

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE  
CONSTITUCIONALIDADE**

Caroline Morais Caires

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE  
CONSTITUCIONALIDADE**

Caroline Morais Caires

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação da Professora Daniela Martins Madrid.

Presidente Prudente/SP  
2012

“Posso não concordar com uma só palavra sua, mas defenderei até a morte o seu direito de dizê-la.”

Voltaire

Dedico a presente pesquisa a Deus, a meu pai, a minha mãe que está no céu e o meu namorado, pelo investimento, apoio e carinho dispensados à elaboração deste trabalho.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus, inicialmente, por me dar forças para a realização deste trabalho, e não me deixar desistir nos momentos mais difíceis.

Ao meu pai, que sempre esteve ao meu lado, me dando carinho, apoio, forças, me falando palavras de conforto e sabedoria inestimável que possui.

Ao meu namorado, que tanto foi paciente e compreensível quando eu o via apenas algumas horas no final de semana por conta de ter de escrever este trabalho.

Aos meus amigos e amigas que de alguma forma contribuíram para que eu não desistisse dos meus objetivos e sonhos.

A minha orientadora Daniela Madrid que tanto se empenhou em minha trajetória, sempre me dando força quando eu estava desanimada, prestes a desistir de concluir este trabalho.

Por fim, aos professores Daniel Colnago e Fabiana Tamaoki que, mesmo com todos os seus compromissos se dispuseram a aceitar meu convite de comporem a banca examinadora desta monografia.

## RESUMO

O presente trabalho aborda a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade e tem o intuito de aprimorar a discussão aventada na doutrina acerca da aplicação ou não deste instituto quando da necessidade de controlar a constitucionalidade de uma lei. Para tanto, inicialmente, aponta os aspectos gerais de Controle de Constitucionalidade, passando inicialmente por breves considerações no que toca a presunção de constitucionalidade das leis e, em seguida, analisando o conceito de controle de constitucionalidade dado pelos doutrinadores especialistas no assunto como Pedro Lenza e Zeno Veloso. Tais assuntos discutidos estão diretamente ligados ao que ocorre com a fiscalização das leis nos dias atuais, já que demonstra em quais Constituições apareceram e como surgiu essa forma de fiscalização, forma esta lenta, que demorou mais de seis décadas para chegar ao modelo de controle apresentado hoje. Vislumbra-se esta demora, quando da abordagem detalhada no tocante a evolução histórica do controle de constitucionalidade no Brasil, fazendo uma análise seqüencial e lógica de cada Constituição brasileira e quais novidades estas traziam referente à aplicação do controle de constitucionalidade nas leis. Na seqüência, têm-se uma abordagem ampla das modalidades de controle de constitucionalidade existentes em nosso ordenamento jurídico para que, finalmente, seja abordado sobre o instituto da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, bem como se as decisões proferidas com base neste instituto são ou não constitucionais. Discute-se acerca da constitucionalidade destas decisões, pois, tal instituto não é regulado por lei e, desta forma, sua aplicação aleatória poderia causar insegurança jurídica para as decisões proferidas com base neste instituto. Por intermédio de pesquisa bibliográfica e doutrinária, o presente trabalho aborda o tema nas diversas Constituições Brasileiras utilizando-se, ainda, do método dedutivo para tanto.

**Palavras-chave:** Controle de Constitucionalidade. Controle Concentrado. Abstrativização do Controle Difuso. Constituição.

## ABSTRACT

This paper discusses about the objectification the diffuse control of constitutionality and aims to enhance the discussion suggested in the doctrine about application or not this institute when the need to control the constitutionality of a law. Therefore, initially, pointing the general aspects of Control of Constitutionality, passing initially by brief remarks with regard to the presumption of constitutionality of laws and then, analyzing the concept of Control of Constitutionality given by scholars and subject matter experts and Peter Lenza and Zeno Veloso. Such issues to be discussed are directly linked to what happens with the supervision of the laws today, since it demonstrates in what constitutions it appear and how did arose this form of supervision, form this slow, it took more than six decades to reach control model presented today. One glimpses this delay, when the detailed approach as regards to historical development of Control of Constitutionality in Brazil, making a logical and sequential analysis of each Brazilian Constitution and what novelties they brought on the application of Control of Constitutionality in laws. Following, have a broad approach of the modalities of judicial existing in our legal system so that, finally, it is addressed about the institute of objectification the diffuse control of constitutionality and whether the decisions are based on this institute are or not constitutional. It discusses about the constitutionality of these decisions, because, such institute is not regulated by law and, therefore, its application random could cause legal uncertainty for decisions based on this institute. Through literature research and doctrinaire, this paper addresses the topic in several Brazilian constitutions using also the deductive method to do so.

**Keywords:** Control of Constitutionality. Control Concentrate. Objectification Fuzzy Control. Constitution.

# SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	8
<b>2 ASPECTOS GERAIS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE</b> .....	11
2.1 Da Presunção de Constitucionalidade das Leis.....	11
2.2 Conceito de Controle de Constitucionalidade.....	12
2.3 Momentos do Controle de Constitucionalidade.....	13
2.3.1 Controle prévio ou preventivo.....	13
2.3.2 Controle posterior ou repressivo.....	15
<b>3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO</b> .....	18
3.1 Constituição de 1824.....	18
3.2 Constituição de 1891.....	19
3.3 Constituição de 1934.....	19
3.4 Constituição de 1937.....	21
3.5 Constituição de 1946.....	22
3.6 Constituição de 1988.....	23
<b>4 MODALIDADES DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE</b> .....	25
4.1 Controle Concentrado.....	25
4.1.1 Ação direta de inconstitucionalidade genérica (ADIn).....	26
4.1.2 Ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADIn por Omissão).....	34
4.1.3 Ação direta de inconstitucionalidade interventiva.....	37
4.1.4 Ação declaratória de constitucionalidade (ADECON).....	38
4.1.5 Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).....	40
4.2 Controle difuso.....	42
4.2.1 Origem histórica – Marbory VS. Madison.....	42
4.2.2 Controle difuso no Brasil.....	44
4.2.2.1 Efeito <i>erga omnes</i> no controle difuso.....	47
4.2.2.1.1 Competência do Senado Federal – aplicação do artigo 52, inciso X, Constituição Federal.....	47
4.2.2.1.2 Objetivação do recurso extraordinário.....	48
4.2.2.1.3 Súmula vinculante.....	50
<b>5 ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE</b> .....	53
5.1 Quando Ocorre a Abstrativização do Controle Difuso de Constitucionalidade.....	54
5.2 (In) Constitucionalidade destas Decisões Baseadas na Abstrativização do Controle Difuso de Constitucionalidade.....	58
<b>6 CONCLUSÃO</b> .....	61
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	63

# 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por base o controle de constitucionalidade com foco, especificamente, na abstrativização do controle difuso de constitucionalidade.

A escolha do tema partiu do intuito de aprimorar os conhecimentos acerca das formas de controle de constitucionalidade, voltando-se, especificamente, para abstrativização do controle difuso e a atual discussão sobre a constitucionalidade ou não das decisões fundadas neste instituto.

A Constituição Federal em nosso país é o ápice da pirâmide das leis, ou seja, é a Lei Maior do nosso Ordenamento Jurídico.

Assim, dada a necessidade de obediência à Carta Magna, pode ocorrer o surgimento de normas que não estejam de acordo com essa Lei maior, fazendo-se necessário a criação de um método de controle dando-se o nome jurídico de Controle de Constitucionalidade, o qual se subdivide em Preventivo e Repressivo.

Tanto o controle preventivo quanto o repressivo são executados pelo Estado em suas três esferas: Executivo, Legislativo e Judiciário.

Dentro do exercício de tais controles nas três esferas, existem as formas de execução destes controles, nas quais as principais são a via incidental, também chamada de difusa, e a via de ação, também denominada de concreta.

Para um melhor entendimento do assunto, o presente trabalho foi dividido em seis capítulos, incluindo a introdução e a conclusão.

No segundo capítulo, é apresentado os aspectos gerais do controle de constitucionalidade demonstrando a presunção de constitucionalidade das leis, definindo o conceito de controle bem como, apresentando os momentos de ocorrência deste controle.

No capítulo seguinte, aborda-se a evolução histórica do controle de constitucionalidade, analisando todas as constituições que foram vigentes no Brasil e qual a contribuição dada por cada uma delas no tocante ao aprimoramento do controle de constitucionalidade.



Na sequência, pondera-se sobre os tipos de controle existentes bem como pretende-se detalhar cada um deles para melhor entendimento do assunto, abordando, inclusive, o primeiro caso ocorrido na história no qual o controle difuso fora usado, aplicando-se os efeitos do controle concentrado.

No quinto capítulo, analisou-se o instituto da Abstrativização do Controle Difuso de Constitucionalidade, explicando do que se trata esta modalidade de controle bem como analisando se as decisões proferidas com base neste sistema são, ou não, pautadas de constitucionalidade, demonstrando opiniões favoráveis e contrárias a este assunto e, encerrando-se a presente pesquisa, no capítulo sexto, com a conclusão obtida acerca do estudo realizado.

Em suma, buscou-se fazer uma análise sucinta sobre esta inovadora modalidade de controle de constitucionalidade, tentando entender suas vantagens e desvantagens, demonstrando-se, também, a necessidade de legalização deste instituto, buscando, assim, a celeridade, economicidade, dentre outros princípios aplicados ao processo brasileiro.

A pesquisa tentou demonstrar o quão importante é o tema para o direito atual e como este tema deveria ser enfrentado pelo Poder Legislativo, tendo em vista que a falta de legalização faz com que renomados juristas entendam como inconstitucional a decisão pautada neste instituto. Discutindo-se sobre o assunto, busca-se uma nova visão sobre as vantagens na utilização do instituto, e, ainda, fazer com que uma norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal seja inválida para todos, e não somente para as partes envolvidas, evitando-se, assim, ações idênticas no Judiciário.

A pesquisa foi fundamentada em obras de autores de renome na área, os quais cita-se Pedro Lenza, Luiz Alberto David Araújo, Alexandre de Moraes, Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, bem como textos contidos em Revistas específicas, legislação vigente no país e jurisprudência dos tribunais superiores.

No tocante a metodologia, utilizou-se de pesquisas bibliográficas, baseando-se no método dedutivo, ou seja, é aquele que parte de questões gerais como, os aspectos gerais do controle de constitucionalidade, sua historicidade bem como todas suas subdivisões, as espécies de ações constitucionais possíveis de serem, ajuizadas em sede de controle concentrado para, posteriormente, aprofundar-se no tema central que é a ocorrência da abstrativização do controle

difuso de constitucionalidade, analisando todas as questões obtidas por meios das pesquisas realizadas.

O método comparativo foi fundamental para analisar as posições doutrinárias divergentes quanto à (in) constitucionalidade das decisões baseadas na abstrativização do controle difuso de constitucionalidade.

As buscas e coletas de dados foram realizadas na Biblioteca da Faculdade de Direito de Presidente Prudente “Antônio Eufrásio de Toledo”, bem como pesquisas via internet na jurisprudência dos tribunais superiores e revistas eletrônicas especializadas.

## **2 ASPECTOS GERAIS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

Para compreensão do escopo do presente trabalho científico, se faz necessário um breve apanhado acerca dos aspectos gerais que envolvem o controle de constitucionalidade. Para tanto, será feita uma breve introdução acerca da presunção de constitucionalidades das leis bem como do conceito de Controle de Constitucionalidade.

### **2.1 Da presunção de Constitucionalidade das Leis**

Em um Estado Democrático de Direito como é o Brasil, quem tem poder de elaborar e modificar as leis é o Poder Legislativo. Os membros deste poder são incumbidos da realização desta tarefa de suma importância para a nação. Estes são escolhidos diretamente pelo povo por meio das eleições. Deste modo, é o povo, indiretamente, quem elabora as normas do país.

Por esse motivo – elaboração das leis segundo a vontade do povo -, e em prol da Segurança Jurídica, tem-se que as leis e os atos normativos editados pelo Poder Público sejam protegidos pelo princípio da presunção de constitucionalidade das leis. Neste sentido, segundo Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2008, p. 5):

Decorrência desse princípio, temos que as leis e atos normativos estatais deverão ser considerados constitucionais, válidos, legítimos até que venham a ser formalmente declarados inconstitucionais por um órgão competente para desempenhar esse mister. Enquanto não formalmente reconhecidos como inconstitucionais, deverão ser cumpridos, presumindo-se que o legislador agiu em plena sintonia com a Constituição – e com vontade do povo, que lhe outorgou essa nobre competência.

Deste modo, percebe-se que o reconhecimento da inconstitucionalidade das leis é medida excepcional, que somente poderá ser declarada por um órgão que disponha de competência constitucional para tanto.

## 2.2 Conceito de Controle de Constitucionalidade

Por controle de constitucionalidade entende-se que seja um Instituto previsto no ordenamento jurídico brasileiro por meio do qual analisa-se se uma regra é constitucional, inconstitucional ou se há ausência de norma que regule determinado assunto.

Corroborando tal assertiva, ensina Canotilho (2002, p. 886) com a nomenclatura de Justiça constitucional, conceituando como “o complexo de actividades (sic) jurídicas desenvolvidas por um ou vários órgãos jurisdicionais, destinadas à fiscalização [...] e cumprimento das normas e princípios constitucionais [...]”.

Conforme a doutrina explanadora do assunto, como Ricardo Cunha Chimenti (et al), (2009, p. 371) a Constituição Federal é a norma mais importante de um país e, por tal razão, deve ser protegida sua supremacia e os direitos e garantias dela decorrentes. Segundo o mesmo autor (2009, p. 371):

Dessa supremacia, oriunda não só do conteúdo da norma constitucional mas também do processo especial que cerca a sua elaboração, decorre do princípio da *compatibilidade vertical*, segundo o qual a validade da norma inferior depende de sua compatibilidade com a constituição da República.

Deste modo, observa-se que a Constituição é a Carta Maior de um país e as normas infraconstitucionais somente serão válidas se estiverem em concordância com àquela.

Corroborando tal assertiva, Bruno César Lorencini (2010, p. 43), ressalta que somente se falará em controle de constitucionalidade caso o Estado adote o princípio da “Supremacia da Constituição”, adotando uma Constituição formal e rígida, isto é, que tenha seu conteúdo condensado em um texto escrito e solene, cuja sua modificação dependa de um processo legislativo burocrático e rígido (como é o caso da Constituição Brasileira).

De outro lado, para que se possa falar efetivamente em “Estado de Direito”, é necessário que exista pelo menos um Órgão Estatal que seja independente do órgão incumbido de confecção das normas, ao qual a própria Constituição atribua competência para verificação destas normas. Para tanto, percebe-se que há a necessidade da Separação dos Poderes, sendo estes livres, independentes e harmônicos entre si.

### **2.3 Momentos do Controle de Constitucionalidade**

Feito um apanhado acerca do instituto do Controle de Constitucionalidade Brasileiro, faz-se necessário a análise no que diz respeito ao momento em que será realizado o controle, qual seja, antes do projeto de lei se tornar lei (controle prévio ou preventivo), impedindo assim a inserção ao ordenamento jurídico de normas que padeçam de vícios, ou já sobre a lei, geradora de efeitos potenciais ou efetivos (controle posterior ou repressivo), ao quais serão detalhados a seguir.

#### **2.3.1 Controle prévio ou preventivo**

O controle preventivo, como visto acima, é aquele realizado durante o processo legislativo de formação das leis. Assim, no momento de apresentação de um projeto de lei, o parlamentar que deflagrar o processo legislativo, em tese, já deve verificar a regularidade material do aludido projeto de lei.

O referido controle pode ser realizado pelos três poderes, quais sejam, Legislativo, Executivo e Judiciário.

Quando realizado pelo Poder Legislativo, segundo no diz Kildare Gonçalves Carvalhi (2010, p. 437) “Cabe ao Presidente da Casa Legislativo e às Comissões Parlamentares, em especial as denominadas de “Constituição e Justiça”, que examinam e emitem parecer sobre a constitucionalidade ou não do projeto. Assim, observa-se que, havendo parecer negativo das comissões de Constituições e

Justiça declarando a inconstitucionalidade do projeto de lei, torna-se impossível seu prosseguimento sem as devidas alterações, quando possíveis, por óbvio.

Ainda sobre o tema, ressalta Chimenti (et al) (2009, p. 376) que estes pareceres negativos, via de regra, são conclusivos, salvo se o plenário os invalidar, dando provimento a recurso apresentado por, no mínimo 1/10 (um décimo) dos parlamentares da Casa Legislativa a que pertence a comissão. Além disto, o próprio plenário da Casa pode rejeitar proposta inconstitucional.

No tocante ao controle preventivo realizado pelo Poder Executivo, quem o faz é o Chefe do Poder Executivo. A ele, conforme leciona Alexandre de Moraes (2009, p. 707), cabe o veto jurídico, previsto no artigo 66, parágrafo 1º da Constituição Federal<sup>1</sup>, se entender que o projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional é inconstitucional ou contrário ao interesse público. O primeiro é o chamado veto jurídico e o segundo veto político.

Deste modo, quando da realização do veto, o Chefe do Executivo está exercendo nada mais do que o controle de constitucionalidade prévio, isto é, impedindo que uma norma inconstitucional adentre ao nosso ordenamento jurídico.

Por fim, no que toca ao controle preventivo realizado pelo Judiciário, há uma grande discussão na doutrina e na jurisprudência.

Segundo Pedro Lenza (2009, p. 167), O Supremo Tribunal Federal tem entendido que o controle prévio jurisdicional pode ser realizado sobre o projeto de lei em trâmite pela Casa Legislativa, garantindo assim, ao parlamentar, o devido processo legislativo, vedando sua participação em procedimento desconforme com as regras da Constituição. Deste modo, observa-se que se trata de controle realizado pela via de exceção. Para um melhor entendimento, segue a explicação de Lenza (2009, p. 168):

---

<sup>1</sup> **Art. 66** - A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará.

**§ 1º** - Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.

[...] o direito público subjetivo de participar de um processo legislativo hígido (devido processo legislativo) pertence somente aos membros do Poder Legislativo. A jurisprudência do STF consolidou-se no sentido de negar a legitimidade ativa *ad causam* a terceiros, que não ostentem a condição de parlamentar, ainda que invocando a sua potencial condição de destinatários da futura lei ou emenda à Constituição, sob pena de indevida transformação em controle preventivo de constitucionalidade abstrato, inexistente em nosso sistema constitucional.

No mais, [...] o STF, em um primeiro momento [...], por maioria de votos, decidiu que o controle de constitucionalidade a ser exercido pelo Judiciário durante o processo legislativo abrange somente a garantia de um procedimento em total conformidade com a Constituição, não lhe cabendo, contudo, a extensão do controle sobre aspectos discricionários, concernentes às questões políticas e aos atos *interna corporis*, vedando-se, desta feita, interpretações das normas regimentais.

Observa-se, portanto, que o controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário só é feito em casos especificados em lei, não podendo ser realizado discricionariamente, mas somente com o escopo de garantir que este projeto de lei esteja em conformidade com a legislação e nunca interferindo nos aspectos políticos de tal projeto.

Ademais, faz-se necessário conhecer da segunda modalidade de controle de constitucionalidade existente, qual seja, o controle posterior (ou repressivo), que abordaremos a seguir.

### **2.3.2 Controle posterior ou repressivo**

No que toca ao controle posterior ou repressivo, será este realizado sobre a lei propriamente dita e não mais sobre o projeto de lei, como visto anteriormente no controle preventivo.

Conforme o ensinamento de Luiz Roberto Barroso (1999, p. 162), é evidente a atribuição do Poder Judiciário em dizer o direito. Assim, havendo o conflito entre leis, os tribunais são competentes para decidir sobre a constitucionalidade de ambas e, portanto, declarar a constitucionalidade daquela que estiver de acordo com nossa constituição bem como declarar a inconstitucionalidade da outra que se mostrar contrária ao nosso ordenamento jurídico.

Entretanto, em que pese à explanação do ilustre autor, deve-se observar que aqui neste modelo, os órgãos que exercem esta fiscalização variam de acordo com o sistema de controle adotado pelo Estado, podendo ser político, jurisdicional ou híbrido.

No que toca ao controle político, segundo Uadi Lammêgo Bulos (2010, p. 186), este é realizado por um órgão distinto do Poder Judiciário, via de regra, pelos poderes Legislativo e Executivo. Este sistema é adotado em países como a França, Polônia, Romênia e Tchecoslováquia, normalmente em cortes ou Tribunais Constitucionais.

Já o controle de constitucionalidade das leis denominado Jurisdicional é aquele realizado pelo Poder Judiciário do país.

Segundo Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2008, p. 17) “o sistema jurisdicional nasceu nos Estados Unidos da América, primeiro Estado a reconhecer a competência dos juízes e tribunais do Poder Judiciário, nos casos concretos submetidos à sua apreciação, declarar a inconstitucionalidade das leis”.

Os Estados Unidos da América foi o pioneiro a atribuir esta função ao Poder Judiciário de seu Estado pelo fato de não haver previsão constitucional expressa no tocante a qual seria o órgão competente para realização desta tarefa.

O sistema jurisdicional pode ser executado por um único órgão especializado bem como por qualquer tribunal ordinário. De acordo com Regina Maria Macedo Nery Ferrari (1999, p. 65), no primeiro caso, há um Tribunal especificamente criado com a finalidade de apreciar questões relativas à inconstitucionalidade da lei, como ocorre em países como a Áustria, Itália, Alemanha e Turquia. Já no segundo caso, ocorre quando a competência de fiscalizar as leis é conferida a todos os juízes do Poder Judiciário em geral. A exemplo disso, poder ser citado o pioneiro Estados Unidos da América.

Quanto ao terceiro e último sistema, qual seja, controle híbrido, este é verdadeiramente uma mistura dos outros dois sistemas acima noticiados. Conforme Uadi Lammêgo Bulos (2010, p. 187) “Certas matérias são fiscalizadas pelo Judiciário, enquanto outras são controladas pelo Legislativo e pelo Executivo”.

Ante o exposto, verifica-se que o Brasil segue o último sistema (controle híbrido), tendo em vista as diversificadas maneiras de realização desta fiscalização, sendo esta realizada tanto pelo Judiciário como pelos outros dois



poderes (Executivo e Legislativo), seja pela via de exceção, seja pela via natural de fiscalização.

### **3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS**

Passado o momento de conceituação do Instituto ora estudado, apresenta-se a seguir um esboço histórico da evolução dos sistemas de fiscalização da validade das leis no Brasil, passando desde a Constituição de 1924, a qual sequer previa o controle, até a Carta vigente (Constituição de 1988), que contempla um complexo e abrangente sistema de fiscalização jurisdicional.

#### **3.1 Constituição de 1824**

A Constituição do Império do Brasil, de 25 de março de 1824, não tratava de controle de constitucionalidade. Tendo como influência o direito francês e o direito inglês, somente o Poder Legislativo seria o detentor da interpretação das normas, sabendo dar, portanto, a verdadeira e correta interpretação da norma.

Segundo Kildare Gonçalves Carvalho (2010, p. 432-433) “Conferia, no entanto, [...], ao Poder Legislativo a competência de velar na guarda da Constituição e promover o bem geral da Nação, além de fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las”.

Ademais, segundo o mesmo autor (2010, p. 433), apesar da existência do Supremo Tribunal de Justiça, o Poder Moderador era detido pelo Imperador e este intervinha em todos os poderes, estando, portanto, acima de todos eles e, em especial, do Poder Legislativo, o que impedia o controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário.

Como visto, não havia nenhum modelo de controle nesta Constituição, já que quem elaborava as leis era quem as fiscalizava, sendo por óbvio, que em nenhum momento estas leis seriam consideradas contrárias a Carta Magna do país, pois de certo, tais leis eram de interesse único e exclusivo do Imperador.

Diferentemente desta Constituição foi a Carta Magna de 1891, como será visto a seguir.

### **3.2 Constituição de 1891**

A Constituição de 1891, profundamente influenciada pelo Direito norte-americano, dispunha em seu artigo 59, parágrafo 1º, “a” e “b”, e 60, “a”, o sistema incidental ou difuso de constitucionalidade, abandonando o sistema estritamente político de controle de constitucionalidade, passando a outorgar competência ao Poder Judiciário para afastar a aplicação a um caso concreto da lei que ele considerasse inconstitucional.

Deste modo, conforme diz Zeno Veloso (2003, p. 30) esta Constituição trouxe o direito de todos os tribunais exercerem o controle de constitucionalidade e declarar, quando verificada, a inconstitucionalidade da lei.

Pode-se identificar que a arguição de inconstitucionalidade somente era possível na via incidental, diante de um caso concreto e mediante provocação de uma das partes litigantes, as quais fossem diretamente interessadas. Assim, a declaração de inconstitucionalidade da lei em momento algum a extirpava do ordenamento jurídico, mas, tão somente, afastava sua aplicação naquele caso concreto.

Apesar das inovações trazidas por esta constituição, nada se compara a Constituição de 1934 a qual se estuda adiante.

### **3.3 Constituição de 1934**

A Constituição de 1934 trouxe profundas alterações no sistema judicial de fiscalização das leis no Brasil, criando novos mecanismos de atuação do Poder Judiciário.

Conforme demonstrado por Kildare Gonçalves Carvalho (2010, p. 434-435):

A Constituição de 1934, [...] no artigo 179, foi estabelecido o *quórum* especial da maioria absoluta dos membros dos Tribunais para as decisões sobre inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público, o que permanece até hoje.

Instituiu ainda [...] a representação interventiva, germe da ação direta de inconstitucionalidade.

Outra inovação foi [...] no artigo 91, IV, da Constituição de 1934, ao Senado Federal para suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário.

Como se pode observar, a Constituição de 1934 inovou nas formas de execução do controle de constitucionalidade no país.

Além de todas essas inovações, como a implantação da ação direta interventiva (ação esta que visa a fiscalização do procedimento da União em um ente federativo), a cláusula de reserva de plenário e a atribuição do Senado Federal de suspender a execução em todo ou em parte de uma lei ou ato declarado inconstitucional (decisão esta proferida em um caso concreto pelo Poder Judiciário, a qual o Senado daria efeito *erga omnes*<sup>2</sup> em face da declaração de inconstitucionalidade desta), a nova Constituição também inovou ao trazer o direito pátrio o mandado de segurança.

Segundo Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2008, p. 24) é “remédio constitucional de proteção a direito líquido e certo do indivíduo contra ato de autoridade praticado com ilegalidade ou abuso de poder”.

Ante o explanado, pode-se afirmar que, dadas tantas inovações, a Constituição de 1934 retratou um marco no progresso no país, trilhando um caminho rumo ao controle direto de constitucionalidade (*in abstracto*).

No que pese tamanha revolução nesta constituição no direito constitucional, a Constituição de 1937 ainda teve inovações a serem acrescentadas, as quais serão abordadas a seguir.

---

<sup>2</sup> Para todos

### 3.4 Constituição de 1937

Conhecida como “Polaca”, pelo fato de ter se guiado pela Carta ditatorial polonesa de 1935, a Constituição de 1937 seguiu a mesma logística da última analisada, mas com a inovação de que o Poder Executivo teria um maior poder discricionário no que toca ao reexame das leis, após a decisão de inconstitucionalidade dada pelo Poder Judiciário.

Conforme leciona Zeno Veloso (2003, p. 32):

A Constituição de 1937, outorgada, conhecida com “polaca”, foi o estatuto do Estado Novo, no qual o autoritarismo, a superconcentração do poder nas mãos do chefe do Poder Executivo não davam espaço, sequer, para atuação de um controle de constitucionalidade, que, por natureza e definição, tem de ser livre, independente, solto de peias e obstáculos.

Assim, dado o poder discricionário do Poder Executivo, poderia este, após decisão dada pelo Poder Judiciário, afastá-la, tornando-a sem efeito por decisão do Parlamento, por iniciativa do Presidente da República.

Ainda nesta Constituição, conforme Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2008, p. 24-25) o Mandado de Segurança perdeu sua qualidade de garantia constitucional, passando a ser disciplinado pela legislação ordinária. Além disto, deixou de constar no texto constitucional a competência do Senado Federal de suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo STF, bem como da representação interventiva.

Como se denota, tal constituição caminhou para um retrocesso no sistema de controle de constitucionalidade que vinha sendo adotado no Brasil, deixando, novamente, o poder de controlar as leis vigentes no Estado nas mãos de um só, ou seja, do Poder Executivo.

No entanto, houve algumas mudanças no Brasil, e com isso a Constituição de 1946 trouxe inovadoras teses que foram esquecidas por esta Constituição, como pode ser verificado na explanação a seguir.

### 3.5 Constituição de 1946

Com a redemocratização do país, a Constituição de 1946 trouxe de volta as disposições suprimidas pela Carta outorgada em 1937. O sistema de controle por meio incidental (difuso) voltou a ser exercido e se aflorou a idéia da instituição do controle concentrado.

A Carta de 1946, conforme ensina Zeno Veloso (2003, p. 33), regulamentou (novamente) a Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva, isto é, no caso de conflito entre a União e os Estados, decorrente do descumprimento, por estes, dos princípios constitucionais entabulados no artigo 7º, VII, alíneas “a” e “g” da Carta, a Lei ou Ato Normativo estadual os quais fossem alegadas tais inconstitucionalidades, teriam de ser submetidos ao Procurador-Geral da República, ao exame do Supremo Tribunal Federal e, se este a declarasse, seria decretada a intervenção – conforme dispunha o artigo 8º, parágrafo único da Constituição de 1946.

Deste modo, nota-se que o escopo principal era implementar o real controle concentrado de constitucionalidade, tendo em vista que a decisão que era dada pelo STF não tinha efeito *erga omnes*, mas legitimava a intervenção da União no ente federativo.

Com tais mudanças, vislumbra-se que a Carta de 1946 foi um marco para a história do Brasil, já que quando da promulgação da Emenda Constitucional 16/65, esta expandiu a competência originária do STF dando nova redação a alínea “k”, do artigo 101, inciso I, da Constituição de 1946, determinando que o Excelso Pretório era competente para processar e julgar a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República.

Com tamanha evolução, por óbvio que não houve prejuízo ao controle difuso, e conforme leciona Zeno Veloso (2003, p. 33-34), que se refere a obra de Celso Agrícola Barbi:

[...] ao lado da representação interventiva [...], a EC 16/65 introduziu, no Brasil, o controle concentrado da constitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, portanto, controle a ser exercido não apenas incidentalmente, diante de caso concreto, mais fiscalização constitucional genérica, abstrata, da norma em teses, com o escopo de averiguar o vício da inconstitucionalidade e o objetivo precípua de defender a ordem constitucional, garantindo a supremacia da Carta Magna.

Concluindo tal ensinamento, pode-se perceber que até então era seguido o sistema americano de controle difuso. Com tal evolução, o Brasil passou a admitir o modelo austríaco de Kelsen (controle concentrado), dando uma nova cara para a forma de controle de constitucionalidade no país. Por fim, as maiores inovações trazidas para o modelo de controle de constitucionalidade brasileiro se encontra esculpida na Carta Magna de 1988, que estudaremos a seguir.

### **3.6 Constituição de 1988**

A Constituição de 1988 trouxe diversas inovações ao sistema de Controle de Constitucionalidade. Pelo momento, será feito um apanhado geral destas inovações trazendo o que houve de importante em cada uma delas.

Referente ao Controle Concentrado em âmbito federal houve, conforme leciona Uadi Lammêgo Bulos (2010, p. 198), a ampliação no que toca aos legitimados para a propositura da representação de inconstitucionalidade. Os novos legitimados estão entabulados no artigo 103 da Constituição Federal de 1988 e no artigo 2º, da Lei n° 9.868/99.

Outra inovação foi a possibilidade da efetivação do Controle de Constitucionalidade das omissões legislativas, seja de forma concentrada, conforme disposto no artigo 103, parágrafo 2º, ou de modo incidental (controle difuso), por meio de Mandado de Injunção, conforme artigo 5º, LXXI, ambos discriminados na Constituição Federal de 1988.

Conforme redação do artigo 125, parágrafo 2º da Constituição Federal de 1988, incorporou-se, a possibilidade dos Estados instituírem a representação de

inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual.

Por fim, estreando no ordenamento jurídico brasileiro, conforme elucidado por Pedro Lenza (2008, p. 127) “[...] facultou-se a possibilidade de criação de arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), no parágrafo único do art. 102”.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve outras inovações ao longo do tempo. A Emenda Constitucional 3/93 estabeleceu a Ação Declaratória de Constitucionalidade que alterou o parágrafo primeiro do artigo 102 da Constituição. A Reforma do Judiciário (dado pela EC nº 45/2004) ampliou a legitimação ativa para a propositura da Ação Declaratória de Constitucionalidade, igualmente a Constituição Federal de 1988 fez com os legitimados para a ADIn (Ação Direta de Inconstitucionalidade) (PAULO; ALEXANDRINO, 2008, p. 27).

Neste sentido, conclui-se que posteriormente as inovações trazidas pela Constituição de 1946, a Constituição de 1988 foi um novo marco para o sistema de Controle de Constitucionalidade Brasileiro, desempenhando um importante papel para a aplicação de novos modelos de fiscalização das leis e atos normativos incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro.



## 4 MODALIDADES DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Feito um apanhado geral acerca dos aspectos mais importantes sobre o instituto do Controle de Constitucionalidade bem como os pontos relevantes acerca de sua história nas Constituições brasileiras, passa-se a análise das modalidades de controle de constitucionalidade em espécie, quais sejam, controle concentrado e controle difuso, juntamente com cada subespécie a eles pertencente.

### 4.1 Controle Concentrado

O controle concentrado de constitucionalidade foi introduzido em nosso ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional nº 16/65, na constituição de 1946. Aludido controle teve origem na Europa, na Constituição da Áustria de 1920.

O Controle em estudo é aquele realizado por um único Tribunal no país. No Brasil, este controle é feito exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal, sendo esta competência específica e originária (não recursal). Por esta razão justifica-se o nome “Controle Concentrado”, pois é realizado por apenas um órgão do judiciário no país (concentra-se em um único órgão), sendo o efeito da decisão válida para todos, ou seja, de efeito *erga omnes*.

Já no âmbito regional, segundo Chimenti (et al) (2009, p. 386), cabe aos Tribunais de Justiça declarar em ação direta quais as normas (estaduais e municipais) se mostram incompatíveis com a Constituição Estadual.

Efetivamente quanto ao Controle Concentrado, segundo mostra Alexandre de Moraes (2009, p. 730-731):

Por meio desse controle, procura-se obter a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em tese, independentemente da existência de um caso concreto, visando-se à obtenção da invalidação da lei, a fim de garantir-se a segurança das relações jurídicas, que não podem ser baseadas em normas inconstitucionais.

Deste modo, verifica-se que o controle concentrado de constitucionalidade não desvincula um cidadão em um processo específico para que este não precise cumprir aquela lei específica. O que ocorre é a declaração da inconstitucionalidade da lei, extirpando-a do ordenamento jurídico definitivamente, por ser inconstitucional e, portanto, inadequada ao nosso ordenamento jurídico.

Pelas razões acima expostas, a doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal têm firmado entendimento de que o processo que se instaura nestes casos possui natureza objetiva, ou seja, que não conhece das partes, destinando-se, fundamentalmente, à defesa da Constituição.

O controle concentrado em face da Constituição Federal é exercido exclusivamente perante o Supremo Tribunal Federal por meio de cinco ações: 1) Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica (ADIn), 2) Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADIn por Omissão), 3) Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva, 4) Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADECON) e 5) Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

Mencionadas Ações Constitucionais serão estudadas neste trabalho nos tópicos a seguir e serão abordados os temas no que tange aos legitimados para a propositura destas ações, o objeto, o procedimento bem como os pontos relevantes em cada tipo de ação a ser analisada, não conseguindo, por conseguinte, esgotar todos os debates que envolvam os temas em questão, tendo em vista que tais assuntos não são o foco principal deste trabalho.

#### **4.1.1 Ação direta de inconstitucionalidade genérica (ADIn)**

A Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica (ADIn) foi introduzida no país pela Emenda Constitucional n.º 16 de 06 de dezembro de 1965 pois, até então, o Supremo Tribunal Federal só conhecia do controle pelo método convencional, ou seja, os recursos. Deste modo, à partir desta da Emenda supracitada, o Brasil passou a praticar o Controle Concentrado de Constitucionalidade.

A Ação Direita de Inconstitucionalidade, atualmente, está prevista no artigo 102, I, “a”, da Constituição Federal<sup>3</sup> bem como regulamentada pela lei 9.868/99, sendo marcada, essencialmente, pela generalidade, impessoalidade e abstração.

Assim, conforme Alexandre de Moraes (2009, p. 731) “A declaração da inconstitucionalidade, portanto, é o objeto principal da ação, diferentemente do ocorrido no controle difuso”.

De regra, conforme se denota, o que se pretende quando do ajuizamento desta ação é expurgar definitivamente do ordenamento jurídico a lei ou ato normativo viciado (seja formalmente ou materialmente), almejando-se, pro consequente, a invalidação da lei ou ato normativo.

Por Meio destas considerações, percebe-se a natureza híbrida deste modelo de controle. Conforme ensina Sylvio Motta e William Douglas (2002, p. 78):

Por um lado, a natureza legislativa do procedimento é inegável, sobretudo quando o Supremo Tribunal Federal “julga” procedente o pedido do autor, funcionando aí como autêntico legislador negativo atípico, uma vez que expurga do ordenamento jurídico nacional o ato normativo que foi, total ou parcialmente, entendido inconstitucional. Por outro lado, não há como negar-se a sua natureza jurisdicional, ainda que de processo abstrato.

Conforme se vê, nestas ações não há dilação probatória, visto que o que se discute é a inconstitucionalidade em tese, isto é, discute-se apenas o Direito e não fatos.

Quanto aos legitimados, estes estão elencados no artigo 103 e seus incisos da constituição Federal<sup>4</sup>. Os legitimados dos incisos I ao VII por possuírem capacidade postulatória, que decorre diretamente do texto constitucional, não se exige para a propositura da ação a representação por meio de advogado, possuindo, portanto, o que se chama de “*jus postulandi*”. A exigência do advogado se dá para os legitimados descritos nos incisos VIII e IX do referido artigo, quais sejam, os

<sup>3</sup> **Art. 102.** Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

<sup>4</sup> **Art. 103.** Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I - o Presidente da República; (...)

partidos políticos com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

De acordo com Uadi Lammêgo Bulos (2010, p. 270) o texto trazido pela Constituição de 1988 rompeu o tradicionalismo das outras constituições brasileiras, que designavam o Procurador-Geral da República como único legitimado, para, então, outorgar poderes a diferentes órgãos do Poder Público, o que o citado autor nomeia de “Legitimidade concorrente”, elucidado no artigo 103 da Constituição Federal.

Devido a essa ampliação no rol de legitimados, houve um aumento significativo no número de ações propostas e, com isso, a jurisprudência do STF (somente no âmbito jurisprudencial já que a lei nada diz sobre) passou a estabelecer certas restrições ao direito de propor esse tipo de ação, exigindo, em relação a alguns legitimados, a demonstração de interesse de agir, ou seja, a demonstração da chamada “pertinência temática”.

Assim, a jurisprudência do STF dividiu os legitimados, quanto ao interesse de agir, em dois grupos, quais sejam: 1) Legitimados Universais (ou Neutros) e, 2) Legitimados Especiais (ou Interessados).

Os Legitimados Universais são aqueles que podem debater em sede de ADIn qualquer tipo de matéria, sem a necessidade de demonstrar nenhum interesse específico. São eles: o Presidente da República, as Mesas da Câmara e do Senado, o Procurador-Geral da República, as Mesas da Ordem dos Advogados do Brasil e os partidos políticos com representação no Congresso Nacional (artigo 103, incisos I, II, III, VI, VII e VIII, da Constituição Federal). Já os Legitimados Especiais são aqueles que somente poderão debater em sede de ADIn matérias em relação as quais seja comprovado o seu interesse de agir, isto é, a relação de pertinência temática entre o ato debatido e as funções exercidas pelo órgão ou entidade. São eles: as confederações sindicais, as entidades de classe de âmbito nacional, as Mesas das Assembleias Legislativas estaduais ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal e os Governadores dos Estados-membros e do Distrito Federal (artigo 103, incisos IV, V e IX, da CF).

Exemplificando a classificação acima apresentada, Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino dizem que:

[...] para que um Governador de Estado impugne em ADIn lei oriunda de outro estado da Federação, deve ele comprovar que a lei tem reflexos sobre a sua respectiva unidade federada, sob pena de não ser conhecida pelo Supremo Tribunal Federal. (2008, p. 72)

Nota-se, portanto, que em se tratando de ADIn proposta por Legitimado Especial, deve este sempre demonstrar e comprovar seu interesse em ver aquela lei ou ato normativo extinto de nosso ordenamento jurídico, não podendo pura e simplesmente ajuizar a ADIn e já imediatamente ver esta declarada inconstitucional.

No que toca ao objeto da ADIn, pode-se afirmar que só podem ser objeto de ADIn perante o Supremo Tribunal Federal leis e atos normativos federais, estaduais ou do Distrito Federal (sendo este último apenas nos casos em que tiver sido editado no desempenho de sua competência estadual) que estejam em vigor, ainda que durante o prazo da *vacation legis*. Ademais, não se pode olvidar de que apenas as normas chamadas de primárias podem ser objeto de ADIn perante o Supremo Tribunal Federal.

Desta forma, isso não quer dizer que os atos administrativos, por exemplo, não possam ser objeto de ADIn. Poderão sim, desde que sua natureza não seja meramente regulamentar (Ex: Presidente da República edita um decreto meramente regulamentar, apenas para que certa lei seja corretamente executada. Neste caso, é evidente que este decreto não poderá ser objeto de ADIn. De outro lado, se o Presidente edita um decreto de natureza autônoma, para disciplinar indevidamente matéria reservada à lei, esse decreto poderá ser debatido em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, tendo em vista se tratar de norma materialmente primária, diferentemente do primeiro exemplo dado, o qual trata apenas de decreto regulamentador).

A exemplo de normas que podem ser impugnadas em sede de ADIn perante o STF, por ofensa a Constituição Federal, podemos citar: Emendas Constitucionais; Constituição dos Estados-membros; Tratados e convenções internacionais; Normas primárias federais e estaduais, Medidas provisórias, entre outras.

Acerca do exercício do controle de constitucionalidade, há sempre que verificar se há uma relação entre a norma objeto de impugnação e o texto constitucional em face do qual aquela está sendo impugnada, denominado “texto

parâmetro”, cuja supremacia pretende-se ver respeitada. Assim, cabe a parte interessada na ADIn, ou seja, o autor da ação direta apontar em sua petição inicial o texto constitucional parâmetro o qual foi supostamente violado pela norma que se impugna.

Conforme Kildare Gonçalves Carvalho (2010, p. 475) “O Supremo Tribunal Federal tem considerado inadmissível a propositura de ação direta de inconstitucionalidade contra lei ou ato normativo já revogado”.

Com efeito, também não é possível, conforme se vê, o ajuizamento de uma ADIn em face de texto da Constituição Federal de 1988 que não mais esteja em vigor em virtude de revogação pelo poder constituinte derivado. Deste modo, se entre a propositura da ADIn e a data de seu julgamento pelo STF ocorrer a revogação da norma constitucional parâmetro, a ADIn restará prejudicada, ou seja, o processo será encerrado pelo Tribunal sem a apreciação do mérito pois, do modo apresentado, tal demanda perdeu seu objeto principal.

No que diz respeito ao rito a ser observado no processamento de uma ADIn, este está previsto na Lei n.º 9.868/1999 e regulamentado no Regimento Interno do STF e nos Tribunais de Justiça. A petição inicial deve indicar o dispositivo legal atacado, os fundamentos e o pedido. Se esta for indeferida, segundo Chimenti (2008, p. 388), caberá recurso de Agravo, no prazo de 5 (cinco) dias.

Proposta a ADIn, não se admite desistência, pois, em tal ação, vigora o princípio da indisponibilidade e, além disso, sua finalidade precípua é manter a segurança das relações jurídicas, não estando apenas o interesse do legitimado em questão, mas sim, o de toda sociedade brasileira.

Exclusivamente, no tocante ao pedido, o Supremo Tribunal Federal só poderá analisar a (in) constitucionalidade dos dispositivos legais expressamente mencionados na inicial e não o que é alegado nos fundamentos jurídicos do pedido. Isso, portanto, significa dizer que, o STF é livre para declarar a inconstitucionalidade da norma não apenas pelos motivos indicados pelo impetrante da ação direta, mas também poderá fazê-lo tendo como fundamento qualquer outro parâmetro constitucional. Anote-se, porém, que a existência desta causa de pedir aberta não significa que o autor da ADIn esteja dispensado de apontar o fundamento jurídico do pedido para cada dispositivo nele mencionado.

Seguindo o procedimento da ADIn, nesta não se admitirá a intervenção de terceiros tendo em vista que se trata de processo objetivo, no qual inexistem

partes e direitos subjetivos a serem tutelados. Tal regramento se encontra esculpido no artigo 7º, “*caput*”, da Lei nº 9.868/99. Cabe anotar, no entanto, que a proibição de intervenção de terceiro aqui não confunde com a admissibilidade de formação de litisconsórcio ativo entre legitimados para o ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Ademais, ainda sobre o terceiro interveniente na ADIn, fala Chimenti et al (2009, p. 389-390):

[...] considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, o relator poderá admitir a manifestação escrita ou mesmo oral, de outros órgãos ou entidades que atuarão como *amicus curiae* (aliado ou amigo da Corte), nos termos do parágrafo 2º do art. 7º da Lei n. 9.868/1999 e parágrafo 3º do art. 482 do CPC, a fim de que o tribunal decida a causa com pleno conhecimento de todas as suas repercussões. Dá-se, assim, feição pluralista ao controle abstrato da constitucionalidade.

Conforme se vê, há possibilidade da intervenção de um terceiro na ação direta na forma do chamado *amicus curiae*<sup>5</sup>, o qual deve levar ao Supremo Tribunal Federal elementos capazes de pluralizar o debate e servir de fator de legitimação social da decisão.

Atinente ao prazo prescricional, este não existe para a propositura de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, ou seja, nunca haverá a prescrição ou a decadência do direito dos legitimados ajuizarem esta ação. Isso acontece pelo fato de que os atos inconstitucionais jamais se convalidarão com o passar do tempo.

No âmbito processual é incumbida ao Advogado-Geral da União a realização da defesa da norma impugnada, conforme disposto no artigo 103, parágrafo 3º da Constituição Federal, no prazo de 15 (quinze) dias. Em seguida, o Procurador-Geral da República emitirá parecer dispondo, igualmente, de 15 (quinze) dias para tanto (vide artigo 8º da Lei nº 9.868/99).

No que se refere à decisão prolatada em sede de ADIn, esta somente é tomada se presentes ao menos oito (8) ministros na sessão do julgamento, exigindo-se, assim, quórum de maioria absoluta, isto é, seis (6) dos onze (11) ministros.

---

<sup>5</sup> Amigos da corte

Já no que toca a eficácia da decisão prolatada, esta possui efeito *erga omnes*, ou seja, declarada a inconstitucionalidade em ação direta, a lei não poderá mais ser aplicada a ninguém. No caso em tela, o artigo 52, X, da Constituição Federal não é aplicável, já que este é necessário apenas quando a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal causar efeitos apenas *inter partes*<sup>6</sup>.

Em regra, a decisão definitiva de que uma lei ou ato normativo é inconstitucional terá efeito *ex tunc*<sup>7</sup>, isto é, a lei ou ato será considerado nulo desde a sua criação, não podendo, por isto, ter produzido nenhum efeito desde então.

Entretanto, toda regra tem uma exceção. Conforme leciona Alexandre de Moraes (2009, p. 758), em certos casos, o Supremo Tribunal Federal, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo em sede de ADIn, tendo por base a segurança jurídica ou o interesse social, poderá o STF, por maioria de 2/3 (dois terços) de seus membros restringir os efeitos desta declaração, dando a decisão o efeito *ex nunc*<sup>8</sup>, sendo este à partir do trânsito em julgado da decisão, por exemplo, ou de qualquer outro momento no qual entenderem oportuno para o caso concreto em análise.

Esta mitigação dos efeitos da decisão, segundo Chimenti et al (2009, p. 392), “[...] faz com que passemos a utilizar, também, a teoria da anulabilidade da norma inconstitucional. Antes somente se utilizava a teoria da nulidade”.

Cumprе esclarecer que, se a ADIn for julgada improcedente, o Supremo Tribunal Federal estará afirmando a constitucionalidade da norma. Deste modo, extrai-se a natureza dúplice ou ambivalente da decisão que julga a Ação Direta de Inconstitucionalidade, qual seja, se julgada procedente, o STF estará afirmando que a norma é inconstitucional e esta será retirada automaticamente do ordenamento jurídico, ao passo que, se julgada improcedente, o Colendo Pretório estará declarando que tal norma é totalmente constitucional (e não apenas presumidamente constitucional, como as outras normas de nosso ordenamento jurídico), aplicando-se, na verdade, a declaração que se busca quando do ajuizamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADECON) a qual será abordada mais adiante (MOARES, 2009, p. 762-763).

---

<sup>6</sup> Para as partes

<sup>7</sup> a partir de então

<sup>8</sup> a partir de agora



Ademais, não se pode olvidar do efeito vinculante que tal decisão possui. Vinculante, pois, esta decisão vincula todos os demais órgãos do Judiciário e todos os órgãos da Administração Pública direta e indireta, nas três esferas de governo, ficam vinculados à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, não podendo desobedecê-la.

Assim, caso haja desobediência à decisão (aplicando a um caso concreto a lei declarada inconstitucional, por exemplo), o prejudicado (qualquer pessoa prejudicada por uma decisão contrária a proferida em sede de controle concentrado pelo STF é legitimada a propor esta ação) poderá se valer do instrumento processual denominado reclamação (conforme artigo 102, inciso I, alínea “I”, da Constituição Federal)<sup>9</sup>, seja em caráter cautelar ou definitivo o qual será proposto diretamente perante o Supremo Tribunal Federal, para que este garanta a autoridade de sua decisão, determinando a anulação do ato administrativo ou a cassação da decisão judicial reclamada.

Este efeito vinculante apenas não atingirá o próprio Supremo Tribunal Federal já que, teoricamente, poderá posteriormente mudar sua posição em outra ação. Outrossim, o Poder Legislativo também não é alcançado por este efeito vinculante pelo fato de não estar impedido de editar uma nova lei com igual conteúdo a esta declarada inconstitucional. Assim, corroborando este entendimento, fala Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2008, p. 104) que “[...] faz com que não caiba reclamação contra ato legislativo produzido em data posterior à decisão em ação direta”.

Ressalte-se, porém, que essa “não vinculação” do Poder Legislativo de elaborar nova lei de igual conteúdo diz respeito à “nova lei”, já que para esta lei, a qual teve uma ação específica julgando a inconstitucional, possui eficácia para todos, inclusive para o poder incumbido de elaborar leis no país.

Feita as considerações acerca da ADIn genérica, passa-se a análise da ADIn por omissão.

---

<sup>9</sup> Art. 102: Compete ao Supremo Tribunal Federal precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar originariamente:

l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões.

#### 4.1.2 Ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADIn por Omissão)

Este modelo de ação é novidade trazida pela nova Constituição em 1988. O que se pretende nesta ação é combater uma lacuna, uma deficiência deixada pelo legislador em nosso ordenamento jurídico, chamada pela doutrina de “síndrome de inefetividade das normas constitucionais”.

Conceituando o tema abordado, leciona Pedro Lenza (2009, p. 257):

O art. 103, parágrafo 2º, da CF/88 estabelece que, declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. O que se busca é tornar efetiva norma constitucional destituída de efetividade, ou seja, somente as normas constitucionais de eficácia limitada.

[...] devendo o Poder Público ou órgão administrativo regulamentar a norma constitucional de eficácia limitada e não o fazendo, surge a “doença”, a omissão, que poderá ser “combatida” através de um “remédio” chamado ADI por omissão, de forma concentrada no STF.

Deste modo, percebe-se que omitindo o legislador em regulamentar uma lei de eficácia limitada, cabe ao interessado a propositura de ADIn por omissão para sanar tal defeito em nosso ordenamento jurídico.

Quanto as espécies de omissão a serem combatidas em nosso ordenamento jurídico, estas poderão ser total e parcial. A omissão total é aquela que efetivamente não houve o dever de legislar. Já a parcial é quando há lei integrativa infraconstitucional, mas de forma insuficiente.

Exemplificando o tema para uma melhor compreensão, Pedro Lenza (2009, p. 258) diz que um exemplo de inconstitucionalidade total (ou absoluta) é “[...] o art. 37, VII, que prevê o direito de greve para os servidores públicos, ainda não regulamentado por lei. Ou seja, a lei ainda não existe lei”.

No que toca a inconstitucionalidade por omissão parcial, esta se subdivide em duas, quais sejam: parcial propriamente dita ou parcial relativa.

Na parcial propriamente dita a lei está descrita no ordenamento jurídico, porém, regula de forma deficiente o texto. Como exemplo disto, diz Lenza

(2009, p. 258) “[...] destacamos o art. 7, IV, que estabelece o direito ao salário mínimo. A lei fixando o seu valor existe, contudo o regulamento de forma deficiente, pois o valor fixado é muito inferior ao razoável para cumprir toda a garantia referida na norma”. Com efeito, a parcial relativa surge quando a lei existe e concede determinado benefício para certa categoria, mas deixa de concedê-lo a outra a qual deveria ter sido contemplada. Neste caso, tem prevalecido a Súmula 339 do STF<sup>10</sup>, isto é, não pode o Poder Judiciário, de forma discricionária, aumentar os vencimentos dos servidores públicos apenas com o fundamento no princípio da igualdade.

Quanto ao objeto da ADIn por omissão, como já se pode visualizar não é a omissão do Poder Legislativo mas sim, a proposta em relação as normas constitucionais de eficácia limitada bem como as normas programáticas, que são aquelas que necessitam de atuação normativa para garantir aplicabilidade.

Referente aos legitimados para a propositura da ADIn por omissão, são os mesmos da ADIn genérica, ou seja, todos os entes e pessoas elencados no artigo 103, incisos I ao IX da Constituição Federal bem como, a aplicação de todas as peculiaridades abordadas em ADIn genérica, como por exemplo, a pertinência temática para a propositura da ação.

O procedimento a ser seguido pela ADIn por omissão é o mesmo da ADIn genérica mas com algumas peculiaridades. No caso de ADIn por omissão não há prazo para a propositura da ação, havendo entretanto necessidade de verificar caso a caso a existência do transcurso de tempo razoável, que já houvesse permitido a edição de norma faltante. Ademais, nesta ação também não é necessário a oitiva do Advogado-Geral da União bem como sua citação para defender a norma, tendo em vista que aqui não há norma a ser impugnada ou defendida.

Já quanto aos efeitos da decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal, segundo Kildare Gonçalves Carvalho (2010, p. 531):

---

<sup>10</sup> Súmula 339 do STF: não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia.

A decisão de procedência da ação de inconstitucionalidade por omissão tem seu conteúdo e alcance previstos no art. 103, parágrafo 2º, da Constituição Federal, ou seja, determina-se que seja cientificado o Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de atribuições de natureza administrativa, para fazê-lo no prazo de trinta dias, ou, segundo a Lei n. 9.868/99, em prazo razoável, como acima se verificou. Trata-se de uma declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade.

Assim, conforme visto, dada a sentença pelo STF, conforme o artigo 103, parágrafo 2º, deverá o STF dar ciência ao Poder ou órgão competente. No caso de Órgão administrativo, deverá intimá-lo a tomar as providências necessárias em 30 dias (a fixação deste prazo autoriza futura responsabilização deste órgão no caso de não cumprimento do estipulado em sentença).

No caso do Poder Legislativo, deverá dar ciência para a tomada de providências necessárias, sem prazo preestabelecido. Aqui, não pode o Judiciário “obrigar” o legislativo a legislar já que se trata de sua função típica e, caso o Judiciário assim o fizesse, estaria ferindo a tripartição dos poderes. Assim, não havendo prazo, não há que se falar em responsabilização pela não elaboração da lei necessária para suprir a omissão legislativa em debate.

Declarada a inconstitucionalidade e dada ciência ao Poder Legislativo, fixa-se, judicialmente a ocorrência da omissão, a qual possuirá efeitos retroativos *ex tunc* e *erga omnes*, permitindo-se, portanto, sua responsabilização por perdas e danos, na qualidade de pessoa de direto público da União Federal, se da omissão ocorrer qualquer prejuízo para quem quer que seja.

Por fim, no tocante a competência para a propositura desta ação é originariamente do Supremo Tribunal Federal, conforme artigo 103, parágrafo 2º da Constituição Federal.

Ademais, deve-se ponderar também o último tipo de ADIn prevista em nosso ordenamento jurídico, qual seja, a ADIn interventiva.

### 4.1.3 Ação direta de inconstitucionalidade interventiva

O artigo 18, *caput*, da Constituição Federal estabelece que “A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos [...]”. Assim, percebe-se que nenhum ente da federação deve intervir no outro.

Entretanto, a Constituição estabelece uma exceção, permitindo-se a intervenção nos casos taxativos do artigo 34 e seus incisos da Constituição Federal.

A União poderá intervir nos Estados e no Distrito Federal, conforme o artigo 34 e, nos Municípios localizados em Território Federal nas hipóteses do artigo 35 da mesma Constituição. Já os Estados poderão intervir em seus Municípios, conforme entabula o artigo 35 da Carta Magna. Esta exceção está calcada na violação dos chamados “princípios sensíveis”, pois, a regra é o princípio da “não-intervenção” (RUSSO, 2010, p. 68)

Estes princípios sensíveis são regramentos de competência legislativa, administrativas e tributárias que os Estados-membros bem como o Distrito Federal devem seguir em suas administrações, dentre os quais, pode-se elencar: a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; b) direitos da pessoa humana; c) autonomia municipal; d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta.

Assim, ferindo algum destes regramentos, caberá ao interessado a propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva.

O objeto da ADI interventiva é a lei, ato normativo, omissão, ato governamental estadual que violem os princípios sensíveis da Constituição Federal ou, no caso dos estados e do Distrito Federal, a Constituição Estadual.

A legitimidade para a propositura desta ação é exclusiva do Procurador-Geral da República, dependendo de provimento a ser concedido pelo Supremo Tribunal Federal.

A competência para julgar a ADIn interventiva é do Supremo Tribunal Federal se for acerca da violação dos princípios sensíveis por algum Estado-Membro. Se for de caráter municipal o ato a ser impugnado, a competência se transfere ao Tribunal de Justiça do Estado por intermédio de seu Órgão Especial.

As finalidades desta decisão são duas, sendo uma de caráter político e outra de caráter jurídico. O caráter jurídico se dá quando da declaração da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, sendo esta inconstitucionalidade formal ou material. Já o caráter político é a decretação de intervenção federal em um estado ou no Distrito Federal, afastando o Governador eleito e colocando em seu lugar um interventor.

Uma vez julgada procedente a ação, após seu trânsito em julgado, o STF comunicará a autoridade interessada, bem como o Presidente da República para que este realize a intervenção federal disposta no artigo 84, X, da Constituição Federal. No entanto, tal intervenção dependerá de requisição ao Supremo Tribunal Federal.

Ademais, faz-se necessário o estudo da Ação Direta de Constitucionalidade, a seguir, para um melhor entendimento do controle concentrado brasileiro.

#### **4.1.4 Ação declaratória de constitucionalidade (ADECON)**

A Emenda Constitucional n° 03/93 foi que introduziu ao ordenamento jurídico brasileiro esta forma de controle de constitucionalidade. Sua finalidade precípua é declarar que certa lei ou ato normativo é absolutamente constitucional, afastando, portanto, qualquer incerteza da constitucionalidade bem como preservando a segurança jurídica de nosso país, já que, conforme já foi explanado nos primeiros capítulos deste trabalho, todas as normas são presumidamente constitucionais, ou seja, a presunção de constitucionalidade é relativa.

Segundo Sylvio Motta e William Douglas (2002, p. 142) diversos constitucionalistas brasileiros se mostraram contrários a esta nova modalidade de controle. Tamanho foi o alvoroço destes doutrinadores, que foi proposta uma ADIn pela Associação dos Magistrados Brasileiros tendo por finalidade analisar se o texto da Emenda 03/93 era mesmo constitucional. O STF se posicionou pela constitucionalidade da Emenda, decisão esta que afasta qualquer possibilidade de questionamento, tendo em vista o efeito ambivalente da ADIn (já abordado anteriormente).

O objeto da ADECON é a lei ou ato normativo federal que tenha surgido após a Emenda Constitucional 03/93 e que esteja sendo duramente atacada por juízes e tribunais inferiores, buscando-se com esta ação, portanto, que seja afastado o controle difuso acerca desta lei ou ato normativo.

Outro ponto importante acerca do objeto da ADECON é a comprovação, na petição inicial, da controvérsia judicial que coloque em risco a presunção de constitucionalidade do ato normativo em questão, com o fim de permitir ao Supremo Tribunal Federal o conhecimento das alegações em favor e contra a constitucionalidade bem como a maneira que vê sendo decididas as causas que envolvem tais matérias.

Os legitimados para a propositura desta ação são os mesmos legitimados a propositura da ADIn (rol do artigo 103 da Constituição Federal).

A competência para o processamento e o julgamento desta ação, assim como das ações anteriores, é originariamente do Supremo Tribunal Federal, conforme artigo 102, I, "a" da Constituição Federal.

O procedimento da ADECON se assemelha ao da ADIn. Entretanto, é necessário fazer algumas observações a respeito: 1) Não é necessária a citação do Advogado-Geral da União tendo em vista não haver nenhum ato ou texto impugnado já que nesta ação o pleito principal é a afirmação de que a norma é absolutamente constitucional; 2) O Procurador-Geral da República, ante o disposto no artigo 103, parágrafo 1º da Constituição Federal, deverá ser previamente ouvido, emitindo parecer. 3) É vedada a intervenção de terceiros bem como a desistência da ação e, 4) A decisão é irrecorrível, ressalvada a possibilidade de oposição de embargos de declaração, não podendo, por fim, ser objeto de ação rescisória.

Conforme artigo 102, parágrafo 2º da Constituição, os efeitos da declaração de constitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal em sede de ADECON, terão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo. Assim, a ADECON terá os efeitos: *erga omnes*, *ex tunc*, e vinculante no que toca aos órgãos do Poder Judiciário e à administração pública federal, estadual, distrital e municipal.

Ademais, deve ficar claro que se a ação for julgada procedente, a norma será declarada absolutamente constitucional. Se julgada improcedente, a norma considerada inconstitucional (efeito ambivalente da decisão – assim como na

ADIn). Por fim, há ainda a possibilidade de a ação ser julgada parcialmente procedente, ou seja, parte da norma será considerada inconstitucional.

Por último, será abordado sobre a ADPF, ação essa distinta das demais estudadas até o momento.

#### 4.1.5 Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF)

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) está prevista no artigo 102, parágrafo primeiro da Constituição e regulamentada pela Lei n.º 9882/99.

A ADPF é uma espécie de controle de constitucionalidade e tem como objeto, conforme ensina Alexandre de Moraes (2009, p. 782)

[...] três hipóteses – para **evitar** lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público; para **reparar** lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público e quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição; ressalte-se que a arguição de descumprimento de preceito fundamental deverá ser proposta em face de atos do poder público já concretizados, não se prestando para a realização de controle preventivo destes atos. Igualmente, (...) não será cabível contra Súmulas do Supremo Tribunal Federal, que “não podem ser concebidos como atos do Poder Público lesivos a preceito fundamental”, pois “os enunciados de Súmula são apenas expressões sintetizadas de orientação reiteradamente assentadas pela Corte, cuja revisão deve ocorrer de forma paulatina, assim como se forma os entendimentos jurisprudenciais que resultam na edição dos verbetes”. (grifei)

Percebe-se, então, o nítido caráter preventivo na primeira situação, na qual visa evitar lesão de preceito fundamental resultante de ato do Poder Público bem como, o caráter repressivo na segunda hipótese reparar lesão de preceito fundamental, devendo haver um nexo de causalidade entre a lesão ao preceito fundamental e o ato do Poder Público (inclusive decretos regulamentares).

Há também a hipótese prevista no parágrafo 1º, do artigo 1º, da Lei 9.882/99 (por equiparação), no qual prevê a possibilidade de arguição quando for



relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre a lei ou ato normativo federal, estadual e municipal, incluídos as anteriores à Constituição. Nesta hipótese, conforme Pedro Lenza (2009, p. 251) “(...) deverá ser demonstrada a divergência jurisdicional (comprovação da controvérsia judicial) relevante na aplicação do ato normativo, violador do preceito fundamental”.

De acordo com o artigo 102, parágrafo 1º, da Constituição Federal, a competência originária para o julgamento da ADPF é do Supremo Tribunal Federal.

Os legitimados para a propositura da ADPF são os mesmos da ADIn genérica, previstos no artigo 103, I a IX da Constituição Federal e no artigo 2º, incisos I a IX da Lei 9.868/99, com as observações sobre a pertinência temática já comentadas sobre a ADIn genérica.

A ADPF possui caráter subsidiário, isto é, a lei expressamente veda a possibilidade de arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar o ato de lesão contra a um preceito fundamental.

Aqui no procedimento da ADPF, o Advogado Geral da União (assim como na ADIn) exerce múnus de curador do ato impugnado.

Quanto aos efeitos da decisão, preceitua o artigo 10º da Lei 9882/99 que “julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental”.

A decisão proferida em sede de ADPF terá efeito *erga omnes*, vinculante a todos os órgãos do Poder Público e *ex tunc* ou seja, tem efeito retroativo.

Entretanto, conforme comenta Arnold Torres Paulino (2011):

Apesar de produzir efeitos *erga omnes* e *ex tunc*, pode o STF, tendo em vista razões de segurança jurídica e excepcional interesse social, modular os efeitos da decisão (art. 11). Essa modulação poderá ser: (i) subjetiva, consistindo numa limitação da eficácia *erga omnes*, para dela excluir determinadas situações; (ii) temporal, resultando numa mitigação dos efeitos retroativos da decisão. Quanto à modulação temporal, poderá ela ser: 1) restrita, quando excluir da retroatividade determinado lapso temporal anterior à sentença; 2) prospectiva, quando resultar numa declaração constitutiva (*ex nunc*); 3) *pro futuro*, quando for estabelecido como termo inicial da produção dos efeitos um momento posterior à sentença.

Assim, neste sentido, percebe-se que os efeitos da decisão aqui proferida não é tão rígida, podendo haver modulação dos efeitos de praxe de acordo com o caso concreto a ser analisado.

Ademais, cabe a análise acerca do controle difuso, a ser abordado na sequência.

## **4.2 Controle difuso**

O controle difuso baseia-se no reconhecimento da inconstitucionalidade de um ato normativo por qualquer órgão, Juiz ou Tribunal componente do Poder Judiciário em face de um caso concreto submetido a sua apreciação. O órgão do Poder Judiciário que declarar a inconstitucionalidade de uma norma concernente ao objeto da lide deixará de ser aplicada a este caso, especificamente.

Historicamente, o controle difuso de constitucionalidade surgiu nos Estados Unidos América com o famoso caso de Marbury versus Madison, conforme será tratado no tópico a seguir.

### **4.2.1 Origem histórica – Marbory VS. Madison**

Segundo conta a história, tudo começou quando o então presidente dos EUA, John Adams, não foi reeleito nas eleições presidências dos Estados Unidos da América, perdendo seu cargo para o candidato da oposição Thomas Jefferson.

Segundo Pedro Lenza (2009, p. 177) o embate se deu, pois:

Adams resolveu, antes de ser sucedido por Jeferson, nomear diversas pessoas ligadas ao seu governo como juízes federais, destacando-se William Marbury, cuja “comissão” para o cargo de “juiz de paz” do condado de Washington foi assinada por Adams, sem, contudo, ter-lhe sido entregue.

Jefferson, por sua vez, ao assumir o governo, nomeou James Madison como seu Secretário de Estado e, ao mesmo tempo, por entender que nomeação de Marbury era incompleta até o ato da “comissão”, já que esta ainda não lhe havia sido entregue, determinou que Madison não mais efetivasse a nomeação de Marbury.

Naturalmente, Marbury acionou Madison pedindo explicações. Sem resposta, Marbury resolveu impetrar writ of mandamus, buscando efetivar a sua nomeação

Após longos anos, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América analisou detalhadamente o caso e, em tal análise, percebeu que não seria competente para o julgamento do caso, haja vista não haver disposição expressa acerca da competência da Suprema Corte em julgar este tipo de ação, não podendo esta competência ser ampliada pela Lei Judiciária de 1789. Por tal razão, era inconstitucional o artigo 13 desta lei, uma vez que atribuía à Corte Suprema competência originária para expedir *mandamus*<sup>11</sup>.

Até então, a regra era a de que lei posterior revogava lei anterior. No entanto, depois de um longo tempo de análise do caso pela Suprema Corte dos Estados Unidos, concluiu-se que a Constituição dos Estados Unidos corrobora o princípio essencial a todas as constituições escritas, segundo a qual é nula qualquer lei incompatível com a Constituição e, que os Tribunais bem como os demais departamentos, são vinculados por esse instrumento (LENZA, 2009, p. 178).

Deste modo, pode-se afirmar que a ideia de controle difuso de constitucionalidade deve a este famoso caso julgado pelo Juiz John Marshall no ano de 1803, no qual decidiu que, havendo conflito entre a aplicação de uma lei em um caso concreto e a Constituição, deve prevalecer a Constituição, por ser hierarquicamente superior.

Com efeito, percebe-se que a partir deste caso, todo magistrado ou Tribunal tem o direito bem como o dever de se manifestar sobre a compatibilidade das demais normas e atos com a Constituição, sendo que essa decisão deve se restringir apenas ao caso concreto, ou seja, o efeito será *inter parts*.

Anote-se, porém, que os juízes e os Tribunais devem ser provocados em questão preliminar sobre a (in) constitucionalidade de determinada norma, caso não seja essa provocação os julgadores estarão impedidos de analisar se a norma no caso em exame encontra ou não amparo na Constituição Federal.

---

<sup>11</sup> Mandado de Segurança

#### 4.2.2 Controle difuso no Brasil

No Brasil, como já visto em capítulos anteriores, o controle difuso apareceu pela primeira vez na Constituição de 1824, estando presente até hoje na Constituição de 1988.

Conforme já explanado do tópico anterior, o controle difuso se dá quando da discussão jurídica em um processo comum e suscita-se a dúvida sobre a constitucionalidade de um ato normativo relacionado com a lide. Daí então surge a necessidade de o Poder Judiciário apreciar a constitucionalidade de tal ato normativo para proferir a sua decisão no processo. Assim, ao analisar a questão constitucional, como antecedente necessário e indispensável ao julgamento do mérito do caso em exame, o juiz ou tribunal estará realizando o denominado controle difuso.

Percebe-se, neste contexto que a análise da norma não é a questão principal da demanda em questão. Por tal razão, tal modalidade de controle é chamada de via de exceção ou incidental.

A legitimação, neste modelo de controle, se dá pelas próprias partes do processo. Assim, autor, réu, eventuais terceiros intervenientes no processo e o representante do Ministério Público (quando atua no feito como fiscal da lei – *custos legis*) podem suscitar que determinada lei é (in) constitucional e pleitear a declaração, no feito, (para as partes) de sua (in) constitucionalidade para aquele caso concreto, com efeitos para, somente, aquelas partes.

Além destes, conforme leciona Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2008, p. 41) “[...] o juiz ou tribunal, de ofício, independente de provocação, poderá declarar a inconstitucionalidade da lei, afastando a sua aplicação ao caso concreto, já que esses têm por poder-dever a defesa da Constituição”.

Este tipo de controle pode ser suscitado em qualquer tipo de demanda (processo de conhecimento, de execução, etc) em que haja um interesse concreto em discussão, qualquer que seja sua natureza (cível, criminal, eleitora, etc).

Tal discussão acerca da constitucionalidade de uma norma de forma incidental pode também, por óbvio, chegar ao Supremo Tribunal Federal. Conforme explica Pedro Lenza (2009, p. 179):

No tribunal competente, distribuído o processo para uma turma, câmara ou seção (...), verificando-se que existe questionamento incidental sobre a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo, suscita-se uma **questão de ordem** e a análise da constitucionalidade de lei é remetida ao **pleno**, ou **órgão especial** do tribunal, para resolver aquela questão suscitada. Neste sentido é que o art. 97 da CF/88 estabelece que somente pelo voto da **maioria absoluta** de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público<sup>12</sup>. Temos aqui a chamada **cláusula de reserva de plenário**. (grifos do autor)

Assim, após esta fase, poderá a questão chegar ao Supremo Tribunal Federal por meio de recurso extraordinário (artigo 102, III, “a”, “b”, “c” e “d”) que, assim como no Tribunal de segunda instância, realizará o controle difuso, de forma incidental, observadas as regras do artigo 97<sup>13</sup> da Constituição Federal.

Segundo Lenza (2009, p. 180), este artigo 97 é “[...] condição de eficácia jurídica da própria declaração de inconstitucionalidade dos atos do Poder Público”. Neste sentido, ele destaca a Súmula Vinculante n° 10 (STF), *in verbis*:

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

No entanto, em razão do princípio da economia processual, da segurança jurídica bem como, o alcance da racionalização da instituição judiciária brasileira, o STF vem entendendo que não há necessidade de todo este trâmite

<sup>12</sup> Pedro Lenza (2009, p.. 179) explica que, nos termos do art. 93, inciso XI da Constituição Federal (redação dada pela Emenda Constitucional 45/2004), nos tribunais com número superior a 25 julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de 11 e o máximo de 25 membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por antiguidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno.

<sup>13</sup> **Art. 97.** Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

complexo, tendo em vista a repetição desmesurada de causas versantes da mesma matéria, vinculadas a interpretação de uma mesma norma.

Esta tendência foi confirmada pela Lei n° 9.756/98, que, acrescentando um parágrafo único ao artigo 481, parágrafo único, do Código de Processo Civil estabeleceu que:

**Art. 481 [...]**

**Parágrafo único** - Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão. (Acrescentado pela L-009.756-1998)

Assim, só há necessidade de reunir o pleno do Tribunal se a norma em discussão não tiver nenhum pronunciamento a respeito.

Quanto aos efeitos da decisão (como já comentado anteriormente), a regra geral é que os efeitos são só para as partes e ninguém mais. Por tal razão esta decisão produzirá efeitos retroativos (*ex tunc*), ou seja, a lei será declarada nula de pleno direito desde sua edição.

Entretanto, já houve julgados do STF dizendo que tal decisão poderia ter efeito para o futuro, ou seja, efeito *ex nunc*<sup>14</sup> bem como o efeito *erga omnes*, ou seja, é válida para todos.

Estes efeitos incomuns serão abordados no tópico seguir para que, na sequência, possa-se abordar especificamente sobre a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade.

---

<sup>14</sup> O caso mais comentado na doutrina é o julgamento do RE 197.917 no qual o STF reduziu o número de vereadores do Município de Mira Estrela de 11 para 9 e determinou que referida decisão só atingisse a próxima legislatura.

#### **4.2.2.1 Efeito *erga omnes* no controle difuso**

O efeito *erga omnes* no controle difuso possui três vertentes as quais devemos ponderar. Este efeito, como já visto, não é a regra no controle difuso. Assim, para que este seja aplicado em uma decisão na via incidental, devemos observar: 1) Competência do Senado Federal – aplicação do artigo 52, inciso X, Constituição Federal; 2) Objetivação do Recurso Extraordinário e, 3) Súmula Vinculante.

Neste sentido, pondera-se o que de mais importante se têm de cada uma destas vertentes nos tópicos a seguir.

##### **4.2.2.1.1 Competência do Senado Federal – aplicação do artigo 52, inciso X, Constituição Federal**

Quando o Supremo Tribunal Federal, exercendo sua prerrogativa de incidentalmente analisar que uma norma é inconstitucional, a decisão aqui proferida deve ser comunicada ao órgão interessado bem como, após a ocorrência do trânsito em julgado, ao Senado Federal, por meio de ofício a Mesa Diretora (conforme dispõe o artigo 178 do Regimento Interno do STF), para que este suspenda a execução, no todo ou em parte, da lei ou ato normativo declarado inconstitucional, a fim de atingir a eficácia geral, isto é, o efeito *erga omnes*.

A prerrogativa conferida ao Senado Federal está prevista no artigo 52, inciso X, da Constituição Federal e este poderá suspender a eficácia da norma por meio de Resolução.

Para que ocorra esta suspensão, via de regra, conforme mostra Walber de Moura Agra (2008, p. 596-597), faz-se necessário a existência de diversas causas no Supremo Tribunal Federal que abordem da mesma questão de inconstitucionalidade de determinada lei para que o Senado possa suspendê-la e, com tal atitude, declarar eficácia *erga omnes* à mencionada decisão.

Entretanto, a suspensão da lei só valerá à partir do momento que a resolução do Senado for publicada na Imprensa Oficial. Assim, verifica-se que à

partir da suspensão realizada pelo Senado, a norma não terá mais eficácia da data da publicação da Resolução na Imprensa Oficial e, portanto, os efeitos desta Resolução serão *erga omnes* e *ex nunc*, não retroagindo.

Ressalte-se, contudo, que o Senado Federal não possui prazo para o pronunciamento acerca da suspensão, já que a definição de um prazo violaria a separação dos poderes bem como, a competência originária de cada órgão (no caso em exame, a competência do Senado - como um órgão do Legislativo que é - em elaborar leis).

Conforme se denota, o Senado é competente tão somente para suspender a lei ou ato normativo declarado inconstitucional pela via difusa, não tendo, portanto, competência para revogar a norma em questão.

Devido à tamanha discricionariedade do Senado Federal em suspender ou não a eficácia da norma declarada inconstitucional quando entender conveniente e, defende-se, atualmente, em alteração da competência do Senado Federal por meio da chamada “mutação constitucional” que nada mais é do que a reforma da constituição sem modificações expressas na Constituição Federal.

Segundo Uadi Lammêgo Bulos (1997, p. 54) mutação constitucional é “o fenômeno mediante o qual os textos constitucionais são modificados sem revisões ou emendas”.

Neste sentido, busca-se a maior efetividade e segurança jurídica na prestação da jurisdição constitucional por meio desta mutação constitucional bem como, com a implantação da súmula vinculante e a objetivação do Recurso Extraordinário, temas estes a serem discutidos a seguir.

#### **4.2.2.1.2 Objetivação do recurso extraordinário**

A objetivação do Recurso Extraordinário foi a primeira manifestação concreta que visou a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. O ministro Gilmar Mendes se posicionou no sentido do recurso extraordinário possuir caráter objetivo. O citado caso de Gilmar Mendes deu origem a emenda nº 12 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.



Isto ocorre, por exemplo, na repercussão geral no recurso extraordinário (artigo 543-A e parágrafos do Código de Processo Civil<sup>15</sup>), que, inclusive, poderá se implementar por amostragem quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia (artigo 543-B e parágrafos do Código de Processo Civil<sup>16</sup>).

Devido à tamanha exigência de repercussão geral do assunto no momento da interposição do recurso, é que aludido instrumento deixa de ter caráter marcante subjetivo (ou seja, para apenas as partes) e passa a assumir a função de defesa da ordem constitucional objetiva.

Verifica-se aqui, portanto, o início da grande evolução do controle de constitucionalidade no Brasil, mais, especificamente, no controle difuso de constitucionalidade.

---

<sup>15</sup> **Art. 543-A.** O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo. (Acrescentado pela L-011.418-2006)

§ 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

§ 2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral.

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.

§ 4º Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário.

§ 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.

§ 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§ 7º A Súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão.

<sup>16</sup> **Art. 543-B.** Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo. (Acrescentado pela L-011.418-2006)

§ 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.

§ 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.

§ 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.

§ 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.

§ 5º O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral.

Inicialmente, houve a objetivação do recurso extraordinário e, secundariamente, houve a introdução da súmula vinculante, instituto este que será abordado a seguir.

#### 4.2.2.1.3 Súmula vinculante

Não há como abordar o tema “abstrativização do controle difuso de constitucionalidade” sem antes explicar sobre a súmula vinculante.

A súmula vinculante teve origem com a emenda Constitucional nº 45/2004 que inseriu o artigo 103-A da Constituição Federal<sup>17</sup>. O Supremo Tribunal Federal é o órgão competente para edição de súmulas vinculantes. Estas súmulas vinculam todos os órgãos do Poder Judiciário, da Administração Pública direta e indireta, nas três esferas (federal, estadual e municipal).

O maior objetivo do legislador foi uniformizar as decisões que tratam da mesma matéria, tornando mais eficaz a justiça brasileira e evitando o ingresso de novas ações discutindo matérias que já se encontram pacificadas. Veja que não se trata de controle concentrado, mas sim difuso, pois são reiteradas decisões que fazem com que certa súmula vinculante seja editada.

Corroborando o objetivo acima declinado, diz Marina Martins (2012, s.p.):

---

<sup>17</sup> **Art. 103-A.** O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Acrescentado pela EC-000.045-2004) (Regulamentado pela L-011.417-2006)

[obs.dji.grau.4](#): Processo Administrativo

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

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

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

[...] a Súmula Vinculante, instituto de Direito Processual, foi introduzida ao ordenamento jurídico pátrio, com o objetivo de conferir maior celeridade nos julgamentos, garantir a efetividade na aplicação das leis, e ainda afiançar a aplicação uniforme da jurisprudência resultante do Supremo Tribunal Federal.

Neste sentido, verifica-se que a maior intenção do legislador foi agilizar os processos em trâmite e evitar processos temerários que abordem sobre o mesmo tipo de assunto.

No que pese a boa vontade do legislador, observa-se, contudo, que o magistrado se torna submisso a súmula. Na visão de Marina Martins (2012, s.p.), com o advento deste instituto, o magistrado passou a ser um mero aplicador de súmulas já que, por si próprio, não pode julgar de maneira diversa a esculpida na súmula vinculante. Sobre o tema, ela ensina:

Ressalta-se que a súmula, pelo seu efeito vinculante, não pode ser ignorada pelo Magistrado, sendo certo que se não for aplicada ao caso concreto, sem motivação, ou aplicada de forma indevida, caberá reclamação por um dos legitimados, que será dirigida ao Supremo Tribunal Federal, que poderá anular o ato ou determinar que outra decisão seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso, nos termos do artigo 103 – A, parágrafo 3º, da Constituição Federal.

[...] considerando a obrigatoriedade do cumprimento da Súmula Vinculante, é importante destacar que o desrespeito poderá ensejar a responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal das autoridades prolatoras, conforme dispõe o artigo 9º<sup>91</sup> da Lei Federal nº 11.417/2006.

De qualquer modo, considerando que o julgador sempre deverá justificar a decisão, em constatando a ausência de identidade entre a matéria apreciada e aquela objeto da súmula, poderá discorrer justificativa a concluir pela presença elemento diferenciador, o que o desobrigará a aplicação do entendimento sumulado.

Verifica-se, portanto, que se o magistrado, utilizando seu direito constitucional de livre convencimento, julgar de maneira diversa da súmula, deverá justificar detalhadamente sua decisão, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal.

Com efeito, a súmula vinculante faz com que não se tenha entendimentos diferenciados de um Tribunal para outro, ocasionando, assim, uma diminuição de processos que versem do mesmo assunto e não estejam em consonância com a súmula vinculante em questão.

Ademais, conforme explana Marina Martins (2012, s.p.), a súmula vinculante é severamente criticada pela doutrina. Isto por que, seria este instituto pautado de inconstitucionalidade pois, além de violar os princípios da separação dos poderes, confere ao Poder Judiciário o direito de legislar e, ainda, violaria o duplo grau de jurisdição já que impede que os magistrados julguem de acordo com o seu livre convencimento.

No que pese o entendimento contrário da doutrina, há que se reconhecer que a súmula vinculante contribui amplamente para a aplicação efetiva de princípios constitucionais como a celeridade e economia processual.

Deste modo, após conhecer todos os institutos inseridos no controle de constitucionalidade brasileiro, passa-se, então, ao tema do presente trabalho propriamente dito no capítulo seguinte.

## 5 ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

A abstrativização do controle difuso de constitucionalidade é uma nova tendência a ser aplicada aos efeitos produzidos por uma decisão dada em sede de controle incidental de constitucionalidade.

Tal tendência é mensurada na doutrina moderna de Pedro Lenza, por exemplo, como “teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença” (2012, p. 278).

Observa-se que a jurisprudência atual dos Tribunais Superiores (STF e STJ) possuem inclinação a estender os alcances dos efeitos de uma decisão proferida em sede de controle concentrado a uma decisão dada em via incidental (difusa), que, em regra, tem tão somente efeito para as partes envolvidas na lide e não possui efeito vinculante (ou seja, não é para todos), passaria, portanto, esta decisão a ter os mesmos efeitos de uma decisão dada em sede de ADIn, por exemplo, ou seja, teria essa decisão efeito *erga omnes* e vinculante.

Neste sentido, o já citado caso de “Mira Estrela” bem como, veja o que parece ser o primeiro julgado neste sentido pelo colendo Supremo Tribunal de Justiça acerca da progressão do regime de cumprimento em crimes hediondos:

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, PARÁGRAFO 1º, DA LEI N° 8.072/90 – INCONSTITUCIONALIDADE – EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia de 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, parágrafo 1º, da Lei n° 8.072/90. (STF – HC n° 82.959/SP – Rel. Min. Marco Aurélio – DJ 01.09.2006).

Deste modo, iniciou-se uma nova tendência que, conforme será visto, se mostra cada vez mais presente no controle difuso de constitucionalidade brasileiro.

### **5.1 Hipóteses de ocorrência da abstrativização do Controle Difuso de Constitucionalidade**

A abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, como mencionado anteriormente, é uma tendência fortíssima na jurisprudência brasileira. Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal tem construído jurisprudência para sanar o problema da suspensão de lei declarada inconstitucional, transcendendo os efeitos dos motivos determinantes do controle difuso sobre a coisa julgada, suprimindo, portanto, a participação do Senado, por meio de resolução. A este fenômeno dá-se o nome de “abstrativização do controle difuso”.

Com a ocorrência da abstrativização do controle difuso, atenderia, simultaneamente, ao desejo da parte interessada em ver atendido o seu direito constitucional ante a celeridade processual, sem a necessidade de dirigir-se ao Tribunal Maior ou esperar o Senado Federal editar a resolução que suspenda a lei declarada inconstitucional, seguindo o trâmite previsto no artigo 52, X, da Constituição Federal, bem como auxiliaria o Judiciário a racionalizar seus serviços em relação à análise e julgamento de processos idênticos.

Neste sentido, Michele Franco Rosa (2011, s.p.) diz:

Assim, põe-se em foco, objetivamente, a questão de como harmonizar a eficácia da decisão sobre a constitucionalidade da norma no caso concreto com as imposições dos princípios constitucionais da isonomia – que é absolutamente incompatível com eventuais tratamentos diferentes em face da mesma lei quanto forem idênticas as situações -, e da segurança jurídica, que recomenda o grau mais elevado possível de certeza e estabilidade dos comandos normativos. Há, ademais, uma razão de ordem prática: se a norma é aplicável a um número indefinido de situações, não faz sentido repetir, para cada uma delas, o mesmo julgamento sobre a questão constitucional já resolvida em oportunidade anterior. Essas são razões a demonstrar que as decisões a respeito da legitimidade das normas têm vocação natural para assumir uma projeção expansiva, para fora dos limites do caso concreto.

Os argumentos utilizados pelos adeptos dessa corrente consistem no risco produzido pela decisão proferida em controle difuso, que ao gerar efeitos

apenas entre as partes litigantes, acaba por fragilizar os princípios da isonomia e da segurança jurídica. Esse sistema permite a existência de decisões contraditórias, umas declarando a constitucionalidade, e outras reconhecendo a inconstitucionalidade do mesmo diploma normativo.

A repetição desnecessária do julgamento da mesma questão também resulta por desrespeitar o princípio da economia processual, abarrotando os tribunais com demandas idênticas, que desvirtuam a prestação da função jurisdicional.

Isso decorre do fato de não se adotar, no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, em especial na modalidade incidental, a teoria do *stare decisis* do direito norte-americano, que consiste no respeito à força do precedente.

Como se vê, a abstrativização do controle difuso nada mais é do que um meio mais eficaz de julgamento de demandas pelo Judiciário, no qual se busca a aplicação real de princípios constitucionais como a economia processual, a segurança jurídica, a celeridade e igualdade.

A abstrativização vem aos poucos aparecendo nas decisões do Supremo Tribunal Federal, na medida em que os ministros analisam a matéria e sugerem a abstrativização do controle difuso. Um exemplo disso é o já citado caso de Mira Estrela. Neste julgado, o Supremo Tribunal Federal se utilizou de regras especificadas para a aplicação do controle concentrado, qual seja, o artigo 27 da Lei nº 9.868/99, no qual determina que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade valham para o futuro, isto é, terão efeitos *ex nunc* (ressalte-se que, em regra, uma decisão de controle difuso possui efeitos retroativos, ou seja, *ex tunc*).

Para uma melhor visualização do caso citado, segue a ementa da decisão proferida pelo STF no Recurso Extraordinário nº 197.917 (caso Mira Estrela):

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MUNICÍPIOS. CÂMARA DE VEREADORES. COMPOSIÇÃO. AUTONOMIA MUNICIPAL. LIMITES CONSTITUCIONAIS. NÚMERO DE VEREADORES PROPORCIONAL À POPULAÇÃO. CF, ARTIGO 29, IV. APLICAÇÃO DE CRITÉRIO ARITMÉTICO RÍGIDO. INVOCAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A POPULAÇÃO E O NÚMERO DE VEREADORES. INCONSTITUCIONALIDADE, INCIDENTER TANTUM, DA NORMA MUNICIPAL. EFEITOS PARA O FUTURO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. 1. O artigo 29, inciso IV da Constituição Federal, exige que o número de Vereadores seja proporcional à população dos Municípios, observados os limites mínimos e máximos fixados pelas alíneas a, b e c. 2. Deixar a critério do legislador municipal o estabelecimento da composição das Câmaras Municipais, com observância

apenas dos limites máximos e mínimos do preceito (CF, artigo 29) é tornar sem sentido a previsão constitucional expressa da proporcionalidade. 3. Situação real e contemporânea em que Municípios menos populosos têm mais Vereadores do que outros com um número de habitantes várias vezes maior. Casos em que a falta de um parâmetro matemático rígido que delimite a ação dos legislativos Municipais implica evidente afronta ao postulado da isonomia. 4. Princípio da razoabilidade. Restrição legislativa. A aprovação de norma municipal que estabelece a composição da Câmara de Vereadores sem observância da relação cogente de proporção com a respectiva população configura excesso do poder de legislar, não encontrando eco no sistema constitucional vigente. 5. Parâmetro aritmético que atende ao comando expresso na Constituição Federal, sem que a proporcionalidade reclamada traduza qualquer afronta aos demais princípios constitucionais e nem resulte formas estranhas e distantes da realidade dos Municípios brasileiros. Atendimento aos postulados da moralidade, impessoalidade e economicidade dos atos administrativos (CF, artigo 37). 6. Fronteiras da autonomia municipal impostas pela própria Carta da República, que admite a proporcionalidade da representação política em face do número de habitantes. Orientação que se confirma e se reitera segundo o modelo de composição da Câmara dos Deputados e das Assembleias Legislativas (CF, artigos 27 e 45, § 1º). 7. Inconstitucionalidade, incidenter tantum, da lei local que fixou em 11 (onze) o número de Vereadores, dado que sua população de pouco mais de 2600 habitantes somente comporta 09 representantes. 8. Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário conhecido e em parte provido.

Deste modo, evidencia-se cada vez mais o controle difuso se aproximando do controle concentrado. Isto por que, demonstra-se no julgado acima colacionado que, em respeito ao princípio da segurança jurídica bem como, a prevalência do interesse público, no caso em exame, deu-se a decisão a eficácia *ex nunc*, ou seja, esta decisão passou a valer de sua publicação. Ademais, observe-se que este não é o efeito usual de decisões proferidas em controle difuso pois, se mostra claro a importância deste caso para a proliferação da modulação dos efeitos da decisão em sede de controle difuso.

Assim, cabe demonstrar uma louvável conclusão feita por Marcos Vinícius Lopes Montez (2007, s.p.) acerca da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. *In verbis*:

É fato que Supremo, atualmente, encontra-se assoberbado de processos que, muitas vezes, somente atingem interesses meramente privados, o que demanda uma real restrição de tais litígios à sua apreciação.



É fato, também, que o próprio papel do Senado Federal no controle difuso se mostra um tanto anacrônico, frente à coexistência do controle concentrado, posto que se a decisão do Supremo, em sede de controle concentrado, possui efeitos *erga omnes* e vinculantes, não se mostra razoável que a mesma decisão emitida pelo Supremo (diga-se, plenário) ao julgar determinada matéria, causa de pedir em um controle difuso, tenha apenas eficácia *inter partes*.

É certo que tais hipóteses são excepcionais, na medida em que somente quando a Turma afetar a análise da matéria ao plenário do Supremo Tribunal Federal é que se suscita a tese da abstrativização do controle difuso.

O argumento da desnecessidade de se chegar a mutação constitucional do art. 52, inciso X, da Constituição Federal, dispensando-se, portanto, a abstrativização do controle difuso, na medida em que o Poder Constituinte Derivado disponibilizou o instrumento da Súmula Vinculante é sedutor, posto que ambos os institutos (abstrativização do controle difuso e Súmula Vinculante) geram os mesmos efeitos – *erga omnes* e vinculante.

Contudo, tal argumento não soluciona o problema, posto que o quorum para se aprovar Súmula Vinculante é de dois terços, diverso daquele para se declarar a inconstitucionalidade – maioria absoluta. O Poder Constituinte Derivado teria sido mais feliz se estabelecesse o mesmo quorum de maioria absoluta para a Súmula Vinculante.

Sem embargo, portanto, das críticas dirigidas a mutação constitucional do art. 52, inciso X, da Constituição Federal, vemos na adoção da abstrativização do controle difuso o caminho para uma melhor prestação da jurisdição constitucional, na medida em que diminuirá, certamente, a interposição de inúmeros recursos/ações autônomas de impugnação objetivando reformar decisões dos tribunais/juízes, tendo em vista que a matéria já foi pacificada pelo plenário.

Não se mostra acertada, *data maxima vênia*, ao menos frente à realidade brasileira, sobre eventual quebra de separação dos poderes, muito menos sobre ausência de legitimidade democrática nas decisões do Judiciário.

Isto porque, tal alteração de paradigma é resultado das tantas crises enfrentadas pelo Poder Legislativo – diga-se nesse ponto, crise de (im)probidade – bem como da inércia legislativa, tão repelida pela sociedade.

Tais argumentos, rechaçando a tese da abstrativização do controle difuso, caso tivéssemos um legislativo um pouco mais probo e eficaz, exercendo mesmo as funções esperadas de um poder de Estado. Contudo, este não é o caso do Brasil, ao menos atualmente.

Vê-se neste texto que, a abstrativização é uma tendência atual em nossa jurisprudência.

Com a conclusão apresentada pelo ilustre jurista, fica claro que nosso sistema jurisdicional e legislativo é falho. Isto por que, se assim não fosse, não seria necessário que o Poder Judiciário exercesse a função legislativa no tocante a elaboração de “leis” quando da edição de súmula vinculante bem como, declarando a eficácia vinculante e *erga omnes* em sede de controle difuso de constitucionalidade, isto é, tornando aplicável a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade.

Entretanto, há quem diga que esta teoria não é a melhor além de não ser constitucional. Tais posicionamentos serão abordados no tópico adiante.

## **5.2 (In) Constitucionalidade das Decisões Baseadas na Abstrativização do Controle Difuso de Constitucionalidade**

Há quem diga que as decisões proferidas em sede de controle incidental nas quais tenham por base a teoria da abstrativização do controle difuso seriam totalmente inconstitucionais. Isto porque, tal decisão estaria violando flagrantemente a disposição contida no artigo 52, X, da Constituição Federal que determina a competência exclusiva do Senado Federal em suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Segundo Anderson Ricardo Gomes (2010, s.p.), “[...] ao submeter a proposta mutação constitucional do art. 52, X, [...] à análise da preservação dos princípios fundamentais de nossa Carta Política é que se destaca a sua insubsistência”.

No entendimento deste jurista, a tese apresentada pelos doutrinadores que apóiam esta teoria despreza os princípios basilares da hermenêutica constitucional, tais como o princípio da máxima efetividade da norma constitucional, já que esta teoria impede a total aplicação normativa do inciso X do artigo 52 à hipótese que abstratamente regula; o princípio da unidade da Constituição, na medida em que despreza o modelo híbrido de controle de constitucionalidade brasileiro; o princípio da força normativa da Constituição, uma vez que sem observar o conteúdo semântico do inciso X do artigo 52, desconsidera a sua norma e, por fim, o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, já que, a seu ver, o resultado da aludida norma não é razoável tendo em vista a redação do dispositivo constitucional (GOMES, 2010, s.p.).

Neste sentido, observa-se que nem todos aceitam a ideia da abstrativização do controle difuso como uma tese inovadora e eficaz para adentrar ao nosso ordenamento jurídico.

Corroborando tal assertiva, afirma Gomes (2010, s.p.):

Quanto ao resultado interpretativo, segundo os questionados doutrinadores, o conteúdo da norma constante no inciso X do art. 52 da Constituição é de que o Senado Federal tem a mera função de dar publicidade à decisão definitiva proferida pela Corte Constitucional brasileira, sem qualquer natureza substancial em sua manifestação.

Tal interpretação exclui a competência política conferida exclusivamente ao Senado Federal, pelo poder constituinte originário, caracterizando uma interferência constitucionalmente vedada do Poder Judiciário no Poder Legislativo e, por corolário, afrontando o Princípio da Separação dos Poderes, consagrado no art. 2.º da Constituição Federal.

Cabe lembrar que o mencionado princípio foi adotado em nossa Constituição como mecanismo para impedir o fortalecimento em demasia de um dos Poderes em face dos outros, situação que criaria um ambiente institucional propício à afronta dos direitos fundamentais dos cidadãos pelo Estado, assim como já advertia Montesquieu em sua obra clássica **O espírito das leis**.

Há que se considerar a decisão política fundamental do poder constituinte originário que optou por instituir um modelo de controle de constitucionalidade jurisdicional misto, no qual há convivência harmônica entre os modos de controle de constitucionalidade concreto ou difuso e o abstrato ou concentrado.

Por outro lado, não há como deixar de observar que o constituinte originário efetivamente conferiu poder político e substancial ao Senado Federal para aquilatar a conveniência e oportunidade (num juízo político, pautado pelo critério do interesse social e segurança jurídica das relações estabilizadas) da extensão *erga omnes* da decisão definitiva de inconstitucionalidade, proferida pelo Supremo Tribunal Federal no exercício de controle concreto ou difuso de constitucionalidade.

Conforme denota-se, a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade pode causar violação a princípios e normas constitucionais, violando a Separação dos Poderes bem como a própria norma do artigo 52, X, da Constituição Federal.

Concluindo seu raciocínio, assevera Gomes (2010, s.p.):

Assim, concluímos pela invalidade, e conseqüente inaplicabilidade, da tese da abstrativização ou objetivação do controle concreto ou difuso de constitucionalidade, na medida em que tem seu fundamento jurídico-constitucional de validade em nova interpretação da norma constante no inciso X do art. 52 da Constituição Federal, resultante de mutação constitucional abusiva, nos termos dos fundamentos retro expostos.

No que pese o respeitável entendimento de Gomes, deve-se ponderar os argumentos apresentados pelos autores defensores da tese de abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, vista no tópico anterior, como Marcos Vinícius Lopes Montez, já que este considera a efetiva aplicação de princípios norteadores da Constituição Federal como a celeridade, a economia processual e a segurança jurídica.

Ademais, plausível os argumentos de ambas as correntes já que fundamentados em princípios e normas norteadoras de nossa Constituição. No entanto, deve-se ter em mente que a Justiça tem a obrigação de ser efetiva e ágil, devendo em certos momentos deixar de lado o formalismo de nossa Constituição ou, também, se problema é o artigo 52, X, da Constituição, porque não reformá-lo? Ou ainda, editar uma nova lei que regule o instituto da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade para que este não cause insegurança jurídica? Talvez falte uma maior discussão na doutrina bem como boa vontade do Poder Legislativo brasileiro.

## 6 CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, demonstrou-se no presente trabalho a discussão eminente que envolve o tema “abstrativização do controle difuso de constitucionalidade”.

Para uma melhor compreensão do tema, fez-se necessário breves considerações sobre controle de constitucionalidade que entende-se como o conjunto de atos executados pelos três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) com a finalidade de fiscalizar e verificar se as normas infraconstitucionais estão de acordo com a Lei Maior de nosso país, isto é, com a Constituição Federal.

Com o presente estudo observa-se que o complexo sistema de controle de constitucionalidade nem sempre foi como se vê atualmente. Compreende-se que houve uma demorada evolução histórica dos procedimentos de realização da fiscalização dos atos e leis de nosso ordenamento jurídico.

Inicialmente, nota-se que ao mesmo tempo em que na Constituição de 1934 houve uma enorme mudança nas formas de controlar as leis do nosso país, em 1937, houve um enorme retrocesso, pois voltou o Poder Executivo (que em 1934 era a figura do Imperador) a ter poder discricionário sobre o controle das decisões realizadas pelo Poder Judiciário da época.

Somente em 1946 é que voltaram à tona todas as inovações trazidas pela Carta de 1934. Tendo como base tal estudo, observa-se que demorou mais de sessenta anos para que o sistema de controle de constitucionalidade chegasse à complexidade em que se encontra nos dias de hoje (ou seja, após de 1988).

Ademais, foi importante destacar cada uma das modalidades de controlar a constitucionalidade das leis e atos normativos previstos em nosso ordenamento jurídico, o modo como são aplicados juridicamente, seus procedimentos, objetos, legitimados além dos órgãos competentes para julgar tais ações.

Em especial, explanou-se acerca do controle difuso no Brasil, bem como a nova tendência utilizada no Brasil de aplicar o efeito *erga omnes* as decisões proferidas em sede de controle difuso, utilizando-se de instrumentos como a súmula vinculante e a objetivação no recurso extraordinário.

Discutiu-se, por último, o que é e quando ocorre a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, além de se ponderar as divergentes opiniões acerca da constitucionalidade das decisões que tenham por base este instituto.

No que pese os argumentos lançados no presente trabalho, conclui-se que a abstrativização do controle difuso é um instituto no qual deve ser aprimorado, revisto e normatizado por nosso Legislativo pois, trata-se de instituto inovador e com características que devem ser consideradas.

O instituto em questão mostrou-se preservar veementemente os princípios da economia processual, celeridade, segurança jurídica, além de garantir que tantos processos de natureza idêntica cheguem até o órgão de cúpula do Supremo Tribunal Federal, desafogando, assim, a suprema corte do país.

Percebe-se com o presente estudo que, para que tal instituto seja aceito e melhor compreendido pelos juristas a ele contrários, faz-se necessário sua regulamentação constitucional, já que a aplicação dele tem sido realizada apenas por construção jurisprudencial.

Assim, a presente pesquisa pôde demonstrar a importância e relevância do tema abordado bem como demonstrar quais as saídas para que este instituto seja verdadeiramente implantado e aplicado dia-a-dia desde os tribunais de primeiro grau até a suprema corte do Supremo Tribunal Federal.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 9. Ed, ver., atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição** : fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

BRASIL. **Código de processo civil**: lei n.5.869, de 11-1-1973. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

BRASIL. Constituição. **Constituições do Brasil**: (de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967 e suas alterações ). Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1986. 2 v.

BRASIL. Constituição (1988).. BRASIL Senado Federal. Serviço Gráfico. **Constituição**: República Federativa do Brasil : 1988. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1988.

BRASIL. Legislação. **Lei nº 9.756/98** . Brasília: Senado, 1998.

BRASIL. Legislação. **Lei nº 9.868/99**. Brasília: Senado, 1999.

BRASIL. Legislação. **Lei nº 9882/99**. Brasília: Senado, 1999.

BRASIL. Legislação. **Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: STF, 1970.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. Habeas Corpus. Progressão de Regime em Crimes Hediondos. Habeas Corpus nº 82.959/SP. Paciente: Oseas de Campos. Brasília, DF. **Lex** – Jurisprudência do STF. Rel. Min. Marco Aurélio – DJ 01.09.2006.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Administrativo. Recurso Extraordinário. Número de vereadores proporcional à população. Recurso Extraordinário nº 82.959/SP. Recorrente: Ministério Público Estadual. Recorridos: Câmara Municipal de Mira Estrela e Outros. Brasília, DF. **Lex** – Jurisprudência do STF. Rel. Maurício Corrêa – DJ 07.05.2004.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed., ref. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**: teoria do Estado e da constituição; direito constitucional positivo. 16. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2010

CHIMENTI, Ricardo Cunha (et al). **Curso de Direito Constitucional**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GOMES, Anderson Ricardo. Crítica à tese da abstrativização ou objetivação do controle concreto ou difuso de constitucionalidade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2616, 30 ago. 2010 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17300>>. Acesso em: 13 out. 2012.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.



LORENCINI, Bruno César. **Direito constitucional**: teoria geral da constituição e controle de constitucionalidade. São Paulo: Atlas, 2010.

MARTINS, Marina. Súmula vinculante . **Jus Navigandi**, Teresina, [ano 17, n. 3320, 3 ago. 2012](#) . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22228>>. Acesso em: 29 out. 2012.

MONTEZ, Marcus Vinícius Lopes. A abstrativização do controle difuso. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1627, 15 dez. 2007 . Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/10711>>. Acesso em: 13 out. 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da; SANTOS, William Douglas Resinente dos. **Controle de constitucionalidade**: uma abordagem teórica e jurisprudencial. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.

PAULINO, Arnold Torres. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: breves considerações sobre o instituto. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2995, 13 set. 2011 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19977>>. Acesso em: 15 set. 2012.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Controle de Constitucionalidade**. 7.ed. ver. atual. Niterói: Impetus, 2008.

ROSA, Michele Franco. A abstrativização do controle difuso de constitucionalidade . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 3082, 9 dez. 2011 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20586>>. Acesso em: 13 out. 2012.

RUSSO, Luciana. **Direito constitucional**. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

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