direitos, sem a preocupação com os custos de regulação dos casos passados em julgado.** (APPIO, 2008, p. 75, grifo nosso)

Em 1971, o precedente fixado no caso *Linkletter v. Walter* foi aplicado pela Suprema Corte em matéria cível, desta vez no caso *Chevron Oil Co. v. Huson*. Além destes, há outros precedentes nos quais a Suprema Corte proclamou a inaplicabilidade de novo precedente a situações já consolidadas no passado.

Contudo, em tempos mais recentes a Suprema Corte revisou seu posicionamento a respeito do problema da retroatividade. No caso *Griffith v. Kentucky* (1987) a Corte passou a ser mais criteriosa na concessão de efeitos prospectivos às suas decisões.

Comentando o retorno à regra da retroatividade, assinala Keith Rosenn (2007, p. 129)

Em 1987 a Corte Suprema revogou *Linkletter v. Walter*, e resolveu mais uma vez fazer suas decisões totalmente retroativas para todos os casos criminais pendentes de controle direto. Esta decisão baseou-se em duas normas básicas de julgamento constitucional: (1) a natureza do controle judicial não permite a um tribunal ocupar a prerrogativa legislativa de fazer regras de direito retroativas ou prospectivas ao seu arbítrio, e (2) **“a aplicação seletiva de novas regras viola o princípio de tratar partes semelhantes da mesma forma”**. Não até 1993 a Suprema Corte resolveu que suas decisões em casos civis devem também ser totalmente retroativas.

Em matéria tributária, o entendimento hoje perfilado pela Suprema Corte norte-americana é no sentido de reconhecer a retroatividade dos seus pronunciamentos. No caso *MacKesson v. Florida* (1990), a Suprema Corte afirmou que, em matéria tributária, não se pode estabelecer distinções entre os contribuintes. Em 1993 no caso *Harper v. Virginia Department of Taxation* restou assente que diante do silêncio da Suprema Corte vige o princípio da retroatividade; a concessão de efeitos prospectivos depende de declaração expressa por parte da Corte. (MEYER, 2008)⁸²

No Brasil, a atribuição de efeitos pro futuro às decisões que declaram a inconstitucionalidade em sede de controle difuso de constitucionalidade vem sendo praticada pelo Supremo Tribunal Federal.

A concessão de efeitos não retroativos em sede de recurso extraordinário tem sido vista em algumas decisões mais recentes do Pretório Excelso; dentre as quais destacamos a proferida no RE 197.917/SP⁸³, no qual se discutiu a fixação do número de vereadores do município de Mira Estrela. Veja-se, porém, que esta não foi a primeira vez, após a edição da Lei nº 9.868, que o tema foi enfrentado pelos ministros do Supremo Tribunal Federal. Em

⁸² “Saliente-se, por oportuno, que esse recuo no posicionamento antes adotado pela Suprema Corte não deve ser visto como uma negação da legitimidade da técnica de limitação dos efeitos no direito norte-americano. Com efeito, a análise dos precedentes acima leva a crer que o problema norte-americano foi a fixação de regras gerais, sem considerar as peculiaridades de cada seara do Direito” (PONTES DE MIRANDA, 2008, p. 88)

⁸³ RE nº 197.917/SP. Rel. Min. Maurício Corrêa.

2005, quando da discussão acerca da constitucionalidade da vedação de progressão de regime nos casos de crimes hediondos, os magistrados pronunciaram-se sobre a possibilidade de modulação temporal em sede de controle difuso de constitucionalidade. E, no HC n°. 85.687-RS⁸⁴, de relatoria do ministro Carlos Velloso, apreciado pela segunda turma, o ministro Gilmar Mendes teve a oportunidade de defender a aplicabilidade do art. 27 da Lei n° 9.868 em sede de controle difuso. O voto do atual presidente da Suprema Corte foi vencido, mas suas idéias foram posteriormente reproduzidas pelo Tribunal.

No caso do RE 197.917-SP, o juiz de primeiro grau declarou a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 6º da lei orgânica do município por este dispositivo afrontar o art. 29, IV, “a”, da Constituição Federal. Com apenas 2.651 habitantes, a cidade de Mira Estrela não poderia ter 11 cadeiras na Câmara de Vereadores. O Supremo Tribunal Federal interpretou a cláusula da proporcionalidade que determina o ajuste entre o número de cadeiras daquela casa e o da população local, e desse modo fixou em 09 o número de vereadores do município.

O ministro Maurício Corrêa, relator do Recurso Extraordinário, registra que o magistrado de primeira instância acertou ao declarar a inconstitucionalidade da referida norma, pois se é certo que cabe ao município fixar o número de vereadores que comporão a casa legislativa, também é certo que a violação, por parte do legislador municipal, da regra da proporcionalidade, inscrita no art. 29, IV, da Constituição, autoriza a intervenção do Poder Judiciário.

Gilmar Mendes, em voto-vista, levantou a possibilidade de restrição dos efeitos temporais da declaração de nulidade no caso em tela. Segundo o ministro:

[...] no direito americano, o tema poderia assumir feição delicada tendo em vista o caráter incidental ou difuso do sistema, isto é, modelo marcadamente voltado para defesa de posições subjetivas. Todavia, ao contrário do que se poderia imaginar, não é rara a pronúncia de inconstitucionalidade sem a pronúncia de eficácia retroativa, especialmente nas decisões judiciais que introduzem alteração de jurisprudência (*prospective overruling*). Em alguns casos, a nova regra afirmada para a decisão aplica-se aos processos pendentes (*limited prospectivity*); em outros, a eficácia *ex tunc* exclui-se de forma absoluta (*pure prospectivity*). Embora tenham surgido no contexto das alterações jurisprudenciais de precedentes, as *prospectivity* têm integral aplicação às hipóteses de mudança de orientação que leve à declaração de inconstitucionalidade de uma lei considerada constitucional.⁸⁵

Se o Tribunal concedesse efeitos retroativos a sua declaração de inconstitucionalidade, provocaria uma grande instabilidade e todas as decisões tomadas pela Câmara de Vereadores

⁸⁴ HC n° 85.687/RS. Rel. Min. Carlos Velloso.

⁸⁵ RE n° 197.917/SP. Rel. Min. Maurício Corrêa. Voto do Min. Gilmar Mendes.

teriam de ser revistas. Até mesmo ter-se-ia que redefinir quais seriam os candidatos habilitados a ocupar as cadeiras daquela casa, em razão do novo quociente partidário e do novo quociente eleitoral.

O plenário da Corte se viu compelido a negar efeitos retroativos à sua decisão, em razão das graves conseqüências que adviriam da desconstituição dos atos praticados com base na lei inconstitucional.⁸⁶ Por fim, o Tribunal conheceu do recurso extraordinário e lhe deu provimento parcial, no sentido de declarar a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 6º da lei orgânica nº 222 do Município de Mira Estrela-SP, ressaltando, porém, que a declaração de inconstitucionalidade não afetaria a atual composição da Câmara Municipal, deixando, assim, a cargo do Legislativo o estabelecimento de nova disciplina sobre a matéria aplicável ao próximo pleito eleitoral.

Logo abaixo transcrevemos o acórdão.

VISTOS, RELATADOS E DISCUTIDOS ESTES AUTOS, ACORDAM OS MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM SESSÃO PLENÁRIA, NA CONFORMIDADE DA ATA DO JULGAMENTO E DAS NOTAS TAQUIGRÁFICAS, POR MAIORIA DE VOTOS, DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO PARA, RESTABELECENDO, EM PARTE, A DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU, DECLARAR INCONSTITUCIONAL, *INCIDENTER TANTUM*, O PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 6º DA LEI ORGÂNICA Nº 226, DE 31 DE MARÇO DE 1990, DO MUNICÍPIO DE MIRA ESTRELA/SP, E DETERMINAR À CÂMARA DE VEREADORES QUE, APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO, ADOTE AS MEDIDAS CABÍVEIS PARA ADEQUAR A SUA COMPOSIÇÃO AOS PARÂMETROS ORA FIXADOS, RESPEITADOS OS MANDATOS DOS ATUAIS VEREADORES.⁸⁷

Nas suas conclusões o ministro Gilmar Mendes afirmou:

Na espécie não parece haver dúvida de que um rigoroso juízo de proporcionalidade recomenda a preservação do modelo legal existente na atual legislatura. É um daqueles casos notórios, em que a eventual decisão de caráter cassatório acabaria por distanciar-se ainda mais da vontade constitucional.⁸⁸

⁸⁶ No seu voto, o ministro Gilmar Mendes afirmou: “No caso em tela, observa-se que eventual declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc* ocasionaria repercussões em todo o sistema vigente, atingindo decisões que foram tomadas em momento anterior ao pleito que resultou na atual composição da Câmara Municipal: fixação do número de vereadores, fixação do número de candidatos, definição do quociente eleitoral. Igualmente, as decisões tomadas posteriormente ao pleito seriam atingidas, tal como a validade da deliberação da Câmara Municipal nos diversos projetos e leis aprovados.” RE nº 197.917. Rel. Min. Maurício Corrêa.

⁸⁷ RE nº 197.917/SP. Rel. Min. Maurício Corrêa.

⁸⁸ “A propósito, recorde-se a decisão do Bundesverfassungsgericht de 22 de maio de 1963, que revela exemplo clássico do processo de inconstitucionalizações fáticas. Ressaltou-se, nesse acórdão, que, em virtude da significativa alteração na estrutura demográfica das diferentes unidades federadas, a divisão dos distritos eleitorais, realizada em 1949 e preservada nas sucessivas leis eleitorais, não mais atendia às exigências demandadas do princípio de igualdade eleitoral. O Tribunal absteve-se, porém, de pronunciar a inconstitucionalidade sob a alegação de que tal situação não podia ser constatada na data da promulgação da lei

A decisão abre espaço para a flexibilização da rigidez da retroatividade das decisões declaratórias de inconstitucionalidade no âmbito do controle difuso, mesmo diante da ausência de autorização legislativa neste sentido.⁸⁹

Para Gilmar Mendes a limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade constitui apanágio do controle judicial de constitucionalidade, não sendo incompatível com o controle incidental de inconstitucionalidade.⁹⁰ Para ele, a possibilidade de modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade é possível desde que a não aplicação do princípio da nulidade da lei inconstitucional se justifique com base em princípios de hierarquia constitucional, e não em razão de conveniência.

A aplicação da técnica da modulação temporal no âmbito do controle difuso e incidental demonstra a tendência de tornar menos rígidos os limites entre a jurisdição concentrada/abstrata e a jurisdição difusa/concreta. Vê-se, pois, que a questão da objetivação do controle difuso ultrapassou o âmbito das discussões acadêmicas e já é realidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

No contexto norte-americano a Suprema Corte admitiu a preservação dos efeitos produzidos por atos inconstitucionais. No sistema austríaco, admite-se, atualmente, que a Corte Constitucional possa conceder efeitos retroativos às decisões proferidas por este órgão. Verifica-se, assim, uma interpenetração dos dois modelos, no que tange ao aspecto dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade.

Neste sentido, alguns estudiosos entendem que a técnica de limitação temporal dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade pode ser aplicada no controle difuso, já que, para tais autores, não há um nexo insuperável entre o sistema de controle difuso e o princípio da retroatividade. (PONTES DE MIRANDA, 2008)

Segue esse entendimento Carlos Wagner Dias Ferreira (2007, p. 161-162), para quem:

A idéia de que o controle abstrato melhor se compatibiliza com a teoria da anulabilidade, e o concreto, com a teoria da nulidade, não resiste a qualquer

(setembro de 1961). O Bundesverfassungsgericht logrou informar, assim, a ofensa ao art. 38 da Lei Fundamental. Conclamou-se, porém, o legislador a empreender as medidas necessárias à modificação dos distritos eleitorais, com a redução da discrepância existente para patamares toleráveis". RE nº 197.917. Rel. Maurício Corrêa. Voto do Min. Gilmar Mendes.

⁸⁹ Em 12 de junho de 2008 o Supremo voltou a pôr em prática a técnica da modulação dos efeitos em controle incidental de inconstitucionalidade. Nos Recursos Extraordinários 556.664, 559.882, 559.943 e 560.626, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, o Tribunal declarou a inconstitucionalidade do art. 45 e 46 da Lei nº 8212/91, que dispõem sobre prescrição e decadência em matéria tributária. O Supremo modulou os efeitos da declaração, determinando que ela não atingisse os contribuintes que já pagaram e não discutiram a legalidade do tributo.

⁹⁰ RE nº 559.882 QO/RS. Rel. Min. Gilmar Mendes.

análise científica profunda acerca das teorias que as respaldam, uma vez que é inegável que, em ambos os regimes, indistintamente, a incidência dos efeitos retrospectivos pode se mostrar mais nociva ao Direito e à ordem jurídica do que a própria ofensa à Constituição.

E mesmo que se caia na tentação de se apegar à concepção que vincula os modelos à sistemática de eficácia de suas decisões, o que se percebe paulatinamente é um intercâmbio bem acentuado entre os dois regimes de controle de constitucionalidade, em decorrência da progressiva aproximação entre as duas grandes famílias jurídicas do mundo contemporâneo, com a crescente importância qualitativa e quantitativa do direito legislado nos países do *common law* e, de outro lado, com a presença cada vez mais intensa dos precedentes judiciais nos países do *statute law* (romano-germânico). Não raro se importam institutos que seriam próprios e peculiares a um dado modelo de controle de constitucionalidade, para complementarem ou aperfeiçoarem outro regime, sem que o desnature.

Para esta parcela da literatura jurídica, capitaneada pelo ministro Gilmar Mendes, a possibilidade de modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade não é própria dos sistemas de orientação europeia. Também o sistema norte-americano admite o uso da técnica. Tanto o controle incidental como o controle principal se prestam ao mesmo propósito: defesa da Constituição. Com base neste argumento o Supremo vem concedendo, em determinados casos, efeitos prospectivos às decisões declaratórias de inconstitucionalidade proferidas incidentalmente.⁹¹

O tema traz à tona uma indagação importante. Sabe-se que, em regra, os recursos extraordinários são julgados pelas turmas, as quais são compostas por cinco ministros. Apenas excepcionalmente, em razão da relevância da matéria debatida, eles são apreciados pelo pleno. Diante disso, pergunta-se: estariam as turmas autorizadas modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade?

Entendemos que o emprego da técnica de modulação temporal em sede de controle difuso, para ser legítimo, depende do cumprimento das exigências formais impostas pelo art. 27 da Lei nº 9.868/99, de modo que a concessão de efeitos não retroativos só poderá ser feita mediante decisão plenária, de acordo com o quorum fixado pelo art. 27 da Lei 9868/99.

Decerto antes da Lei nº 9868/99 não havia autorização legislativa concedendo tais poderes aos juízes constitucionais. Na jurisprudência do Supremo a flexibilização do princípio

⁹¹ “Pode-se dizer que, independentemente do modelo de controle adotado, de perfil difuso ou concentrado, a criação de técnicas alternativas é comum aos diversos sistemas constitucionais. Também o Tribunal da Comunidade Europeia e o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos curvaram-se à necessidade de adoção de uma técnica alternativa de decisão [...] Ressalte-se, ainda, que a evolução das técnicas de decisão em sede de controle judicial de constitucionalidade deu-se no sentido da quase integral superação do sistema que Canotilho denominou de ‘silogismo tautológico’: (1) uma lei inconstitucional é nula; (2) uma lei é nula porque inconstitucional; (3) a inconstitucionalidade reconduz-se à nulidade e a nulidade à inconstitucionalidade.” ADIn nº 2.240/BA. Rel. Min. Eros Grau. Voto do Min. Gilmar Mendes.

da nulidade decorria pura e simplesmente da necessidade de preservarem-se outros princípios constitucionais, tais como a boa-fé e a razoabilidade. Mas a partir do momento em que o legislador fixou um quorum especial para a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, ele dificultou este procedimento, exigindo um *reforço* para este tipo de decisão. O afastamento do princípio da nulidade da lei inconstitucional exige, quer estejamos na via de ação ou de exceção, o consenso de oito ministros do Supremo Tribunal Federal, em razão do caráter excepcional da medida.

Neste sentido vale transcrever trecho do voto do ministro Eros Grau proferido RE – AgR 392.139-8 RJ⁹²:

Ainda em prevalecendo a tese que se inclina pela possibilidade de atribuir-se efeitos prospectivos à declaração de inconstitucionalidade proferida incidentalmente, em sede de controle difuso, a mim parece claro que, dado o caráter excepcional da medida, ela somente tem cabimento quando o Tribunal manifesta-se expressamente sobre o tema, reconhecendo a observância dos requisitos previstos no art. 27 da Lei 9868/99.

Em outras ocasiões em que os litigantes pretenderam a concessão de efeito *ex nunc* em sede de controle difuso de constitucionalidade as turmas do STF indeferiram o pedido, seguindo a orientação do ministro Eros Grau. A seguir transcrevemos a ementa proferida AI-AgR 655047-RJ, de relatoria do ministro Ricardo Lewandoski, julgado pela primeira turma, a título de exemplo:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IPTU DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. PROGRESSIVIDADE ANTERIOR À EC 29/2000. TAXA DE COLETA DE LIXO E ILUMINAÇÃO PÚBLICA – TIP. EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NO CONTROLE DIFUSO. MULTA. AGRAVO IMPROVIDO. I – A atribuição de efeitos prospectivos à declaração de inconstitucionalidade, dado o seu caráter excepcional, somente tem cabimento quando o tribunal manifesta-se expressamente sobre o tema, observando-se a exigência de quorum qualificado previsto em lei. II – Aplicação de multa. III – Agravo Regimental improvido.⁹³

3.2 A Repercussão Geral

A Emenda Constitucional nº 45 acresceu dispositivo que modificou a configuração do controle de constitucionalidade no Brasil. Ao lado da súmula vinculante, foi a “inovação”

⁹² RE nº 392.139-8. AgR. Rel. Min. Eros Grau.

⁹³ AI nº 655047 AgR/RJ Rel.Min. Ricardo Lewandoski.

mais importante no contexto da reforma do Poder Judiciário em matéria de processo constitucional. Trata-se da repercussão geral. O art. 102, §3º, da Carta Magna dispõe:

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.

Com a instituição dessa medida tem-se uma modificação profunda no controle difuso de constitucionalidade. É que a repercussão geral leva a um estreitamento da via difusa, dificultando o acesso do cidadão ao Supremo Tribunal. (ARAÚJO, BARROS, 2006)

A criação do instituto foi proposta pelo Deputado Federal Renato Viana. No seu parecer, apresentado em 31 de maio de 1999, levantou a questão do volume de recursos distribuídos no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, denunciando a banalização da jurisdição extraordinária. Percebe-se nitidamente que a medida veio para combater a crise numérica que assola as mais altas cortes do país. Mas não é só.

A introdução da repercussão geral no ordenamento jurídico brasileiro alinha-se com a tendência de reconfiguração do controle difuso de constitucionalidade. A nova conformação dada a esta modalidade de controle rompe com a idéia de que toda espécie de violação constitucional merece apreciação do Supremo Tribunal Federal; com a idéia de que as decisões proferidas pelo STF têm efeitos restritos às partes; com a rigidez da regra da retroatividade das decisões declaratórias de inconstitucionalidade.

A repercussão geral constitui ônus do requerente, que, para ter seu recurso apreciado pelo Tribunal, deverá, além de prequestionar a matéria, enquadrar a decisão recorrida em uma das hipóteses de cabimento previstas no art. 102 da Constituição e, ainda, comprovar que a relevância da matéria discutida vai além dos limites da lide. Trata-se de um verdadeiro filtro para a admissão de recursos extraordinários interpostos perante a mais alta Corte do país.

A norma constitucional instituiu, em 2004, a repercussão geral, mas não cuidou de delinear os contornos do instituto, deixando a cargo do legislador conformá-lo à processualística brasileira.⁹⁴

Nos fins de 2006 foi editada a Lei 11.418, que veio regulamentar a repercussão geral. O §1º do art. 543-A do CPC, incluído por ocasião da referida Lei, estabelece que, para efeito de repercussão geral, “será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto

⁹⁴ “A regulamentação pela lei ordinária deverá disciplinar o instituto, mas não deverá acabar, propriamente, por definir inteiramente, ou não, o que é repercussão geral, dado que se o fizesse, sem deixar espaço para o STF, certamente acabaria por engessar o sentido do texto constitucional”. (ALVIM, 2005, p. 73-74)

de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”. A definição legal dada pela Lei nº 11.418/2006, mantém um relativo ou alto grau de elasticidade no conceito do instituto.

No campo da hermenêutica jurídica os conceitos jurídicos indeterminados foram tradicionalmente apontados campo fértil para a incidência de certo poder discricionário do magistrado, já que a fluidez e a abertura dessas cláusulas permitem que o preenchimento de seus conteúdos seja acompanhado por uma alta carga valorativa. (DANTAS, B., 2008) Sobre tal assunto comenta Eduardo de Avelar Lamy (2005, p. 175):

A presença de conceitos vagos em textos legais se justifica em razão do aumento da complexidade social havido nos últimos séculos, que impossibilitou aos códigos cumprirem, sozinhos, e detalhadamente, a missão de regular todas as ricas e diversificadas hipóteses de geradoras de lide. Nesse desiderato, passaram a ser inseridos conceitos vagos nas legislações exatamente para que, por meio destes, as demais fontes do direito pudessem, de forma operativamente eficaz, complementar o texto legal e possibilitar interpretar-se o sentido do conceito vago de forma adequada ao caso concreto.⁹⁵

Apesar das críticas contra o poder dado à Corte, é certo que a exata dimensão do instituto está sendo delineada pelo próprio Tribunal, não sendo possível estabelecer uma noção *a priori*, abstrata, do que seja repercussão geral.⁹⁶ (MARINONI; ARENHART, 2005). Trata-se efetivamente de uma cláusula aberta ou de um conceito jurídico indeterminado, cujo sentido será definido a partir de avaliações casuísticas e tópicas do STF. (REIS, 2008).

Vê-se que a instituição da repercussão geral concede um considerável poder político ao Supremo Tribunal Federal, na medida em que autoriza o órgão a selecionar as causas que irá apreciar.⁹⁷ Ressalte-se, contudo, que a previsão desta cláusula aberta não permite que o

⁹⁵ Segundo Teresa Arruda Alvim Wambier, Luiz Wambier e José Miguel Garcia Medina (2005, p. 375): “[...] a *vaguedad* ou a indeterminação de um conceito costuma erroneamente ser apontada como uma imperfeição das línguas. Entretanto, às vezes se atinge maior perfeição e requinte com conceitos vagos do que com conceitos precisos. Orman Quine faz expressiva analogia com o pintor que, diluindo suas cores, é mais preciso que o autor de mosaicos feitos com pedras preciosas. A indeterminação dos conceitos não é, pois, um defeito da linguagem, mas uma característica, que também tem funções positivas.”

⁹⁶ Para José Carlos Vasconcellos Reis (2008, p. 66): “Com o passar do tempo e o paulatino amadurecimento do instituto, aos poucos será adjudicada maior segurança e previsibilidade à noção de repercussão geral (relevância e transcendência), podendo exercer-se um controle social da atividade do STF, mediante um cotejo de casos já decididos pela Corte e a formação de um verdadeiro catálogo de questões que, no entendimento do STF, possuem ou não tal atributo.”

⁹⁷ Este fato é duramente criticado por alguns juristas que enxergam na repercussão geral um instrumento que fornece ao Supremo Tribunal Federal poderes excessivos, incompatíveis com os fins da função jurisdicional no Estado Democrático de Direito. Segundo Djanira Maria Radamés de Sá (2006, p. 73-74): “Ao Poder Judiciário não é dado o poder discricionário na interpretação e aplicação da norma que contenha conceito vago porque as decisões daí decorrentes encontrar-se-iam fora do controle das partes e, via de consequência, à margem dos postulados do Estado Democrático de Direito. De outra sorte, o ato político é inspirado mais por critérios de

preenchimento deste conceito seja feito de modo arbitrário, distante dos princípios constitucionais.

Mesmo sem determinar previamente quais matérias contêm repercussão geral, o legislador estabeleceu uma hipótese objetiva em que se presume a relevância da questão: sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal, presente estará a repercussão geral.

Para Fredie Didier Jr. (2007, p. 269),

[...] a presunção é plenamente justificável, pois reforça a força vinculativa das decisões do STF, não somente aquelas incluídas em enunciado de súmula vinculante (já protegidas de maneira enérgica pela permissão de utilização da reclamação constitucional...), mas também aos enunciados de súmula não vinculante (“súmula simples”) e à jurisprudência dominante não-sumulada.

Muitas críticas e objeções foram apresentadas contra o instituto da repercussão geral no quadro do controle difuso de constitucionalidade. Segundo essas críticas o instituto da repercussão geral constitui um retrocesso para a jurisdição constitucional brasileira na medida em que outorga mais poderes discricionários ao Supremo Tribunal Federal, bem como reduz o espaço de diálogo entre o cidadão e o Tribunal, afastando o jurisdicionado do processo decisório perante o Pretório Excelso.

Nesse diapasão, há quem acredite que a instituição da repercussão geral ofende o texto constitucional, mais precisamente o princípio do acesso à justiça. É que o instituto impede que toda e qualquer violação constitucional seja apreciada pelo STF via recurso extraordinário.

Tais entendimentos serão devidamente enfrentados nas páginas seguintes. No entanto, não devemos perder de vista a perspectiva sob a qual estamos enfocando a repercussão geral. Analisaremos os impactos desse instituto no direito processual constitucional para a compreensão do fenômeno da aproximação dos dois principais modelos de fiscalização da constitucionalidade.

De acordo com Bruno Dantas (2008, p. 257) o constituinte reformador, ao introduzir a repercussão geral, acena em direção a uma mudança profunda nos objetivos do recurso extraordinário.

Com a exigência de repercussão geral, resta claro que o foco da atuação do STF é deslocado das partes processuais para a sociedade. Finalmente o acolhimento de um RE beneficiará o recorrente apenas secundariamente,

conveniência que por critérios de justiça; sendo este último o dado axiológico norteador das atividades decisórias, é de todo extravagante a atribuição de poder de escolha política do julgador para a admissibilidade recursal.” Em sentido diverso há quem entenda que a obrigatoriedade de motivação da decisão e o acesso livre às sessões de julgamento retiram a natureza política da repercussão geral. (PAIVA, 2008, p. 53).

pois o objetivo primário da intervenção da Corte não será a lide, mas o impacto indireto que sua solução levará ao *grupo social relevante*.

De fato, parece-nos que a repercussão geral veio a contribuir na maximização da feição objetiva do recurso extraordinário, dando um perfil objetivo a um processo que tradicionalmente preocupava-se com a defesa dos direitos e interesses das partes. É em razão disto que o tema compõe o objeto de estudo desta dissertação.

3.2.1 Antecedentes

No que diz respeito à repercussão geral, encontramos dois antecedentes⁹⁸ dignos de nota. O primeiro deles repousa na experiência norte-americana. É o *writ of certiorari*. As contribuições e os esforços de William Howard Taft foram essenciais para a limitação da jurisdição recursal obrigatória da Suprema Corte norte-americana. Em 1921 Taft assumiu a presidência da Suprema Corte e atuou em defesa da concessão de amplos e discricionários poderes para que a Suprema Corte selecionasse os recursos que seriam apreciados por seus membros. (DANTAS, B., 2008)

O *certiorari* teve a sua dimensão definida com a Lei Judiciária de 1925 e foi implementado com o objetivo de combater o excesso de demandas ajuizadas perante a Suprema Corte.

Na sistemática do *writ of certiorari* basta que quatro dos nove membros que compõem a Corte vislumbrem a relevância da petição para que o recurso seja apreciado pelo Tribunal. Neste sentido há um costume segundo o qual se três juízes verificarem a presença da relevância da questão, o quarto, mesmo discordando da posição dos três, adere ao entendimento dos demais ministros, viabilizando o acesso do recurso à Suprema Corte. (*Join-3 Vote*)

A *rule 10* das regras da Suprema Corte norte-americana permite a concessão do *certiorari* mediante o voto de quatro dos nove juízes (*rule of four*): I) quando há divergência jurisprudencial entre as cortes de apelação federais ou entre as cortes estaduais supremas, ou entre estas e aquelas; II) quando as cortes de apelações federais ou cortes estaduais supremas tenham decidido uma questão importante de direito federal, em sentido que conflite com decisões da própria Suprema Corte, ou quando questão desta natureza, por sua importância deveria ser decidida, mas ainda não foi; III) também o interesse nacional, a manutenção da ordem, o desafio constitucional, além da carga de trabalho (*workload*) serve de critério para a concessão do *certiorari*.

⁹⁸ Ivo Dantas (2007, p. 457 e ss.) traz ainda outro antecedente da repercussão geral. Trata-se da Medida Provisória 2226, que inseriu o requisito da transcendência aos recursos de revista.

Importante destacar que se trata de poder discricionário da suprema corte e que não depende de fundamentação. Com o deferimento do *certiorari*, as partes são intimadas para apresentar as razões escritas (*briefs*), que são petições concisas, diretas e com limitado número de laudas. Em seguida, faz-se o debate oral, tendo cada parte à sua disposição trinta minutos para apresentar esclarecimentos e argumentar. A preocupação da Suprema Corte não é corrigir erros judiciais, mas discutir e julgar temas que apresentem amplo interesse ao sistema legal, apresentando como tendência contemporânea assuntos vinculados às ações afirmativas (*affirmative actions*) e sobre direitos dos homossexuais (*gay rights*). (CAMBI, 2005, p. 15-160)

Em 1988 foi aprovada a *Supreme Court Case Selection Act*. De acordo com esta nova disciplina legal um processo só pode chegar às portas da Corte Maior, em sede recursal, por meio do *certiorari* ou da *certification of questions*, mas como uso deste instrumento fora esvaziado pela própria Suprema Corte, na prática, apenas o *writ of certiorari* permite que as questões sejam apreciadas pelo Tribunal. (DANTAS, B., 2008)

No Brasil o *writ of certiorari* serviu de inspiração para análogos, como a argüição de relevância e a repercussão geral.⁹⁹

Vale ressaltar que não apenas os Estados Unidos e o Brasil desenvolveram técnicas voltadas à restrição de acesso às Cortes. Diversos ordenamentos jurídicos prevêem institutos similares ao *writ of certiorari* com o intuito de possibilitar que os tribunais selecionem as causas que irão apreciar. (DINAMARCO, 1990)

O segundo precedente da repercussão geral encontra-se na nossa própria experiência constitucional. Trata-se da argüição de relevância.¹⁰⁰

Em 1965 os ministros do Supremo elaboraram um estudo que relatava ao Ministério da Justiça quais eram os maiores problemas do Tribunal. Nessa oportunidade os magistrados sugeriram a adoção, entre nós, de um instituto similar ao *writ of certiorari* norte-americano.

A Carta de 1967 concedeu ao Supremo Tribunal Federal competência legislativa para estabelecer em seu regimento interno “o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou de recurso” (art. 115, parágrafo único, c). Essa previsão foi reproduzida pela EC nº1/69.

⁹⁹ No entanto, as diferenças entre esta e o *certiorari* são claramente visíveis. O regime jurídico inaugurado pela Carta de 1988 tornou obrigatório o dever de fundamentação dos atos judiciais. Além disto, o *quorum* para verificação da repercussão geral é diverso daquele exigido para a aceitação do *certiorari* norte-americano. Há diferenças entre os institutos, mas a idéia é a mesma: introduzir filtros que impeçam o acesso de determinadas demandas à Corte Maior.

¹⁰⁰ “Embora se diga, não sem boa dose de razão, que a argüição de relevância foi o antecedente histórico nacional da repercussão geral, é necessário consignar que essa semelhança se deve muito mais às linhas gerais do instituto do que a aspectos propriamente dogmáticos.” (DANTAS, B., 2008, p. 249)

Preocupado com a crescente sobrecarga de trabalho, e exercitando a competência legislativa primária que lhe fora constitucionalmente conferida, o STF iniciou, já em 1970, o movimento que culminaria na adoção da argüição de relevância da questão federal no ano de 1975. Com efeito, naquele ano editou-se emenda regimental que estabelecia filtros relacionados com o valor e a natureza da causa, excetuando das restrições impostas os casos de ofensa à Constituição e de discrepância manifesta da jurisprudência dominante do STF. (DANTAS, B., 2008, p. 250-251)

Em 1975 houve a primeira positivação da argüição de relevância de questão federal no Direito brasileiro. A Emenda Regimental nº 3, de 12.06.1975, modificou o art. 308 do regimento interno do STF, incluindo disposição que teve por fim justificar o conhecimento de determinadas questões federais que, em princípio, não estariam albergadas nas hipóteses de cabimento do recurso extraordinário.¹⁰¹

A disciplina dada pela Corte abriu as portas para que o Tribunal conhecesse recursos, cuja apreciação seria expressamente vedada pelo art. 308, desde que a questão federal fosse relevante.¹⁰² De acordo com o entendimento de alguns autores, a função da argüição de relevância, nessa primeira sistematização ofertada pelo regimento interno, era inclusiva. Segundo a doutrina, tratava-se de expediente que – pondo em destaque a importância jurídica, social e econômica da matéria versada no apelo extremo – buscava obter o acesso desse recurso no Supremo Tribunal Federal, nas hipóteses em princípio excluídas de seu âmbito. (CÔRTEZ, 2005)

Veja-se que a argüição de relevância não se destinava a subtrair o número de recursos extraordinários apreciados pelo Supremo Tribunal. Pelo contrário, a demonstração da relevância fazia com que um recurso que normalmente não seria cabível, passasse a sê-lo. Em outras palavras, a comprovação da relevância possibilitava que um recurso, em princípio incabível, fosse apreciado pelo STF. (REIS, 2008).

Em 1977, por ocasião da EC nº 7, a questão de relevância ganhou *status* constitucional. O §1º do art. 119 da Carta Constitucional passou a dispor: “As causas a que se refere o item III, alíneas “a” e “d” deste artigo serão indicadas pelo STF, no regimento interno, que atenderá a sua natureza, espécie, valor pecuniário e relevância da questão

¹⁰¹ Registre-se que havia uma espécie de “permissão geral” de cabimento de recursos extraordinários no Regimento Interno do Supremo. O referido diploma normativo, lançando mão de uma técnica legislativa pouco usual nos dias de hoje, arrolava apenas as hipóteses de não cabimento do recurso extraordinário.

¹⁰² “Pode-se dizer que no modelo não recepcionado pela CF de 1988, argüia-se o reconhecimento da relevância da matéria levada ao STF, para a admissibilidade do recurso extraordinário, ainda que os demais requisitos não estivessem atendidos. A argüição de relevância tinha o condão de justificar o conhecimento do apelo extremo, mesmo diante de hipóteses taxativas de não cabimento, numa perspectiva de inclusão.” (ARAÚJO; BARROS, 2006, p. 15)

federal.” Por sua vez o § 3º do mesmo artigo prescrevia: “o regimento interno estabelecerá: c) o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal e da *argüição de relevância da questão federal*”.

Em 1985, com o advento da Emenda Regimental nº 2, houve modificação na forma de estabelecimento das hipóteses de cabimento do recurso extraordinário. Ao invés de arrolar as hipóteses em que o apelo extremo não era cabível, o art. 325 passou a elencar a elencar os casos de cabimento do recurso extraordinário, contudo era possível levar ao Tribunal matéria não contemplada no rol do art. 325, desde que ficasse comprovada a relevância da questão federal.

Com isso, alterou-se também o escopo da argüição de relevância das questões federais. No novo modelo, em vez de viabilizar a inclusão daquelas espécies negativamente citadas, a relevância passou a funcionar como “válvula de escape”, criando uma hipótese genérica de cabimento do RE, ao lado das hipóteses específicas arroladas nos incisos I a X do art. 325 do RISTF. (DANTAS, B., 2008, p. 254)

A questão de relevância, segundo este diploma normativo, era aquela que, pelos reflexos na ordem jurídica, e considerados os aspectos morais, econômicos, políticos ou sociais da causa, exigiria a apreciação do recurso pelo Tribunal.

Para Moreira Alves (1982, p.48)

[...] o julgamento em tese da relevância, ou não, da questão federal é antes ato político do que, propriamente, ato de prestação jurisdicional, e isso porque não se decide o caso concreto, mas apenas se verifica a existência, ou não, de um interesse que não é o do recorrente, mas que é superior a ele, pois é o interesse federal de se possibilitar ao Tribunal Supremo do país a manifestação sobre a questão jurídica que é objeto daquele caso concreto, mas que transcende dele, pela importância jurídica, social, econômica ou política da questão mesma em julgamento, abstraídos os interesses concretos das partes litigantes.

A proximidade entre o conteúdo da questão de relevância e a repercussão geral faz com que vejamos similitudes entre os dois institutos. Estas semelhanças, no entanto, não podem conduzir ao equivocado juízo de identidade entre a repercussão geral e a argüição de relevância. Barbosa Moreira, em escrito recente, traça distinções entre os dois institutos:

[...] tempo houve, sob outro regime constitucional, em que a admissibilidade do recurso extraordinário se subordinava, em certas hipóteses, à demonstração da então denominada questão de relevância federal. A idéia é a mesma, se bem que consagrada agora sob forma de algo diverso. O que se pretende é evitar que o Supremo Tribunal Federal tenha de ocupar-se de questões de interesse visto como restrito à esfera jurídica das partes do processo, em ordem a poder reservar sua atenção e seu tempo para matérias de mais vasta dimensão, para grandes problemas cuja solução deva influir

com maior intensidade na vida econômica, social, política do país. (MOREIRA, 2005, p. 56)

Deste modo, entendemos que não se pode confundir a repercussão geral com a argüição de relevância. Uma das distinções fundamentais entre os dois institutos é que a relevância da questão federal permitia que o Tribunal apreciasse questões que, em princípio, não podiam ser conhecidos pela Corte. A questão de relevância permitia que fossem incluídas na pauta de julgamento do STF questões que em condições normais não seriam apreciadas pela Corte. Já a repercussão geral atua de modo totalmente diverso, pois limita atuação do Tribunal às questões de repercussão geral. Além disso, na argüição de relevância, a decisão do STF não precisava de motivação e era tomada sob sigilo. Comentando este aspecto da argüição de relevância, Doreste Baptista afirma:

[...] a apreciação em conselho não comporta pedido de vista, dispensando a motivação e sendo irrecurível. Dispensará, também, acórdão, como o dispensam as decisões a que se referem os arts. 12 e 297 §1º. A dispensa de motivação decorre do alto grau de subjetividade que contém a noção de questão federal relevante e às mutações que, no tempo, pode sofrer. (1976, p. 114)

Na repercussão geral tem-se a necessidade de motivação da decisão, decorrente do imperativo prescrito no art. 93, IX, da Constituição de 1988; a necessidade de obtenção de um *quorum* especial para a deliberação; e, por fim, a necessidade de a decisão ser pública, não mais se admitindo sessões sigilosas.¹⁰³

A configuração da repercussão geral traz um dado digno de atenção. Ainda que o recorrente tenha o dever de demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, vale sublinhar que o STF somente não conhecerá do recurso se dois terços dos seus ministros entenderem que não há repercussão geral na matéria veiculada no bojo do apelo extremo. Há, assim, uma presunção de relevância em favor do recorrente.

A negativa de acesso ao Supremo Tribunal Federal só pode ocorrer quando dois terços dos ministros vislumbrarem ausência de repercussão geral. Esse quorum, bastante significativo, indica que existe, em princípio, uma presunção de repercussão geral em favor do recurso extraordinário interposto. Em outras palavras, basta que uma minoria dos membros do Tribunal vislumbre a repercussão geral para que se supere esse requisito de

¹⁰³ “O incidente concernente à relevância era distribuído aos onze ministros, nele não havendo relator. Por conseguinte, era julgado pelo Plenário do STF, em sessão de conselho, por votação secreta, sendo irrecurível a decisão tomada, da qual não havia fundamentação e muito menos a possibilidade de embargos de declaração. Para que fosse acolhida a argüição era necessário que a minoria de quatro ministros lhe fosse favorável.” (LAMY, 2005, p. 168-169).

admissibilidade. Com isso, evita-se que uma decisão deste porte seja tomada por maioria apertada.

No caso da repercussão geral, o fato é que estamos diante de um conceito jurídico indeterminado que encerra restrição a recurso de estatura constitucional. Dada sua indeterminação conceitual – que necessariamente envolve um elevado teor de subjetividade na aplicação *in concreto* -, o elevado *quorum*, serve como “elemento compensador” da natural redução da previsibilidade, especialmente se cotejado com um conceito minucioso (DANTAS, B., 2008, p. 221)

3.2.2 A repercussão geral como elemento de aproximação entre o controle difuso e o controle abstrato

Nas páginas anteriores analisamos a repercussão geral, comparando-a com a antiga argüição de relevância. Agora cuidaremos de estudá-la como elemento que aproxima o controle difuso do controle abstrato de constitucionalidade.

A introdução da repercussão geral no nosso ordenamento jurídico insere-se no mesmo contexto político-jurídico que justificou a positivação do direito à razoável duração do processo (art. 5º, LXXIII, da CF) e das súmulas vinculantes. Juntos, tais institutos se prestam a reconfiguração das funções do Supremo Tribunal Federal.

Para Eduardo de Avelar Lamy (2005, p. 179):

[...] faz-se a leitura de que a repercussão geral está inserida dentro de um contexto mais amplo da reforma do judiciário, de transcendência dos interesses subjetivos em prol do exercício da função paradigmática do STF, alinhada, neste compasso, à sumula vinculante, que traz caráter objetivador, por assim dizer, aos pronunciamentos daquele tribunal, afastando-o de uma feição puramente jurisdicional e afirmando seu caráter de Tribunal Constitucional.

Falar em repercussão geral em sede de controle difuso de constitucionalidade pode parecer inadequado, tendo em vista que tradicionalmente este tipo de controle cuida da defesa de interesses individuais. No entendimento de Caio Marcio Gutierrez Taranto (2007, p. 97):

[...] exorbitar os referidos interesses subjetivos representa atribuir caráter objetivo a uma demanda anteriormente subjetiva. A objetivação consubstancia, dessa forma, o instrumento de embalsamento do precedente. O Poder Judiciário como instituição, assim, declara que a orientação a ser, ou não, acolhida e, posteriormente, fixada transcende a aplicação para o caso concreto, na medida em que o *thema decidendum* busca a defesa do *ius in thesi* por parte do demandante. A doutrina de objetivação dos precedentes pelo Poder Judiciário pátrio possui como origem remota os julgados do Supremo Tribunal Federal a respeito do recurso extraordinário sob a égide da Carta de 1946. A própria iniciativa de sumular representa manifestação de objetividade.

Uma parcela da doutrina critica a nova forma de apreciação dos recursos extraordinários, a qual focaliza o cumprimento do interesse público de padronização dos julgamentos e a garantia da segurança jurídica por meio da previsibilidade das atuações judiciais em detrimento da tutela de posições subjetivas. Para tais autores, a violação de um direito subjetivo particular não interessa apenas ao particular, mas a toda sociedade, que também é afetada quando uma injustiça é praticada. O que atinge o indivíduo atinge toda a comunidade. (CRUZ; SOUZA, 2009, p. 114)

Neste sentido tanto os constitucionalistas quanto os processualistas trazem à colação, em seus estudos sobre a repercussão geral, trecho da obra de Calmon de Passos, na qual o autor critica duramente a antiga arguição de relevância. Para o jurista:

A lei, por natureza e por definição, é norma geral e abstrata. Ela alcança, necessariamente, a muitos e sua aplicação jamais pode configurar ofensa ou ameaça de ofensa a um só ou a poucos, salvo situações excepcionais e aberrantes. A inexata aplicação da lei que se faz coisa julgada material e passa constituir precedente influi muito mais do que se pode imaginar, pela força da inércia que o precedente traz em si mesmo, força esta que a cada dia que passa, com a precariedade de formação dos novos sabedores do direito, mais poderosa se torna e mais ameaçadora. Na verdade, perquirir-se da relevância da questão para admitir-se o recurso é consequência da irrelevância do indivíduo aos olhos do poder instituído. Considerar-se de pouca valia a lesão que se haja ilegítimamente infligida à honra, à vida, à liberdade ou ao patrimônio de alguém, ou a outros bens que lhe sejam necessários ou essenciais é desqualificar-se a pessoa humana. Não há injustiça irrelevante! Salvo quando o sentimento de justiça deixou de ser exigência fundamental na sociedade política. E quando isso ocorre, foi o Direito mesmo que deixou de ser importante para os homens. Ou quando nada para alguns homens – os poderosos. (PASSOS, 2005, p. 593-594)

Os argumentos utilizados por Calmon de Passos para criticar a antiga arguição de relevância poderiam ser igualmente lançados para atingir a repercussão geral. Afinal, como compatibilizar o controle difuso, método de fiscalização cujo objetivo central é a defesa dos direitos fundamentais, com a necessidade de que a matéria constitucional discutida no caso transcenda os interesses das partes?

Para responder a essa indagação é preciso que compreendamos o novo requisito de admissibilidade do recurso extraordinário no contexto de transformação da jurisdição constitucional brasileira. As alterações empreendidas na sistemática do processo constitucional indicam que o perfil do Supremo Tribunal Federal está se aproximando mais e mais de uma verdadeira Corte Constitucional. Nas palavras de José Augusto Delgado (2006, p. 263):

[...] o recurso extraordinário deixa de ser via de pretensão para alcançar prestação jurisdicional de cunho individual. Assume missão de maior

amplitude para enfrentar, apenas, lides em que as suas soluções ditadas pelo Supremo Tribunal Federal repercutam em todos ou em determinados estamentos da Nação.

O próprio recurso extraordinário passa a ser revisto. Se antes se destinava à defesa de posições subjetivas, hoje se transforma em instrumento de controle abstrato de constitucionalidade. Assim, o recurso extraordinário, mesmo sendo instrumento de controle difuso de constitucionalidade, deve ser apreciado mais em razão do interesse geral na supremacia da Constituição do que como forma de preservar os direitos individuais dos litigantes no caso concreto. (VIANA, 2005)

Parecem concordar com esse entendimento, José Miguel Garcia Medina, Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier, em trabalho conjunto (2005, p. 374), pronunciaram-se da seguinte forma sobre o tema:

Entende-se, com razão, que, desta forma, o STF será reconduzido a sua verdadeira função, que é a de zelar pelo direito objetivo – sua eficácia, sua inteireza e a uniformidade de sua interpretação – na medida em que os temas trazidos à discussão tenham relevância para a Nação.

A introdução da repercussão geral no ordenamento jurídico brasileiro poderia levar à conclusão de que o constituinte reformador fragilizou o sistema de defesa da Lei Fundamental, já que o instituto impede que algumas decisões inconstitucionais sejam devidamente corrigidas pelo Supremo Tribunal Federal. Na verdade, entendemos que a Emenda Constitucional n.º 45, ao positivar a repercussão geral, veio restringir a participação da nossa Corte Suprema no controle difuso de constitucionalidade, reservando a ela a possibilidade de exercê-lo apenas diante de casos em que a matéria discutida transcende os interesses pessoais das partes. (ARAÚJO; BARROS, 2006)

Segundo Araújo e Barros (2006, p. 21-22),

Não se trata, pois, de permitir que uma decisão inconstitucional permaneça em vigor no ordenamento jurídico pela impossibilidade de manipulação do apelo extremo, mas se trata, certamente, de delimitar quem, no direito brasileiro, pode exercer o controle difuso de constitucionalidade.

O papel do Supremo no controle difuso ficaria, portanto, restrito, apenas sendo cabível a sua participação nos casos de identificação de inconstitucionalidade que acarretem repercussão geral. Nesses casos, exatamente porque poderiam gerar um efeito multiplicador, o Supremo estaria ainda autorizado a agir, julgando o Recurso Extraordinário eventualmente aviado.

Não há, pois, denegação de justiça àqueles que não têm seus recursos apreciados pelo STF. Para a tutela dos direitos subjetivos, parece-nos que basta o duplo grau de jurisdição e os recursos que a ele são inerentes. Também parece seguir a mesma linha de entendimento Oscar Vilhena Vieira (2004, p. 202), para quem:

A idéia de dar ao Supremo Tribunal Federal o poder de escolher - com certo grau de discricionariedade - as causas que julgará, é da maior relevância. Afinal, a imensa maioria dos casos que chega até a Corte já passou pelo duplo grau de jurisdição. Assim, já se encontra satisfeito o princípio fundamental do duplo grau de jurisdição. Nesse sentido, o acesso à jurisdição do STF, por meio de recurso extraordinário, não seria um direito subjetivo absoluto, no sentido de que, satisfeitas algumas condições objetivas, obrigado estaria o STF de conhecer o recurso.

Prossegue o autor:

Interessante destacar que tanto no modelo difuso americano, quanto no concentrado - exemplificado pelo sistema alemão, a Suprema Corte e o Tribunal Constitucional exercem enorme controle sobre o que julgarão. Nos Estados Unidos, dos cerca de cinco mil casos que chegam à Corte, apenas cerca de cem recebem atenção anualmente. Esta triagem se dá no início do ano judiciário. O critério é a relevância do caso, não sendo a Corte obrigada a oferecer qualquer justificativa sobre suas escolhas. Na Alemanha, por sua vez, todo cidadão tem o direito de recorrer ao tribunal por intermédio do *Verpssunjsbeshawerde*, espécie de recurso constitucional popular. O fato, no entanto, é que apenas cerca de 1% destes recursos são apreciados pelo Tribunal, sendo os outros 99% ignorados pelo Tribunal, sob os mais diversos argumentos.

Por fim, conclui com as seguintes palavras:

[...] o que se busca demonstrar é que, ao lado da jurisdição concentrada do STF, que foi ampliada em 1988, com grande impacto sobre sua atuação, o STF deve exercer um papel apenas subsidiário e correcional na jurisprudência incidental de controle de constitucionalidade, exercida por juízes e tribunais inferiores.

A figura impede que o Supremo se converta em uma espécie de quarta instância, ou em uma corte de cassação, bem como permite que os ministros realizem reflexões mais ponderadas e aprofundadas sobre os casos que irão apreciar.¹⁰⁴

Apesar das críticas dirigidas à repercussão geral, espera-se que o instituto gere benefícios ao ordenamento jurídico. Com ele almeja-se o incremento da celeridade dos julgamentos e a maior racionalização da prestação jurisdicional, na medida em que se evita que o Tribunal tenha que se manifestar diversas vezes sobre a mesma questão.

Isto porque o pronunciamento plenário da Corte sobre a repercussão geral vincula os demais órgãos do Tribunal e dispensa, inclusive, que se remeta o tema a um novo exame do plenário,

¹⁰⁴ “Com a repercussão geral, na verdade, reproduz-se no Brasil uma tendência já presente no Direito Comparado de restringir a atuação das cortes constitucionais a “um número reduzido de causas de relevância transcendente”. Países tão distintos como os Estados Unidos, Alemanha, Argentina e Japão adotam algum mecanismo para permitir que a corte ou o tribunal constitucional exerça uma seleção com relação às causas que irão apreciar, de modo a concentrar esforços em temas fundamentais.” (REIS, 2008, p.60)

em face de outro recurso extraordinário que verse sobre questão cuja amplitude da repercussão já tenha sido examinada. É o que dispõe o §5º do art. 543-A do CPC, *in verbis*:

Art. 543-A, §5º. Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do regimento interno do Supremo Tribunal Federal.

Os doutrinadores vislumbram nesse dispositivo uma espécie de vinculação da decisão do STF em relação a casos futuros que tratem de matéria já apreciada pelo Tribunal. Vale sublinhar que nesses casos a vinculação do STF à decisão anterior é relativa, tendo em vista a possibilidade de revisão de tese pela Corte. Contudo, para que isso seja possível, o Tribunal deverá fundamentar a sua decisão devidamente, justificando a sua nova decisão.

Caminhando no sentido de aproximação do controle abstrato, o art. 543-B do CPC estabelece uma espécie de julgamento por amostragem. Cuida-se da disciplina específica da repercussão geral no caso das chamadas demandas multitudinárias. Diante de uma pluralidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, caberá ao Tribunal *a quo* selecionar um ou mais recursos e encaminhá-los ao Supremo para que os aprecie, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo do STF.

O §2º do art. 453-B dispõe que, uma vez negada a existência de repercussão geral, os demais recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente inadmitidos. Significa dizer que os recursos que não subiram, mas contêm fundamento idêntico ao apreciado pelo Tribunal, reputam-se não conhecidos.¹⁰⁵ Trata-se de uma vinculação vertical em relação às decisões do STF que identifiquem ausência de repercussão geral. Nesses casos, os tribunais de origem estão impedidos de remeter à Suprema Corte os recursos extraordinários, cujas controvérsias já tenham sido apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal.

Por outro lado, caso o Supremo Tribunal reconheça a existência da repercussão geral, e julgue o mérito do apelo, os demais recursos serão apreciados pelos Tribunais, os quais poderão retratar-se ou mesmo declará-los prejudicados.

Saliente-se que, mesmo reconhecida existência de repercussão geral, os recursos que versam sobre idêntica matéria, não terão a sua subida ordenada imediatamente. No caso de a Suprema Corte, no mérito, negar provimento ao recurso extraordinário, os demais apelos

¹⁰⁵ “Caso o Supremo, em sede de incidente de repercussão geral do processo selecionado, entenda ausente a relevância econômica, política, social ou jurídica apta a transcender os interesses subjetivos da demanda, essa orientação deverá ser aplicada a todos os processos sobrestados, figurando o recurso extraordinário como paradigma (§2º do artigo 543-B). Nesse caso o precedente paradigma produz efeito impeditivo do recurso, evitando-se que o Supremo Tribunal Federal receba um sem-número de recursos extraordinários para que reproduza a orientação já firmada.” (TARANTO, 2007, p. 102)

sobrestados serão declarados prejudicados pelos tribunais *a quo*. De outro lado, se o Pretório Excelso der provimento ao recurso extraordinário, os tribunais poderão proferir juízo de retratação ou manter sua decisão anterior.

O Supremo soluciona a questão e os demais órgãos judiciais reproduzem o juízo formulado pela Corte Maior. Contudo, caso não adéqüem suas decisões ao entendimento do Pretório Excelso, este poderá cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão recalcitrante.

Temos aí uma evidente aproximação da nova disciplina do recurso extraordinário à doutrina do *stare decisis*, típica do sistema norte-americano, em que não se admite que “um órgão judicial inferior desobedeça àquilo que a Suprema Corte já afirmou ser o direito (*the law of the land*)”. Há, assim, um efeito vinculante (*binding effect*) vertical, que subordina os demais órgãos do Judiciário e a Administração Pública às decisões da Suprema Corte, no que diz respeito aos seus motivos determinantes (a *ratio decidendi*). E a mesma vinculação vertical está presente na sistemática adotada pela Lei 11.418/2006 para as decisões do STF acerca da repercussão geral em recurso extraordinário, tendo por fundamento o direito à tutela jurisdicional efetiva. (REIS, 2008, p. 73)

Parece-nos que o legislador previu hipóteses de concessão de efeitos vinculantes às decisões do STF em matéria de repercussão geral. Na apreciação da repercussão geral o Supremo fixa um paradigma que será seguido pelo demais integrantes do Poder Judiciário.

Segundo Fredie Didier (2007, p. 273):

[...] é possível concluir, sem receio, que o incidente para a apreciação da repercussão geral por amostragem é um procedimento de caráter objetivo, semelhante ao procedimento da ADIN, ADC e ADPF, e de profundo interesse público, pois se trata de exame de uma questão que diz respeito a um sem número de pessoas, resultando na criação de uma norma jurídica de caráter geral pelo STF. É mais uma demonstração do fenômeno da ‘objetivação’ do controle difuso de constitucionalidade.

Não podemos deixar de observar que apesar dos benefícios em prol da celeridade e da razoável duração do processo, o art. 543-B, do CPC, mitiga o princípio do contraditório. É que as partes que não tiveram os seus processos selecionados para a apreciação da repercussão geral pelo STF serão afetadas por uma decisão, da qual não puderam participar. Vê-se, mais uma vez presente a tendência de objetivação ou abstração do controle difuso de constitucionalidade.

A vinculação dos demais tribunais à decisão do Supremo não se restringe à verificação da repercussão geral pelo STF. Também no mérito dos recursos extraordinários, os tribunais se vêem compelidos a reproduzir a outros casos o entendimento proferido pelo STF. O art. 543-B, do CPC, e a regulamentação dada pelo RISTF, no art.328-A, juntos, concedem efeitos

transcendentes às decisões proferidas pelo STF em sede de recurso extraordinário, independentemente do cumprimento do disposto no art. 52, X, CF.

3.3 A nova interpretação do art. 52, X, da Constituição Federal de 1988

3.3.1 Reforma e mutação constitucional

Na história do constitucionalismo moderno houve quem apregoasse a existência de Constituições eternas, irreformáveis, imunes à ação do tempo e aos anseios futuros de uma comunidade.

A pretensão de imutabilidade foi o sonho de alguns iluministas do século XVIII. Cegos de confiança no poder da razão, queriam eles a lei como um produto lógico e absoluto, válido para todas as idades, atualizado para todas as gerações. Dessa fanática esperança comungou um membro da Convenção, conforme nos lembra notável publicista francês, pedindo durante debates do Ano III a pena de morte para todo aquele que ousasse propor a reforma da Constituição. (BONAVIDES, 2004, p. 196)

Estas idéias estavam amparadas na noção de Constituição vista como obra da razão imutável e infalível, própria do jusnaturalismo contratualista. Hoje, porém, não há mais espaço para tais concepções. A tese da imutabilidade¹⁰⁶ colide frontalmente com o espírito da vida, que é essencialmente dinâmico e evolutivo. Assim, decisões políticas tomadas em uma dada circunstância podem se mostrar no futuro inconvenientes ou até mesmo prejudiciais, razão pela qual merecem ser descartadas.

Com a superação dos postulados do jusnaturalismo racionalista, a idéia de imutabilidade perdeu fôlego e foi substituída pela idéia de estabilidade. Essa estabilidade é garantida pelo princípio da suprallegalidade constitucional.

No magistério de García-Pelayo:

[...] como síntesis del enfrentamiento dialéctico entre los supuestos del concepto racionalista de constitución y el hecho de la mutabilidad de la vida histórica, nació la idea de una suprallegalidad constitucional: ya que no es posible sustraer la constitución al cambio histórico, éste penetrará en la constitución tan sólo por los casos previstos por ella, es decir, por un método

¹⁰⁶ Notícia Raul Machado Horta (1999, p. 2) que “Nas manifestações ideológicas do constitucionalismo revolucionário de 1789, a religiosidade impregnou a Constituição e conduziu ao seu culto. A permanência se aliava à transcendência, infundindo na Constituição a sobrenaturalidade da criação divina. O culto idolátrico da Constituição ficou reconstituído na passagem de DANSETTE, autor da História Religiosa da França Contemporânea, em texto citado por LA BIGNE DE VILLENEUVE, no qual descreve o cerimonial observado na primeira sessão da Assembléia Legislativa. Doze representantes, escolhidos entre os mais idosos, apresentavam a Constituição aos seus colegas. O representante que carregava o Livro divino caminhava lentamente, olhos baixos, a cabeça inclinada. Os Deputados se levantavam enquanto o cortejo passava. A Constituição se assemelhava ao Cristo abstrato.”

especial de reforma. Se abandona la tesis de la inmutabilidad del contenido para asegurar la de su permanencia como forma. (1961, p. 130-131)

De fato, nenhum outro âmbito do Direito está tão vinculado ao ideal de solidez e estabilidade quanto o Direito Constitucional. (SILVA, G. J. C., 2000) Assistimos durante o século XX à universalização da rigidez constitucional no mundo. De maneira geral os constituintes passaram a estabelecer procedimentos cada vez mais complexos para a alteração da Carta Maior.¹⁰⁷

É certo que as Constituições são projetadas para ter certa durabilidade no tempo. Sem alguma duração razoável, os conteúdos das disposições constitucionais não teriam oportunidade de serem efetivados e a Constituição não conseguiria exercer sua clássica função de limitar o poder estatal. A estabilidade constitucional é, pois, essencial para o desenvolvimento do projeto de Estado delineado pela Carta Magna.

As Constituições tendem de seu natural a uma perpetuação no tempo, estabelecendo formalidades especiais que dificultam a sua transformação, ou mesmo vedam qualquer transformação no tocante a certas decisões políticas fundamentais. Têm, assim, um determinado grau de permanência na história, caráter que Hauriou, Berthelemy e Duez designam com o nome de imutabilidade relativa das leis constitucionais. Essa imutabilidade é, justamente, a segunda manifestação objetiva e concreta do princípio da supremacia da Constituição. (FERREIRA, L. P., 1971, p. 158)

A promulgação de uma Constituição reflete as tendências políticas, econômicas, sociais e culturais de uma sociedade em um dado momento histórico. Contudo, após sua redação, as Cartas Políticas não se tornam textos imobilizados e petrificados pela ação do poder constituinte.

As Constituições são verdadeiros órgãos vivos e integrados com a realidade social. De acordo com os ensinamentos de Hesse (1991), a força normativa deste documento depende da integração promovida entre o seu texto e a realidade que pretende regular.

Se não quiser permanecer “eternamente estéril”, a Constituição – entendida aqui como a Constituição jurídica – não deve procurar construir o Estado de forma abstrata e teórica. Ela não logra produzir nada que já não esteja

¹⁰⁷ Segundo Raul Machado Horta (1999, p. 1): “A permanência da Constituição é idéia inspiradora do constitucionalismo moderno. Concebeu-se o texto constitucional como documento que deveria durar indefinidamente no tempo, e para assegurar sua duração as Constituições do século XVIII organizaram complexo processo de defesa e de proteção, que tornava a mudança constitucional hipótese distante e cuja efetividade dependeria da transposição das regras dilatórias do sistema de defesa. As Constituições Revolucionárias Francesas de 1791 e 1795 ofereceram o modelo dessa dupla inspiração: a duração indefinida e a mudança difícil, lenta e complexa. A Constituição de 1791, exprimindo a crença na permanência e na imutabilidade constitucional temporária, só admitia o início da revisão após decorridos dezoito anos da deliberação que inaugurava o longo percurso da Assembléia de Revisão, intercalado de período de completa abstinência deliberativa, em matéria constitucional, para reflexão e amadurecimento da reforma.”

assente na natureza singular do presente. [...] Se lhe faltam esses pressupostos, a Constituição não pode emprestar forma e modificação à realidade; onde inexista força a ser despertada – força essa que decorre da natureza das coisas – não pode a Constituição emprestar-lhe direção; se as leis culturais, sociais, políticas e econômicas são ignoradas pela Constituição, carece ela do imprescindível germe de sua força vital. A disciplina normativa contrária a essas leis não logra concretizar-se. (HESSE, 1991, p. 15-16)

A sobrevivência da Constituição aos novos tempos, aos novos anseios sociais, depende da sua capacidade de se manter atualizada de acordo com os novos ditames da realidade. Diante da impossibilidade de prever os anseios da próxima geração, o constituinte consegue levar em conta necessidades futuras, inserindo válvulas para que o texto permaneça em alguma medida aberto para adaptar-se ao seu tempo. Para Lowenstein (1986) as fórmulas fixas jamais poderão captar a dinâmica da realidade.¹⁰⁸

A modificação das Constituições é fenômeno inevitável da vida jurídica de um país. O que varia é a intensidade, a extensão e o modo pelo qual estas reformas são processadas. (MIRANDA, 2003) É preciso encontrar um ponto de equilíbrio entre a permanência e a mutabilidade dos textos constitucionais. Colocar a Constituição à completa disposição das autoridades significa subverter importantes conquistas da experiência constitucional.

É por esta razão que se diz que a Lei Fundamental tem, simultaneamente, uma pretensão de permanência e de mutabilidade. Se, por um lado, as Constituições aspiram durar no tempo, regulando a vida social e política do país, por outro, precisam estar abertas às mudanças, às transformações sociais, para que não se tornem obsoletas e, por conseqüência, incapazes de cumprir sua função.

Assim, as portas da legalidade devem permanecer tanto quanto possível abertas àquelas transformações. Caso contrário, tais alterações buscarão outra forma de se impor à organização jurídica do Estado e da sociedade. (SILVA G. J. C, 2000)

¹⁰⁸ Diz Gustavo Just (2000, p. 71): “A adaptação da constituição às transformações políticas e sociais permite controlar a adequação das normas constitucionais ao objeto de sua regulação, recuperando com isso a sua “possibilidade de realização” acaso afetada com o decurso do tempo ou por uma imperfeição originária, e colaborando assim para a consolidação da força normativa da constituição. A “vontade de constituição” é outro elemento que, embora esteja relacionado mais estreitamente com a estabilidade, depende em determinadas circunstâncias da aptidão transformadora da constituição. Vontade de constituição não é a vontade do constituinte histórico, e sim a vontade dos seus destinatários atuais; não dispondo a força de eficácia da constituição de um guardião superior, depende sempre da confirmação e legitimação – permanentes e constantemente renovadas – por parte dos agentes da vida constitucional. A abertura à transformação é então um meio de renovar o consenso ou o assentimento sobre a constituição, e, portanto, opera como elemento ao mesmo tempo integrador (no sentido de reforçar a eficácia) e legitimador.”

Há, portanto, uma constante tensão entre a mutabilidade e a permanência na Carta Constitucional na medida em que a Constituição, para manter-se viva, precisa manter-se atual.¹⁰⁹ A dinâmica é, pois, condição para a sobrevivência e a estabilidade da Carta Política.

Tendo em vista a necessidade de equilibrar essa tensão o tema da reforma constitucional é um dos centros de preocupação constante dos especialistas em Teoria da Constituição. Sabe-se que as alterações constitucionais, se realizadas adequadamente, contribuem de forma direta para a permanência desse mesmo texto. Por isso, a Constituição deve ser capaz de absorver as transformações sociais e integrá-las ao seu projeto político.

A doutrina constitucional reconhece a existência de técnicas formais e informais de mudança das Constituições. As técnicas formais, como se sabe, são aquelas estabelecidas pelo próprio constituinte para que as futuras gerações procedam à modificação da Constituição, adaptando seu conteúdo à nova realidade. Nessa forma de alteração o constituinte define o órgão competente para a realização da mudança, bem como o procedimento a ser seguido para este fim.

Segundo Raul Machado Horta (1999), foram os norte-americanos que construíram os fundamentos da rigidez constitucional. Eles fundaram a técnica de emenda à Constituição e ofereceram as primeiras contribuições para a idéia de cláusulas pétreas.

Emenda à Constituição é a locução adotada na Constituição dos Estados Unidos de 1787, em seu art. 5º, para identificar o poder de mudança constitucional conferido ao Congresso, através de suas Casas, para propor "emendments to this Constitution", ou, se a iniciativa emanar das legislaturas de dois terços dos Estados, o poder de propor emendas se deslocará para uma Convenção: "... or, on the application of the legislatures of two thirds of the several States, shall call a convention for proposing amendments ..."
(HORTA, 1999, p. 12)

O nosso texto constitucional faz duas referências aos processos formais de mudança da Constituição. Há a previsão das emendas à Constituição, bem como da revisão constitucional. Por meio das emendas constitucionais os Poderes do Estado podem promover alterações, supressões ou acréscimos ao texto constitucional a qualquer tempo. Já quando se fala em

¹⁰⁹ "A mudança constitucional demonstra-se fenômeno indissociável da vivência jurídica, porquanto decorre da permanente tensão entre o texto normativo, a realidade constitucional e a necessidade de efetividade das disposições constitucionais. A Constituição, embora represente o retrato apanhado da realidade social no momento da sua criação, neste não se esgota, mas, no mister da sua aplicação, resolve-se em um processo que promove a sua permanente reconstrução, no qual intervêm os distintos participantes da vida constitucional." (SBROGIO GALIA, 2007, p. 29)

revisão, de acordo com a exegese constitucional, fala-se em um procedimento excepcional e singular, já ocorrido em nosso país.¹¹⁰

Os mecanismos formais de alteração da Constituição têm importância especial para o equilíbrio interno entre estabilidade e dinâmica constitucional, fazendo com que o passado e o futuro possam ser integrados.

É a reforma constitucional que promove, em primeira linha, essa combinação, por permitir que a conexão da Constituição ao curso histórico se processe dentro da continuidade jurídico-formal do ordenamento. Nesse sentido a reforma tem, especialmente quando materialmente limitada, uma ação ao mesmo tempo condutora do desenvolvimento e estabilizadora. Por um lado, evita a imobilidade que provoca o rompimento constitucional e a revolução; por outro mantém o desenvolvimento vinculado a um determinado procedimento e a determinados limites. (SILVA G. J. C, 2000, p. 76)

A mudança formal da Constituição favorece a segurança jurídica e o controle da população sobre as alterações da Carta Constitucional na medida em que a modificação se dá por meio de uma opção transparente e processualizada do Poder Legislativo. (SILVA, G. J. C, 2000)

Não apenas mediante o recurso aos procedimentos formais de alteração constitucional a Carta Magna pode ser modificada. Ao lado das alterações formais reconhece-se, ainda, a existência de processos informais de modificação da Carta Política. Reconhece-se que os costumes, as práticas constitucionais, a dinâmica política e econômica, a atuação dos grupos de pressão, entre tantos outros agentes, podem provocar alterações no sentido, no significado e no alcance das normas constitucionais. A atuação desses elementos se dá de forma difusa e assistemática, o que altera a Constituição sem que seu texto seja modificado.¹¹¹

¹¹⁰ “Contrastando com o cauteloso formalismo, que comanda o processo de Emenda, a Revisão Constitucional foi contemplada em único e breve artigo do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Compreende-se a localização no Ato das Disposições Transitórias, pois a revisão constitucional teve duração efêmera, já consumada, e desapareceu como norma de eficácia transitória, decorridos os cinco anos, após a promulgação da Constituição de 1988. A lacônica redação do art. 3º do ADCT converteu a maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral, em verdadeiros donos da Revisão Constitucional. Os dissídios, as reservas, a ambigüidade dos Partidos Políticos e das lideranças vinculadas aos compromissos da Assembléia Nacional Constituinte frustraram os trabalhos e o rendimento da Revisão Constitucional, reduzida a seis Emendas de Revisão, cujo conteúdo material não atendeu aos objetivos de aprimoramento do longo texto constitucional de 1988.” (HORTA, 1999, p. 14-15)

¹¹¹ Nas palavras de Meirelles Teixeira (apud FERRAZ, 1986, p. 7): “Seria errôneo, entretanto, e mesmo ingênuo, pensar-se que as Constituições rígidas somente pudessem sofrer alterações através de técnicas jurídicas expressa e previamente estabelecidas, e que o impacto da evolução política e social somente pudesse atuar sobre elas através desses canais, e que a vida deveria necessariamente acomodar-se, em seu eterno fluxo de progresso, dobrando-se com docilidade ao sabor dessas fórmulas e apenas ao juízo de políticos e legisladores.”

Mesmo com toda ritualística que lhe é inerente, as Constituições rígidas estão sujeitas a modificações operadas por força de um poder constituinte difuso, o qual provoca alteração no conteúdo da Carta Magna mantendo o enunciado constitucional incólume.¹¹² (GARCIA-PELAYO, 1961)

As origens do conceito de mutação constitucional remontam ao fim do século XIX e ao início do século XX na Alemanha. As primeiras investigações sobre o tema foram produzidas no marco da Constituição do Império Alemão de 1871 por obra de autores como Laband e Jellinek.¹¹³

A tese da mutação constitucional surgiu em um contexto de reconhecimento da força normativa da realidade, isto é, a partir da constatação de que as leis são impotentes diante dos fatos. Quando se observa o distanciamento entre realidade e norma, a prática impõe a adequação desta àquela.

Pareceu à doutrina alemã que a dinâmica política subjugava por completo a constituição, e a prova disso estava precisamente na absoluta falta de efetividade de suas normas, incapazes que eram de conter o governo. Diante disso, reputou-se como uma crença infundada a força que era atribuída a sua juridicidade. (MAIA E PÁDUA, 2006, p. 26)

Inicialmente, a formulação do conceito de mutação constitucional estava vinculada à concepção sociológica da Constituição, formulada por Ferdinand Lassalle. Lassalle traçou diferença entre aquilo que chamava de Constituição real – a soma dos fatores reais de poder que regiam a nação – e Constituição formal, a qual seria uma simples folha de papel. A Constituição formal terá valor apenas se conseguir exprimir em seu texto os fatores reais de poder que imperam na realidade social. Havendo antagonismo entre a Constituição real e a formal, esta sucumbirá àquela.

Apoiado nessas idéias, Laband constatou a possibilidade de as Cartas Constitucionais sofrerem modificações produzidas à margem dos processos formais estabelecidos pelo constituinte. Sua obra a respeito do tema (*Mutação da Constituição alemã*), datada de 1895, foi pioneira ao propor a distinção entre reforma e mutação constitucional. Laband descreveu como a Constituição do Reich era modificada sem o apelo aos mecanismos formais de alteração da Constituição.

¹¹² As alterações informais da constituição se processam lentamente e só são claramente perceptíveis quando se compara o entendimento atribuído às cláusulas constitucionais em momentos distintos, cronologicamente afastados um do outro e diante de circunstâncias diversas. Eis aqui um dos elementos básicos para a identificação do fenômeno da mutação constitucional: o aspecto temporal.

¹¹³ O tema é bastante nebuloso, não havendo muito consenso entre os doutrinadores acerca da nomenclatura, do conceito, dos fatores que impulsionam sua ocorrência, bem como dos seus limites.

Ao analisar os casos de mutação constitucional mais importantes na vigência da Constituição imperial da Alemanha, Laband percebeu três caminhos distintos de alteração informal da Constituição: 1) por meio de leis que regulam elementos centrais do Estado não previstos ou previstos de maneira colateral pela Constituição; 2) leis que modificam elementos centrais do Estado em contradição com o conteúdo da Constituição; 3) usos e costumes dos poderes públicos que modificam elementos centrais do Estado. (VECCHI, 2005, p 55-56)

Laband considerava impossível impor limitações ao fenômeno da mutação constitucional. Talvez por esta razão alguns autores entendam que Laband reconhecia status de norma jurídica à Constituição, mas não lhe reconhecia superioridade hierárquica sobre as leis editadas pelo Parlamento. (URRUTIA, 2000)

Sua obra foi sucedida pelo trabalho de Jellinek, o qual aprofundou o tema na literatura jurídica. Jellinek¹¹⁴, na obra “*Reforma y Mutación de la Constitución*”, publicada em 1906, ofereceu distinção entre os processos formais e informais de alteração da Carta Política.

Por reforma de la Constitución entiendo la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionadas. Y por mutación de la Constitución, entiendo la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o consciencia, de tal mutación. (JELLINEK, 1991, p. 7)

Jellinek distingue os dois fenômenos com base na presença ou ausência do elemento intencional, ou seja: destacou o elemento psicológico como o fundamento da diferenciação entre mutação e reforma constitucional. Com isso, este autor caracteriza o fenômeno a partir da ausência de intenção e chega a um conceito amplíssimo de mutação constitucional.¹¹⁵

Jellinek indica como agentes propulsores da mutação constitucional as práticas parlamentares, administrativas e judiciais; a necessidade política; a prática convencional; o desuso das faculdades estatais; as lacunas da Constituição e sua integração.

Para Jellinek (1991) qualquer tentativa de racionalização do futuro empreendida pelo legislador será frustrada, pois o legislador se defronta com poderes que crê chamado a

¹¹⁴ A importância do trabalho iniciado por Jellinek na obra “Teoria Geral do Estado” e continuado na “Reforma e mutação da Constituição” é inegável para a introdução das mutações constitucionais no círculo de debates da teoria constitucional. Posteriormente outros autores passaram a criticar a forma com a qual Jellinek e Laband trataram do tema. Hsü Dau-Lin chega a afirmar que nem Jellinek, nem tampouco Laband aprofundaram a natureza do instituto, limitando-se a analisar o problema à luz de uma visão lógico-formalista.

¹¹⁵ “A compreensão moderna elimina a referência de Jellinek ao elemento psicológico (vontade ou consciência da modificação), que além de ser de difícil constatação não acrescenta nada à compreensão do fenômeno, e concentra-se no elemento decisivo: a diferença entre reforma constitucional oficial, explícita ou formal que se manifesta na modificação dos enunciados constitucionais seguindo o procedimento normativo previsto para tanto na própria Constituição e a mutação constitucional (alteração informal) como processo (e resultado) interpretativo.” (LUNARDI; DIMOULIS, 2008, p. 228)

dominar, mas que freqüentemente se alçam contra ele plenamente inadvertidos, atrevendo-se a substituí-lo, inclusive.

A dinâmica do poder atua de acordo com as suas próprias regras, independentemente de qualquer restrição imposta pelos enunciados jurídicos. Assim, na obra de Jellinek, não há que se falar em limites às mutações constitucionais. As forças políticas operam através de suas próprias leis, sendo a letra da lei impotente diante delas.

A teoria da mutação constitucional na obra de Jellinek funda-se na necessidade de adaptação das normas à realidade. Assim, os legisladores, os administradores, os juízes, bem como todo aquele que procedesse à aplicação da Constituição teria de alargar a compreensão do texto para que se ajustasse ao novo contexto político.

Posteriormente em 1932 o chinês Hsü Dau-Lin escreveu uma monografia sobre o tema das mutações constitucionais, na qual o autor sistematiza todos os trabalhos produzidos até aquela época. Na obra de Dau-Lin a desvalorização e a corrosão das normas constitucionais diante da realidade são os elementos caracterizadores da mutação constitucional.

Conforme o entendimento de Dau-Lin, a norma e a realidade constitucional podem estar em relação de congruência, quando (a) a realidade se adapta à norma (situação de plena vigência da norma constitucional) ou (b) a norma constitucional se adapta à realidade (situação em que ocorre a modificação formal da Constituição); ou, ainda, em relação de incongruência, situação na qual ocorre a mutação constitucional. (KUBLISCKAS, 2009, p. 71)

Oposições entre a realidade constitucional e a norma supralegal são superadas de diversas formas, incluídas a reforma constitucional, a interpretação e a mutação constitucional. Esta “[...] opera quando, em última instância, a práxis constitucional, no mundo da vida, afasta uma porção do texto da Constituição formal, sem que daí advenha uma ruptura do sistema.”¹¹⁶

Partindo do pressuposto que as normas constitucionais são incompletas face às exigências vitais do Estado, as mutações constitucionais não representam uma ruptura com a ordem vigente. Ao contrário, a mutação constitucional representa um método alternativo de superar a corrosão da norma constitucional sem que seja preciso realizar uma reforma no seu texto. O fundamento último da mutação constitucional, na obra de Dau-Lin, reside na natureza do Estado como realidade vital. Para Dau-Lin, a visão segundo a qual a mutação constitucional representa a ruptura efetiva com o Direito Constitucional positivo é tributária de uma concepção positivista do Direito, a qual se apóia na autoridade exclusiva da

¹¹⁶ Rcl. n.º 4335/AC. Rel. Min. Gilmar Mendes. Voto-vista Min. Eros Grau.

proposição jurídica escrita. A mutação constitucional integra o fenômeno jurídico, ainda que as alterações por ela provocadas levem a entendimentos que se afastam do texto legal.

La peculiaridad de nuestro problema, y en esto consiste principalmente su dificultad, consiste – según una expresión de HATSCHEK – en la singularidad del valor de un acontecimiento importante para el derecho constitucional. Los intentos anteriores de solución hasta ahora han fracasado por la subestimación e incomprensión de esta singularidad estimativa. (DAU-LIN, 1998, p. 156)

Segundo Dau-Lin, uma interpretação elástica e integradora das normas constitucionais é consequência da natureza dessas próprias normas. A mutação constitucional gerada a partir da interpretação judicial é o caminho natural para manter a Constituição em conformidade com a realidade vital do Estado. Na leitura da obra de Dau-Lin entende-se que o fenômeno da mutação constitucional decorre de uma incongruência ou hiato existente entre as normas constitucionais e a realidade. A mutação constitucional é, pois, o resultado da conjugação de três fatores: a incompletude e a elasticidade das normas constitucionais, a peculiaridade do Estado como objeto da regulação constitucional e a ausência de uma instância superior que garanta a existência da Constituição.¹¹⁷ (KUBLISCKAS, 2009)

Dau-Lin (1998) concebeu quatro classes de mutação constitucional: a) mutação constitucional mediante prática que não vulnera formalmente a Constituição escrita; b) mutação constitucional por impossibilidade do exercício de determinada atribuição constitucional; c) mutação constitucional em razão de prática que contradiz a Constituição; e d) mutação constitucional mediante interpretação.

A respeito desta, Dau-Lin afirma (1998, p. 45):

Cabe, también, una mutación constitucional mediante la interpretación: particularmente cuando los preceptos constitucionales sólo se interpretan según consideraciones y necesidades que cambian con el tiempo sin atender particularmente al texto fijo de la Constitución o sin que se considere el sentido originario que dio el constituyente a las normas constitucionales en cuestión. La norma constitucional queda intacta, pero la práctica

¹¹⁷ Comentando a concepção de Dau-Lin sobre as mutações constitucionais, assinala Pablo Lucas Verdú (DAU-LIN, 1998, p.10-11): “La abundancia de normas formuladas de modo equívoco son inevitables en los textos constitucionales. Esto determina que una reforma constitucional sea innecesaria si puede resolverse la dificultad mediante la mutación constitucional. Así, una interpretación constitucional elástica e integradora que se desvía considerablemente de otras interpretaciones, es una consecuencia de la índole particular de esas normas constitucionales y un modo natural para lograr su congruencia con la realidad vital del Estado.

Cuando se cuestionan necesidades vitales del Estado entonces las normatizaciones de una regulación legal tienen sólo valor secundario pues el sentido de la Constitución consiste en abarcar al Estado como totalidad vital y no en la fijación de proposiciones rígidas e heterónomas que pretenden ser siempre válidas. Por consiguiente, el cumplimiento de las tareas dictadas por la necesidad – pese a algunas desviaciones de las normas escritas – a la adhesión fiel a su articulado, corresponde antes al sentido de la Constitución que al seguimiento fiel de sus parágrafos y en consecuencia al déficit de vida constitucional como sostuvo SMEND y corrobora DAU-LIN.”

constitucional que pretende segui-las, es distinta. Lo que se infiere de la Constitución un día como derecho ya no lo es posteriormente. La Constitución experimenta una mutación en tanto que sus normas reciben otro contenido, en la medida que sus preceptos regulan otras circunstancias distintas de las antes imaginadas.

Dau-Lin, mesmo reconhecendo a importância da integração entre norma e realidade, rechaça teses que tentam extrair exclusivamente dos fatos a força normativa da Constituição.¹¹⁸ A força normativa da Constituição decorre diretamente de suas normas. Contudo, a natureza especial das normas constitucionais atribui à Lei Fundamental uma singularidade que permite a compreensão da mutação constitucional como fenômeno jurídico legítimo.

Há, contudo, autores que tecem críticas à forma como o instituto da mutação constitucional foi concebido. Argumenta-se que se deu à mutação constitucional um conceito excessivamente amplo e inexato, o que dá lugar a muitas incertezas sobre o real contorno do fenômeno.

Para Ana Victoria Sánchez Urrutia (1998, p. 10), “esta definição [...] não permite estabelecer diferenças entre o desenvolvimento constitucional, a mudança informal da Constituição e a transgressão e negação da Constituição.” Na atualidade muitos dos autores que se dedicam ao estudo deste instituto passaram a conceber a mutação constitucional como um fenômeno que provoca alterações no significado, no alcance e no sentido das normas constitucionais, desde que tais alterações não impliquem em violação do texto constitucional.¹¹⁹

¹¹⁸ “No obstante, en realidad, esta doctrina es insostenible. Su error básico estriba en que confunde lo ideal con lo existencial. El elemento del deber (*sollen*) de una norma jurídica nunca resulta del elemento del ser (*sein*) de un hecho, sino que brota, inmediatamente de la valorización inmanente del derecho preexistente de la naturaleza humana.” (DAU-LIN, 1998, p. 123)

¹¹⁹ Alguns doutrinadores chegam a rejeitar o uso da mutação constitucional como técnica interpretativa apta a modificar a Constituição. Tais autores questionam a possibilidade de considerar que fatores sociais possam levar a uma mudança da Constituição. Para esta parcela da doutrina: “A realidade deve se pautar pelos mandamentos constitucionais, seja qual for o juízo de valor sobre essas previsões e o grau de legitimidade da autoridade que pretende interpretar a Constituição livremente ou mesmo *contra litteram*. Para admitir que uma mudança na realidade social possa modificar o significado do comando normativo, deveríamos inverter a relação entre Dever ser e Ser (mudanças na realidade ou nos valores sociais). Dando um exemplo. A Constituição Federal estabelece os 70 anos como limite de idade para a aposentadoria compulsória de certas categorias de servidores públicos (art. 40, §1º, II, CF). Nenhuma autoridade estatal pode decidir legitimamente que o limite de idade deve aumentar, apesar da letra constitucional, alegando que, passadas duas décadas da promulgação da Constituição, aumentou a expectativa de vida e mudaram as opiniões e práticas da sociedade brasileira sobre a idade na qual a pessoa deve se retirar da vida profissional. Por mais que essas mudanças sejam evidentes e relevantes, a não modificação da letra impede que sejam levadas em consideração. Caso contrário, o aplicador usurparia competências do poder constituinte reformador (que não desejou modificar a Constituição nesse ponto, apesar das mudanças sociais) e desrespeitaria a hierarquia das fontes do direito.” (LUNARDI; DIMOULIS, 2008, p. 231)

No limite, a tese da mutação constitucional da forma, tal como inicialmente concebida pelos juristas tedescos, admite mudança de sentido da disposição constitucional em desacordo com a própria Constituição. Isso pode conduzir à fragilização da supremacia constitucional e de sua rigidez, e ceder espaço para deformações. Por esta razão, os autores contemporâneos defendem que tais mutações se dão dentro de certos limites.¹²⁰

No Direito brasileiro, uma das obras pioneiras a respeito da mutação constitucional é de Anna Cândida da Cunha Ferraz, intitulada “Processos informais de alteração da Constituição”.¹²¹⁻¹²² Para a autora a verificação da mutação constitucional só é possível se a modificação de significado, sentido ou alcance da disposição não violar o texto da Constituição.

Segundo Anna Cândida da Cunha Ferraz (1986, p. 10):

A expressão mutação constitucional é reservada somente para todo e qualquer processo que altere ou modifique o sentido, o significado e o alcance da Constituição sem contrariá-la; as modalidades de processos que introduzem alteração constitucional, contrariando a Constituição, ultrapassando os limites constitucionais fixados pelas normas, enfim, as alterações inconstitucionais são designadas por mutações inconstitucionais.

Para esta autora, a interpretação constitucional constitui um dos principais meios pelos quais a mutação constitucional opera. A interpretação constitucional desenvolvida pelos tribunais transforma o significado e o alcance das normas constitucionais, atualizando a Constituição. Para a autora, as mutações são legítimas quando, ao serem submetidas a qualquer espécie de controle, especialmente o judicial, não padecerem do vício de inconstitucionalidade. (FERRAZ, 1986)

¹²⁰ “Mais recentemente, com a consolidação da idéia de que as Constituições são normas jurídicas especiais (normas vinculantes e obrigatórias, mas estruturadas de modo a permitir maior abertura para reconhecer e aceitar as modificações ocorridas na sociedade), os autores passaram a defender que a mutação constitucional é o fenômeno por meio do qual são produzidas alterações de significado, alcance ou sentido das normas constitucionais dentro dos limites estabelecidos pela própria Constituição.” (KUBLISCKAS, 2009, p.72)

¹²¹ Outro jurista que enfrentou o problema das mutações constitucionais no nosso país foi Uadi Lamego Bulos. O autor entende por mutação constitucional “[...] o processo informal de mudanças da Constituição, por meio do qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados à letra da *Lex Legum*, quer através da interpretação, em suas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio da construção (*construction*), bem como dos usos e costumes constitucionais”. (BULOS, 1997, 57)

¹²² A autora traz o seguinte conceito de mutação constitucional: “[...] alteração, não da letra ou do texto expresso, mas do significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais, através ora da interpretação judicial, ora dos costumes, ora das leis, alterações essas que, em geral, se processam lentamente, e só se tornam claramente perceptíveis quando se compara o entendimento atribuído às cláusulas constitucionais em momentos diferentes, cronologicamente afastados um do outro, ou em épocas distintas e diante de circunstâncias diversas”. (FERRAZ, 1986, p.9)

Daí chegamos a mais um ponto problemático no que concerne à mutação constitucional: a questão dos limites opostos ao “poder constituinte difuso”. Seria legítimo admitir que uma mutação constitucional conduza à superação da disposição constitucional?

No contexto imperante na Alemanha do séc. XIX, os doutrinadores entendiam que a mutação constitucional poderia operar mudanças no sentido do texto de forma ampla e irrestrita, até mesmo consagrando sentido contrário ao texto constitucional. Contudo, a renovação da metódica jurídica contribuiu para uma nova compreensão do tema.

O publicismo positivista alemão da virada do Século (Laband e Jellinek) já falava em mutação constitucional, mas as transformações da realidade política eram entendidas de modo tendencialmente colidente com o texto normativo, cuja normatividade não raro capitulava diante de um processo histórico de caráter essencialmente extrajurídico. O que o conceito designava era em primeira linha o antagonismo entre a constituição e a realidade. Isso explica o equívoco que consistia em considerar que a mutação era a expressão de um direito não escrito, exterior à constituição formal. (SILVA G. J. C, 2000, p. 79)

Apenas no atual contexto do pensamento jurídico a Teoria Constitucional pôde situar devidamente o fenômeno da mutação constitucional, tratando-o não só como acontecimento fático, mas também como fenômeno jurídico legítimo. A doutrina passou a adotar um conceito mais restrito de mutação constitucional, apoiada nos ensinamentos de Müller e Hesse.

Subjacente à renovada tese da mutação constitucional está a distinção promovida entre texto e norma. Neste sentido, foram importantes as idéias de Friedrich Müller para o desenvolvimento do tema. Na metódica estruturante de Müller, as normas constitucionais são obtidas pela conjugação do programa normativo (texto) com o âmbito normativo (realidade que se pretende normatizar).

O programa normativo dirige e limita as possibilidades de concretização do Direito. O olhar da metódica estruturante de Müller volta-se, então, para a atuação do intérprete. Assim, teremos sempre, em um único dispositivo, um texto e “n” normas, criadas a partir do processo interpretativo. A construção de tantas normas a partir de um único dispositivo deve-se ao alto grau de indeterminação dos conteúdos constitucionais e à pré-compreensão do intérprete, bem como às circunstâncias específicas de cada caso.

Apesar da ampla liberdade conferida ao intérprete, a interpretação constitucional não é uma atividade que desconhece limites. O próprio texto oferece limites intransponíveis para o juiz. No dizer de João Maurício Adeodato (2004, p. 176), “o texto limita a concretização e não permite decidir em qualquer direção, como querem as diversas formas de decisionismo.”

A metódica jurídica traçada por Müller põe limites à mutação constitucional na medida em que o conteúdo da norma apenas pode se modificar dentro do marco definido pelo programa normativo. “As mutações constitucionais seriam, pois, as alterações ocorridas no âmbito normativo e comportadas pelo programa normativo (que, em regra, por seu caráter aberto, aceita mais de uma opção), as quais devem ser aferidas no processo de densificação, concretização e aplicação das normas constitucionais.” (KUBLISCKAS, 2009, p. 72)

Nesse diapasão, criticando a possibilidade de mutações que afrontem o enunciado constitucional, assevera Canotilho (2003, p. 1229):

A rejeição da admissibilidade de mutações constitucionais por via interpretativa não significa qualquer aval a um entendimento da constituição como um texto estático e rígido, completamente indiferente às alterações da realidade constitucional. Pese embora o exagero da formulação, há alguma coisa de exacto na afirmação de Lowenstein, quando ele considera que “uma constituição não é jamais idêntica a si própria, estando constantemente submetida ao *pantha rei* heraclitiano de todo o ser vivo”. Todavia, uma coisa é admitirem-se alterações no âmbito ou esfera da norma que ainda se podem considerar suscetíveis de serem abrangidas pelo programa normativo (*Normprogramm*), e, outra coisa, é legitimarem-se alterações constitucionais que se traduzem na existência de uma *realidade constitucional inconstitucional*, ou seja, alterações manifestamente inoportáveis pelo programa da norma constitucional.

Veja-se que a moderna doutrina não rechaça a mutação constitucional enquanto mecanismo de evolução e abertura da Carta Constitucional, mas impõe limites para que o fenômeno seja legítimo. A mutação constitucional não pode levar a uma transgressão constitucional sob o argumento de que tal alteração está de acordo com a evolução social.

Assim, com fundamento no conceito restrito atualmente aceito em larga escala na doutrina, é possível definir a mutação constitucional como sendo o fenômeno por meio do qual, sem emendas ou revisões (processos formais de mudança da constituição), são introduzidas, no processo de concretização/aplicação, por meio da interpretação constitucional e/ou da integração pelos costumes, alterações no sentido, significado, alcance de determinadas normas constitucionais (que tenham o conteúdo minimamente aberto/elástico), desde que estas alterações sejam comportadas pelo programa normativo, ou seja, promovam o desenvolvimento, complementação, esclarecimento etc., das normas constitucionais escritas, mas não violem nem sua letra e tampouco o seu espírito. (KUBLISCKAS, 2009, p. 78)

Nessa linha de pensamento só seria possível admitir a ocorrência de mutações constitucionais diante de dispositivos redigidos com uma linguagem minimamente aberta. O estabelecimento destas premissas é essencial para analisar criticamente a tese da mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal.

3.3.2 Argumentos em favor da mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição

Em 2006 foi distribuída ao ministro Gilmar Mendes reclamação ajuizada pela Defensoria Pública da União contra decisão do Juiz de Direito da comarca de Rio Branco. A sentença indeferiu pedido de progressão de regime em favor de condenados a penas de reclusão em regime integralmente fechado em decorrência da prática de crimes hediondos. A Defensoria Pública, atuando na defesa dos réus, alegou que na espécie houve ofensa à autoridade da decisão do Supremo proferida no HC nº 82.959, no qual a Corte declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do dispositivo da lei de crimes hediondos que veda a progressão de regime aos condenados pela prática de crime hediondo.

Não obstante a importância da questão penal debatida no caso, o que nos interessa nesta oportunidade é discutir a questão levantada pelo ministro Gilmar Mendes, concernente à possibilidade de conceder efeitos *erga omnes* e vinculantes às decisões declaratórias de inconstitucionalidade proferidas pelo STF no âmbito do controle incidental de constitucionalidade.

No habeas corpus nº 82.959-SP, julgado em sessão plenária de 23.2.2006, de relatoria do ministro Marco Aurélio, o acórdão ementado continha o seguinte teor:

PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.

A leitura da decisão proferida no habeas corpus indica que a Corte afastou a vedação de progressão de regime aos condenados pela prática de crime hediondo, positivada no art. 2º, §1º, da Lei nº. 8.072, de 1990, por entender que tal vedação conflita com a garantia de individualização da pena – artigo 5º, inciso XLVI da Constituição Federal.

Com base nesse pronunciamento do Supremo Tribunal a Defensoria Pública solicitou ao juiz de primeiro grau a concessão de progressão de regime aos apenados. Contudo, o pedido foi indeferido, pois, no entendimento do magistrado, como o Senado Federal não havia

editado resolução suspendendo a execução do dispositivo em todo o território nacional, a decisão do STF só gera efeitos para as partes litigantes no HC nº 82.959.

A primeira indagação que se pôs diz respeito à idoneidade do instrumento processual – reclamação – no caso concreto para fazer valer a autoridade da decisão do STF. Tanto o magistrado de primeiro grau quanto o Ministério Público Federal entenderam que a reclamação não seria cabível na espécie, pois o Supremo Tribunal Federal não havia proferido qualquer decisão em favor dos condenados, não havendo por que falar em necessidade de garantir a autoridade da Corte Suprema no caso em comento.

Sendo a reclamação constitucional um instrumento processual destinado a preservar a competência do STF e garantir a autoridade dos seus julgados, seria necessário que o Tribunal houvesse proferido alguma decisão em favor dos interessados para que fosse possível o manejo do instrumento.

Contra este argumento, o ministro Gilmar Mendes afirmou que:

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal deu sinais de grande evolução no que se refere à utilização do instituto da reclamação em sede de controle concentrado de normas. No julgamento da questão de ordem em agravo regimental na Rcl. 1880, em 23 de maio de 2002, o Tribunal restou assente **o cabimento da reclamação para todos aqueles que comprovarem prejuízo resultante de decisões contrárias às teses do STF, em reconhecimento a eficácia vinculante, erga omnes das decisões de mérito proferidas em sede de controle abstrato.**¹²³

A reclamação constitucional foi positivada, pela primeira vez no nosso ordenamento jurídico, em 1957 no Regimento Interno do STF.¹²⁴ Inicialmente, a jurisprudência do Supremo admitia o manejo do referido instituto apenas por quem fora prejudicado concretamente pelo desrespeito à decisão pretoriana. Assim, o Tribunal não admitia o manejo de reclamação com o intuito de fazer valer decisão exarada no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade. Posteriormente a jurisprudência do Supremo passou a admitir reclamação em sede de controle concentrado, permitindo sua propositura apenas pelo autor da ação direta. Ressalte-se que, para o cabimento da reclamação, a insubordinação deveria ser obrigatoriamente imputada ao responsável pela edição do ato normativo inconstitucional.

A legitimidade para propositura da reclamação constitucional passou por uma profunda evolução. Houve uma verdadeira ampliação do conceito de parte interessada.

¹²³ Rcl. nº 4335/AC. Rel. Min. Gilmar Mendes. Grifo nosso.

¹²⁴ Produto da criação jurisprudencial, a reclamação constitucional surgiu, no Brasil, como decorrência da teoria dos poderes implícitos. Apenas posteriormente, em 1957, o instrumento foi positivado no Regimento Interno do STF.

Atualmente admite-se que todo aquele que sofra algum prejuízo em virtude do descumprimento das decisões do STF, proferidas no exercício da fiscalização abstrata, maneje o referido instrumento.¹²⁵

Ocorre que ao admitir reclamação ajuizada por terceiros para fazer valer a autoridade de decisão proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade o ministro Gilmar Mendes reconhece, ainda que implicitamente, que as decisões proferidas pelo Supremo no exercício do controle difuso de constitucionalidade são dotadas de efeitos vinculantes.

Discordando da posição do ministro, Lenio Streck, Martonio Mont´Alverne e Marcelo Cattoni (2007, p. 4-5) entendem que o Supremo Tribunal Federal somente pode agir diante de situações contextualizadas quando a violação da Constituição for real e efetiva.

Assim, quando o Tribunal declara incidentalmente a inconstitucionalidade de uma lei, desse julgamento não decorre uma tese ou uma teoria, mas sim uma decisão, e é na proteção da autoridade desta decisão (e não da tese) que o Supremo deve receber as reclamações que são ajuizadas. Por esta razão, os juristas entendem que a reclamação ajuizada para fazer valer uma “tese” do Supremo Tribunal Federal não deveria sequer ser recebida.

O ministro Gilmar Mendes, com base no argumento supracitado, entendeu cabível a reclamação e daí em diante passou a analisar o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, discorrendo a respeito da natureza da disposição positivada no art. 52, X, da Constituição Federal.

Segundo Margarida Lacombe Camargo, o ministro Gilmar Mendes

Recolhe decisões que reconhecem a extensão dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de um determinado texto para outro semelhante, em ação distinta, como também leis mais recentes, como a ação civil pública, cujos efeitos extrapolam os interesses da parte. É o que o Ministro Gilmar Mendes chama de “contexto normativo”. Com isso busca caracterizar o progressivo esvaziamento do sistema de controle difuso, que culmina no afastamento do Senado Federal desse processo, bem como o fortalecimento do controle concentrado de inconstitucionalidade. Como pano de fundo e argumento constante, temos o **contexto político-institucional** de crise da morosidade na prestação jurisdicional e as incertezas causadas pela divergência de interpretação das normas no território nacional. (CAMARGO, 2009, p.378)

Inicialmente o ministro fez um apanhado histórico do instituto da suspensão da execução da lei declarada inconstitucional pelo STF, asseverando que esta foi a fórmula

¹²⁵ “A tendência hodierna, portanto, é de que a reclamação assuma cada vez mais papel de ação constitucional voltada à proteção da ordem constitucional como um todo. Os vários óbices à aceitação da reclamação em sede de controle concentrado já foram superados, estando agora o Supremo Tribunal Federal em condições de ampliar o uso desse importante e singular instrumento da jurisdição constitucional brasileira.” Rcl. nº 4987-6/MC. Rel. Min. Gilmar Mendes.

encontrada pelo constituinte de 1934 para emprestar eficácia *erga omnes* às decisões definitivas sobre inconstitucionalidade. De fato, essa foi a solução encontrada pelo constituinte de 1934 para superar os inconvenientes decorrentes da não adoção da regra do *stare decisis*.

Ao analisar a suspensão da execução da lei inconstitucional pelo Senado sob a égide da Carta de 1988, o ministro fez toda uma construção, com o objetivo de retirar o significado substantivo creditado ao instituto, defendendo que este se tornara anacrônico e obsoleto diante da expansão do modelo de jurisdição concentrada no Brasil. Neste sentido afirmou que:

A amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de que se suspenda, liminarmente, a eficácia das leis ou atos normativos, com eficácia geral, contribuíram, certamente, para que se quebrantasse a crença na própria justificativa desse instituto, que se inspirava diretamente numa concepção de separação de Poderes – hoje inevitavelmente ultrapassada. Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de uma Emenda Constitucional, porque haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão somente para as partes?¹²⁶

Gilmar Mendes tratou, então, de apresentar um novo contexto normativo no âmbito do controle de constitucionalidade, distinto daquele presente à época da instituição da suspensão da execução da lei declarada inconstitucional pelo Senado em 1934. O legislador infraconstitucional caminhou no sentido de outorgar aos tribunais superiores o poder de vincular os tribunais inferiores, fazendo com que estes observem o conteúdo das decisões daqueles órgãos proferidas em processos subjetivos. Esse novo contexto teria reduzido o papel do Senado, sendo apenas razões de índole histórica que sustentariam a manutenção do art. 52, X, na Carta de 88.

Ademais, o instituto da suspensão da execução da lei inconstitucional se mostra inadequado para conceder eficácia geral às decisões que não declaram a inconstitucionalidade, mas que se limitam a fixar uma interpretação constitucionalmente correta. A intervenção senatorial também não se presta a conceder efeitos *erga omnes* e vinculantes aos casos de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto e aos casos de declaração de não recepção de lei em face da Constituição.

Assim, defende o jurista que a suspensão da execução da lei inconstitucional pelo Senado não se mostra compatível com a nova dimensão que a jurisdição constitucional brasileira assumiu. Hoje, a atuação da Corte não mais se resume a declarar a inconstitucionalidade das leis. Há à disposição do Tribunal um verdadeiro arsenal decisório

¹²⁶ Rcl. nº 4335/AC. Rel. Min. Gilmar Mendes.

com o qual pode decidir a respeito da inconstitucionalidade das leis. Veja-se, a esse respeito, as chamadas decisões intermediárias.¹²⁷

Além disso, o ministro reforça seu entendimento a respeito da inadequação do art. 52, X, da CF sob o argumento de que as decisões proferidas em sede de controle difuso pelo STF geram repercussões decisivas sobre as sentenças proferidas pelos demais tribunais. É que, se o STF já houver decidido a respeito da inconstitucionalidade ou constitucionalidade de determinada lei, os demais tribunais estão dispensados de encaminhar o tema constitucional ao plenário do tribunal.¹²⁸

Essa orientação já havia sido consolidada pela jurisprudência do Supremo, antes do advento da Lei nº 9.756/98. O Tribunal entendia que ao flexibilizar a cláusula de reserva de plenário emprestava à regra do *full bench* uma interpretação em consonância com o princípio da economia processual e da segurança jurídica.

Em acórdão de 22 de agosto de 1997, houve por bem o Tribunal ressaltar, uma vez mais, que a reserva de plenário da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo funda-se na presunção de constitucionalidade que os protege, somada a razões de segurança jurídica. Assim sendo, “a decisão plenária do Supremo Tribunal declaratória de inconstitucionalidade de norma, posto que incidente, sendo pressuposto necessário e suficiente a que o Senado lhe confira efeitos *‘erga omnes’*, elide a presunção de sua constitucionalidade; a partir daí, podem os órgãos parciais dos outros tribunais acolhê-la para fundar a decisão de casos concretos ulteriores, prescindindo de submeter a questão de constitucionalidade ao seu próprio plenário.”¹²⁹

Prestigiando o entendimento do Supremo Tribunal, o legislador editou a Lei nº 9.756/98 a qual introduziu o parágrafo único do art. 481, do CPC. A exegese deste dispositivo

¹²⁷ “[...] em contraposição à tradicional conduta de eliminação das normas inconstitucionais, revela-se uma forte inclinação no sentido da universalização de alternativas normativas ou jurisprudenciais no exercício do controle da constitucionalidade, a exemplo das decisões intermédias, que escapam à contraposição fundamental entre inconstitucionalidade e não-inconstitucionalidade. Na base de todas as decisões intermédias (interpretativas, aditivas e limitativas), identifica-se um fundamento comum: a necessidade de preservação da Constituição, aliada a uma preocupação de evitar um caos jurídico ou político-institucional, com o surgimento de uma situação ainda menos compatível com a Constituição, e de resguardar a “liberdade constitutiva” do legislador, especialmente em situações de omissão legislativa.” (PONTES DE MIRANDA, 2008, p. 9)

¹²⁸ Segundo alguns autores, o incidente de declaração de inconstitucionalidade nos tribunais em muito se assemelha às declarações proferidas no bojo dos processos objetivos. É que nos tribunais ocorre uma cisão do julgamento, ficando o plenário ou órgão especial do tribunal encarregado para apreciar em tese a legitimidade da lei. O juízo a respeito da constitucionalidade da lei vinculará o órgão fracionário na resolução do caso concreto. “São evidentes as proximidades deste instrumento com o controle concentrado. Neste sentido, basta ter em vista que o exame levado a cabo pelo plenário em nada se diferencia do exame procedido em sede de ADIn ou ADC, em ambos o controle é de caráter objetivo, sem se importar com as circunstâncias do caso concreto.” (SOUZA, E., F., 2008, p. 81)

¹²⁹ Rcl. nº 4335/AC. Rel. Min. Gilmar Mendes.

indica que a decisão plenária proferida pelo STF não se circunscreve aos autos do caso concreto em que a questão constitucional foi suscitada. Eis o teor do referido dispositivo:

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

Com a flexibilização da cláusula de reserva de plenário em razão da existência de decisão do STF tratando da mesma matéria, as decisões proferidas pela Suprema Corte em sede de controle difuso ganharam força transcendente, independentemente da atuação senatorial.

A decisão do Supremo Tribunal Federal, tal como colocada, antecipa o efeito vinculante de seus julgados em matéria de controle de constitucionalidade incidental, permitindo que o órgão fracionário se desvincule do dever de observância da decisão do pleno ou do Órgão Especial do Tribunal a que se encontra vinculado. Decide-se automaticamente com fundamento na declaração de inconstitucionalidade (ou de constitucionalidade) do Supremo Tribunal Federal proferida *incidenter tantum*.¹³⁰

Para José Levi Mello do Amaral Júnior (2002) a decisão plenária implica na declaração abstrata da inconstitucionalidade do ato normativo impugnado. Afirma que a apreciação plenária não leva em conta o caso concreto no qual a discussão sobre a ilegitimidade da lei teve sua origem. Além disso, segundo o mesmo autor, não há partes no incidente de inconstitucionalidade, a rigor.

Esse é um dos argumentos nos quais o ministro se baseia para defender a equiparação dos efeitos das decisões proferidas em sede de controle abstrato e de controle difuso. Para Gilmar Mendes, a crescente força e importância das decisões plenárias do STF em matéria de controle de constitucionalidade, atrelada ao fortalecimento do controle concentrado em nosso país, autorizam a releitura do instituto da suspensão da execução da lei declarada inconstitucional pelo Senado Federal, de forma a dar-lhe uma nova feição, compatível com a atual configuração do controle de constitucionalidade brasileiro.

Ao ampliar sobremaneira o controle abstrato de constitucionalidade, o constituinte, na visão do ministro Gilmar Mendes, restringiu a amplitude e o significado do controle difuso de constitucionalidade. Ao aumentar o rol de legitimados para propositura da ação direta, permitiu-se que praticamente todas as controvérsias constitucionais relevantes fossem submetidas ao Supremo Tribunal Federal, mediante o recurso ao controle abstrato de normas. Assim, a eficácia geral das decisões proferidas pelo STF em matéria de controle de

¹³⁰ Rcl. nº 4335/AC. Rel. Min. Gilmar Mendes.

constitucionalidade passou a dominar sobre a eficácia *inter partes*, própria do sistema difuso e incidental.¹³¹

Neste sentido, o ministro afirma que o regramento processual dado à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental revela a insubsistência do modelo que prevê a participação do Senado Federal na extensão dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. É que “A decisão do caso concreto proferida em ADPF, por se tratar de processo objetivo, será dotada de efeitos *erga omnes*; a mesma questão resolvida no processo de controle incidental terá eficácia *inter partes*.”¹³²

Nesse contexto de valorização e fortalecimento das decisões do STF, a Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990, concedeu ao relator a faculdade de negar seguimento a recurso manifestamente intempestivo, incabível, improcedente ou prejudicado, ou, ainda, que contrarie súmula do STF ou do STJ.

A dicção do art. 38 da referida Lei é a seguinte:

O Relator, no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, decidirá o pedido ou o recurso que haja perdido seu objeto, bem como negará seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou, improcedente ou ainda, que contrariar, nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo Tribunal.

O CPC, no art. 557, §1º-A, por sua vez, amplia o alcance dos objetivos pretendidos pelo legislador quando da edição do art. 38 da Lei nº. 8.038. É que a legislação processual se refere também às súmulas do próprio tribunal onde o recurso foi interposto, e se refere também à jurisprudência dominante, mesmo que não sumulada.

Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

§ 1º - A. Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

¹³¹ Gilmar Mendes, apoiado nos ensinamentos de Anschütz, entende que sempre que o constituinte estabelece um órgão especial para decidir questões constitucionais, limita-se, implícita ou explicitamente, a competência da jurisdição ordinária para apreciar tais controvérsias. O controle abstrato, realizado exclusivamente pelo STF, passa a predominar sobre o controle difuso.

¹³² Rcl. nº 4335/AC. Rel. Min. Gilmar Mendes.

O art. 557, §1º-A, do CPC autoriza o relator a dar provimento ao recurso se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do STF ou de Tribunal Superior.

Assim, passou-se a admitir não só a negativa de seguimento do recurso extraordinário, mas também o provimento do recurso nos casos de manifesto confronto com a jurisprudência do STF, por meio de simples decisão monocrática do relator.¹³³

Também aqui parece evidente que o legislador entendeu possível estender de forma geral os efeitos da decisão adotada pelo Tribunal, tanto nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade incidental de determinada lei federal, estadual, municipal – hipótese que estaria submetida à intervenção do Senado -, quanto nos casos de fixação de uma dada interpretação constitucional pelo Tribunal. O legislador autorizou a concessão de efeitos ampliativos à decisão do STF até mesmo quando esta tenha sido proferida em sede de controle incidental de constitucionalidade.¹³⁴

Por fim, Gilmar Mendes embasou suas considerações na aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes, pela qual se reconhece a força vinculante dos argumentos deduzidos pelo Tribunal quando da declaração de inconstitucionalidade. A teoria versa sobre os limites objetivos da decisão vinculante. De acordo com essa teoria não só a parte dispositiva da sentença é dotada de efeitos vinculantes, mas os fundamentos que justificam a decisão, os motivos, a *ratio decidendi* também são dotadas deste efeito.¹³⁵

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, com base no princípio da supremacia formal e material das normas constitucionais, vem afirmando que as decisões exaradas em sede de controle concentrado de constitucionalidade possuem eficácia vinculante não apenas em face à parte dispositiva declarada, mas também em face dos motivos que determinaram a decisão, para tentar impedir a violação ao conteúdo essencial do acórdão. Assim, v.g., muito embora possa o Excelso Pretório declarar a inconstitucionalidade de uma Lei X, do Estado Y, os fundamentos de sua decisão terão efeitos vinculantes para “inconstitucionalizar” uma idêntica Lei A de um outro Estado Z, que, todavia, não foi objeto do controle concentrado. (ARAÚJO; BARROS, 2006, p. 10)

¹³³ “A possibilidade de o próprio relator julgar o recurso sem ter que submetê-lo ao julgamento colegiado representa uma supressão de etapas em nome do princípio da celeridade processual, em razão da força atribuída às súmulas e a jurisprudência dos Tribunais Superiores.” (PAIVA, 2008, p. 64)

¹³⁴ Rcl. nº 4335/AC. Min. Gilmar Mendes.

¹³⁵ Parece-nos que a teoria também encontra aplicação no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, de acordo com a prática desenvolvida no Supremo Tribunal. Veja-se a esse respeito o caso do RE 197.9717 quando o Tribunal declarou *incidenter tantum* a inconstitucionalidade da lei e fixou novos critérios de proporcionalidade na fixação do número de vereadores do município de Mira Estrela. O ministro Gilmar Mendes assinalou que a Corte estava dando efeitos transcendentais à decisão.

Nos casos de declaração de inconstitucionalidade de leis municipais, o Supremo Tribunal Federal vem emprestando efeitos ampliativos aos fundamentos determinantes da decisão. Com base no art. 557, caput e § 1º-A, do Código de Processo Civil, o Tribunal vem estendendo a decisão do plenário que declara a inconstitucionalidade de norma municipal a outras situações idênticas, oriundas de municípios diversos. Fala-se, assim, de uma natural vocação expansiva da decisão proferida pelo STF no exercício do controle incidental de inconstitucionalidade.

Mendes cita o RE 228.844-SP¹³⁶, no qual o relator, o ministro Maurício Corrêa, valeu-se de fundamento fixado pelo plenário do STF em precedente oriundo do município de Belo Horizonte, para declarar a inconstitucionalidade do IPTU progressivo cobrado pelo município de São José do Rio Preto, sem levar a questão à apreciação do órgão colegiado. Portanto, o Supremo Tribunal concede efeitos ampliativos às declarações de inconstitucionalidade de lei municipal sobre lei de idêntico conteúdo examinada em recurso extraordinário diverso.

Nas palavras do ministro:

Tal procedimento evidencia, ainda que de forma tímida, o efeito vinculante dos fundamentos determinantes da decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade do direito municipal. Evidentemente, semelhante orientação somente pode vicejar caso se admita que a decisão tomada pelo Plenário seja dotada de eficácia transcendente, sendo, por isso, dispensável a manifestação do Senado Federal.¹³⁷

Ao conceder efeitos transcendentais às decisões proferidas em sede de controle difuso, o Supremo está a reduzir os espaços que separavam as duas formas de fiscalização da constitucionalidade. A função exercida pelo Supremo Tribunal não é a de fazer justiça no caso concreto, nem corrigir todas as falhas dos demais tribunais, mas tutelar a Constituição e harmonizar e unificar a jurisprudência. (SILVA, C. A., 2005) Em razão disso, muitos juristas defendem que os pronunciamentos do Tribunal, em matéria de controle, devam ser dotados de efeitos vinculantes para todos os órgãos aplicadores do direito.¹³⁸

¹³⁶ RE nº 228.844/SP. Rel. Min. Maurício Corrêa.

¹³⁷ Rcl. nº 4335/AC. Rel. Min. Gilmar Mendes.

¹³⁸ Na Questão de Ordem na ADC nº1 o ministro Francisco Rezek expressou o seguinte entendimento sobre o tema: “Insiste-se em que um dos aspectos sedutores do nosso sistema é o livre convencimento do Juiz ante o caso concreto e sua prerrogativa de dizer o direito conforme sua consciência, à revelia, se necessário, do que tenham dito tribunais a ele superiores. Isso faz algum sentido na medida em que é ilimitado o índice de variedade das situações concretas: não há um processo igual ao outro no âmbito do confronto entre interesses individuais. Mas pergunto-me se há algum respeito pelo interesse público em abonar-se essa forma de rebeldia a decisões de cortes superiores. Houve uma época – membros mais antigos desse Tribunal o recordam – em que determinado Tribunal de Justiça, numa prestigiosa unidade da Federação, dava-se crônica e assumidamente a desafiar a jurisprudência do Supremo a respeito de um tema sumulado (um tema, por sinal, menor: a representatividade da

Gilmar Mendes salienta ainda a importância do controle de constitucionalidade nas ações coletivas para a equiparação dos efeitos no sistema incidental e no sistema de ação direta. Segundo o ministro: “Aqui, somente por força de uma compreensão ampliada ou do uso de uma figura de linguagem, pode-se falar em decisão com eficácia *inter partes*.”¹³⁹

Dentro desse amplo contexto de medidas judiciais e legislativas destinadas a reforçar as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, Mendes defende a necessidade de reinterpretar o instituto positivado no art. 52, X, da Constituição, a fim de dar-lhe uma exegese compatível com a atual configuração do controle de constitucionalidade brasileiro.

Para o ministro, tanto a cláusula de reserva de plenário quanto o instituto da suspensão da execução de lei declarada inconstitucional pelo Senado merecem sofrer uma releitura. No que diz respeito ao instituto positivado no art. 97 da Carta Magna, Mendes afirma:

O Supremo Tribunal Federal percebeu que não poderia deixar de atribuir significado jurídico à declaração de inconstitucionalidade proferida em sede de controle incidental, ficando o órgão fracionário de outras Cortes exonerado do dever de submeter a declaração de inconstitucionalidade ao plenário ou ao órgão especial, na forma do art. 97 da Constituição. Não há dúvida de que o Tribunal, nessa hipótese, acabou por reconhecer efeito jurídico transcendente à sua decisão. Embora na fundamentação deste entendimento fale-se em quebra da presunção de constitucionalidade, é certo que, em verdade, a orientação do Supremo acabou por conferir à sua decisão algo assemelhado a um efeito vinculante, independentemente da intervenção do Senado. Este entendimento está hoje consagrado na própria legislação processual civil (CPC, art. 481, parágrafo único, parte final, na redação da Lei 9756 de 17. 12. 1998).¹⁴⁰

Seguindo a mesma tendência no sentido de prestigiar as decisões proferidas pela Corte Maior, o Regimento Interno do STF, no seu artigo 101 dispõe: “A declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, pronunciada por maioria

ofendida em caso de crime contra os costumes). O Supremo tinha posição firme, constante e unânime a tal respeito, e certo Tribunal de Justiça, porque pensava diferentemente, dava-se à prática de decidir nos termos de sua própria convicção, valorizando a chamada liberdade de convencimento, própria de todo juiz ou tribunal. Resultado: todas essas decisões eram, mediante recurso, derrubadas por esta casa. Aquilo que deveria acabar na origem, à luz da jurisprudência do Supremo, só acabava aqui, depois de um lamentável dispêndio de recursos financeiros, de tempo e de energia, num Judiciário já congestionado e com tempo mínimo para cuidar de coisas novas [...] Com todo respeito pelo que pensam alguns processualistas, não vejo beleza alguma nisso. Pelo contrário, parece-me uma situação imoral, em que a consciência jurídica não deveria, em hipótese alguma, contemporizar. De modo que me pergunto: faz sentido não ser vinculante uma decisão da Suprema Corte de um país? Não estou falando, naturalmente, de fatos concretos, cada um com o seu perfil, reclamando o esforço hermenêutico da lei pelo juiz que conhece as características próprias do caso. Estou me referindo às hipóteses de análise puramente jurídica. Tem alguma seriedade a idéia de que se devam fomentar decisões expressivas da rebeldia? A que serve isso? Onde está o interesse público eis que esse tipo de política prospere?”

¹³⁹ Rcl. n° 4335/AC. Rel. Min. Gilmar Mendes.

¹⁴⁰ Rcl. n° 4335/AC. Rel. Min. Gilmar Mendes.

qualificada, aplica-se aos novos feitos submetidos às turmas ou ao plenário, salvo o disposto no art.103.”¹⁴¹

Em razão de tais argumentos Gilmar Mendes entende que a jurisprudência do STF e a legislação consolidaram fórmulas que esvaziaram o instituto da suspensão da execução de lei declarada inconstitucional.

Como as decisões do STF em sede de controle difuso acabam por ter efeitos que transcendem o âmbito do processo no qual a questão constitucional foi suscitada, estaríamos diante de uma verdadeira mutação constitucional, a partir da qual ao Senado Federal competiria não mais dar suspensão à execução da lei inconstitucional, mas dar publicidade à decisão que verifica a incompatibilidade da lei com a Constituição. A eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante decorreriam, então, da própria decisão do Supremo Tribunal Federal.

Ao se entender que a eficácia ampliada da decisão está ligada ao papel especial da jurisdição constitucional, e, especialmente, se considerarmos que o texto constitucional de 1988 alterou substancialmente o papel desta Corte, que passou a ter uma função preeminente na guarda da Constituição a partir do controle direto exercido na ADI, na ADC e na ADPF, não há como deixar de reconhecer a necessidade de uma nova compreensão do tema.¹⁴²

O contexto em que hoje se insere a suspensão da execução da lei inconstitucional pelo Senado é distinto do de 1934. A Constituição de 1988 deu ênfase ao controle concentrado de constitucionalidade e o legislador ordinário positivou medidas tendentes a dar efeitos transcendentais às decisões do STF, mesmo quando proferidas no bojo de um caso concreto.

Não mais vigora a idéia que o Poder Judiciário apenas decide em espécie. A introdução das ações diretas e o reconhecimento dos efeitos gerais decorrentes do pronunciamento do STF no bojo dos processos objetivos rompem com a razão de ser do instituto positivado no art. 52, X, CF.¹⁴³

¹⁴¹ Perfilando essa linha de raciocínio afirma Daniel Bijos Faidiga: “É evidente que, se o Supremo Tribunal Federal é o guardião da Constituição e só reconhece uma inconstitucionalidade por decisão de seu plenário, não se justifica diferenciar se a decisão do plenário ocorreu em sede de controle difuso ou concentrado. Em um ou em outro caso, o *custus maximus* da Constituição, por seu plenário, decidiu pela inconstitucionalidade da norma. Assim, em uma visão mais contemporânea e pragmática dos efeitos da declaração da inconstitucionalidade, não se pode diferenciar os efeitos segundo a espécie de procedimento no qual é feito o reconhecimento.” (2008, p. 155)

¹⁴² Rcl. nº 4335/AC. Rel. Min. Gilmar Mendes.

¹⁴³ Outro argumento levantado por Gilmar Mendes que corrobora a superação do instituto previsto no art. 52, X, da Constituição é a previsão de súmulas vinculantes. Este instituto permite que o STF, por meio de decisões reiteradas proferidas em sede de controle incidental, estenda seu entendimento contra todos, independentemente de qualquer atuação senatorial.

Tendo em vista que tanto o controle concentrado como o controle difuso possuem finalidades e procedimentos comuns, não há mais que se falar em decisões com efeitos distintos. Essa equiparação dos efeitos da decisão é possível mediante o reconhecimento da mutação constitucional.

De fato, é difícil admitir que a decisão proferida em ADI ou ADC e na ADPF possa ser dotada de eficácia geral e a decisão proferida no controle incidental - esta muito mais morosa porque em geral tomada após tramitação da questão por todas as instâncias - continua a ter eficácia restrita entre as partes.¹⁴⁴

No RE 197.917, no qual se discutia o número de cadeiras da Câmara de vereadores do município de Mira Estrela, o Tribunal reconheceu efeitos transcendentais a sua decisão. Neste sentido, o ministro Sepúlveda Pertence deixou claro que mesmo tratando-se de um caso concreto, seria necessário dar uma orientação uniforme a respeito da regra da proporcionalidade para todo o país. Tanto foi assim que o TSE editou ato normativo reproduzindo a nova interpretação do STF a respeito da regra da proporcionalidade, estendendo a nova orientação para todos os municípios do país. O ato normativo foi objeto de uma ação direta de inconstitucionalidade (ADIn nº 3345). Contudo, o Supremo Tribunal explicitou que ele mesmo havia concedido efeitos transcendentais à decisão exarada no bojo do RE 197.917.¹⁴⁵

Curial, portanto, esclarecer que, na medida em que o Supremo Tribunal Federal concede efeitos transcendentais à decisão que declara a inconstitucionalidade de uma norma, em sede de controle difuso (via Recurso Extraordinário), naturalmente está-se diante de uma aproximação do modelo difuso ao modelo concentrado de controle de constitucionalidade, eis que os fundamentos daquela decisão, aparentemente utilizados apenas na fronteira do processo inter partes, passam a transcender o próprio processo, aplicando-se a outros casos, desenhando uma espécie de efeito geral (efeito típico de decisões oriundas de controle concentrado). Ou, em outro enfoque, passa-se a admitir algo parecido com o chamado *stare decisis* do direito norte-americano, onde os precedentes, havidos em processos subjetivos, passam a ser de observância obrigatória para além das fronteiras do processo primitivo, aplicando-se de maneira geral. (ARAÚJO; BARROS, 2006, p. 12)

¹⁴⁴ Rcl. nº 4335/AC. Rel. Min. Gilmar Mendes.

¹⁴⁵ A possibilidade de concessão de efeitos não retroativos às declarações de inconstitucionalidade proferidas em controle incidental, na compreensão do presidente da Corte, revela que as decisões proferidas pelo Tribunal neste tipo de controle têm efeitos *erga omnes*. No seu voto, no bojo da Reclamação nº 4335/AC, o ministro afirmou: “Ressalte-se, ainda, que as decisões do STF, com efeitos limitados, no julgamento do RE 197.971 (caso vereadores) e no próprio caso da progressão de regime (HC 82.959), são casos notórios a demonstrar que a Corte, ao prolatar referidas decisões, já lhes estava atribuindo efeito *erga omnes*.”

Para Gilmar Mendes (2004b) a possibilidade de modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no exercício do controle incidental pelo Supremo debilita a intervenção do Senado Federal. “É que a decisão de calibragem tomada pelo Tribunal parece avançar também sobre a atividade inicial da Alta Casa do Congresso. Pelo menos, não resta dúvida de que o Tribunal assume aqui uma posição que parte da doutrina atribuíra, anteriormente, ao Senado Federal” (MENDES, 2004b, p. 156)

A argumentação desenvolvida pelo ministro Gilmar Mendes leva à conclusão de que “uma mutação constitucional silenciosa originada no texto da Constituição de 1988 estava engendrada no sentido de fortalecimento de uma racionalidade de um controle de constitucionalidade de massa.” (CRUZ; SOUZA, 2009, p. 101) Assim, a expansão e o fortalecimento da fiscalização concentrada, bem como a edição da Emenda Constitucional nº 45 constituem claros indicativos da ocorrência de uma mutação constitucional. Diante deste novo contexto, seria necessário dar ao art. 52, X, uma interpretação conforme a Constituição.

Acompanhando o entendimento esposado por Gilmar Mendes, o ministro Eros Roberto Grau também defendeu a tese da mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal, na Reclamação nº. 4335, por entender que cabe aos magistrados a tarefa de adaptar o texto constitucional ao devir social.

Diversamente do ministro Gilmar Mendes, Eros Grau, no seu voto-vista, não se deteve às inovações legislativas e às práticas jurisprudenciais que demonstram a ocorrência da mutação constitucional. Preferiu avaliar a possibilidade de recorrer ao instituto da mutação constitucional no caso concreto, concentrando-se no campo da hermenêutica jurídica, perscrutando até que ponto o juiz pode ir quando está interpretando o texto.

Indagou-se se o ministro Gilmar Mendes, ao propor a mutação constitucional do art. 52, X, da CF, não teria excedido a moldura do texto, de maneira a exercer uma dose de criatividade que vai além da que lhe é autorizada. Afinal, o intérprete está sempre vinculado ao texto. Mas em que medida?

[...] o texto normativo obedece a limitações coletivas bastante estritas nas variações às quais se presta ao ser transformado em norma; ainda quando operem o que chamamos de mudança de jurisprudência, os intérpretes autênticos não estão livres para modificá-lo, o texto normativo, à vontade, reescrevendo-o ao seu bel prazer; o intérprete inscreve-se na tradição do texto --- quer se amolde a ela com exatidão, quer se afaste dela em algum ponto para atualizá-lo, o texto, é sustentado por ela, apóia-se nela e deve referir-se a ela, pelo menos implicitamente, se quiser que sua narrativa seja entendida pelo público; o intérprete há de construir a norma respeitando a coerência interna do texto, sujeito a uma série de associações, oposições e homologias que conferem sentido ao texto, de modo que, em verdade, não inventa a norma. Permito-me repetir o que afirmei em outra oportunidade,

para dizer que a norma encontra-se em estado de potência involucrada no texto; o intérprete a desnuda. [...] O intérprete só produz a norma no sentido de desvencilhá-la do seu invólucro, fazendo-a brotar do enunciado normativo. O intérprete compreende o sentido originário do texto e o deve manter como referência da norma que constitui. Dimensão legislativa e dimensão normativa do fenômeno jurídico [...] compõem um só processo, o processo que o direito é enquanto dinamismo. Nele hão de se harmonizar as duas forças a que refere PAOLO GROSSI, uma tendente à rigidez [a rigidez do texto], a outra, à elasticidade [a criatividade da interpretação]. Tudo andar bem, harmonicamente, se a coerência interna do texto normativo for observada na sua necessária atualização à realidade.¹⁴⁶

No seu voto, Eros Grau concorda que no caso em comento o ministro Gilmar Mendes pretende não a interpretação do dispositivo em apreço, mas a substituição de um texto normativo por outro. Afinal, não se está extraindo a nova norma do texto constitucional originário.

A mutação constitucional é a transformação de sentido do enunciado da Constituição sem que o próprio texto seja alterado em sua redação, vale dizer, na sua dimensão constitucional textual. Quando ela se dá, o intérprete extrai do texto norma diversa daquelas que nele se encontravam originariamente involucradas, em estado de potência. Há, então, mais do que interpretação, esta concebida como processo que opera a transformação de texto em norma. Na mutação constitucional caminhamos não de um texto a uma norma, porém de um texto a outro texto, que substitui o primeiro.¹⁴⁷

Daí que a mutação constitucional não se dá simplesmente pelo fato de um intérprete extrair de um mesmo texto norma diversa da produzida por um outro intérprete. Isso verifica diuturnamente, a cada instante, em razão de ser, a interpretação, uma prudência. **Na mutação constitucional há mais. Nela não apenas a norma é outra, mas o próprio enunciado normativo é alterado.**¹⁴⁸

O ministro compreende o fenômeno da mutação constitucional não como a transformação do sentido do enunciado da Carta Política, mas como a substituição de um enunciado por outro. Deste modo, passaríamos do seguinte texto:

Compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal

Para o novo texto:

¹⁴⁶ Voto-vista do Min. Eros Grau na Rcl. nº 4335/AC.

¹⁴⁷ Voto-vista do Min. Eros Grau na Rcl. nº 4335/AC.

¹⁴⁸ Voto-vista do Min. Eros Grau na Rcl. nº 4335/AC. (grifo nosso)

Compete, privativamente, ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo.

O ministro Eros Grau entendeu ser legítima a proposta do ministro Gilmar Mendes, pois a nova leitura dada por este ao instituto da suspensão da execução da lei inconstitucional se mostra coerente com a tradição em que se inscreve. Ressalte-se que a tradição em que o art. 52, X, se insere, na perspectiva do magistrado, é a do controle concentrado, o qual apenas mereceu destaque especial a partir de 1988, e não naquela inaugurada a partir de 1934.

Veja-se que os ministros Mendes e Grau tratam da mutação constitucional, ao menos expressamente, não como uma medida criativa do Tribunal voltada para a superação da crise numérica que a Corte enfrenta. Os magistrados, em seus respectivos votos, dão a e entender que não estão criando nada de novo, mas apenas declarando, afirmando a ocorrência de um processo que se iniciou e tem continuidade na prática jurídica nacional.

Até agora não há na doutrina um amplo e exaustivo estudo do tema. Os debates apenas tiveram início. Há, contudo, alguns autores que defendem a tese da mutação constitucional, levando em conta argumentos de eficiência da prestação jurisdicional do STF. Nessa linha de pensamento, entende-se que a medida é um passo positivo que privilegia a economia e a celeridade processuais, e supera, assim, as deficiências do sistema misto de controle de constitucionalidade. Em contrapartida há quem critique essas idéias por entender que o Supremo está se excedendo no seu poder de autocriação,¹⁴⁹ na tentativa de monopolizar o controle de constitucionalidade.

A tese apresentada pelo ministro Gilmar Mendes no bojo da Reclamação nº 4335/AC reflete o movimento de aproximação dos dois modelos de controle de constitucionalidade no nosso país. No fundo, propõe o fim da distinção dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal, tanto na via difusa, como na via concentrada. Decisões do Supremo Tribunal Federal a respeito da inconstitucionalidade de uma lei, fossem elas proferidas incidentalmente ou no bojo de processos de fiscalização abstrata, seriam dotadas de efeitos vinculantes e eficácia *erga omnes*.

¹⁴⁹ A palavra autocriação é usada por Lunardi e Dimoulis (2008, p. 220) para designar a criação, pelo próprio Supremo Tribunal Federal de normas processuais. Esse processo se dá, na maioria das vezes, em razão da ausência de legislação específica regulando a matéria. Os autores citam como exemplo o caso da autocriação realizada pelo tribunal no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade. “Considerando como marco de densificação do controle de constitucionalidade no Brasil a promulgação da Constituição Federal de 1988 não podemos olvidar que, por mais de dez anos, praticamente não havia normas processuais legais sobre o controle concentrado. Se o legislador não cumpre sua função regulamentadora, cabe ao aplicador do direito preencher as lacunas para estruturar sua atividade decisória.”

Para alguns autores, mesmo quando a controvérsia constitucional é questão incidental no processo, a declaração de inconstitucionalidade é feita de modo abstrato. E isso ocorre porque a questão constitucional ao ser decidida pelo Plenário do Tribunal não faz coisa julgada. O pleno nada decide em favor dos recorrentes; apenas discute a lei em tese. Como a prevalência da norma constitucional interessa não só às partes litigantes, mas também ao Estado e à sociedade, essa parcela da doutrina não vê motivos que justifiquem a distinção dos efeitos da decisão proferida no controle incidental e na via de ação.

A investigação da constitucionalidade da lei, por provocação da parte ou por iniciativa do magistrado, é procedimento que ocorre de modo abstrato, mediante o confronto da lei com a Constituição. A atividade jurisdicional objetiva alcançar a motivação que entende suficiente para acolher ou rejeitar a pretensão que lhe foi submetida. O exame da constitucionalidade da lei ou do ato normativo se dá pela via incidental, sem perquirição a respeito da procedência ou improcedência do direito material em litígio. É possível evidenciar nessa via de controle de constitucionalidade também o aspecto abstrato e em tese da atividade jurisdicional, que servirá tão-só de motivação à sentença ou ao acórdão (CASTRO, 2008, p. 39)

Nessa linha de pensamento não cabe distinguir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade a partir da via pela qual a questão chegou ao Supremo Tribunal. Sendo este órgão incumbido de velar pela autoridade das normas constitucionais, suas decisões devem ser dotadas de efeitos *erga omnes* independente da atuação do Senado Federal.

3.3.3 Argumentos contrários à tese da mutação constitucional

Um dos primeiros e mais importantes estudos relativos à questão da mutação constitucional do art. 52, X foi elaborado por Lenio Luiz Streck, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Martonio Mont'Alverne Barreto Lima. Os juristas vêem no desfecho da Reclamação nº 4335/AC a possibilidade de afirmação de novas concepções acerca do controle de constitucionalidade, do poder constituinte, do princípio da separação dos Poderes e do equilíbrio federativo. No artigo intitulado “A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da Jurisdição Constitucional” os constitucionalistas atacam o recurso ao instituto da mutação constitucional para fazer valer a tese defendida pelos ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, assim como criticam a possibilidade de equiparar os efeitos das declarações de inconstitucionalidade proferidas nas duas modalidades de controle.

A tese proposta por Gilmar Mendes e endossada por Eros Grau encontra vários óbices para ser aceita pela comunidade jurídica. Ao transformar o recurso extraordinário em

instrumento de controle abstrato de constitucionalidade, o apelo extremo deixa de ter como característica fundamental a salvaguarda de direitos fundamentais lesados ou ameaçados de forma concreta, para se transformar em mecanismo de uniformização de jurisprudência.

Sendo o controle difuso de constitucionalidade um controle que aproxima a jurisdição constitucional da sociedade, essa forma de controle apresenta um potencial significativo para o incremento da cidadania e para o desenvolvimento de uma interpretação constitucional aberta. Ao maximizar a feição objetiva do recurso extraordinário, enfraquecendo-o enquanto instrumento de tutela de posições subjetivas, o Supremo Tribunal Federal e o legislador acabam por reduzir a participação do cidadão no controle de constitucionalidade.

Para os autores que seguem essa linha de raciocínio, a mitigação, o enfraquecimento, ou mesmo o esvaziamento do controle difuso de constitucionalidade em detrimento do fortalecimento do controle abstrato é algo extremamente danoso para o projeto democrático.

Gilmar Mendes sustenta sua argumentação em defesa da ocorrência da mutação constitucional do art. 52, X, CF com base em alterações jurisprudenciais e legais tendentes a reforçar as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade. Neste sentido, o ministro faz referência à flexibilização da cláusula de reserva de plenário.

Sabe-se que a flexibilização da referida cláusula surgiu na jurisprudência do STF. Apenas posteriormente adveio autorização legislativa neste sentido. A Lei nº 9.756/98 introduziu o parágrafo único do art. 481 do CPC. Mas nem todos louvaram a introdução desse dispositivo no ordenamento jurídico. Afirmando que a disposição subverte o regramento constitucional dado à declaração de inconstitucionalidade nos tribunais, afirmam Cruz e Souza:

Não são poucos os que se opõem a tal mudança, sob a alegação de que celeridade e economia processuais não podem violar os princípios constitucionais do devido processo legal, em claro detrimento da idéia de formação democrática das decisões judiciais. Para esses, essa inovação trazida pela Lei nº 9.756/98 representa ameaça aos princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e da livre apreciação do Poder Judiciário das matérias que se lhe apresentar. (2009, p. 99-100)

Para os autores a Lei nº 9.756/98 transformou um juízo de aplicação em juízo de fundamentação, típico do exercício de um poder constituinte anômalo. (CRUZ; SOUZA, 2009)¹⁵⁰ Esta parcela da doutrina entende, portanto, que as inovações encampadas pela

¹⁵⁰ Segundo Lenio Streck (2004), ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei no âmbito do controle difuso o Supremo deve remeter a decisão ao Senado, para dar cumprimento ao art. 52, X. Neste caso se o Senado editar a resolução, a dispensa de suscitação do incidente de inconstitucionalidade perde a sua razão de ser. Em situação diversa, se a Corte Maior não enviar ao Senado sua decisão, esperando consolidar melhor a sua posição antes de

jurisprudência e pelo legislador no campo do controle de constitucionalidade das leis tende a desconsiderar que o constituinte positivou o controle misto de constitucionalidade. Dar às decisões proferidas em sede de controle difuso o mesmo efeito reconhecido às decisões proferidas em sede de controle concentrado, significa ignorar que a Constituição brasileira consagrou o sistema de controle misto.

É um fato inquestionável que a medida positivada no parágrafo único do art. 481 do Código de Processo Civil tende a fortalecer as decisões do Supremo Tribunal Federal. Contudo, a disposição em apreço não autoriza uma interpretação da Constituição a partir das leis infraconstitucionais. J. J. Gomes Canotilho é enfático ao afirmar que:

Esta leitura da constituição de baixo para cima, justificadora de uma nova compreensão da constituição a partir das leis infraconstitucionais, pode conduzir à derrocada interna da constituição por obra do legislador e de outros órgãos concretizadores, e à formação de uma de uma constituição legal paralela, pretensamente mais próxima de dos momentos “metajurídicos” (sociológicos ou políticos). (2003, p. 1230)

Por outro lado, um dos principais argumentos utilizados pelos publicistas para criticar a nova interpretação dada pelo ministro Gilmar Mendes ao instituto da suspensão da execução da lei declarada inconstitucional pelo Senado Federal é a mitigação da legitimidade democrática no controle de constitucionalidade. É que, sendo o Senado Federal um órgão composto por representantes eleitos pelo voto, a possibilidade de concessão de efeitos *erga omnes* a partir da decisão deste órgão consagraria a participação da sociedade no controle de normas, reduzindo os impactos da chamada dificuldade contramajoritária.

[...] o modelo de participação democrática no controle difuso também se dá, de forma indireta, pela atribuição constitucional deixada ao Senado Federal. Excluir a competência do Senado Federal – ou conferir-lhe apenas o caráter de tornar público o entendimento do Supremo Tribunal Federal – significa reduzir as atribuições do Senado Federal à de uma secretaria de divulgação intra-legislativa das decisões do Supremo Tribunal Federal; significa, por fim, retirar do processo de controle difuso qualquer possibilidade de chancela dos representantes do povo deste referido processo, o que não parece ser sequer sugerido pela Constituição da República de 1988. (STECK; OLIVEIRA; LIMA, 2007, p. 7)

remetê-la à Casa Alta, não parece aconselhável que os demais tribunais se vinculem a essa decisão, nesta oportunidade, já que os próprios membros da Corte Maior entendem que ela precisa ser mais debatida. Para o autor “a imposição da exceção prevista no parágrafo único do art. 481 só adquire significado nas hipóteses em que o Supremo Tribunal Federal, ao decidir a questão constitucional em sede de controle difuso, *já tenha remetido a decisão para o Senado* (porque só então estará consolidada a posição do STF), e o Senado ainda não tenha promulgado a resolução suspensiva da execução da lei. Fora de tal hipótese, é temerária (e inconstitucional) a dispensa de suscitação do incidente de inconstitucionalidade pelos tribunais da República, porque decorrência, nestes casos, de decisão do Supremo Tribunal *que não cumpriu o disposto no art. 52, X, da CF*. (2004, p. 476)

Entende-se, ademais, que se a tese da mutação constitucional prosperar haverá a lesão a direitos fundamentais. Haverá violação da cláusula do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, posto que a decisão do Supremo Tribunal Federal afetará pessoas que não tiveram a oportunidade de participar do processo em que o Tribunal declarou *incidenter tantum* a inconstitucionalidade da lei.

O ministro Gilmar Mendes, no seu voto na Reclamação nº 4335/AC, afirmou que a previsão de súmulas vinculantes no ordenamento jurídico pátrio corrobora a tese da mutação constitucional do art. 52, X da Carta Política. Justifica seu entendimento no fato de que as súmulas vinculantes possibilitam a concessão de efeitos gerais a um entendimento consolidado pela Corte em processos subjetivos independentemente do cumprimento do art. 52, X, da Constituição Federal.

É cediço que as súmulas vinculantes representam uma ponte entre o controle difuso-concreto e o controle concentrado-abstrato, na medida em que o entendimento proferido reiteradas vezes pelo STF (em sede de controle concreto) a respeito da eficácia, da validade e da interpretação da norma acaba generalizando-se. De fato, parece-nos que se a tese da mutação constitucional prosperar, as súmulas vinculantes perderão, em parte, o seu objeto. Já que a súmula vinculante pode ter por objeto a validade de determinada norma, o que está em questão é a constitucionalidade da lei. (LEITE, 2008) Se a tese perfilada pelos ministros prosperar, o Supremo não precisará editar súmula vinculante para que seu entendimento ganhe força obrigatória geral. Esta força decorreria de uma única decisão do Pretório Excelso.

Se foi desenvolvido, através de Emenda Constitucional, todo um regime jurídico para as súmulas vinculantes, e se um dos requisitos para a sua edição é existência de reiteradas decisões em um mesmo sentido, é porque essas decisões, inclusive as declaratórias de inconstitucionalidade, não possuem eficácia geral e obrigatória. Do contrário, seria inútil implantar o mecanismo da súmula vinculante se as decisões singulares que estão em sua base possuísem o efeito vinculante. Vê-se, então, que se o constituinte originário considerou que as decisões em controle difuso têm efeitos apenas entre as partes, essa posição acabou sendo confirmada pelo poder reformador através da EC nº 45-2004, ao permitir a criação de súmula vinculante para exprimir decisões de inconstitucionalidade do STF proferidas incidentalmente. (LEITE, 2008, p. 19)

Ao conceder efeitos vinculantes apenas para as súmulas, o constituinte reformador só quis que os julgamentos proferidos em sede de controle difuso tivessem efeitos equivalentes aos do controle concentrado se o Tribunal procedesse à elaboração de súmula vinculante.¹⁵¹

¹⁵¹ “Decidir – como quer, a partir de sofisticado raciocínio, o Min. Gilmar Mendes – que qualquer decisão do Supremo Tribunal Federal em controle difuso gera os mesmos efeitos que uma proferida em controle concentrado (abstrato) é, além de tudo, tomar uma decisão que contraria a Constituição. Lembremos, por

Vê-se, pois, que a tese da mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição de 1988 encontra muitos óbices. Porém, o mais forte deles diz respeito ao manejo da tese da mutação constitucional como meio de possibilitar a transformação pretendida pelos ministros Eros Grau e Gilmar Mendes. É que a mutação constitucional defendida pelos ministros contraria a Constituição, a qual consagrou o sistema misto de controle de constitucionalidade.

Em síntese, a tese da mutação constitucional advoga em última análise uma concepção decisionista da jurisdição e contribui para a compreensão das cortes constitucionais como poderes constituintes permanentes. Ora, um tribunal não pode mudar a Constituição; um tribunal não pode ‘inventar’ o direito: esse não é o seu legítimo papel como poder jurisdicional numa democracia.

[...]

Ao pretender que caibam reclamações contra as suas teses e não contra suas decisões proferidas em casos concretos e questões judiciais, o Supremo Tribunal Federal desloca a discussão jurídica para os discursos de fundamentação (Begründungskurs), elaborados de forma descontextualizada. Passam a ser “conceitos sem coisas”. E isso é metafísica, para utilizarmos uma linguagem cara à hermenêutica de cariz filosófico. (STRECK; OLIVEIRA; LIMA, 2007, p. 21)

Nesta linha de pensamento, não cabe aproximar o direito das teses realistas, conferindo ao Supremo Tribunal Federal o poder de corrigir a Constituição, sempre que a considere obsoleta. Permitir que a Corte realize *de per se* a substituição do enunciado normativo pelo pretendido, significa usurpar a competência para reformar a Constituição, violando, assim, a distribuição de competências realizada pelo constituinte.

3.3.4 Nossa posição

O Supremo Tribunal Federal exerce funções típicas de uma Corte Constitucional. Vale dizer, detém competência para realizar, com exclusividade, o controle abstrato de normas. Ao lado desta competência, o Tribunal desempenha funções próprias de uma Corte revisora. Neste sentido, o Supremo é a última instância em que as questões a respeito da constitucionalidade das leis são apreciadas e decididas. No controle difuso a Corte Maior atua uniformizando as diversas interpretações da Constituição realizadas pelos juízes e tribunais da Federação.

exemplo, uma decisão apertada de 6 a 5, ainda não amadurecida. Ora, uma decisão que não reúne sequer o quorum para fazer uma súmula não pode ser igual a uma súmula (que tem efeito vinculante – e, aqui, registre-se falar em “equiparar” o controle difuso ao controle concentrado nada mais é do que falar em efeito vinculante). E súmula não é igual a controle concentrado.” (STRECK; OLIVEIRA; LIMA, 2007, p. 10)

Quando um Tribunal acumula as duas funções supracitadas, surge um problema de coerência. Afinal, se o ordenamento jurídico autoriza que este órgão elimine uma norma inconstitucional do sistema, dotando sua decisão de efeitos vinculantes e gerais, como admitir que a mesma Corte, com a mesma composição, possa afastar a aplicação da lei apenas para o caso concreto?

Afinal, se a Constituição reconhece o Tribunal como o seu guardião, por excelência, como admitir que os demais órgãos do Poder Judiciário possam continuar aplicando a norma já declarada inconstitucional pela Corte Suprema apenas porque ela não foi proferida em um processo objetivo? (LUNARDI, 2008, p. 221)

De fato, parece-nos que essa situação gera inúmeros inconvenientes para a administração da justiça, aumentando desnecessariamente o volume de processos a ser apreciado pela Corte. As estatísticas mostram que nas últimas décadas o número de contendas a serem decididas pelo STF cresceu consideravelmente. Além disso, a ausência de uniformidade nos pronunciamentos judiciais acerca da legitimidade das leis em face da Constituição afeta a segurança jurídica e mitiga a previsibilidade da atuação jurisdicional. Diante destes argumentos é de indagar-se se é dado o Supremo Tribunal Federal eliminar a duplicidade dos papéis que exerce na jurisdição constitucional brasileira, criando novas regras de competência, negando outras estabelecidas pelo constituinte, para, com isso, ampliar os efeitos das suas decisões e reduzir o número de processos que irá apreciar.

Na reclamação nº. 4335/AC o ministro Gilmar Mendes afirmou a ocorrência da mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição. Apesar do texto do referido dispositivo permanecer incólume, alterações legislativas e jurisprudenciais ocorridas nos últimos anos no processo constitucional brasileiro teriam transformado a “suspensão da execução da lei inconstitucional” em um dever de publicação da decisão pretoriana. Ou seja, a nova conformação da jurisdição constitucional brasileira superou o instituto positivado no art. 52, X, CF, restando ao Senado Federal o dever de dar publicidade à decisão do Supremo. Assim, as decisões proferidas por este órgão no exercício do controle difuso de constitucionalidade produziram efeitos *erga omnes* de *per se*.

Os fundamentos da tese podem ser assim resumidos: (I) a competência inscrita no art. 52, X, CF, foi introduzida numa época em que a concessão de efeitos gerais às decisões do STF era vista como uma violação do princípio da separação dos Poderes; (II) a expansão dos mecanismos de controle abstrato e concentrado possibilitou que os efeitos gerais da decisão do Supremo predominassem sobre os efeitos *inter partes*; (III) a identidade de finalidades (defesa da Constituição) e de procedimento (respeito ao quorum de maioria absoluta para

declaração de inconstitucionalidade) no âmbito dos controles difuso e concentrado justificariam a equiparação dos efeitos; (IV) as decisões proferidas pelo STF em sede de ação popular e ação civil pública têm efeitos que repercutem na comunidade como um todo; (V) a referida mutação constitucional abrandaria a crise numérica que assola o Pretório Excelso e (VI) a positivação de instrumentos de vinculação dos tribunais às decisões do STF proferidas em sede de controle incidental, sem obediência ao disposto no art. 52, X reforçariam a superação do instituto da suspensão da execução da lei inconstitucional. (art. 481, parágrafo único, bem como o art.557, §1º-A, ambos do CPC). (BRANDÃO, 2009)

De fato, não podemos deixar de reconhecer que a evolução da jurisdição constitucional brasileira caminha na direção da ampliação da força decisória do Tribunal. Nesse sentido o fortalecimento do controle abstrato/concentrado; a flexibilização da cláusula de reserva de plenário e a teoria da transcendência dos motivos determinantes são sintomáticos. Sob certo ponto de vista este movimento pode trazer grandes vantagens à jurisdição constitucional brasileira. Afinal “a prerrogativa de um único órgão prolatar a decisão final sobre o conteúdo da Carta Magna não tem qualquer intuito autoritário, mas proteger um escopo finalístico: a unidade sistêmica do ordenamento através de um órgão que possa decidir de forma plena respeito da jurisdição constitucional.” (AGRA,2005, p. 277)

Contudo, vemos que ao mesmo tempo em que o constituinte deu ênfase ao controle abstrato de constitucionalidade, manteve a suspensão da execução da lei inconstitucional pelo Senado Federal, quando teve oportunidade de não contemplá-la no texto constitucional, afastando-se da tradição iniciada em 1934. O constituinte de 88 manteve o entendimento de que as decisões declaratórias de inconstitucionalidade proferidas em controle difuso são dotadas de efeitos *inter partes*.

Pode-se argumentar que depois da edição da Carta de 88 houve esforço no sentido de conferir efeitos transcendentais às decisões do STF com o nítido objetivo de conter a multiplicação de ações idênticas. De fato, o art. 481, parágrafo único, bem como o art. 557, §1º., ambos do CPC, apontam neste sentido.

Seria possível, então, defender a ocorrência de mutação constitucional impulsionada por força de leis infraconstitucionais? Entendemos que a repercussão das disposições legais supracitadas, referentes à interpretação da cláusula inscrita no art. 52, X, da CF, é limitada, não podendo o intérprete, com base nessas disposições, negar vigência ao disposto no art. 52, X, CF.¹⁵²

¹⁵² “Pergunta-se também se a mutação de certo enunciado constitucional pode ser causada pela mudança de outros dispositivos vigentes. Tal ampliação do conceito de mutação constitucional nos parece desaconselhável.

É importante indagar-se se o manejo do instituto da mutação constitucional é legítimo no caso em comento. É certo que a modificação da Carta Política não se dá apenas pelos processos formais de mudança constitucional. Reconhece-se, de longa data, a existência de outros métodos de alteração da Lei Fundamental. Dentre eles, destaca-se a mutação constitucional. Neste contexto outra questão fundamental se põe: quais são os limites opostos ao Poder Judiciário na atualização do texto constitucional?

Nas páginas anteriores abordamos a visão que os estudiosos têm sobre o instituto. O tema da mutação constitucional surgiu na Alemanha, no fim do séc. XIX e início do séc. XX a partir da constatação da ocorrência de mudanças constitucionais concretas, independentemente da observância do processo formal de alteração da Carta Maior. A existência de procedimentos formais para modificação do texto constitucional não era suficiente para evitar a sua modificação informal. No período entre guerras essa concepção cedeu espaço para uma nova visão do instituto, que não enxergava na mutação constitucional um problema, mas um elemento integrante do próprio conceito de Constituição, a qual passa a pôr em relevo o aspecto dinâmico da realidade político-constitucional. (VECCHI, 2005)

Para a doutrina constitucionalista contemporânea, o que se entende por mutação constitucional é a modificação do sentido, do alcance do texto constitucional, desde que essa alteração não viole o texto da Carta Política.

Se as mutações constitucionais constituem tema do Direito Constitucional, então sua fundamentação não pode ser senão jurídico-constitucional, o que implica reconhecer que a mudança não formal da Constituição não se produz, ainda no dizer de Hesse através de fatos da “realidade” que atuem “de fora” sobre a Constituição, nem tampouco só através de modificações da “situação constitucional”, segundo Laband, ou “necessidade política” na expressão correspondente de Jellinek; pelo contrário, a “realidade” é, por assim dizer, incorporada à Constituição sobre a forma de “realidade política”, cujo sentido global é o de responder a essa necessidade. O que Hesse quer dizer com isso, é que as necessidades vitais do Estado constitucional não só consistem em exigências políticas de certo tipo, mas também delas forma parte a função racionalizadora, estabilizadora e limitadora da Constituição. O princípio da vinculação da Constituição, que consiste em que todos ficam sujeitos às suas normas, impede que haja situações fáticas ou realidade política acima ou à margem de suas normas. Se uma conduta ou uma prática política não coincide com a Constituição, não se trata de forma de mutação constitucional, mas de uma forma de desrespeito ou fraude à Constituição. (SILVA, J. A., 2000, p. 283)

Quando ocorre modificação de um dispositivo, sua repercussão na interpretação dos demais decorre do método de interpretação sistemática e se faz para fins de harmonização e coerência do ordenamento jurídico. Isso é uma operação interpretativa necessária e geralmente admitida que não depende da controversa construção da mutação constitucional.” (LUNARDI, DIMOULIS, 2008, p. 228)

O conceito de mutação constitucional passou por uma longa evolução. Os autores alemães que estudaram o instituto nos fins do séc. XIX e no início do séc. XX propuseram conceitos amplíssimos do fenômeno. Contudo, autores contemporâneos como Hesse, Müller e Canotilho defendem um conceito restrito de mutação constitucional, considerando-a legítima desde que realizada dentro do programa normativo da Constituição. Não se quer com isso negar a possibilidade de a Corte Constitucional realizar interpretações evolutivas, mas demarcar os limites e delinear as possibilidades de atualização da Constituição pelo Poder Judiciário.

Nesse contexto, as mutações só seriam possíveis nos espaços de conformação deixados em aberto pelo próprio constituinte, ou seja, naquelas disposições constitucionais abertas. O art. 52, X, CF não constitui uma cláusula aberta. O seu conteúdo não permite a incidência do fenômeno da mutação constitucional. O Poder Judiciário não pode, sob o pretexto de interpretar evolutivamente a Constituição, subverter os seus conteúdos ou violá-la. Estamos, então, diante de uma mutação inconstitucional.

As mudanças não formais à Constituição [...] são perceptíveis ou invisíveis, porém sempre ocorrem dentro dos limites constitucionais: não alteram a letra nem o espírito da Constituição, mas adaptam-na a realidade, atribuindo-lhe novo sentido, renovado significado e ampliando-lhe ou restringindo-lhe o alcance. (FERRAZ, 1986, p. 243)

Nos votos proferidos pelos ministros Eros Grau e Gilmar Mendes, os juristas dão como legítima a suposta mutação constitucional por entenderem que tanto o constituinte como o legislador ordinário reforçaram o controle concentrado de constitucionalidade, bem como produziram medidas tendentes a dar efeitos ampliativos às decisões declaratórias de inconstitucionalidade proferidas em sede de controle difuso.

Tais entendimentos, na nossa visão, não merecem acolhida. Ao entender que a força normativa da decisão do Supremo decorre da própria sentença do Tribunal, independentemente da participação do Senado Federal, o Tribunal inova no processo constitucional, afastando regras de competência estabelecidas no texto da Constituição.

Ao agir de tal modo, o Tribunal não defende a Constituição. Ao contrário, a viola. Apesar de ser o guardião, por excelência, da Constituição, o Tribunal não é o proprietário da Carta, não dispondo, portanto, de poderes para subvertê-la.¹⁵³

¹⁵³ Assim, afirmações como as proferidas pelo ministro Eros Grau na ADIn 3.367/DF despertam a nossa atenção. Para o ministro “não existe a Constituição de 1988. O que hoje realmente há, aqui e agora, é a Constituição do Brasil, tal como hoje, aqui e agora, ela é interpretada – aplicada por esta Corte.” A afirmação do ministro parece sugerir que a Carta Constitucional é um simples objeto de manipulação nas mãos do Tribunal. ADIn 3.367/DF Rel. Min. Cezar Peluso.

A conseqüência dessa atuação hiper criativa da Corte é a ampliação dos seus poderes em detrimento da redução das competências, constitucionalmente previstas, de outro Poder. Isso não nos parece legítimo. Não é dado ao magistrado valer-se do seu poder de interpretação para esvaziar plenamente a competência claramente outorgada pelo constituinte a outro Poder. O postulado da correção funcional impede que o Tribunal, por meio da atividade hermenêutica, subverta o esquema de separação dos Poderes traçado na Constituição. Ainda que se considere obsoleto e anacrônico o instituto da suspensão da execução da lei inconstitucional, cabe ao constituinte derivado eliminá-lo do nosso ordenamento jurídico.

Mesmo que a concessão automática de efeitos gerais às decisões proferidas em sede de controle difuso pareça interessante sob o ponto de vista da política judiciária, entendemos que a inovação não pode ser instituída através da interpretação judicial. É que “a criatividade judicial na atualização da Constituição restringe-se ao âmbito de livre conformação demarcado pelos limites semânticos do texto constitucional”. (BRANDÃO, 2009, p. 279)

Poder-se-ia defender a ocorrência de mutação constitucional em virtude da inação do Senado Federal em dar cumprimento ao disposto no art. 52, X, CF. Sabe-se que, em verdade, o Senado Federal nunca exerceu a contento a tarefa de conceder efeitos gerais às decisões declaratórias de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo em sede de controle difuso de constitucionalidade. Caso houvesse exercido, talvez parte das medidas tendentes a dar efeitos gerais a estas decisões não teriam sido necessárias.

Devemos recordar, contudo, que a omissão por parte do legislador não revoga o dever e o direito do Senado de exercer sua competência. O Senado, como órgão político que é, não pode ser constrangido a editar o ato normativo. O ato é discricionário.

Com o advento da reforma do Judiciário, promovida pela Emenda Constitucional nº 45, ficou esclarecido que, se o Supremo Tribunal Federal desejar empregar efeitos gerais às decisões proferidas em sede de controle difuso, deverá este Tribunal proceder à edição de uma súmula vinculante.

Especialmente nas demandas de massa as súmulas vinculantes cumprem um papel fundamental. Nesses casos em que a tese veiculada nas diversas ações é idêntica, a edição de uma súmula vinculante se mostra útil para “agilizar” a resposta jurisdicional a esses casos. Antes de constituir argumento em favor da mutação constitucional do art. 52, X, a previsão das súmulas vinculantes representa um óbice à equiparação dos efeitos subjetivos das decisões proferidas em controle abstrato e em controle difuso.

A esse respeito, vale acrescentar ainda os comentários de Rodrigo Brandão (2009, p. 282)

Do exposto, percebe-se que a “interpretação” adotada pelo Ministro Gilmar Mendes colide, frontalmente, com o fruto do exercício do poder constituinte derivado, ou mais precisamente, com a resposta dada pelo Congresso Nacional ao problema da não-vinculação dos órgãos judiciais ao juízo de constitucionalidade prolatado pelo Supremo Tribunal Federal. Pois bem: enquanto o primeiro afirma que todas as decisões do STF em controle incidental possuem *per se* efeitos gerais, a Reforma do Judiciário reservou tal eficácia especial às decisões do STF em controle incidental que hajam se convolado em súmula vinculante, mediante o preenchimento dos respectivos requisitos. Não se cogitando de violação a cláusulas pétreas, cumpre ao Judiciário seguir a orientação fixada pela Emenda Constitucional nº 45, ainda que alvitre outra solução que lhe pareça mais conveniente sob a perspectiva da política judiciária. Assim, *permissa venia*, a tese da mutação constitucional do art. 52, X, da CF/88 significa a superação pelo Judiciário do juízo político do Congresso Nacional acerca do melhor conteúdo a ser atribuído à constituição, sem que se verifique, ou mesmo se cogite, de violação à cláusula pétrea, circunstância que releva uma ingerência indevida do Judiciário sobre o espaço reservado ao Legislativo para a atualização da constituição.

De fato, o Supremo Tribunal Federal é o órgão responsável pela uniformização da interpretação constitucional. Contudo, o exercício da defesa da Constituição deve se pautar pelas regras estabelecidas pelo constituinte. E neste sentido as regras são claras: decisões proferidas pelo STF só terão efeitos vinculantes se proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade ou se o Tribunal editar súmula vinculante.

A aproximação entre os dois modelos de controle de constitucionalidade, no Brasil, constitui um processo em desenvolvimento que encontra no desfecho da Reclamação nº 4335/AC um de seus momentos decisivos. Caso o Tribunal reconheça a ocorrência da mutação constitucional do art. 52, X, da CF estará modificando substancialmente regras do processo constitucional brasileiro, estatuídas pelo constituinte de 1988.

CONCLUSÃO

No âmbito do controle judicial da constitucionalidade das leis, tivemos, ao longo da história, o desenvolvimento de dois grandes sistemas de controle: o americano e o austríaco. Razões sociais, políticas e de ordem prática levaram os Estados Unidos e a Europa a compreenderem a atividade de fiscalização da constitucionalidade de formas distintas.

É sabido que o controle de matriz norte-americana e o controle de origem austríaca se distinguem por, pelo menos, quatro características. No primeiro sistema, o controle é realizado por todos os magistrados, indistintamente; a questão a respeito da inconstitucionalidade da lei é um incidente processual; os efeitos da declaração valem apenas para as partes; o pronunciamento judicial declara um vício preexistente, logo, a sentença é dita declaratória. No controle de origem austríaca, temos um único órgão autorizado a decidir a respeito da constitucionalidade das leis; a questão da constitucionalidade é o objeto principal da ação; as decisões são dotadas de efeitos gerais e a decisão emanada pelo Tribunal Constitucional é constitutiva negativa.

Com base nestas diferenças estabeleceu-se uma dicotomia entre os dois modelos. Durante muito tempo os doutrinadores trataram os dois sistemas como se suas lógicas, suas premissas e suas práticas fossem incompatíveis. Um sistema se inseria na tradição da *common law*, uma família jurídica caracterizada pela força do precedente judicial; o outro sistema era associado à tradição romanística, em que o primado das codificações e o princípio do livre convencimento do juiz reduziam o poder das decisões proferidas pelos tribunais de cúpula.

Contudo, as experiências dos diversos países que praticam o controle judicial da constitucionalidade das leis demonstram que essa bipolaridade é relativa. O que se vislumbra atualmente é a ausência de modelos puros, plenamente fiéis aos postulados firmados pelos norte-americanos no século XIX ou por Kelsen no início do século XX.

Mesmo na Europa, continente onde o modelo kelseniano nasceu e se desenvolveu, o que se vê é a combinação de elementos dos dois modelos de controle de constitucionalidade. Em verdade, o constituinte de cada país está inteiramente livre para criar, copiar ou adaptar os mecanismos de controle de forma a positivar um sistema de fiscalização que pareça adequado a sua realidade constitucional.

A aproximação entre o sistema austríaco e o norte-americano é um movimento visível em vários ordenamentos jurídicos, mesmo naqueles em que os dois paradigmas foram fundados. Segado (2003, p. 65) afirma que antes do segundo pós-guerra, a bipolaridade entre

os dois modelos começou a ser relativizada. A reforma constitucional de 1929 abrandou o caráter exclusivamente abstrato da fiscalização na Áustria, permitindo que dois tribunais levassem à apreciação da Corte Constitucional austríaca questões nascidas no bojo de lides concretas instauradas perante esses altos órgãos.

Com a expansão da justiça constitucional na Europa, após a Segunda Guerra Mundial, ficou ainda mais evidente a possibilidade de combinação de elementos do modelo austríaco-kelseniano com elementos do modelo judicialista norte-americano. Muitos ordenamentos jurídicos europeus passaram a permitir que todos os juízes, diante de dúvidas a respeito da constitucionalidade de uma lei, levassem a questão ao conhecimento da Corte Constitucional. Introduzia-se um elemento incidental em um sistema em que o monopólio de rechaço permanecia nas mãos do Tribunal Constitucional.

Veja-se, também, a questão dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade nos dois modelos. Mesmo consagrando a natureza constitutiva da sentença declaratória de inconstitucionalidade e os efeitos futuros (*ex nunc*) da declaração proferida pelo Tribunal Constitucional, exigências de ordem prática levaram a Áustria a abrandar o rigor teórico das idéias de Kelsen. Ainda na reforma constitucional de 1929, a tese da não retroatividade cedeu espaço para a possibilidade de retroação, pelo menos em relação ao caso que deu origem à discussão constitucional. Atualmente inexistente uma regra rígida a respeito dos efeitos temporais da decisão do Tribunal Constitucional. Reconhece-se que este órgão está autorizado a conceder efeitos *ex tunc*, *ex nunc* e *pro futuro* às decisões de inconstitucionalidade.

Também nos Estados Unidos observou-se uma atenuação do postulado da retroatividade total da decisão declaratória de inconstitucionalidade. Durante a vigência da Corte Warren, a jurisprudência norte-americana passou a admitir a concessão de efeitos *ex nunc* às decisões da Suprema Corte, respeitando, assim, os efeitos consolidados, mesmo que produzidos por atos fundados em leis inconstitucionais. Em 1965, a Suprema Corte julgou o caso *Linkletter v. Walter* e rompeu com o primado absoluto da retroatividade das decisões declaratórias de inconstitucionalidade.

Naquela oportunidade a Suprema Corte entendeu que a concessão de efeitos retroativos às suas decisões levaria a uma situação caótica, pois implicaria anulação de uma infinidade de julgados baseados no ato inconstitucional. A Corte passou a preocupar-se com a repercussão social e política de suas decisões, protegendo, em tais casos, a segurança jurídica e a estabilidade das relações. Os magistrados deste Tribunal passaram a entender que a

nulidade da lei inconstitucional não é princípio inscrito na Constituição, mas prática jurisprudencial que pode ser afastada quando necessário.

Mesmo nos Estados Unidos, onde o dogma da nulidade da lei inconstitucional nasceu e se fortaleceu, foram criadas fórmulas para afastar a rigidez do binômio inconstitucionalidade-nulidade. A partir do caso *Linkletter v. Walter*, passou-se a falar em *prospective overruling*, *limited prospectivity* e *pure prospectivity* no Direito norte-americano.

Também o sistema jurídico norte-americano adotou certos mecanismos que aproximam o perfil da Suprema Corte de um Tribunal Constitucional. A criação do *writ of certiorari* indica uma tendência no sentido de limitar a atuação da Corte aos casos em que se discute temas de grande repercussão social.

No campo dos efeitos subjetivos da declaração de inconstitucionalidade, observamos que a regra do *stare decisis* tende a agigantar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade proferida pela Suprema Corte norte-americana, de forma que a decisão deste órgão não tem, na prática, efeitos restrito às partes integrantes do processo. Considera-se, assim, que o caráter *inter partes* da declaração de inconstitucionalidade é bastante mitigado em função da aplicação deste postulado fundado na tradição da *common law*. A adoção desta regra permite que a decisão da Suprema Corte ganhe novas dimensões. É o que constata Hans Kelsen (2003, p. 307):

Embora as cortes dos Estados Unidos tenham o poder de rejeitar somente no caso concreto a aplicação de uma lei que declarem inconstitucional, o perigo de uma prática contraditória pelos órgãos aplicadores da lei ali não é tão grande como era na Áustria antes do estabelecimento da Corte Constitucional. Em primeiro lugar, como neste país não há órgãos administrativos independentes das cortes, a força obrigatória de um ato administrativo (em especial uma ordem, um decreto, etc.) depende em última instância da decisão de uma corte à qual o indivíduo envolvido pelo ato administrativo possa apelar. Além disso, não há cortes administrativas distintas das cortes ordinárias. Em terceiro lugar, as decisões da Suprema Corte têm caráter obrigatório para todas as outras cortes. Na medida em que as cortes americanas consideram-se sujeitas às decisões da Suprema Corte, uma decisão desta rejeitando a aplicação de uma lei por inconstitucionalidade, num caso concreto, tem na prática quase o mesmo efeito de uma anulação geral da lei.

O objeto deste trabalho não foi a descrição precisa das oposições e das aproximações travadas entre o sistema norte-americano e o dito modelo “europeu” de controle de constitucionalidade no mundo. Tal pesquisa demandaria um trabalho dedicado exclusivamente a esse propósito e, além disso, só seria possível mediante uma rigorosa delimitação. Apenas apresentamos algumas observações úteis para a compreensão do

problema em nosso país.¹⁵⁴ A presente dissertação limitou-se a analisar alterações específicas na sistemática do recurso extraordinário, que indicam a ocorrência do processo de objetivação do controle difuso de constitucionalidade.

A experiência brasileira em matéria de fiscalização judicial da constitucionalidade das leis e dos atos públicos revela um sistema marcado pela combinação de características próprias do modelo norte-americano e, também, do modelo austríaco. Adotamos um sistema misto em que as lógicas e os elementos do controle norte-americano e os do austríaco coexistem.

Adotamos desde 1891 o controle de origem norte-americana. Um sistema em que cada juiz é livre para deixar de aplicar uma lei por entendê-la inconstitucional. A importação do modelo norte-americano para o Brasil esbarrou na influência jurídica européia consolidada desde 1824. Nossa orientação romano-germânica nos impediu de reproduzir o modelo americano de controle de constitucionalidade em sua inteireza. Assim, a regra do *stare decisis* não fora incorporada em nosso sistema jurídico. Prevaleceu o princípio do livre convencimento do juiz sobre a regra de vinculação dos demais magistrados e tribunais às decisões do STF.

A introdução do controle difuso em países que se inserem na tradição de *civil law* tem o inconveniente de possibilitar a formação de contrastes de tendências jurisprudenciais sobre o mesmo tema. A coexistência de entendimentos diversos acerca da legitimidade ou ilegitimidade das leis gera a situação de incerteza jurídica na população e o conflito entre os órgãos aplicadores do Direito.

Visando conferir efeitos gerais às decisões declaratórias de inconstitucionalidade proferidas pelo STF, o constituinte de 1934 conferiu ao Senado Federal a competência para suspender a execução da lei inconstitucional em todo o território nacional. A medida foi reproduzida nas Constituições subseqüentes. Viu-se, contudo, que o Senado Federal ficou inerte diante de diversas declarações de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal.

A inação do Senado Federal fez perpetuar o estado de incerteza jurídica a respeito da constitucionalidade das leis. É que sem a edição da resolução senatorial os diversos juízes da Federação continuavam livres para decidir a questão como bem entendessem, mesmo já tendo

¹⁵⁴ Noticiamos as oposições e as aproximações dos dois sistemas com o intuito de demonstrar que a chamada “objetivação do controle concreto” não é algo inusitado nos sistemas de controle de constitucionalidade. O comportamento do constituinte brasileiro, do legislador ordinário e do Supremo Tribunal no sentido de possibilitar o desenvolvimento do fenômeno no Brasil reflete uma tendência mundial no sentido de aproximar as duas técnicas de controle de constitucionalidade.

o Supremo Tribunal Federal consolidado e reiterado sua posição a respeito da legitimidade do ato normativo em questão. O controle difuso de constitucionalidade no Brasil revelava-se problemático. Diante deste inconveniente, a saída encontrada foi aderir ao controle abstrato e concentrado de constitucionalidade. Este modelo permitiria a resolução das controvérsias constitucionais de maneira rápida e uniforme.

Somente com a Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, o controle abstrato de constitucionalidade foi expressamente introduzido no Direito brasileiro.¹⁵⁵ A arguição de inconstitucionalidade só podia ser proposta pelo Procurador Geral da República, o qual defendia os interesses do Executivo e simultaneamente exercia a chefia do Ministério Público Federal. Registre-se que a introdução do controle abstrato não foi acompanhada por qualquer alteração ou adaptação do controle difuso/incidental. Os dois modelos passaram a coexistir.

O sistema de controle abstrato, no Brasil, mostrava-se extremamente frágil. O monopólio de ação outorgado ao Procurador Geral não engendrou alterações importantes no modelo incidental (MENDES, 2007). Tínhamos um sistema misto de controle de constitucionalidade, mas o controle de origem norte-americana, presente na vida do país desde 1891, preponderava sobre o controle abstrato.

A coexistência dos dois modelos suscitou várias questões jurídicas e políticas, as quais a doutrina e a jurisprudência nacionais se esforçaram em responder. Exemplo disso foi o questionamento quanto à necessidade de participação do Senado Federal para suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no exercício do controle abstrato de constitucionalidade. Tendo em vista que a Constituição da época não fazia qualquer restrição a esse respeito, uma exegese que advogasse em favor da participação senatorial, tanto nos casos de declaração incidental, como nos casos de declaração principal, não resumaria de todo descabida.

Em abril de 1977, por ocasião do julgamento do Processo Administrativo nº 4.477/72, o STF fixou entendimento de que a comunicação dirigida ao Senado Federal para fins de concessão de efeitos gerais às decisões declaratórias de inconstitucionalidade somente era cabível quando a decisão fosse tomada no âmbito do controle incidental.

Vê-se, pois, que antes mesmo da entrada em vigor da Constituição de 1988, o STF já havia entendido que a declaração de inconstitucionalidade proferida no âmbito do controle

¹⁵⁵ A doutrina costuma assinalar que a introdução da representação interventiva sob o império da Carta de 1934 constitui o embrião do sistema austríaco no Brasil. Ainda não estávamos diante de um instrumento de controle abstrato, pois a discussão a respeito da inconstitucionalidade nascia a partir de um conflito federativo concreto. A ação interventiva marca a introdução do controle concentrado no país, mas não abstrato.

abstrato continha, em si, efeitos gerais, não havendo que se falar em intervenção senatorial para que se conferisse efeitos normativos a essa decisão. Essa opção interpretativa também foi confirmada sob a égide da Carta de 1988, de modo que a competência do Senado fica restrita às hipóteses de declaração de inconstitucionalidade proferidas em sede de controle difuso.

A partir da promulgação da Carta de 1988, o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade passou por significativas mudanças. Assistimos a uma nítida e inquietante expansão do controle abstrato de constitucionalidade (CLÈVE, 2000) com a ampliação do rol de legitimados para propor ações constitucionais e com a criação de novas ações diretas voltadas para a defesa da suprallegalidade constitucional.

Em 1993, o constituinte reformador introduziu o efeito vinculante no texto constitucional, concedendo-o às decisões proferidas no bojo da então criada ação declaratória de constitucionalidade. No âmbito das inovações legais, a Lei nº 9868/99 veio a positivar a possibilidade de modulação temporal no controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, bem como confirmar o reconhecimento dos efeitos *erga omnes* às decisões proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade. E não parou por aí: o legislador ordinário concedeu efeitos vinculantes às decisões proferidas no bojo das ações diretas de inconstitucionalidade. O desenho do controle abstrato de constitucionalidade sinalizava em direção ao reconhecimento da força e da importância do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição.

Não podemos deixar de mencionar as alterações ao Código de Processo Civil que repercutiram diretamente no fortalecimento da decisão do Supremo Tribunal Federal em matéria de controle de constitucionalidade, mesmo quando proferida em um único caso concreto. O parágrafo único do art. 481 do Código de Processo Civil – flexibilização da cláusula de reserva de plenário – evidencia que os tribunais não podem divergir da posição adotada pela Suprema Corte a respeito da legitimidade de determinada lei. Em outras palavras, o entendimento proferido pelo Supremo Tribunal em um único caso concreto deve ser reproduzido pelos demais tribunais do país.

Os olhos dos juízes e dos desembargadores, no exercício do controle difuso de constitucionalidade, devem estar sempre voltados para a jurisprudência do STF, por força da orientação legal positivada no parágrafo único do art. 481 do Código de Processo Civil. A competência dos juízes e dos tribunais para realizar o controle de constitucionalidade é remanescente em relação aos casos ainda não apreciados pelo Pretório Excelso.

Mesmo sem a previsão de uma regra de vinculação em relação às decisões proferidas pelo STF em sede de controle difuso de constitucionalidade, o que se viu, no país, foi que a

decisão proferida em última instância neste tipo de controle desborda os limites do caso concreto.

O art. 557, §1º-A, do CPC, conferiu ao relator o poder de dar ou negar provimento, monocraticamente, a recurso com base na jurisprudência dos tribunais superiores. Com isso, o legislador concedeu efeitos ampliativos à jurisprudência dominante da Corte Maior. Medidas como esta indicam que a tendência é conferir efeitos ampliativos às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal, ainda que proferidas no exercício do controle difuso de constitucionalidade.

Nesse contexto de valorização e do fortalecimento das decisões do Supremo Tribunal, a Emenda Constitucional nº 45 instituiu ainda as súmulas vinculantes. Diz-se que as súmulas vinculantes estabelecem uma ponte que conecta a jurisdição constitucional difuso-concreta à concentrado-abstrata no STF (LEITE, 2007, p. 69). É que tais súmulas nascem a partir de reiteradas decisões sobre matéria constitucional, ou seja, nascem a partir do exercício efetivo do controle difuso de constitucionalidade. Quando o entendimento do Tribunal é corporificado na súmula vinculante, dá-se a esse enunciado um efeito vinculante idêntico àquele concedido às decisões proferidas em sede de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade.

As súmulas vinculantes surgem como alternativa para a superação do estado de incerteza e insegurança jurídica causado pela proliferação de variados entendimentos acerca da legitimidade ou ilegitimidade das leis. Por meio delas é possível uniformizar a interpretação da Constituição sem abrir mão de certas vantagens que o controle difuso-concreto oferece.

Mas o debate a respeito dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal não termina por aí. As discussões a respeito da matéria têm ganhado novos contornos com a Reclamação nº 4335/AC, na qual os ministros Eros Grau e Gilmar Mendes sustentam ter havido uma mutação constitucional do art. 52, X, CF. Segundo esse entendimento, as decisões que veiculam juízos a respeito da legitimidade das leis, ainda que proferidas incidentalmente pela Corte, são dotadas de efeitos gerais, independentemente da atuação senatorial.

Na Reclamação nº 4335/AC vimos que alguns ministros defendem equiparação nos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Na linha de argumentação defendida pelos magistrados, o instituto, hoje positivado no art. 52, X, CF, perderia todo o seu significado substantivo, restando ao Senado apenas o dever de tornar pública a decisão do Tribunal. Ao defender a ocorrência da mutação constitucional do art. 52, X, o Tribunal procura inovar em matéria de processo constitucional, em prejuízo de uma disposição constitucional.

Uniformizar a interpretação da Constituição é importante para que se assegure igualdade de tratamento aos jurisdicionados e se confira uma maior previsibilidade à atuação dos juízes. Esse raciocínio, contudo, não nos leva a concluir em favor da concessão automática de efeitos gerais às decisões declaratórias de inconstitucionalidade proferidas pelo STF em sede de controle difuso. Caso o Supremo Tribunal perceba a necessidade de tornar vinculante um entendimento seu a respeito da ilegitimidade de uma lei, deverá ele editar uma súmula vinculante neste sentido.

Se um dos pressupostos para a criação de súmula vinculante consiste em que o Supremo Tribunal Federal profira *reiteradas decisões em um mesmo sentido*, é porque essas decisões, inclusive quando declaratórias de inconstitucionalidade, não possuem eficácia geral e obrigatória. Ao revés, a súmula vinculante serve exatamente para dotar de obrigatoriedade um entendimento reiterado do Supremo Tribunal Federal que, seguramente, não possuía tal característica, haja vista que se restringia às partes do processo em que foram proferidas. Se assim é, a mutação constitucional ora pretendida acabaria por ab-rogar um dos âmbitos materiais, criados por emenda constitucional, para a edição da súmula vinculante, isto é, a controvérsia sobre a constitucionalidade de normas determinadas. Essa barreira deve ser observada porque, do contrário, não teria sentido erguer todo um regime constitucional para as súmulas vinculantes e, depois, por intermédio de interpretação judicial, restringir-lhe um dos campos de sua incidência. Então, se foi instituída no Direito brasileiro a súmula vinculante, podendo, por expressa autorização constitucional, recair sobre a validade (constitucionalidade) de normas determinadas, é porque as decisões singulares do Supremo Tribunal Federal, em controle difuso, continuam possuindo eficácia inter partes. (LEITE, 2008, p. 90)

Mesmo reconhecendo que a jurisprudência desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal (órgão responsável pela defesa da Constituição e pela uniformização interpretação constitucional) tem valor especial, entendemos que não é qualquer decisão isolada deste órgão que tem efeitos vinculantes. O regramento constitucional dado ao controle de constitucionalidade não permite esse tipo de entendimento.

O espaço de criação judicial é limitado pela atuação do legislador. O texto inscrito no art. 52, X, da Constituição não admite a interpretação pretendida por parcela da literatura jurídica.¹⁵⁶

No Brasil, tanto os juízes quanto o Supremo Tribunal Federal estão autorizados a negar aplicação a uma lei por inconstitucionalidade. Contudo, as decisões proferidas pelo

¹⁵⁶ “O primeiro limite oponível à mutação constitucional é o próprio texto da Constituição, isto é, mudança informal só se pode realizar legitimamente dentro das possibilidades semânticas que o texto comporta. Assim, considerando que os enunciados constitucionais possuem graus variados de densidade semântica (alguns são mais imprecisos e vagos que outros), maior será a possibilidade de mutação constitucional em relação aos preceitos de menor densidade semântica. Por isso que, em geral, as mudanças de conteúdo sem alteração do texto normativo recaem exatamente sobre os princípios constitucionais, direitos fundamentais e cláusulas abertas da Constituição, por serem vertidos em linguagem menos precisa.” (LEITE, 2007, p. 89)

Pretório Excelso, no exercício do controle difuso e incidental de constitucionalidade, exercem repercussão decisiva sobre as proferidas pelos demais juízes e tribunais do país.

Essa posição privilegiada das decisões do Supremo Tribunal Federal foi alcançada por meio de alterações legislativas e jurisprudenciais tendentes a converter o órgão de cúpula do Poder Judiciário em um verdadeiro Tribunal Constitucional. Porém, devemos recordar que o constituinte brasileiro positivou um sistema misto de controle de constitucionalidade, no qual a decisão declaratória de inconstitucionalidade, proferida pelo STF no exercício do controle difuso e incidental de constitucionalidade, gera efeitos apenas para as partes litigantes. A concessão de efeitos gerais a essa decisão depende da expedição de resolução pelo Senado Federal. A exegese do texto é clara. Interpretação em sentido diverso desvirtua o enunciado constitucional e o sistema positivado pelo constituinte de 88.

Ora, se a eficácia geral da sentença declaratória de inconstitucionalidade decorresse automaticamente do pronunciamento do Pretório Excelso, o constituinte derivado não teria criado as súmulas vinculantes. Por meio das súmulas vinculantes o Supremo Tribunal pode tornar seu entendimento obrigatório para a Administração Pública e para o Poder Judiciário nacional, desde que tenha proferido decisões reiteradas sobre o tema e siga o rito previsto para a edição da súmula vinculante.

Ainda que se considere anacrônica e obsoleta a disposição inscrita no art. 52, X, da Constituição, o fato que ela está expressa no texto. Poderia ter sido suprimida na Constituinte de 88, ou mesmo por ocasião da reforma do Poder Judiciário (EC nº45/2004), mas não foi. O Parlamento manteve a competência do Senado Federal para emprestar efeitos gerais às declarações de inconstitucionalidade proferidas pelo STF. A criação de um instituto destinado a conceder efeitos vinculantes às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal indica que esse efeito não decorre automaticamente da sentença.

Paralelamente às inovações tendentes a fortalecer as decisões proferidas pelo STF, este mesmo Tribunal passou a rever e a relativizar alguns postulados fundamentais do controle difuso e incidental de inconstitucionalidade.

Inspirados nas lições dos doutrinadores norte-americanos, nós adotamos, desde 1891, a regra da concessão de efeitos retroativos às decisões declaratórias de inconstitucionalidade. O dogma da nulidade da lei inconstitucional firmou raízes na prática jurídica brasileira. Contudo, é possível encontrar na jurisprudência anterior à edição da Lei nº 9868/99 algumas decisões nas quais os ministros atenuaram o rigor da regra da retroatividade para preservar outros valores constitucionais.

Em 1999 o legislador positivou a possibilidade de modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. A lei concedeu autorização para a manipulação dos efeitos do decreto de inconstitucionalidade apenas no exercício da jurisdição concentrada. Contudo, é possível encontrar decisões nas quais os ministros do Supremo concederam efeitos prospectivos às declarações de inconstitucionalidade proferidas *incidenter tantum*. No RE 197.917, a Corte reconheceu a inconstitucionalidade de lei municipal que fixava o número de vereadores do município de Mira Estrela, em desrespeito à regra da proporcionalidade, inscrita no art. 29, IV, da Constituição Federal. O Tribunal entendeu que a decisão só deveria produzir efeitos a partir da próxima legislatura.

A concessão de efeitos não retroativos no controle difuso é um dos reflexos do fim dos rígidos limites entre os dois modelos de fiscalização da constitucionalidade no Brasil. Considere-se, porém, que a questão da flexibilização da regra da retroatividade no controle difuso não constitui ponto pacífico entre aqueles que se dedicam ao estudo do tema.

A expansão da jurisdição concentrada no Brasil modificou o perfil do Supremo Tribunal Federal. Se antes a Corte Suprema era a última instância revisora do Poder Judiciário nacional, a Carta de 88 inaugurou um novo momento: um momento no qual o controle concentrado de constitucionalidade ganhou força e o Supremo Tribunal Federal passou a ser a arena onde as principais questões nacionais são debatidas e decididas via processo objetivo.

Para Mendes (2007, p. 36), “as mudanças ocorridas no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro alteraram significativamente a relação que havia entre os controles concentrado e difuso.” A existência de ampla legitimação associada à presteza e à celeridade que o modelo austríaco oferece contribuíram para que o controle concentrado/abstrato passasse a gozar, em nosso país, de primazia em relação ao *judicial review of legislation*.

Ao lado da expansão dos mecanismos de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, foram realizadas significativas alterações na sistemática do recurso extraordinário. Tais alterações repercutiram no sentido do controle concreto/incidental de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal.

Na nova sistemática do recurso extraordinário a defesa dos interesses subjetivos do recorrente passa a ter importância secundária em relação à defesa da ordem constitucional considerada objetivamente. Nas palavras do ministro Gilmar Mendes (apud SOUZA E. F., 2008, p. 82):

A função do Supremo nos recursos extraordinários — ao menos de modo imediato — não é a de resolver litígios de fulano ou beltrano, nem a de

revisar todos os pronunciamentos das cortes inferiores. O processo entre as partes, trazido à corte via recurso extraordinário, deve ser visto apenas como pressuposto para uma atividade jurisdicional que transcende os interesses subjetivos.

No contexto da reforma do Poder Judiciário, o constituinte reformador instituiu a repercussão geral. Trata-se de novo requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, pelo qual o recorrente deverá comprovar que o tema discutido na lide tem importância que transcende os limites do caso concreto. A Corte Suprema está autorizada a selecionar os casos que irá apreciar, julgando apenas aqueles tidos como relevantes para a nação. Com isso, pretende-se reduzir o número de recursos extraordinários submetidos àquela Corte, bem como reduzir o seu papel enquanto instância revisora. Gradativamente, o Supremo Tribunal assume feições de uma verdadeira Corte Constitucional.

Estudo realizado pelo Gabinete Extraordinário de Assuntos Institucionais do STF indica que as finalidades da repercussão geral são as seguintes: firmar o papel do STF como Corte Constitucional, e não como instância recursal; restringir a atuação do STF às questões constitucionais cujas soluções extrapolem os interesses subjetivos das partes; uniformizar a interpretação constitucional, sem exigir que o STF decida múltiplos casos idênticos a respeito da mesma questão constitucional. (PAIVA, 2008)

Na classificação tradicional dos sistemas de controle, a exigência de comprovação da repercussão geral parece destoar da lógica que rege o controle incidental de constitucionalidade. É que, tradicionalmente, essa modalidade de fiscalização tem como escopo a defesa do interesse subjetivo daquele que se viu prejudicado em virtude de uma lei tida como inconstitucional. A repercussão geral aproxima o recurso extraordinário do controle abstrato, na medida em que colabora para que o recurso extraordinário se torne, a exemplo da ADIn e da ADC, um instrumento de tutela da ordem constitucional considerada objetivamente.

De tudo que foi dito, conclui-se que o movimento de objetivação do controle concreto de constitucionalidade já ultrapassou o âmbito das discussões acadêmicas e é uma realidade no Brasil. Como toda mudança, a convergência dos dois modelos de controle, no país, causará impactos negativos e positivos. Não nos cabe fazer prognósticos do que está por vir. Apenas o decurso do tempo e a experiência permitirão uma análise devidamente fundamentada em fatos e não em idéias pré-concebidas.

Em temas como o da limitação e o da legitimação da justiça constitucional não convencem os argumentos baseados em preferências pessoais, desvinculados de constatações fáticas. Nesses âmbitos, nada melhor do que o recurso a argumentos empíricos. Observar e

avaliar os resultados futuros apresentados pela atuação do STF na defesa da Constituição por meio da “objetivação” do controle concreto será o modo mais adequado para apreciar as perdas e ganhos causados por este fenômeno no ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

ACOSTA SÁNCHEZ, José. **Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional: Fundamentos de la democracia constitucional.** Madrid: Tecnos, 1998.

ADEODATO, João Maurício. Jurisdição Constitucional à brasileira: situação e limites. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, vol. I, nº 2, p. 169-188. 2004.

AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.

AGRA, Walber de Moura. **Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade.** Salvador: Juspodivm, 2008.

ALENCAR, Ana Valderes Ayres Neves de. A competência do Senado para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais. **Revista de informação legislativa**, Brasília, ano 15, nº 57, p. 234-237, jan.-mar. 1978.

ALEXY, Robert. **Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales.** Tradução Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de estudios, 2004.

ALVES, José Carlos Moreira. A missão constitucional do Supremo Tribunal Federal e a arguição de relevância de questão federal. **Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros**, Rio de Janeiro, ano XVI, nº 58/59, p.41-62, 1º e 2º sem. 1982.

ALVIM, Arruda. A EC N. 45 e o instituto da repercussão geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional nº 45/2004.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Incidente de arguição de inconstitucionalidade.** Comentários ao art. 97 da Constituição e aos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2002.

APPIO, Eduardo. **Controle concentrado de constitucionalidade das leis no Brasil.** Curitiba: Juruá, 2005.

APPIO, Eduardo. **Controle difuso de constitucionalidade: modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada.** Curitiba: Juruá, 2008.

ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de; BARROS, Luciano José Pinheiro de. O estreitamento da via difusa no controle de constitucionalidade e a comprovação da repercussão geral nos recursos extraordinários. In: **Anais do XV encontro preparatório do CONPEDI**, 2006, p. 1-23, Recife, PE. Disponível em: <http://www.conpedi.org> Acesso em: 04. ago. 2008.

ÁVILA, Ana Paula. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BACHOF, Otto. Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho e política. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, ano XIX, n. 57, p. 837-852, set.-dez. 1986.

BALEEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido**. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BAPTISTA, Doreste. **Da argüição de relevância no recurso extraordinário**: comentários da emenda regimental nº 3 de 12-6-1975 do STF. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Jurisdição constitucional da liberdade. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral da Justiça Constitucional. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte, ano XXII, nº4, 2004. Disponível em: http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas. Acesso em: 12 dez. 2008.

BARBOSA, Rui. **Atos Inconstitucionais**. 2. ed. Campinas: Russell Editores, 2004.

BARROS, Sérgio Resende de. **O Senado e o controle de constitucionalidade**. Disponível em:

<<http://www.academus.pro.br/professor/ivanclementino/O%20senado%20e%20o%20controle%20de%20constitucionalidade.doc>>. Acesso em: 15 de abr. 2008.

BARROS, Sergio Resende de. Simplificação do controle de constitucionalidade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). **As vertentes do direito constitucional contemporâneo**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Vinte anos da Constituição Brasileira de 1988: o Estado a que chegamos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (coords.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009

BELAUNDE, Domingo García. **Derecho procesal constitucional**. Bogotá: Editorial Temis, 2001.

BIN, Roberto. **Diritti e argomenti**: il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale. Milão: Giuffrè, 1992.

BINENBOJM, Gustavo. A dimensão do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. **Revista Eletrônica Direito do Estado**. Salvador, nº 1, jan. 2004. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 12 mai. 2008.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2004.

BITTENCOURT, Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BOLZAN, Marcelo Buliani. A evolução do controle incidental de constitucionalidade. **Revista brasileira de estudos constitucionais**, Belo Horizonte, ano 1, nº 4, p. 129-151, out.-dez. 2007.

BRANDÃO, Rodrigo. As culturas liberal e democrática de proteção aos direitos individuais no constitucionalismo clássico: uma breve análise dos modelos britânico, francês e norte-americano. **Revista eletrônica Direito do Estado**, Salvador, nº 13, jan-mar. 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 10 dez. 2008.

BRANDÃO, Rodrigo. Rigidez constitucional e pluralismo político. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo. (coords.) **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3660/MS**. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 13 de março de 2008. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 05 de abr. de 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.367/DF**. Rel. Min. Cezar Peluso. Brasília, DF, 13 de abril de 2005. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 19 de set. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.240/BA**. Rel. Min. Eros Grau. Brasília, DF, 09 de maio de 2007. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 15 de ago. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na sentença estrangeira nº 5206/EP**. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 12 de dezembro de 2001. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 15 de ago. 2007.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 392.139-8**. Rel. Min. Eros Grau. Brasília, DF, 26 de abril de 2005. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 20 de jan. 2009

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 427.813**. Rel. Min. Eros Grau. Brasília, DF, 12 de abril de 2005. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 20 de jan. 2009.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 655047**. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 27 de maio de 2008. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 19 de jan. 2009.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 430421/RJ**. Rel. Min. Cezar Peluso. Brasília, DF, 30 de novembro de 2004. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 04 de jul. 2008.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração no Agravo regimental no Agravo de Instrumento nº 521546**. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 26 de abril de 2005. Disponível em: www.stf.jus.br Acesso em: 23 mar. 2008.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar no Recurso Extraordinário nº 376.852/SC**. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 23 de março de 2003. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 14 jun. 2008.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 82.959-SP**. Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 23 de fevereiro de 2003. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 12 jan. 2008.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 85.687-RS**. Rel. Min. Carlos Velloso. Brasília, DF, 17 de maio de 2005. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 04 ago. 2008.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 16.512-DF**. Rel. Min. Oswaldo Trigueiro. Brasília, DF, 25 de maio de 1966. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 12 jul. 2008.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 16.519**. Rel. Min. Luiz Galloti. Brasília, DF, 20 de junho de 1966. Disponível em: www.stf.jus.br Acesso em: 10 mar. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Recurso Extraordinário nº 376.852**. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 23 de março de 2003. Disponível em: www.stf.jus.br Acesso em: 14 de jun. de 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Questão de Ordem na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº1**. Rel. Min. Moreira Alves. Brasília, DF, 27 de outubro de 1993. Disponível em: www.stf.jus.br Acesso em: 18 de fev. de 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Questão de Ordem na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**. Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 27 de abril de 2005. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 25 de set. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Questão de Ordem no Recurso Extraordinário nº 559.882/RS**. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 20 de setembro de 2007. Disponível em: www.stf.jus.br Acesso em: 24 de jan. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 1987/DF**. Rel. Min. Maurício Corrêa. Brasília, DF, 01 de outubro de 2003. Disponível em: www.stf.jus.br Acesso em: 20 de mai. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 2363/PA**. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 23 de outubro de 2003. Disponível em: www.stf.jus.br Acesso em: 02 de jun. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 4335/AC, voto do relator**. Relator: ministro Gilmar Mendes. Disponível em:

http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/409_RCL_4335_gilmar_mendes.pdf. Acesso em: 12 dez. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 4335/AC, voto do min. Eros Roberto Grau.** Relator: ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/decisooes/RCL4335eg.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Mandado de Segurança nº 17976/SP.** Rel. Min. Amaral Santos. Brasília, 13 de setembro de 1968. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 09 de mar. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 79.343/BA.** Rel. Min. Leitão de Abreu. Brasília, DF, 31 de maio de 1977. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 04 jan. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 78.209/SP.** Rel. Min. Aliomar Baleeiro. Brasília, DF, 04 de junho de 1974. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 01 de jan. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 78.594/SP.** Rel. Min. Bilac Pinto. Brasília, DF, 07 de junho de 1974. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 01 de jan. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 79.343.** Rel. Min. Leitão de Abreu. Brasília, DF, 31 de maio de 1977. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 20 jan. 2008.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 105.789.** Rel. Min. Carlos Madeira. Brasília, DF, 15 de abril de 1986. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 10 dez. 2007

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 122.202.** Rel. Min. Francisco Rezek. Brasília, DF, 10 de agosto de 1993. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 10 dez. 2007

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 197.917/SP.** Rel. Min. Maurício Corrêa. Brasília, DF, 06 de junho de 2002. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 12. jul. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 442.683/RS.** Rel. Min. Carlos Velloso. Brasília, DF, 13 de dezembro de 2005. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 10 jun. 2007.

BROSSARD, Paulo. O Senado e as leis inconstitucionais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 13, nº 50, p. 55-64, abr.-jun. 1976.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 1997.

CAMARGO, Margarida Lacombe. O pragmatismo no Supremo Tribunal Federal. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (coords.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

CAMBI, Eduardo. O critério da transcendência para a admissibilidade do recurso extraordinário (art. 102,§3º da Constituição Federal): entre a autocontenção e o ativismo do STF no contexto de legitimação democrática da Jurisdição Constitucional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. et al. **Reforma do Judiciário**: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional nº 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?** Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Tradução Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1992.

CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da Justiça Constitucional. **Revista do Tribunal Regional Federal da Quarta Região**, Porto Alegre, nº 40, p. 15-49. 2001.

CARDOSO, Oscar Valente. A análise de fatos pelo STF no processo de controle concentrado de constitucionalidade. **Revista dialética de direito processual**, São Paulo nº 63, p.90-101, jun. 2008.

CASTRO. João Bosco Marcial de. **O controle de constitucionalidade das leis e a intervenção do Senado Federal**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008.

CELOTTO, Alfonso. La Justicia constitucional nel mundo: formas y modelos. VII jornadas argentinas de derecho procesal constitucional. **Revista iberoamericana de derecho procesal constitucional**, México, nº 1, p. 3-14, jan-jun, 2004. Disponível em: www.iidpc.org/revistas Acesso em: 23 mai. 2007.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **Revisitando os fundamentos do controle de constitucionalidade**. Uma crítica à prática judicial brasileira. Porto Alegre: Fabris, 2008.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. **Recurso extraordinário** – origem e desenvolvimento no Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CRUZ, Álvaro Ricardo de; SOUZA, Débora Cardoso de. Os riscos para a democracia de uma compreensão indevida das inovações no controle de constitucionalidade. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coords.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Teoria da Constituição**: mitos, memórias, conceitos. Lisboa: Verbo, 2002.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. O princípio do stare decisis e a decisão do Supremo Tribunal Federal no controle difuso de constitucionalidade. In: NOVELINO, Marcelo Camargo (org.). **Leituras complementares de direito constitucional**. Controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional. 2. ed. Salvador: Podivum, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.

DALMAR, Pimenta. Dos efeitos prospectivos em controle difuso de constitucionalidade pelo STF. **Del Rey revista jurídica**, Belo Horizonte, v. 09, nº 17, p. 70-71, jan.-jul. 2007.

DANOSO, Denis. Aspectos processuais no controle concentrado de constitucionalidade. Coisa julgada, objeto, legitimidade, efeitos da medida cautelar. Aproximação dos sistemas de controle difuso e concentrado. **Revista dialética de direito processual**, São Paulo, nº 60, p. 9-27, mar. 2008.

DANTAS, Bruno. **Repercussão geral**: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado. São Paulo: RT, 2008.

DANTAS, Ivo. **A repercussão geral como pressuposto do Recurso Extraordinário na Constituição Brasileira de 1988**. Texto cedido pelo autor. Recife, 2007.

DANTAS, Ivo. **Constituição & Processo**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

DANTAS, Ivo. **Direito Constitucional Comparado**. v. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DANTAS, Ivo. **Do incidente de inconstitucionalidade no Brasil**: teoria geral. Texto cedido pelo autor. Recife: 2009.

DANTAS, Ivo. **História Constitucional Brasileira**: sua periodização. Texto cedido pelo autor. Recife, 2007.

DANTAS, Ivo. **O valor da Constituição**: do controle de constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. Tradução Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DELGADO, José Augusto. Reflexões sobre a repercussão geral como condição para o conhecimento do recurso extraordinário (EC 45/04). In: SILVA, Bruno Freire e; MAZZEI, Rodrigo (coords.). **Reforma do Judiciário** – Análise interdisciplinar e estrutural do primeiro ano de vigência. Curitiba: Juruá, 2006.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. v. 3. 4. ed. Salvador: Podivm, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A função das cortes supremas na América Latina. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 342, ano 94, p. 3-12, abr-jun. 1990.

DIPPEL, Horst. **História do Constitucionalismo Moderno**: novas perspectivas. Tradução Antonio Manuel Hespanha e Cristina Nogueira da Silva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

ELSTER, Jon. **Ulysses Unbound**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

FAIDIGA, Daniel Bijos. **Efeito vinculante & declaração incidental de inconstitucionalidade**. Curitiba: Juruá, 2008.

FALCÃO, Joaquim. Letra da lei ou consequencialismo? **Folha de São Paulo**, 24 de maio de 2009. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/view.asp?cod=3396> Acesso em: 12 de jul. 2009.

FARIA, José Eduardo. **O Brasil Pós-Constituinte**. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

FAVOREAU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. Tradução Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERREIRA, Carlos Wagner Dias. Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso. **Revista da Esmafe da 5ª região**, Recife, nº 12, p. 155-178, mar. 2007. Disponível em: http://www.jfpe.gov.br/biblioteca/juizes/carlos_wagner_esmafe12_p155-178.pdf Acesso em: 20 jul. 2008.

FERREIRA, Luís Pinto. **Princípios gerais do direito constitucional moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

FERREIRA, Maria Elizabeth Malaquias. Modulação dos efeitos temporais no controle jurisdicional de constitucionalidade e reflexos sobre a norma do art. 52, X da Constituição Federal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 44, n. 173, p. 193-207, jan-mar. 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, nº 220, p. 1-18, abr.-jun. 2000.

FIGUEIREDO, Fernanda Mendonça S. A mutação constitucional e o Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade. **Consulex**: revista jurídica, Brasília, ano XIII, nº 293, p. 52-54, mar. 2009.

FIORAVANTI, Maurizio. **Costituzione**. Bologna: Il Mulino, 1999.

FIORAVANTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales**: apuntes de la historia de las constituciones. 4. ed. Madrid: Trotta, 2003.

GALINDO, Bruno. A teoria da Constituição no *Common law*. Reflexões teóricas sobre o peculiar constitucionalismo britânico. **Revista de Informação legislativa**, Brasília, ano 41, v. 164, p. 303-316, out.-dez. 2004.

GALLOTTI, Maria Isabel. A declaração de inconstitucionalidade das leis e seus efeitos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, nº 170, p. 18-40, out.-dez. 1987.

GARCIA, Emerson. Jurisdição Constitucional e Legitimidade Democrática. Tensão dialética no controle de constitucionalidade. In: NOVELINO, Marcelo Camargo (org.). **Leituras complementares de direito constitucional**. Controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional. 2. ed. Salvador: Podivum, 2008.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Justicia Constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 22, nº 92, p. 5-16, out.-dez. 1989.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional**. 4. ed. Madrid: Civitas, 2006.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Derecho constitucional comparado**. 6. ed. Madrid: Revista de occidente, 1961.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

HÄRBELE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

HECK, Luís Afonso. **Jurisdição constitucional**: teoria da nulidade versus teoria da nulificabilidade das leis. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.

HORTA, Raul Machado. Permanência, mutações e mudança constitucional. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, ano XVII, nº 2, 1999.

Disponível em: http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/1999/02/-sumario?next=1. Acesso em: 02 set. 2008.

JANCZESKI, Célio Armando. Da eficácia transcendente da decisão do plenário do STF e a resolução do Senado Federal. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n° 52, p. 63-70, jul. 2007.

JELLINEK, Georg. **Reforma y mutación de la Constitución**. Tradução Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado**. Tradução Fernando de los Rios. México: FCE, 2000.

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

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. A repercussão geral das questões constitucionais e o juízo de admissibilidade do recurso extraordinário. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. et al. **Reforma do Judiciário**: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n° 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

KUBLISCKAS, Wellington Márcio. **Emendas e Mutações Constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2009.

LAMY, Eduardo de Avelar. A volta da argüição de relevância? In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. et al. **Reforma do Judiciário**: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n° 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LEAL, Monia Henning Clarissa. **Jurisdição Constitucional Aberta**: reflexões sobre a legitimidade e os limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

LEAL, Roger Stiefelmann. A convergência dos sistemas de controle de constitucionalidade: aspectos processuais e institucionais. **Revista de direito constitucional e internacional**, São Paulo, v. 14, n. 57, p. 62-81, out.-dez. 2006.

LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

LEITE, Glauco Salomão. A extensão da eficácia *erga omnes* e do efeito vinculante às decisões de inconstitucionalidade em controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal: hipótese de mutação (in) constitucional. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, Brasília, ano 2, ago. 2008. Disponível em: <http://ojs.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewArticle/343>. Acesso em: 10 out. 2008.

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

LIMA, Rômulo de Castro Souza. A miscigenação entre os controles concentrado e difuso de constitucionalidade no Brasil. **Repertório IOB de Jurisprudência**: tributário, constitucional e administrativo, São Paulo, v. 01, n. 07, p. 292-303, abr. 2007.

LLORENTE, Rubio. **La forma del poder**: estudios sobre la Constitución. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

LOWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Tradução: Alfredo Galego Anabitarte. 4. ed. Barcelona: Ariel, 1986.

LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto. **Modulação temporal dos efeitos no processo de controle de constitucionalidade e influência de argumentos econômicos**. Disponível em: http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=5699
1 Acesso em: 29 mai. 2009.

LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto; DIMOULIS, Dimitri. Efeito transcendente, mutação constitucional e reconfiguração do controle de constitucionalidade no Brasil. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, ano 2, n. 5, p. 217-238, jan.-mar. 2008.

MAIA E PÁDUA, Antonio Carlos de Siqueira de. **A mutação constitucional e a coisa julgada no controle abstrato de constitucionalidade**: análise de um fragmento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Dissertação de Mestrado. Brasília: UnB, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 4. ed. São Paulo: RT, 2005.

MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. História semântica de um conceito: a influência inglesa do sec. XVII na construção do sentido de Constituição como *Paramount Law*. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 43, n. 172, p. 203- 223, out.-dez. 2006.

MARSHALL. **Decisões Constitucionais**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1908.

MARTINS, Leonardo. A retórica do processo constitucional objetivo no Brasil. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional**: controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional. 2. ed. Salvador: Podivum, 2008.

MATTEI, Ugo. **Stare decisis**: Il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d'America. Milano: Giuffrè, 1998.

MAUÉS, Antonio Moreira. Constituição e Pluralismo Vinte Anos Depois. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (coords.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

MAUS, Ingenborg. O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000.

MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica, 1999.

MEDINA, Jose Miguel Garcia, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, WAMBIER, Luiz Rodrigues. Breves comentários à nova sistemática processual civil. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et AL. **Reforma do Judiciário**: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n.45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Teoria das Constituições rígidas**. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1980.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. A nulidade da lei inconstitucional e seus efeitos: considerações sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal proferida no RE 122.202. **Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**, Brasília, nº 3, jan./jun, 1994. Disponível em: http://br.geocities.com/profpito/anulidadedaleigilmar.html#_ftn8. Acesso em: 12 fev. 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. A reclamação constitucional no Supremo Tribunal Federal. In: NOVELINO, Marcelo Camargo (org.). **Leituras complementares de direito constitucional**. Controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional. 2. ed. Salvador: Podivum, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: evolução na Constituição de 1988. **Revista jurídica consulex**, Brasília, v. 11, n. 250, p. 28-37, jun. 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. O controle de constitucionalidade das leis no Brasil: balanço e perspectivas. In: CARMARGO, Margarida Maria Lacombe. **1988-1998: uma década de Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 41, n. 162, p. 149-168, abr.-jun. 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. A ação declaratória de constitucionalidade: a inovação da Emenda Constitucional n. 03, de 1993. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira (orgs.). **Ação Declaratória de Constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 1994.

MENDES, Gilmar Ferreira. A reforma do judiciário e a democratização da justiça. **Revista jurídica consulex**, Brasília, v. 6, nº 140, p.8-11, nov. 2002

MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle concentrado de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MENDES, Raul Armando. **Da interposição do recurso extraordinário**. São Paulo: Saraiva, 1984.

MEYER, Emílio Peluso Neder. **A decisão no controle de constitucionalidade**. São Paulo: Método, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo I. O Estado e os sistemas constitucionais. 7. ed. Coimbra: Coimbra editora, 2003.

MIRANDA, Jorge. Nos dez anos de funcionamento do Tribunal Constitucional. **Legitimidade e legitimação da justiça constitucional**. Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional. Lisboa: Coimbra Editora, 1995.

MOREIRA, Jose Carlos Barbosa. A Emenda Constitucional nº 45 e o processo. **Revista dialética de direito processual**, São Paulo, nº 33, dez. 2005.

MORO, Sérgio Fernando. Doutrina prospectiva como instrumento de defesa da Constituição. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, nº 51, out. 2001. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2241> Acesso em: 01 mai. 2008.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução Peter Naumann. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Devido processo legislativo**: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

OTTO, Ignácio de. **Derecho constitucional**: sistema de fuentes. 4ª. Reimpressão. Madrid: Ariel, 1999.

PAIVA, Clarissa Teixeira. Repercussão geral dos recursos extraordinários e a objetivação do controle concreto de constitucionalidade. **Revista da AGU**, Brasília, ano VII, nº 17, p.47-87, jul.-set. 2008.

PALU, Oswaldo Luís. **Controle de constitucionalidade**: conceitos, sistemas, efeitos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Da arguição de relevância no recurso extraordinário. **Revista Forense**. Edição comemorativa de 100 anos. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PEGORARO, Lucio. A circulação, a recepção e a hibridação dos modelos de justiça constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 42, n. 165, p. 59-76, jan.-mar. 2005.

PEREZ ROYO, Javier. **Curso de derecho constitucional**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1995.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Perfil atual do recurso extraordinário. **Revista dialética de direito processual**, São Paulo, nº 74, p. 76-86, maio. 2009.

PIMENTA BUENO, José Antonio. **Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império**. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça, 1958.

POGLIESE, Marcelo Weick. **Incidente de argüição de inconstitucionalidade em tribunal**. Salvador: Podivm, 2008.

POLETTI, Ronaldo. **Controle da constitucionalidade das leis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PONTES DE MIRANDA, Luciana Santos. **Efeitos temporais da decisão no controle jurisdicional de constitucionalidade: a eficácia prospectiva do julgado no sistema constitucional brasileiro**. Dissertação de mestrado. Recife: UFPE, 2008.

RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis, vício e sanção**. São Paulo: Saraiva, 1994.

REIS, José Carlos Vasconcellos dos. Apontamentos sobre o novo perfil do recurso extraordinário no direito brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 33, n. 164, p. 57-83, out. 2008.

RODRIGUES, Leda Boechat. **A Corte Suprema e o direito constitucional americano**. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

ROSA, André Vicente Pires. **Las omisiones legislativas e su control constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ROSA, André Vicente Pires. **Os vinte anos da Constituição brasileira: há algo a ser comemorado?** Texto cedido pelo autor. Recife, 2008.

ROSA, André Vicente Pires. Poder Judiciário, garantia e construção da cidadania. In: KREBS, Fernando Aurvalle (org.). **Reforma do Poder Judiciário**. Curitiba: Juruá, 2000.

ROSENN, Keith. Os efeitos do controle judicial de constitucionalidade nos Estados-Unidos, Canadá e América Latina numa perspectiva comparada. In: PIMENTEL JR, Paulo Gomes (coord.). **Direito Constitucional em evolução: perspectivas**. Curitiba: Juruá, 2007.

ROUSSEAU, Dominique. **La justicia constitucional en Europa**. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

RUFFIA, Paolo Biscaretti di. **Introduzione al diritto costituzionale comparato**. Milano: Giuffrè, 1988.

SÁ, Djanira Maria Radamés de. **A atividade recursal civil na reforma do Poder Judiciário**. São Paulo: Editora Pilares, 2006.

SALDANHA, Nelson. A supremacia constitucional formação histórica do problema. **Revista da Ordem dos Advogados de Pernambuco**, Recife, v. 22, n. 22, p. 23-40. 1978.

SALDANHA, Nelson. Direito Constitucional e filosofia: uma avaliação em perspectiva história. **Philopolis: constitutional law & jurisprudence**, Recife, 2006. Disponível em: <http://constitutio.tripod.com/id25.html>. Acesso em: 10 ago. 2008.

SALDANHA, Nelson. **Formação da Teoria Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SALDANHA, Nelson. Modernidade e teoria da Constituição. **Revista da Esmape**, Recife, v. 10, n. 22, p. 297-304, jul.-dez. 2005.

SAMPAIO, André Borges Serrão. INFORMAÇÕES Nº AGU/AS-01/2000 (ADIn nº 2154). **Revista Jurídica Virtual**, Presidência da República – Casa Civil (Subchefia para assuntos jurídicos), Brasília, v. 2, nº 13, jun. 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_13/Agu.htm. Acesso em: 02 ago. 2008.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANTANA, Izaias José de. **Controle concreto de constitucionalidade**: efeitos das decisões e vinculação do poder judiciário. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

SANTOS, Gustavo Ferreira. A Constituição da Primeira República Brasileira. **Revista Electrónica de Historia Constitucional**, Oviedo-Espanha, nº 4, jun. 2003. Disponível em: <http://hc.rediris.es/04/Numero04.html?id=22>. Acesso em: 20 ago. 2008.

SANTOS, Gustavo Ferreira. Neoconstitucionalismo e democracia. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 43, n. 172, p. 45-55, out.-dez. 2006.

SARMENTO, Daniel. Eficácia temporal do controle de constitucionalidade. O princípio da proporcionalidade e a ponderação de interesses das leis. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 212, p. 27-40, abr.-jun. 1998.

SBROGIO´GALIA, Susana. **Mutações Constitucionais e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCAFF, Fernando Facury. Novas dimensões do controle de constitucionalidade no Brasil: prevalência do concentrado e ocaso do difuso. **Revista dialética de direito processual**, São Paulo, nº 50, p. 20-41, mai. 2007.

SEGADO, Francisco Fernández. La obsolescencia de La bipolaridad “modelo americano-modelo europeo Kelseniano” como criterio analítico del control de constitucionalidad y La búsqueda de una nueva tipología explicativa. **Anuario Parlamento y Constitución**, nº 6, p. 9-73. 2002. Disponível em: <http://dialnet.unirioja.es/>. Acesso em: 10 jul. 2008.

SEGADO, Francisco Fernández. La obsolescência de la bipolaridad Tradicional (Modelo Americano – Modelo Europeo-Kelseniano) de los sistemas de Justicia Constitucional. **Direito Público**, Porto Alegre, ano I, nº 2, p. 55-82, out. – dez. 2003.

SESMA, Victoria Iturralde. **El precedente en el common law**. Madrid: Civitas, 1995.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa**. Tradução Norma Azevedo. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2001.

SILVA, Celso de Albuquerque. **Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

SILVA, Gustavo Just da Costa e. **Os limites da reforma constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular**. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. **Evolução do controle de constitucionalidade e a competência do Senado Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

SILVA NETO, Francisco da Cunha. O controle difuso: uma forma de humanização do controle de constitucionalidade das leis. **Revista de direito constitucional e internacional**, São Paulo, v. 15, n. 59, p. 131-145, abr.-jun. 2007.

SOUZA, Eduardo Francisco de. A abstração do controle difuso de constitucionalidade. **Revista CEJ**, Brasília, ano XII, nº 41, p. 74-84, abr.-jun. 2008.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria Constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2. Ed. São Paulo: Forense, 2004.

STECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont´Alverne Barreto. **A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle difuso: Mutação Constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional**. Disponível em: <http://www.leniostreck.com.br> Acesso em: 01 jul. 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. O Fenômeno Constitucional e as Três Forças. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coords.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

TARANTO, Caio Marcio Gutterres. O incidente de repercussão geral como instrumento de aplicação de precedente jurisdicional: novas hipóteses de efeitos vinculantes e impeditivos de recurso em sede de controle incidental de constitucionalidade. **Revista da seção judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, nº 19, p. 93-108, abr. 2007.

TAVARES, André Ramos. Constituição de 1988 em vinte anos de consolidação. A cidadania como emblema constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, ano 2, n.8, p. 15-22, out.-dez. 2008.

TAVARES, André Ramos. Processo objetivo como processo aberto ao concreto. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, nº 4, p. 13-31, out. – dez. 2007.

TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

TAVARES, André Ramos. **Tratado de argüição de preceito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2001.

TRIBE, Laurence. **American Constitutional Law**. v. I. 3. ed. New York: Foundation Press, 2000.

URRUTIA, Ana Victoria Sanchez. Mutación Constitucional y fuerza normativa de la Constitución: una aproximación al origen del concepto. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, ano 20, n. 58. p. 105-135, jan.-abr. 2000. Disponível em: http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC_058_111.pdf Acesso em: 12 jan. 2008.

URRUTIA, Ana Victoria Sanchez. **Mutaciones Constitucionales**. Tese de Doutorado. Barcelona: Universidade de Barcelona, 1998.

VECCHI, Cristiano Brandão. **A mutação constitucional**: uma abordagem alemã. Dissertação de Mestrado. Rio de Janeiro: PUC, 2005.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Discurso em comemoração ao aniversário da Suprema Corte**. Brasília, 18 de setembro de 2003. Disponível em: <http://forum.jus.uol.com.br/17758/historia-do-judiciario-no-brasil-supremo/> Acesso em: 28. ago. 2007.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O Supremo Tribunal Federal após 1988: em direção a uma Corte Constitucional. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **15 anos de Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Questão de repercussão geral (§3º do art. 102 da Constituição Federal) e a admissibilidade do recurso extraordinário. **Revista dialética de direito processual**, São Paulo, nº 30, p. 72-84, set. 2005.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Que reforma? **Estudos Avançados**, São Paulo, vol. 18, nº 51, p. 195-207, mai. – ago, 2004. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010340142004000200012&script=sci_arttext&tlng=pt Acesso em: 12. mai. 2007.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal**: jurisprudência política. São Paulo: RT, 1994.

ZAVASCKI, Teori Albino. **A eficácia das sentenças na Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues; MEDINA, José Miguel Garcia. Repercussão geral e súmula vinculante: relevantes novidades trazidas pela EC n. 45/2004. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. et al. **Reforma do Judiciário**: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional nº45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.