



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE DIREITO**

LEONARDO DE OLIVEIRA ALMEIDA

**OBJETIVAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE
CONSTITUCIONALIDADE**

SOUSA - PB

2007

LEONARDO DE OLIVEIRA ALMEIDA

**OBJETIVAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE
CONSTITUCIONALIDADE**

**Monografia apresentada ao Curso de
Direito do Centro de Ciências Jurídicas e
Sociais da Universidade Federal de
Campina Grande, como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em
Ciências Jurídicas e Sociais - Direito.**

Orientadora: Professora Jaciara Farias Sousa.

SOUSA - PB

2007



A447o Almeida, Leonardo de Oliveira.
Objetivação do controle difuso de constitucionalidade. /
Leonardo de Oliveira Almeida. - Sousa - PB: [s.n], 2007.

63 f.

Orientadora: Professora Ma. Jaciara Farias Sousa.

Monografia - Universidade Federal de Campina Grande; Centro de Formação de Professores; Curso de Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais - Direito.

1. Direito constitucional. 2. Controle de constitucionalidade. 3. Recurso extraordinário. 4. Reforma do Judiciário I. Sousa, Jaciara Farias. II. Título.

CDU: 342(043.1)

Elaboração da Ficha Catalográfica:

Johnny Rodrigues Barbosa
Bibliotecário-Documentalista
CRB-15/626

LEONARDO DE OLIVEIRA ALMEIDA

OBJETIVAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento dos requisitos necessários para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovada em: de de 2007.

COMISSÃO EXAMINADORA

Jaciara Farias Sousa – Esp. em Proc. Civil - UFCG
Prof^o.: Orientadora

Examinador (a)

Examinador (a)

A Deus, por que sem ele esse momento não seria possível na minha vida; aos meus pais: Dona Graça e Seu Betinho, que sempre fizeram de tudo para que esse sonho se tornasse realidade; aos meus irmãos, Pio e Naiane; ao tio Leomax e toda sua família, que sempre acreditam em mim, sempre incentivando em todos os momentos.

AGRADECIMENTOS

A todos aqueles que direta ou indiretamente contribuíram de alguma forma para que esse dia chegasse e, que, me ensinaram a superar as dificuldades da vida, mostrando que os obstáculos se colocam nas nossas vidas para serem superados com perseverança, fé e vontade. Agradecer especialmente aos meus pais (dona Graça e seu Betinho); ao Cuzcuzão (Tiago, Augusto, Pedro Ivo e todos os demais membros); A todos os familiares em geral (avós, tios, primos, etc.); a tio Leomax, tia Fátima e seus filhos Junior, Bimbo e Jaqueline e, ainda a Juninho (Hidelbrando) e a Héldon; e, por fim, aos amigos que fizeram desses cinco anos inesquecíveis. A minha orientadora Jaciara Farias, por ter emprestado parte de seu tempo para pacientemente me ajudar neste trabalho.

**UFCG - CAMPUS DE SOUSA
BIBLIOTECA SETORIAL**

“Não há melhor maneira de exercitar a imaginação do que estudar direito. Nenhum poeta jamais interpretou a natureza com tanta liberdade quanto um jurista interpreta a verdade”.

(Jean Giraudox)

RESUMO

A Constituição se encontra no ápice da pirâmide do Ordenamento Jurídico, diante dessa premissa é que reside a necessidade de todas as leis e atos normativos inferiores respeitá-la não dispondo em contrariedade com a mesma. É através do Controle de Constitucionalidade que se realiza a análise da adequação da norma em face da CF/88. Esse Controle é realizado de duas formas, a concentrada ou via de ação e a difusa ou via de exceção. O Controle de Constitucionalidade na via de ação se realiza pelo STF, pelas ações diretas de inconstitucionalidade e o controle difuso se dá pelos juízes, desde a primeira instância podendo chegar até o Supremo, através de Recurso Extraordinário, desde que atendidos os requisitos. A questão que se propõe é a de que o Supremo Tribunal Federal, em decisões recentes, vêm concedendo às mesmas, em sede de Controle difuso efeitos diversos do previsto na CF/88, qual seja, está atribuindo às decisões em sede de Controle Difuso de Constitucionalidade efeito contra todos, em vez de incidir apenas no caso concreto, conforme dispõe a constituição. Esse fenômeno vem acontecendo de duas formas, a saber, através das Súmulas Vinculantes, novidade trazida a efeito através da Emenda Constitucional nº. 45/04, chamada de reforma do Judiciário. A outra maneira pela qual esse fenômeno vem se consolidando na Corte Suprema é, por meio de Recurso Extraordinário, através de um fenômeno ao qual a doutrina denomina de Mutação Constitucional, para justificar a maneira pela qual o STF vem se posicionando pelo efeito *erga omnes*, mesmo em sede de controle difuso. Essa teoria vem se consolidando no Direito pátrio em virtude das decisões supramencionadas sempre apresentando como justificativa a teoria da mutação constitucional. Buscou-se durante a pesquisa apresentar processos histórico-evolutivos importantes para melhor compreensão do tema em estudo, demonstrando uma visão geral do Controle de Constitucionalidade, do Recurso Extraordinário e, ao final, demonstrar como o Poder Judiciário vem se amoldando a essa nova tendência de abstração do Controle de Constitucionalidade. A conclusão apontada pela pesquisa é no sentido de que, apesar de dúvidas quanto a aplicação da abstração dos efeitos em sede Controle de Constitucionalidade, dos aspectos negativos apresentados por seus opositores, essa tendência se mostra plausível diante da necessidade agilizar o Poder Judiciário, da necessidade que urge de evitar que demandas passem anos nos Tribunais quando o STF tenha um posicionamento firmado. É inconcebível que pessoas se utilizem das vias judiciais com o único propósito de procrastinar o exercício do Direito por quem de fato o detém. Essa nova tendência do Direito pátrio constitui um marco na evolução do mesmo, representando um significativo avanço para a sociedade e para as relações jurídicas em seu seio constituídas. Justifica-se este estudo pelos recentes julgados do STF, que abrem margem para exploração do tema. O objetivo é demonstrar como se dá essa abstrativização do controle de constitucionalidade difuso e as teorias que o motivaram. Para realização do presente trabalho foi utilizado o método histórico-jurídico, sendo utilizado para tanto, doutrinas expressas através de livros e artigos científicos publicados na internet.

Palavras-chaves: Controle de constitucionalidade. Recurso extraordinário. Abstrativização.

ABSTRACT

The Constitution is found in the apex of the pyramid of the Legal system, ahead of this premise it is that the necessity of that inhabits all the inferior laws and normative acts to respect not making use of it in opposition with the same one. It is through the Control of Constitutionality that it carries through the analysis of the adequacy of the norm in face of the CF/88. This Control is carried through of two forms, intent or the way of action and diffuse or the way of exception. The Control of Constitutionality in the action way it carries through for the STF, the direct actions of unconstitutionality and the diffuse control is of the one for the judges, since lower court being able to arrive until the Supreme one, through Appeal to the Brazilian Supreme Court, since that taken care of the through Appeal to the Brazilian Supreme Court, since that taken care of the requirements. The question that it considers is of that the Supreme Federal Court, in recent decisions, comes granting the same ones, in headquarters of diffuse Control diverse effect of the foreseen one in the CF/88, which is, is attributing to the decisions in headquarters of Diffuse Control of Constitutionality effect against all, instead of happening only in the case concrete, as it makes use of the constitution. This phenomenon comes happening of two forms, namely, through the Binding Abridgements, brought newness the effect through the Constitutional Emendation nº. 45/04, called reform of the Judiciary one. To another way for which this phenomenon comes if consolidating in the Supreme Court it is, by means of Appeal to the Brazilian Supreme Court, through a phenomenon which the doctrine calls of Constitutional Mutation, to justify the way for which the STF comes if locating for the effect it raises omnes, exactly in headquarters of diffuse control. This theory always comes if consolidating in the native Right in virtue of the supramentioned decisions presenting as justification the theory of the constitutional mutation. One searched during the research to present important processes description-evolutivos for better understanding of the subject in study, demonstrating a general vision of the Control of Constitutionality, of the negative aspects presented by its opponents, this trend if shows reasonable ahead of the necessity to speed the Judiciary Power, of the necessity that urge to prevent that demands pass years in the Courts when the STF has a firm positioning. It is inconceivable that people if use of the ways judicial with the only intention to procrastinate the right of action for who in fact withhold it. This new trend of the native Right constitutes a landmark in the evolution of the same, representing a significant advance for the society and the legal relationships in its seio constituted.

Word-keys: Control of constitutionality. Appeal to the Brazilian. Supreme court and abstraction.

SUMÁRIO

RESUMO.....	06
ABSTRACT.....	07
INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO 1 DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	14
1.1 Histórico do Controle de Constitucionalidade.....	15
1.1.1 Origem do Controle de Constitucionalidade no Brasil.....	16
1.1.2 Controle de Constitucionalidade após a Constituição.....	18
1.2 Conceito e finalidade.....	18
1.2.1 Pressupostos para o controle de Constitucionalidade.....	19
1.2.2 Natureza jurídica dos órgãos que efetuam o controle.....	20
1.2.3 Momentos de atuação do Controle.....	21
1.3 Espécies do Controle de Constitucionalidade.....	22
1.3.1 Controle Concentrado de Constitucionalidade.....	23
1.3.2 Espécies de controle concentrado.....	24
1.3.2.1 Ação direta de inconstitucionalidade genérica.....	24
1.3.2.2 Ação direta de inconstitucionalidade interventiva.....	25
1.3.2.3 Ação direta de inconstitucionalidade por omissão.....	25
1.3.2.4 Ação declaratória de constitucionalidade.....	25
1.3.2.5 Efeitos do Controle concentrado de constitucionalidade.....	26
1.4 Controle Difuso de Constitucionalidade.....	27
1.4.1 Controle difuso nos Tribunais.....	27
1.4.2 Efeitos do Controle Difuso de Constitucionalidade.....	28
CAPÍTULO 2 DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO E SUA FUNÇÃO NO	
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	30
2.1 Do conceito de recurso no Ordenamento Jurídico brasileiro.....	31
2.2 Admissibilidade do Recurso Extraordinário.....	33
2.2.1 Pressupostos gerais.....	33
2.2.2 Destaque-se, ainda, os pressupostos específicos.....	35
2.3 Efeitos do recurso.....	37
2.4 A Reforma do Judiciário e o novo Recurso Extraordinário.....	39
2.5 Recurso Extraordinário no Controle de Constitucionalidade Difuso.....	40
2.5.1 Efeitos da suspensão da lei declarada inconstitucional pelo Senado Federal.....	42
2.5.2 Amplitude da Decisão do Senado Federal.....	42
2.5.3 Controle Difuso em sede de Ação Civil Pública.....	43
CAPÍTULO 3 DA OBJETIVIDADE DO CONTROLE DE	
CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO.....	45
3.1 A influência da Emenda Constitucional 45/2004 na objetivação do Controle de Constitucionalidade Difuso.....	46
3.2 A Súmula Vinculante e a objetivação do Controle de Constitucionalidade Difuso.....	47
3.3 Outras formas de manifestação da objetividade do Controle de Constitucionalidade Difuso.....	50

3.3.1 Jurisprudência do STF sobre a aplicação dessa nova tendência.....	53
3.4 A análise das vantagens e desvantagens da ampliação dos efeitos da decisão em sede de Controle de Constitucionalidade Difuso.....	55
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	59
REFERÊNCIAS.....	63

INTRODUÇÃO

O Controle de constitucionalidade é o meio idôneo para garantir a supremacia da Constituição Federal em face das demais normas e dos demais atos normativos existentes no ordenamento jurídico. Não obstante, muitas vezes esse controle se dá de forma incidental, ou seja, o Controle de Constitucionalidade é realizado em face do caso concreto, cujos efeitos são diversos do obtido na declaração de inconstitucionalidade pela via de ação, sendo o principal efeito daquele o fato de a sentença somente valer em relação às partes litigantes na demanda, em contraposição ao controle realizado em via de ação no qual os efeitos da sentença se voltam contra todos.

Em virtude do fato de no controle difuso a sentença somente produzir efeitos entre as partes faz que chegue, através de Recurso Extraordinário junto ao STF, uma enxurrada de ações todas com o mesmo fundamento de fato e de Direito, sendo, pois, uma das causas da morosidade que é o Poder Judiciário brasileiro.

No entanto, um fenômeno interessante vem ocorrendo na jurisprudência pátria, qual seja, o da relativização dos efeitos da sentença em sede de Controle Difuso, que em vez de restringir às partes envolvidas na questão, o Supremo Tribunal Federal vem ampliando os efeitos da mesma, em recentes decisões, para que valham, então, contra todos, esse fenômeno é chamado de abstrativização do controle de constitucionalidade difuso.

Outra maneira pela qual, o STF, vem ampliando os efeitos da decisão do Controle Difuso de constitucionalidade, ou pelo menos, goza da permissão legal para isso, é através das Súmulas Vinculantes, instituto introduzido pela Emenda Constitucional nº45/04, que passou a permitir que o Supremo, depois de reiteradas

decisões acerca de matéria constitucional emitia Súmula com o poder de vincular as instâncias inferiores do Poder Judiciário, provocando, também, uma relativização do Controle Difuso ao permitir que STF após decisões no mesmo sentido em torno de matéria constitucional emita a supramencionada, Súmula Vinculante.

Tal atitude, em vez de somente produzir seus efeitos em relação às partes envolvidas no caso concreto a sentença passa a vincular todos os níveis do Poder Judiciário, seja através das súmulas vinculantes, seja através da relativização dos efeitos da decisão da sentença em sede de Controle Difuso de constitucionalidade.

O presente trabalho se propõe à análise dessa questão da introdução da Súmula vinculante e da teoria da mutação constitucional, geradores da abstrativização do controle de constitucionalidade difuso, de importância incomensurável para o futuro do Direito pátrio.

Já que surge como uma solução para o problema da sobrecarga do Poder Judiciário, em virtude de intermináveis discussões sobre matérias já solidificadas no entendimento do Supremo, fazendo com que determinadas matérias com posicionamento já firmado pelo STF, sejam decididas nos juízos inferiores e que seus eventuais recursos sejam indeferidos de plano.

O objetivo deste trabalho é estudar de forma mais aprofundada essa nova tendência do Direito pátrio, as teorias que o inspiraram e EC. 45/04, que teve também importância para o implemento da abstrativização do controle de constitucionalidade difuso.

A realização deste trabalho foi possível, tendo em vista, julgados recentes do STF, no sentido dessa abstrativização do controle de constitucionalidade difuso, possibilitando uma análise pormenorizada acerca do tema.

Para a confecção do presente trabalho de conclusão de curso a metodologia

empregada foi histórico-jurídico. Sendo utilizados, para tanto, pesquisa bibliográfica, constituída por livros, artigos científicos colhidos na internet, em revistas e outras publicações que de alguma forma tratava do tema, seja diretamente ou através dos temas conexos ao tema principal.

No primeiro capítulo serão abordados os aspectos históricos e gerais do Ordenamento Jurídico como um todo, a teoria do Ordenamento Jurídico, a supremacia da Constituição Federal em face das demais normas, os aspectos gerais e históricos do Controle de Constitucionalidade desde sua origem, o regramento constitucional acerca do mesmo, suas espécies, formas de atuação, os seus efeitos, enfim, todas as peculiaridades que envolvem o Ordenamento Jurídico e o Controle da Constitucionalidade da Leis no Direito pátrio e no Direito internacional.

O segundo capítulo trata dos Recursos em Geral, o seu conceito, e depois dá ênfase ao Recurso Extraordinário dada a sua importância para o estudo do Controle Difuso de Constitucionalidade, tratando de sua admissibilidade, de seus pressupostos, gerais e específicos, a importante questão do pré-questionamento e da Repercussão geral, os efeitos do Recurso Extraordinário, as modificações trazidas a esta espécie de recurso após a EC 45/04, e, no final traz a relação do Recurso Extraordinário em face do Controle Difuso de Constitucionalidade das leis.

O terceiro capítulo vem discorrendo acerca da ampliação dos efeitos do Controle Difuso de Constitucionalidade das leis, as conseqüências trazidas por esse ousado, porém moderno, posicionamento do Supremo Tribunal Federal, como a EC. 45/04, influenciou na relativização do Controle Difuso de Constitucionalidade trazendo a Súmula vinculante, como são criadas as Súmulas vinculantes e os requisitos necessários para a criação da mesma, trata, também, da teoria da Mutação Constitucional, que está sendo utilizada pelo STF para justificar essa

relativização do Controle Difuso de Constitucionalidade, caracterizada pelos efeitos *erga omnes* atribuídos a tais decisões. Por fim, finaliza trazendo as vantagens e desvantagens dessa objetivação do Controle de Constitucionalidade das leis e dos atos normativos.

CAPÍTULO 1 DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O Ordenamento jurídico é um conjunto hierarquizado de normas jurídicas, regras e princípios, que disciplinam coercitivamente as condutas humanas, com a finalidade de buscar harmonia e a paz social. Partindo dessa visão de Ordenamento Jurídico sistemático, pode-se representá-lo através de uma pirâmide, em cujo o topo se encontra a Constituição.

Por este sistema, pode-se compreender que cada dispositivo normativo possui uma norma da qual deriva e à qual está subordinada, cumprindo à Constituição o papel de preponderância - ou seja - o ápice, ao qual todas as demais leis devem ser compatíveis material e formalmente.

Portanto, para o sistema brasileiro, o Ordenamento Jurídico consiste na hierarquia da Constituição face às demais leis ou espécies normativas não podendo estas contrariar a CF/88, pelo fato de aquela ser hierarquicamente superior a esta e, admitir que a norma maior seja contestada por leis inferiores seria admitir a fragilidade do Ordenamento Jurídico como um todo.

Cada ordenamento tem uma norma fundamental. É esta que dá unidade a todas as outras normas, isto é, faz das normas espalhadas e de várias proveniências um conjunto unitário que pode ser chamado ordenamento. Sem uma norma ápice todo o conjunto de leis não formaria um ordenamento e, sim um amontoado de leis.

Daí a importância do Controle de Constitucionalidade para a manutenção de um Ordenamento Jurídico integralizado sem que normas inferiores possam de alguma forma afetarem normas hierarquicamente superiores, como a Constituição. É importante para o crescimento das instituições em uma democracia jovem, recente, como a do Brasil, um sistema forte em que esteja garantida a prevalência da CF/88

sobre as demais norma do ordenamento jurídico.

1.1 Histórico do Controle de Constitucionalidade

O Controle de Constitucionalidade é de origem norte-americana e provavelmente tomou força na doutrina jurídica com o famoso caso Madison X Marbury, onde em 1803, pela primeira vez, um juiz da Corte Suprema americana, John Marshall, declarou inconstitucional uma outra lei (inferior hierarquicamente), tomando como base o entendimento de que a Constituição é o topo do ordenamento jurídico e nenhuma outra lei pode desrespeitá-la. Este caso suscitou um período de hegemonia do Poder Judiciário nos Estados Unidos da América que foi quebrado em virtude da grande depressão mundial de 1930.

Outra vertente do Controle de Constitucionalidade se positivou na Áustria, com a Constituição de 1920, que teve como mentor Hans Kelsen. No primeiro caso, deu-se o controle por via de exceção, controle concreto ou sistema difuso, onde qualquer juiz pode (tem competência para) declarar a inconstitucionalidade das leis e atos normativos no julgamento de casos concretos. Nesse tipo de controle não se atinge a lei em tese, ou seja, os julgados só afetam as partes envolvidas; no segundo, se tem o controle por via de ação, controle abstrato ou sistema concentrado. Aqui o Tribunal provocado por uma ação direta de inconstitucionalidade decidirá sobre a lei em tese. A norma *in abstracto* é atingida e seu efeito é *erga omnes* (contra todos).

1.1.1 Origem do Controle de Constitucionalidade no Brasil

No Brasil, o controle de constitucionalidade foi implantado formalmente com a Carta Política de 1824, onde o controle era, em tese, efetuado pela antiga Assembléia Geral do Império. Este tipo de controle foi influenciado pelo constitucionalismo francês da época, onde a guarda da Constituição ficava a cargo do Poder Legislativo. No Brasil, o Poder Moderador, ou quarto Poder, introduzido pelo jurista Benjamin Constant, teve decisiva participação, pois, a existência do Poder Moderador fazia com que as decisões dos demais Poderes fossem alteradas sem nenhum critério. Assim cabia ao Imperador dirimir os conflitos entre os poderes. A conjuntura histórica e política não permitiam um controle jurisdicional de constitucionalidade das leis.

Com a proclamação da República, o Brasil aderiu ao controle por via jurisdicional na então Constituição de 1891. Sob forte influência do republicanismo norte-americano e de seu fiel admirador Rui Barbosa, prevaleceu o sistema difuso. O controle jurisdicional de constitucionalidade não operou livre do passado. A formação legalista e subserviente dos juizes à Coroa, herdada da cultura ibérica, não permitiram avanços nesse campo.

A Constituição de 1934 aos poucos vai moldando a fisionomia do instituto do Controle de Constitucionalidade. O grande passo nesse momento foi permitir a suspensão de execução das leis declaradas inconstitucionais. Ou seja, antes a lei era julgada inconstitucional caso a caso, após a mudança de 1934 foi possível fulminar (destituir sua legalidade) a lei em tese. Este fato permitiu uma certa aproximação da forma de Controle por via de ação (direta), mesmo que de forma precária (era necessário a concordância do Senado).

Conforme lição de Pedro Lenza (2006, p.95):

A Constituição de 1934, mantendo o sistema de Controle Difuso, estabeleceu, além da Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva, a denominada cláusula de reserva de plenário e atribuição ao Senado Federal de competência para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou ato normativo declarado inconstitucional por decisão definitiva.

A Constituição de 1937 trouxe em seu bojo um entrave ao desenvolvimento e a própria substância do Controle Jurisdicional. Foi permitido ao Presidente da República apresentar novamente ao Parlamento uma lei declarada inconstitucional para que a mesma fosse revalidada. Para tanto, era necessário 2/3 dos votos de cada uma das casas (Câmara e Senado), neste caso, perderia efeito a declaração de inconstitucionalidade do Tribunal.

Essa medida não afetou o Controle de Constitucionalidade, pois, era possível emendar a Constituição com os mesmos 2/3 de votos nas duas casas. Entretanto, é necessário lembrar que a emenda à Constituição ocorre em dois turnos e em ambos exigindo-se o quorum de 2/3 nas duas casas.

A Constituição de 1946 suspendeu a prerrogativa Presidencial de revalidar leis ditas inconstitucionais pelos Tribunais. Também aqui, foi mantido o Controle por via de Exceção, embora persistisse a precariedade no seu uso, pelo qual sua abrangência ficava restrita aos casos de inconstitucionalidade verificados no campo dos Estados-Membros.

Significativa mudança ocorreu com o golpe militar de 1964. Em 26 de novembro de 1965, a emenda número 16 estabeleceu o fim do monopólio do controle difuso. Instituiu-se no Direito brasileiro o sistema híbrido, que se caracteriza pela possibilidade, também, de se efetuar o controle de forma concentrada. É óbvio que as circunstâncias históricas impediram uma ação crível dos juizes do Supremo

Tribunal Federal. O Regime de Exceção provocou a aposentadoria compulsória de alguns Ministros que se recusaram a acatar a ordem revolucionária bem como houve o aumento (temporário) do número de juízes que passaram de 11 para 16, visando assim garantir uma maioria confortável para os desmandos governamentais.

O sistema híbrido de Controle de Constitucionalidade sobreviveu à Constituição de 1988. A forma de acioná-lo foi em muito ampliada sendo, pois, mais um instrumento de defesa dos interesses dos cidadãos e do Estado democrático de Direito.

1.1.2 Controle de Constitucionalidade após a Constituição de 1988

A Constituição cidadã de 1988, dentre as inúmeras inovações que trouxe visando garantir os direitos e garantias fundamentais, inovou também quanto ao controle de constitucionalidade ao prever a inconstitucionalidade por omissão no art. 102, § 2º, e; ampliou a legitimidade para propositura da ação direta de inconstitucionalidade por ação ou omissão, no art. 103 da CF/88. Esta última de importância incomensurável, tendo em vista, que até a carta magna de 1988, só quem detinha essa legitimidade era o Procurador geral da República e, que depois da ampliação do número de "Adins" propostas.

1.2 Conceito e finalidade

O Controle de Constitucionalidade tem por objetivo maior a análise de Atos normativos, verificando sua adequação, formal e material, em face da Constituição Federal. O fundamento é a premissa de que a Constituição é a mais importante

norma do ordenamento jurídico, não podendo, pois, ser admitida a idéia de que normas infraconstitucionais venham de encontro às suas disposições.

Nesse sentido leciona Rodrigo César Rabello Pinho (2000, p.28):

Controle de constitucionalidade é a verificação da adequação vertical que deve existir entre as normas infraconstitucionais e a constituição. É sempre um exame comparativo entre um ato legislativo e a Constituição.

Sendo assim, as leis e atos normativos que contrariem a lei maior devem ser expurgadas, expulsas do ordenamento jurídico. Ainda sobre o tema complementa o supracitado autor (2000, p.28), *ipsis literis*: "Todo ato legislativo ou normativo que contrariar a Lei fundamental de organização do Estado deve ser declarado inconstitucional".

Portanto, é necessário averiguar a adequação das leis ou atos normativos a fim de que as que contrariem o Ordenamento jurídico maior, a Constituição Federal, sejam retiradas para evitar confusão jurídica quanto à sua aplicação e a sua utilização. Para tanto há a necessidade de se buscar mecanismos fortes para tal controle, que é realizado de forma repressiva, buscando uma maior organização do Ordenamento Jurídico.

1.2.1 Pressupostos para o Controle de Constitucionalidade

O conceito e a caracterização do Controle de Constitucionalidade estão intimamente ligados à noção de Constituição que se tenha. Nem toda Constituição necessariamente apresentam um sistema de controle de constitucionalidade como o nosso. Sendo assim, sua existência demanda a verificação de alguns pressupostos, entre os quais: apenas Constituições dotadas de supremacia formal podem ter

controle de Constitucionalidade. A supremacia formal exige que a Constituição seja rígida, e que distinga formalmente as normas constitucionais das infraconstitucionais. Toda constituição rígida é formal.

Portanto, para que haja o controle de constitucionalidade é mister que a Constituição seja rígida, e, que preveja expressamente a distinção entre normas constitucionais e infraconstitucionais e ainda preveja expressamente o controle de constitucionalidade, senão só poderá ser exercido jurisprudencialmente.

1.2.2 Natureza jurídica dos órgãos que efetuam o controle

Várias classificações são atribuídas ao Controle de Constitucionalidade. A Constituição de 1988 estabelece um sistema com várias formas de se exercer de controle de constitucionalidade, podendo este ser realizado através de alguns órgãos, judicial e político.

O controle de constitucionalidade das leis pode ser político, misto, judicial ou por órgãos especiais, como as Cortes ou Tribunais Constitucionais no modelo europeu.

Enquanto o controle político é exercido por um órgão de composição política, fora da estrutura do Judiciário. Desta forma, podem existir órgãos dissociados da estrutura do Judiciário, com a competência por vezes exclusiva e por vezes não, de controlar política e tecnicamente o respeito aos princípios e regras constitucionais.

O controle judicial é o que ocorre através do pronunciamento de um ou mais órgãos do Poder Judiciário. Este é o controle realizado por órgão de organização tipicamente jurisdicional, ou seja, integrante da estrutura do Poder Judiciário. Conforme lição de Pedro Lenza (2006, p.106): "O sistema de controle jurisdicional

dos atos normativos e realizado pelo Poder Judiciário, tanto através de um único órgão (controle concentrado), como por qualquer juiz tribunal (controle difuso)".

O Brasil adotou o sistema jurisdicional misto, ou seja, o controle realizado pelo Poder Judiciário tanto de forma concentrada (controle concentrado), como por qualquer juiz ou tribunal (controle difuso), é chamado de misto por misturar as duas formas de controle, concentrado e difuso, todos exercidos, pelo Poder Judiciário.

1.2.3 Momentos de atuação do Controle

Quanto ao momento de atuação o controle de constitucionalidade pode se dar de forma preventiva, efetuado antes do surgimento da norma, durante o processo legislativo e repressivo exercido, a posteriori, enfim, realizado após a criação da lei ou ato normativo quando esteja no ordenamento jurídico.

O Controle Preventivo conforme lição do mestre Pedro Lenza (2006, p. 101):

É o controle realizado durante o processo legislativo de formação do ato normativo. Logo no momento da apresentação do projeto de lei, o iniciador, a pessoa que deflagrar o processo legislativo, em tese, já deve verificar a regularidade material do aludido projeto de lei.

Enfim, o controle preventivo é o controle realizado ainda na fase de criação da lei, esse controle prévio ou preventivo é realizado pelo Legislativo, pelo Poder Judiciário e pelo Poder Executivo.

Já o Controle Repressivo é realizado após o ato normativo ter sido convertido em lei, ou seja, já existir no ordenamento jurídico e tem por objetivo principal paralisar a sua eficácia.

No Brasil o controle da constitucionalidade se dá marcadamente da forma

jurisdicional-repressiva, a que é exercida pelo Poder Judiciário. A essa forma de controle realizado pelo Judiciário chama-se de jurisdição constitucional. Outra forma de controle é o realizado pelo Executivo e pelo Legislativo, que realizam o chamado controle preventivo, a que ressaltam-se o princípio da presunção da constitucionalidade das leis, ao impedir que normas inconstitucionais possam entrar no Ordenamento Jurídico. Segundo este princípio as normas quando ingressam no Ordenamento Jurídico presumem-se constitucionais até prova em contrário, essa presunção é *juris tantum*, por que admite prova em contrário.

O Controle Preventivo exercido pelo Executivo se dá através do veto jurídico ato privativo do Presidente da República onde este nega prosseguimento de projeto de lei que o mesmo entende inconstitucional. O veto é jurídico justamente porque se fundamenta na inconstitucionalidade da lei ou espécie normativa.

O Poder Legislativo realiza-se através do controle preventivo, nas Comissões de Constituição e Justiça e da Comissão de Constituição e Cidadania das respectivas casas, ambas com a função de analisar a adequação dos projetos de lei em face da Constituição Federal, devendo rejeitar e arquivar toda proposição de projeto de lei eivada de inconstitucionalidade.

Já o Controle Repressivo exercido pelo Poder Judiciário se realiza através do controle concentrado e através do Controle Difuso da Constitucionalidade, que serão aprofundados nos tópicos seguintes.

1.3 Espécies do Controle de Constitucionalidade

O Controle de Constitucionalidade, por sua vez, pode se dar na forma concentrada ou abstrata e na forma difusa ou concreta. A forma concentrada, assim

é denominada por que é realizada concentradamente por um único órgão através das ações previstas na Constituição: ações diretas de inconstitucionalidade (Adin Genérica, Adin por omissão e Adin Interventiva), através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), e, através da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC). O controle Difuso é o que se dá pelas vias ordinárias, ou seja, diretamente no caso concreto.

Conforme de lição de Sérgio Valadão Ferraz (2006, p. 511-512):

No controle por via de ação, o pedido principal do impetrante já é a própria questão de inconstitucionalidade do ato normativo. O impetrante não está defendendo a ordem jurídica em si mesmo.

Na via incidental é exercido por todos os juízes e tribunais no bojo da apreciação dos casos concretos que lhe são submetidos.

Cumpra agora detalhar um pouco mais sobre as formas de controle de constitucionalidade dando ênfase ao Controle Concentrado e, em seguida do Controle Difuso que é de importância para o desenvolvimento do nosso estudo.

1.3.1 Controle Concentrado de Constitucionalidade

A idéia de controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade foi consagrada pela Constituição austríaca de 1920, tendo como principal característica a centralização em um só órgão da análise da constitucionalidade das leis.

No Brasil surge com Emenda Constitucional nº. 16, de 06/12/1965, que atribuiu ao Supremo Tribunal Federal a função de "guardião" da Constituição, ou seja, atribuiu a STF a competência para processar e julgar a adequação das leis e atos normativos em face da Constituição Federal.

Conforme Alexandre de Moraes (2004, p.627):

São várias as espécies de controle de constitucionalidade contempladas pela Constituição Federal:

- a- Ação direta de inconstitucionalidade genérica (Art.102, I, a);
- b- Ação direta de inconstitucionalidade interventiva (Art.36, III);
- c- Ação direta de inconstitucionalidade por omissão (Art. 103 § 2º)
- d- Ação declaratória de constitucionalidade (Art. 102, I a, in fine; EC nº03/93).

1.3.2 Espécies de controle concentrado

Cumpra agora destacar que cada uma das espécies de controle de constitucionalidade concentrado contempladas na CF/88, de uma maneira geral, possuem importância para análise.

1.3.2.1 Ação direta de inconstitucionalidade genérica

Tutela-se, por meio de ação direta de inconstitucionalidade Genérica, busca-se a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em tese, essa ação é marcada pelo seu caráter geral, abstrato e impessoal. Visando, em última análise a expurgação da lei ou do ato normativo tido por inconstitucional do ordenamento jurídico.

Conforme leciona Pedro Lenza (2006, p.116): "O que se busca através da ADIN Genérica é o controle de Constitucionalidade de ato normativo em tese, abstrato, marcado pela generalidade, impessoalidade e abstração".

Conforme se percebe, a principal característica da ação direta de inconstitucionalidade Genérica é a abstração, impessoalidade e generalidade, ou seja, objetiva-se atingir a norma em tese, de forma a retirá-la do Ordenamento Jurídico.

1.3.2.2 Ação direta de inconstitucionalidade interventiva

A ação direta de inconstitucionalidade interventiva é também uma forma de controle de constitucionalidade concentrado, sendo um dos pressupostos da intervenção federal ou estadual, nos Estados-membros e municípios respectivamente, estando o procedimento da intervenção federal prevista nos Arts. 34, 36, III, e 129, IV, da CF/88, e a estadual na forma do Art. 35 da Carta Magna.

1.3.2.3 Ação direta de inconstitucionalidade por omissão

Objetiva esta ação suprir as omissões dos poderes constituídos, que deixarem de elaborar a norma regulamentadora que possibilite o exercício de um direito previsto na CF/88. estabelece o art. 103, § 2º:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

§ 2º - 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.

1.3.2.4 Ação declaratória de constitucionalidade

O que se persegue através dessa ação é a declaração da constitucionalidade da lei ou ato normativo federal, ou seja, objetiva-se com ação declaratória de constitucionalidade o oposto do que se busca nas adins, enfim, pretende-se transformar uma presunção relativa de constitucionalidade em presunção absoluta, evitando-se futuras discussões acerca da matéria.

A respeito dessa ação esclarece Pedro Lenza (2006, p.166):

Esta modalidade de ação foi introduzida no ordenamento jurídico pátrio pela EC. nº3, de 17.03.1993, através da modificação da alteração da redação do Art. 102, I, "a", e acréscimo do §2º do Art. 102, bem como do §4º do Art. 103.

O objetivo desta ação declaratória de constitucionalidade é justamente evitar futuras discussões acerca da matéria. Declara-se a norma constitucional, evitando-se possíveis ações com objetivo de se discutir a constitucionalidade das leis.

1.3.2.5 Efeitos do Controle concentrado de constitucionalidade

Os efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo através do controle concentrado, em regra, são efeitos "erga omnes", ou seja, produz efeitos contra todos.

Outro dos efeitos do controle abstrato é o fato de a decisão a "priori", diz respeito ao alcance da declaração de inconstitucionalidade no Ordenamento Jurídico. Pode, assim, retroagir, desde a feitura da lei - efeito "*ex tunc*", ou então, a lei ser retirada do Ordenamento Jurídico a partir do momento da declaração de inconstitucionalidade ou em um momento posterior.

Conforme lição de Pedro Lenza (2006, p.147): "[...] e também terá efeito retroativo, *ex tunc*, retirando do ordenamento jurídico o ato normativo ou lei incompatível com a Constituição. Trata-se, portanto, de ato nulo".

No entanto, por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social poderá o STF dar efeitos *ex nunc*, essa declaração ocorre por maioria qualificada dos votos de seus membros, o que corresponde a dois terços.

Sendo assim, o Supremo, pode declarar que os efeitos retroajam ao momento da feitura da lei, ou então, produza efeitos a partir da data da decisão que decreta a inconstitucionalidade, ou ainda, a partir de um determinado momento o qual será

determinado pelo STF.

1.4 Controle Difuso de Constitucionalidade

O controle difuso ou concreto de constitucionalidade é a verificação da adequação da lei ou ato normativo com a CF/88 verificando a compatibilidade, no entanto, essa forma de controle se dá em todas as instâncias judiciais, qualquer juiz ou tribunal se apresenta como incidente no processo e não como questão principal.

Conforme lição de Pedro Lenza (2006 págs. 107/108): "O controle de Constitucionalidade, repressivo, ou posterior, é também chamado de controle por via de exceção ou defesa, sendo realizado por qualquer juízo ou tribunal do Poder Judiciário".

1.4.1 Controle difuso nos Tribunais

Desde que respeitadas as regras do Processo Civil, a parte que tem sua postulação preterida, ou seja, a parte sucumbente poderá remeter a apreciação da matéria a um Tribunal superior (*ad quem*). Verificado no Tribunal competente a existência de questionamento (incidental) sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo, suscita-se, o que se chama de questão de ordem, reunindo-se o pleno do Tribunal ou órgão especial do mesmo, afim de que se resolva a questão então levantada.

A questão da análise da constitucionalidade poderá chegar ao Supremo Tribunal Federal (STF), através de Recurso Extraordinário, que assim como nas instâncias inferiores auferirá a análise da constitucionalidade ou não, da lei ou ato

normativo, de forma incidental (e não principal).

O Recurso Extraordinário é apenas umas das formas de manifestação do controle difuso de constitucionalidade junto ao Supremo, existindo outras, tais como o Mandado de Segurança, o Hábeas Corpus, entre outros.

Ainda a respeito da cláusula de reserva de plenário, Sérgio Valladão Ferraz (2006, p. 525):

A chamada cláusula de reserva de plenário (ou de órgão especial) existe para garantir segurança jurídica aos jurisdicionados, evitando-se que possam acontecer decisões contraditórias no âmbito interno de um mesmo tribunal, em relação à matéria constitucional.

O que a cláusula de reserva de plenário busca é a unicidade nos julgados dos tribunais, com isso, evitando decisões dissonantes que provoquem ou que venham a provocar novos questionamentos.

1.4.2 Efeitos do Controle Difuso de Constitucionalidade

Ao contrário do que se dá no controle concentrado, os efeitos no controle difuso só se processam entre as partes, ou seja, *inter partes*, o efeito da decisão se restringe ao caso concreto.

A decisão que declara a inconstitucionalidade incidentalmente no caso concreto opera efeitos pro passado, ou seja, retroage (*ex tunc*), isso por que a decisão prolatada no sentido da inconstitucionalidade torna nula, todos os atos praticados sob sua égide desde sua edição.

É esse entendimento que se depreende da lição de Alexandre de Moraes (2004, p.615):

[...] uma vez que os atos inconstitucionais são nulos e, portanto, destituídos de qualquer carga de eficácia jurídica, alcançando a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, inclusive os atos pretéritos com base nela praticados.

Poderá o STF, através de ofício ao Senado Federal, notificá-lo da decisão, para que este mediante resolução (espécie normativa), suspenda, no todo ou em parte, a execução da lei ou ato normativo declarado inconstitucional.

O fundamento para essa medida se encontra no art. 52, X da Constituição Federal, *ipsis literis*: “[...]Art. 52 - Compete privativamente ao Senado Federal: [...]X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

O Senado Federal com essa medida poderá retirar do ordenamento jurídico a lei ou ato normativo declarado inconstitucional de forma incidental pelo Supremo Tribunal Federal, afastando, assim, a enxurrada de ações com o mesmo fundamento jurídico e, por conseguinte, a morosidade do Poder Judiciário.

CAPITULO 2 DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO E SUA FUNÇÃO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O sistema recursal fundamenta-se na possibilidade de a parte que teve sua pretensão ilidida pelo Poder Judiciário ou a teve de algum modo, atendida, porém, não em sua totalidade, exigindo deste o conhecimento novamente da matéria ou do Direito através de um grupo de pessoas mais experientes. Enfim, encontra seu fundamento maior no inconformismo natural do ser humano.

Os recursos fundamentam-se no princípio do duplo grau de jurisdição, sendo aplicáveis a todas as decisões interlocutórias e sentenças. Através do duplo grau de jurisdição objetiva-se garantir ao ordenamento jurídico como um todo maior segurança, tendo em vista que é inerente às partes o inconformismo diante das decisões que não lhe são totalmente favoráveis, possibilitando-se, assim, que a decisão contestada seja apreciada por um órgão colegiado que possuem mais condições de esgotarem a matéria de forma incontroversa.

O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público. Cumpre ao terceiro demonstrar o nexo de interdependência entre o seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial.

O Ministério Público tem legitimidade para recorrer tanto nos processos em que for parte como também naqueles em que atuou como fiscal da lei.

De acordo com o Art. 500, CPC, cada parte interporá o recurso, independentemente, no prazo e observadas as exigências legais. Sendo, porém, vencidos autor e réu, ao recurso interposto por qualquer deles poderá aderir à outra parte.

A parte, que aceitar expressa ou tacitamente a sentença ou a decisão, não poderá recorrer, podendo, a sentença, ser impugnada no todo ou em parte.

De acordo com o Art. 506, CPC, o prazo para a interposição do recurso

contar-se-á da data:

Art. 506. O prazo para a interposição do recurso, aplicável em todos os casos o disposto no Art. 184 e seus parágrafos, contar-se-á da data:

I - da leitura da sentença em audiência;

II - da intimação às partes, quando a sentença não for proferida em audiência;

III - da publicação da súmula do acórdão no órgão oficial.

Em conformidade com a disposição do Art. 508, CPC, na Apelação, nos Embargos Infringentes, no Recurso Ordinário, no Recurso Especial, no Recurso Extraordinário e nos Embargos de Divergência, o prazo para interpor e para responder é de 15 dias.

No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção.

Finalmente, o julgamento proferido pelo Tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida no que tiver sido objeto de recurso, ou seja, é o chamado efeito substitutivo do recurso.

2.1 Do conceito de recurso no Ordenamento Jurídico brasileiro

Entende-se por recurso o mecanismo processual que visa a provocar um reexame da decisão judicial, antes da coisa julgada formal, ou seja, antes do trânsito em julgado da sentença.

Ao iniciar-se ao estudo do Recurso Extraordinário cumpre-se compreender o conceito de recurso de uma forma mais ampla e abrangente. Assim, elucida José Carlos Barbosa Moreira (apud, Sérgio Baalbaki, 2006, *on line*¹): "Recurso é o remédio voluntário, idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a

¹ <http://jus2.uol.com.br/doutrina/>

invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial que se impugna".

Esse conceito em um só instante serve para definir o que seria recurso e para mostrar quais as finalidades para que se destina. Assim percebe-se, que o recurso é o meio pelo qual a parte inconformada de uma decisão, busca agora em uma instância superior e, conseqüentemente, a reavaliação da questão por um grupo de pessoas que, em tese, seria mais gabaritada.

Uma das espécies de Recurso é o Extraordinário de origem norte-americana, surgiu diante da necessidade de que questões de interesse relevante do Direito pudessem ser discutidas, a despeito da matéria de fato, por um órgão de cúpula, que teria a premissa de manter a integralidade do ordenamento superior (a Constituição Federal) em face de interpretações divergentes de uma mesma matéria de Direito em face deste.

Entende-se assim, que o Recurso Extraordinário é o instrumento idôneo pelo qual a parte incorfomada com uma decisão a contesta em face da Lei Maior, qual seja a Constituição Federal, garantindo a revisão da decisão pelo o Órgão Superior.

Dessas lições depreende-se que o Recurso Extraordinário, ao contrário dos demais Recursos Ordinários, não tem por finalidade somente o interesse do recorrente em obter a reforma de uma decisão impugnada em seu benefício pessoal, mas também tem o objetivo de manter e preservar os princípios superiores da unidade e inteireza do sistema jurídico em vigor, evitando, assim, que interpretações divergentes e contraditórias sobre um mesmo preceito federal (p.ex., acórdãos divergentes) acabem gerando a insegurança e a incerteza quanto à existência dos direitos protegidos por lei.

O Recurso Extraordinário, com a redação dada pela EC. 45 está previsto no Art. 102, III, "a", "b" e "c", da CF/88:

Art. 102- Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

[...] III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) Contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) Declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal;
- c) Julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; [...]

A Constituição Federal dispõe em seu artigo 102, III, a competência para o julgamento do Recurso Extraordinário em causas decididas em única ou última instância, atribuída ao Supremo Tribunal Federal.

O Recurso Extraordinário é, portanto, o recurso cabível diante do inconformismo em relação a decisões inferiores, quanto à matéria constitucional discutida em sede de Controle Difuso, cabendo ao STF, enquanto guardião da Constituição julgá-lo.

2.2 Admissibilidade do Recurso Extraordinário

2.2.1 Pressupostos gerais

Para impetração de qualquer recurso devem estar presentes determinados pressupostos. Que podem ser subjetivos ou objetivos. Os subjetivos são os que se relacionam com determinadas qualidades do recorrente como a legitimidade e o interesse. Já os pressupostos objetivos referem-se às exigências legais para que seja conhecido o recurso (102, III, §3º da CF/88).

Dentre os pressupostos objetivos de admissibilidade dos recursos podem ser citados, a existência de previsão legal do recurso, a adequação, a tempestividade, a regularidade formal e, também, o preparo.

Quanto à existência de previsão legal do recurso, essa decorre da necessidade de expressa previsão legal do recurso para sua devida interposição no caso concreto. Ou seja, a existência de um provimento judicial capaz de ser atacado através de recurso.

A adequação é o requisito segundo o qual para cada decisão existe um recurso, cabe à parte, portanto, a verificação do recurso adequado para determinado caso concreto,

Quanto à tempestividade dos Recursos é verificada com o manejo em tempo hábil para o seu conhecimento. Todo recurso deve ser tempestivo para ser conhecido, isto é, deve ter sido interposto dentro do prazo legal. Trata-se, evidentemente, de uma formulação genérica. Mas cada julgador, diante de um determinado recurso, examinará sua tempestividade em função do prazo que a lei prevê para esse recurso entendendo-se como requisito específico para aquele recurso;

Por regularidade formal entende-se como requisito que prima pela obediência da forma estabelecida em lei é outro pressuposto genérico de admissibilidade dos recursos;

Tem-se ainda o preparo. Entendido como o pagamento das despesas de processamento do recurso, ou melhor, é uma taxa que deve ser paga para que o recurso possa ser conhecido, e cuja falta acarreta na pena deserção. Trata-se de requisito essencial, para os casos onde ele é exigido.

Está disposto no artigo 511, o CPC: "Art. 511 - No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção".

O preparo é uma forma de garantia das custas processuais em função das

despesas ocasionadas pelo recurso, ou seja, via de regra, a parte paga para recorrer.

Em alguns casos a lei dispensa o recolhimento do preparo para a impetração do recurso. Exemplos são os recursos de agravo retido, os embargos de declaração e em todos os demais, quando interpostos pelo MP, Fazenda Nacional, Estadual ou Municipal, autarquias e beneficiários da assistência judiciária.

2.2.2 Destaque-se, ainda, os pressupostos específicos

Pressupostos específicos são, pois, os requisitos essenciais para a impetração do Recurso Extraordinário, ou seja, os requisitos sem os quais o recurso extraordinário não poderá ser conhecido pelo Supremo Tribunal Federal.

Dentre os pressupostos específicos do Recurso Extraordinário podem ser citados, o exaurimento de todos os recursos ordinários cabíveis, o prequestionamento, repercussão geral, inconstitucionalidade direta, e, por fim não incidir em caso de inadmissibilidade.

O mais corriqueiro é a interposição de Recurso Extraordinário em face de decisões definitivas na segunda instância, o que não impede que seja impetrado contra decisões de tribunais superiores e mesmo contra decisões de turmas recursais de primeira instância e até de juízes singulares, o que impescinde para a interposição do Recurso Extraordinário é que não haja mais recurso ordinário para a decisão impugnada.

A despeito do exaurimento de todas as vias recursais, a súmula 281 do Supremo: "Súmula 281 do STF - É inadmissível o Recurso Extraordinário, quando couber na justiça de origem, Recurso Ordinário da Decisão impugnada".

Enfim, através da Súmula 281, O STF, se posiciona no sentido de ser inadmissível o Recurso Extraordinário quando nas vias ordinárias o recorrente encontre ainda meios de questionar a decisão inconformada.

Os Tribunais Superiores têm se posicionado, através da jurisprudência, no sentido de criar obstáculos para a admissibilidade dos Recursos Extraordinários e para os recursos especiais que acabaram, pois, por serem sumuladas.

No entanto, não se trata de exigências significativas a aceitação dos recursos, mas, sim, de formulações perfeitamente compreensíveis diante da natureza e da função específica daqueles recursos. Um exemplo desses requisitos é a necessidade de prequestionamento decorrente da própria natureza dos recursos extraordinários, que são recursos de estrita revisão de direito, ou seja, o que se busca é que seja apenas revisto o que efetivamente tenha sido decidido. Assim, se depreende da súmula 282 do Supremo Tribunal Federal: "Súmula 282: É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada".

No mesmo diapasão a súmula 356 do STF: "Súmula 356: O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos Embargos Declaratórios, não pode ser objeto de Recurso Extraordinário, por faltar o requisito do pré-questionamento".

No entanto, é importante salientar que a questão relativa ao pré-questionamento não é pacífica na doutrina, nem na jurisprudência dos nossos Tribunais, sendo pacificada apenas quando de sua chegada ao Supremo Tribunal Federal (STF).

A Repercussão geral é a vasta abrangência da questão discutida em juízo, enfim, é a amplitude que a questão constitucional deve possuir em relação a inúmeros casos e, não apenas a determinadas relações jurídicas.

Dispõe o artigo 543-A, caput, do Código de Processo Civil: "O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo".

Assim, o Supremo Tribunal Federal, só conhecerá do Recurso Extraordinário se e, quando a questão que nele se apresenta versar de argumento constitucional que ofereça repercussão geral, ou seja, tenha interesse a toda coletividade.

Outras previsões legais vem demonstrar que sempre existe repercussão geral quando a decisão da instância inferior contrariar súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal, assim dispõe o artigo 543-A do CPC:

543-A: O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo:
§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.

Assim, quando o recurso se der em virtude de decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do tribunal, a repercussão geral já estará implícita e não precisará ser demonstrada.

2.3 Efeitos do recurso

O efeito primordial na fase recursal seria a consequência do conhecimento do recurso, ou seja, seria o sucedâneo da decisão que recebe, dar continuidade ao recurso, são exemplos dos efeitos do recurso a devolução da matéria a instância superior, a suspensão da execução em alguns casos.

De acordo com o §2º do Art. 542 do Código de Processo Civil, o Recurso

Extraordinário, será recebido apenas quanto ao efeito devolutivo, o que significa dizer que o recurso devolve toda a matéria ao órgão superior, no caso do recurso extraordinário, o STF. Significa, também, que, na pendência de Recurso Extraordinário admite-se a execução provisória da decisão recorrida.

Apesar de estar expressamente previsto o efeito suspensivo nos recursos extraordinários e especial, grande é a polêmica em relação aos efeitos dos recursos quanto à possibilidade ou não de execução da sentença, já que nada dispõe a lei sobre o efeito suspensivo, gerando discussão sobre a matéria em nossos tribunais superiores.

Prova maior de que a matéria ainda não se encontra pacificada no STF é o voto do Ministro Ilmar Galvão (2004, on line²) no agravo regimental nº 721-2 que, embora aderindo ao voto do relator que indeferira efeito suspensivo a Recurso Extraordinário, pelas circunstâncias do caso em julgamento, expendeu o seguinte voto:

Senhor Presidente, acompanho o eminente Relator, não sem ressaltar o meu entendimento de ser cabível a medida em tela sempre que se verificar a presença dos pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Do contrário, poderia dar-se a completa frustração do recurso extraordinário, pela perda de seu objeto. Assim, em certas circunstâncias, antes mesmo do juízo de admissibilidade do recurso derradeiro, no meu entender, pode dar-se o cabimento de medida cautelar tendente a prevenir dano irreparável, ou de difícil reparação, se constatada a plausibilidade da tese jurídica sustentada pelo recorrente.

Desta feita, fica claro de que apesar do voto do Min. Ilmar Galvão, via de regra, o Supremo não vêm admitindo o efeito suspensivo em sede de recurso extraordinário, tendo em vista a falta de previsão de tal efeito na lei.

² <http://br.geocities.com>

2.4 A Reforma do Judiciário e o novo Recurso Extraordinário

A EC 45/2004, ampliou a competência do Supremo Tribunal Federal, e como consequência, reduziu a do Superior Tribunal de Justiça. Faz novo agrupamento das hipóteses de cabimento, passando a cometer àquele a apreciação e o julgamento, via recurso extraordinário, do inconformismo surgido em face de decisão que julgou válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição Federal conforme Art. 102, III, c da CF/88, ou também da irresignação advinda de decisão que julgou válida lei local contestada em face de lei federal (Art. 102, III, d, acrescido pela EC 45/2004).

Observe-se que a contraposição à lei federal só será analisada pelo STF se a contrariedade advier de decisão cuja fundamentação está baseada em lei local, não se admitindo o recurso extraordinário quando a preterição for fulcrada em ato de governo local, situação mantida na competência do STJ em consonância com o Art. 105, III, b da CF/88.

A respeito da temática Flávio Correia Tibúrcio (2004, on line³):

A modificação, se não acaba definitivamente, ao menos traça um norte para a intrincada questão sobre a qual se debruçaram a doutrina e a jurisprudência pátrias, relativa à confusão entre a validade de lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal (até então sujeita a recurso especial), com discussão de inconstitucionalidade de lei estadual ou municipal (caso em que o recurso extraordinário seria cabível).[...]
[...] Doravante, se o que se confronta com a Constituição ou com lei federal é "lei local", a competência para julgamento é do STF, mediante recurso extraordinário (lembre-se que o "ato de governo local" contestado em face da Constituição continua a autorizar recurso extraordinário – Art. 102, III, c); se se trata de "ato de governo local" em contraposição a lei federal, cabe recurso especial, ao STJ.

Não é demais afirmar, pois, que a Emenda Constitucional ora promulgada restaurou, *mutatis mutandis*, a redação utilizada pela Emenda Constitucional n.º1, de

³ www.jus2.uol.com.br

1969. Assim o fazendo, o Congresso Nacional acabou por ampliar o campo de atuação do STF no tocante ao julgamento dos Recursos Extraordinários, situação que refletirá sobremaneira no quantitativo de processos, ainda que se considere outra inovação da EC 45/2004, qual seja, o critério da repercussão geral, segundo o qual o recorrente deverá demonstrar que as questões constitucionais levantadas no recurso são se limitam à sua órbita privada, mas, pelo contrário, são úteis à preservação da inteireza constitucional.

2.5 Recurso Extraordinário no Controle de Constitucionalidade Difuso

O controle de constitucionalidade é inerente a qualquer caso concreto, e por isso chamado de via de exceção ou de defesa, o que ressalta que não somente o autor poderá suscitar tal questionamento, mas também o réu. O terceiro interveniente e o Ministério Público (ainda que não seja parte, mas sim fiscal da lei) podem provocar o juiz através da via incidental.

É através do recurso extraordinário que pode chegar o caso concreto até o STF para a verificação de sua constitucionalidade, ou seja, o recurso extraordinário é o meio idôneo para contestar-se uma decisão *inter partes* em face da Constituição federal.

Com o recurso extraordinário, previsto no Art. 102, III e alíneas, da CF/88, a questão poderá está a disposição do STF, que realizará o controle difuso, de forma incidental, observadas, as regras do art. 97, que dizem respeito a Clausula de Reserva de Plenário.

Assim prescreve o Art. 97, da Constituição Federal: "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".

Entende-se por Cláusula de Reserva de Plenário a reserva que a Constituição Federal impõe para a declaração de inconstitucionalidade pelos tribunais.

Sobre a regra do Art. 97da CF/88 elucida Lúcio Bittecourt apud Pedro Lenza (2006, p. 109): "A regra do artigo 97 destaca-se como verdadeira condição de eficácia jurídica da própria declaração de inconstitucionalidade dos atos do Poder Público".

Declarada a inconstitucionalidade da lei pelo Supremo Tribunal Federal, cabe a este, conforme o Regimento Interno do mesmo (RISTF), Art. 178, comunicar logo após a decisão, à autoridade ou órgão interessado, bem como, depois do trânsito em julgado, ao Senado Federal para fins do Art. 52, X, sendo este procedimento discricionário.

Comunicado ao Senado Federal, cabe a este, suspender ou não, a eficácia da lei ou do ato normativo Federal declarado inconstitucional em caráter definitivo pelo Supremo Tribunal Federal.

Essa faculdade do Senado Federal, portanto, discricionariedade de suspender a execução do ato normativo, prevista no artigo 52, X, presente no controle concreto de inconstitucionalidade exercido pelo STF, normalmente em sede de Recurso Extraordinário, mas também nas ações de competência originária ou em Recurso Ordinário.

O que o Senado pode fazer é suspender a execução do ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo, o que não se confunde com a sua revogação. A natureza jurídica do ato não é de revogação, mas sim de suspensão de execução. Agindo assim, o Senado está ampliando para todo o Ordenamento

jurídico uma decisão de inconstitucionalidade proferida pelo STF, e não revogando a norma.

2.5.1 Efeitos da suspensão da lei declarada inconstitucional pelo Senado Federal

Suspensa a execução do ato normativo pelo Senado Federal essa decisão produzirá efeitos retroativos (*ex tunc*), atingindo a ato desde a sua origem. A natureza jurídica da resolução do Senado é a de instrumento de controle de constitucionalidade, através do qual confere-se efeitos erga omnes à decisão que, até aquele momento, só produzia efeito entre as partes, com o objetivo de ampliar para todas as pessoas a declaração de inconstitucionalidade, evitando, assim, a enxurrada de ações judiciais individuais com o mesmo propósito.

Entretanto, em casos raríssimos de alta excepcionalidade, pode o Supremo, determinar efeitos *ex nunc* ou mesmo conferir eficácia temporal diversa à decisão de inconstitucionalidade, tanto no o controle concreto quanto no abstrato. Como o que o Senado faz é apenas alterar a relação subjetiva da decisão, se o Supremo a conferiu efeitos *ex nunc*, a resolução do Senado também terá essa idêntica eficácia temporal.

2.5.2 Amplitude da Decisão do Senado Federal

A amplitude da competência do Senado para a suspensão do ato normativo, prevista no Art. 52, X da CF/88, segundo observa Alexandre de Moraes apud Pedro Lenza (2006, p. 113): "Aplica-se a suspensão no todo ou em parte, tanto de lei federal, quanto de leis estaduais, distritais ou municipais, declaradas, incidentalmente, inconstitucionais pelo STF".

Portanto, suspensão a lei ou ato normativo pelo Senado Federal, esta suspensão se estende às leis estaduais, distritais e municipais, tendo em vista, que o Senado possui competência para zelar pelo interesse da Federação.

2.5.3 Controle Difuso em sede de Ação Civil Pública

O Controle de Constitucionalidade efetuado na forma difusa é aquele realizado por qualquer Juiz ou Tribunal do Poder Judiciário, diante do caso concreto, produzindo efeitos somente entre as partes. Podendo através de Resolução do Senado Federal (Art. 52, X, CF/88) ser ampliado este efeito com suspensão da norma tida por inconstitucional.

Portanto, somente será admitida a argüição da inconstitucionalidade de ato ou norma através do controle difuso se se tratar de questão prejudicial sem a qual a não seja possível a resolução da lide principal.

O que se veda é a discussão através de ação civil pública de inconstitucionalidade como sendo o pedido principal, quando o autor busca efetivamente o controle abstrato, sendo a declaração de inconstitucionalidade objeto único da demanda.

Por conseguinte, pode sim, ser exercido o controle concreto através de ação civil pública, quando o que se busca é a declaração de inconstitucionalidade sem a qual não seja possível a resolução do litígio.

Nesse sentido Hugo Nigro Mazzilli apud Pedro Lenza (2006, p.114):

Entretanto nada impede que através de ação civil pública da L. 7.347/85, se faça, o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade das leis, mas, sim, seu controle difuso ou incidental. (...) assim como ocorre nas ações populares e mandados de segurança, nada impede que a constitucionalidade de ato normativo seja objetada em ações individuais ou coletivas.

Enfim, é possível a arguição de inconstitucionalidade através de ações individuais ou coletivas desde que essas ações não tragam em seu bojo, única e exclusivamente, como pedido principal a declaração de inconstitucionalidade, mas, sim, como questão prejudicial sem a qual se torne complexa a solução do litígio.

CAPÍTULO 3 DA OBJETIVAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO

Neste momento, vai discutir-se a ampliação dos efeitos do Controle Difuso de Constitucionalidade, seus reflexos no Poder Judiciário, na sociedade, seus pontos positivos, seus pontos negativos, enfim, discute-se agora, a ampliação dos efeitos da decisão em sede de controle difuso para todos e todas suas conseqüências.

O Controle de Constitucionalidade tem como Pressuposto fundamental que a Constituição Federal representa a norma ápice do ordenamento jurídico nacional e que, de tal modo, não pode ser contrariada por normas ou atos normativos inferiores a ela, sendo protegidos a sua Supremacia da Constituição e os direitos dela decorrentes.

O Controle Difuso, também chamado de via de defesa ou via de exceção, constitui-se por meio de qualquer juízo ou Tribunal, os quais podem decidir pela inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, deixando de aplicá-los ao caso concreto.

A principal conseqüência, então, do controle de constitucionalidade pela via de exceção ou de defesa, é deixar-se de aplicar ao caso concreto, ou seja, entre as partes, a lei suscitada por inconstitucional por qualquer destas. Somente numa fase posterior, podendo seus efeitos ser estendidos contra todos (*erga omnes*) através de Resolução pelo Senado Federal (Art. 52, X, CF/88).

É importante salientar que a decisão de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em grau de Recurso Extraordinário, não vincula o Senado Federal, este não se obriga devido a decisão do STF, a editar resolução estendendo os efeitos daquelas para todos, constituindo, pois, mera faculdade.

Não obstante os efeitos legais, recentes decisões do Supremo Tribunal

Federal vêm se posicionando no sentido de estender os efeitos das decisões proferidas a título de controle difuso de inconstitucionalidade, para além das partes envolvidas no caso concreto, isso é que se chama de objetivação do Controle difuso. Essa inclinação da Jurisprudência em tornar mais abrangentes os efeitos das decisões do Supremo tem se tornado uma tendência no Direito Constitucional pátrio.

3.1 A Influência da Emenda Constitucional 45/2004 na objetivação do Controle de Constitucionalidade Difuso

As formas de manifestação deste tipo de controle junto ao STF se dão por meio do Recurso Extraordinário e de incidentes dentro dos processos de competência do Tribunal, tais como os Hábeas Corpus, Mandados de Segurança, entre outras ações constitucionais.

O Recurso Extraordinário está previsto no Art. 102, III da CF/88, com a redação dada pela EC 45/2004, sendo cabível nas causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida, contrariar dispositivo desta Constituição; declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Uma das novidades trazidas pela EC. 45/2004, foi a possibilidade impetração de Recurso Extraordinário para o caso de decisão que julgar válida lei ou ato de governo local em face da CF/88. Outra inovação trazida por tal Emenda foi a exigência de demonstração de repercussão geral para a impetração do Recurso Extraordinária.

Entretanto, a principal novidade trazida pela EC 45/04, foi a possibilidade de o STF, editar Súmulas Vinculantes, conforme dispõe o Art. 103-A:

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.

Como se percebe da dicção do texto constitucional, a mudança é de grande monta, atribuindo ao STF o poder para determinar o que deva ser aplicado pelos tribunais e também vinculando a atuação da administração pública. O procedimento foi regulamentado pela lei 11.417/2006, observando, subsidiariamente, o regimento interno do STF.

Assim, poderá o Supremo, através de decisão tomada por dois terços de seus membros, de ofício ou por provocação, depois de reiteradas decisões sobre matéria constitucional editar súmula com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração direta e indireta, em todas as suas esferas de poder.

3.2 A Súmula Vinculante e a objetivação do Controle de Constitucionalidade Difuso

Compreende-se por Súmulas, posicionamentos unificados dos Tribunais, não são normas, tendo em vista, que não são emanções do Poder Legislativo. Enfim, súmulas são enunciados ou orientações que um Tribunal ou mesmo órgãos fracionários do mesmo tribunal, pode elaborar, se entender conveniente, que sintetizam o entendimento que foi pacificado naquele Tribunal a respeito de determinada matéria.

Conforme a previsão Constituição Federal se faz necessário para a criação de Súmulas Vinculantes o preenchimento de certos requisitos sem os quais não poderá o Supremo ampliar os efeitos das suas decisões.

Devem as Súmulas tratar de decisões reiteradas, sobre matéria constitucional e, em casos concretos. Portanto, as súmulas vinculantes tratam sempre de matéria constitucional, que já tenha sido decididas reiteradas vezes, em casos concretos julgados pelo Tribunal.

Nesse diapasão, não pode o STF, editar uma Súmula logo após a entrada em vigor de lei ou ato normativo, dada a necessidade para tal de decisões reiteradas sobre a matéria, nem pode muito menos, editar súmula vinculante sem que verse esta sobre matéria constitucional, segundo expressa previsão do caput Art. 103, da CF/88. E, enfim, tendo em visto, que a ação direta de inconstitucionalidade, por si só, já gera seus efeitos em relação a todos ou contra todos, se torna evidente que, o caput do Art. 103 da CF/88, trata de casos concretos apresentados ao Supremo através de sua competência originária ou através de Recurso Extraordinário, pois se se estivesse tratando de ações diretas de inconstitucionalidades, o texto da lei se tornaria redundante, seria, pois, letra morta.

As súmulas aqui estudadas possuem efeitos vinculantes em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário, no entanto, o próprio o STF não se vincula, podendo modificar seu pensamento em orientação futura, à Administração Pública Federal, Estadual e Municipal, atingindo todo o Poder Executivo e toda função administrativa do Poder Legislativo e do Ministério Público. Entretanto o Poder legislativo, no exercício de sua função tipicamente legislativa, não se vincula às decisões do STF, mesmo que insertas em Súmulas Vinculantes.

O Art. 103-A da CF/88, § 3º, determina qual a medida a ser tomada em caso de inobservância da Súmula, que é a reclamação ao STF, que julgando-a precedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a observância da Súmula.

A gênese da Súmula é eminentemente didática, porém, a EC 45/2004, alterou radicalmente esse entendimento ofertando ao STF e, somente a este órgão a possibilidade de editar súmulas atribuindo-as efeitos vinculantes.

Sobre essa modificação elucidada Sergio Valadão Ferraz (2006, p. 541):

[...] altera o equilíbrio e a separação entre os poderes, modificando especialmente o controle de constitucionalidade no caso concreto, passando o Supremo a poder conferir efeitos vinculantes, típicos de suas decisões em controle concentrado-abstrato, às declarações de inconstitucionalidade incidental.

Assim, o controle incidental ou difuso aproxima-se quanto aos seus efeitos à declaração de inconstitucionalidade em abstrato ou concentrado, qual seja, as decisões em sede de controle difuso produzindo seus efeitos contra todos (*erga omnes*).

O intuito da criação da Súmula vinculante é nítido no sentido de desafogar o Judiciário, talvez esteja nesse ponto a questão mais relevante para a objetivação do efeito da decisão em sede de controle difuso de constitucionalidade, que é ampliar uma decisão que deveria ser proferida no caso concreto, somente *inter partes*, para valer contra todos. E a Súmula vinculante objetiva o controle difuso de uma maneira eficiente, tendo em vista que questões discutidas em instâncias inferiores podem ser rejeitadas de plano por contrariá-las.

As Súmulas Vinculantes somente serão criadas pelo Supremo Tribunal Federal. No entanto, os demais tribunais poderão continuar criando súmulas sem o poder vinculante sobre os demais órgãos.

O Supremo Tribunal Federal poderá aprovar Súmulas com caráter vinculante por iniciativa própria (*ex officio*); ou a partir da provocação externa de todos aqueles a que a lei ordinária vier a estabelecer como legitimados, cabendo esta, enquanto

não for criada a lei ordinária, a todos os legitimados para a impetração da ação direta de inconstitucionalidade.

Assim, dispõe o §2º, do Art. 103, da CF/88, *ipsis literis*. Art. 103-A. *Omissis*: “§ 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”.

A revisão da súmula, modificando o seu conteúdo ou mesmo o seu cancelamento, em virtude de não mais refletir o pensamento do STF, pode ser realizado de ofício, tendo em vista, que o Supremo não está vinculado às suas súmulas ou pelas mesmas pessoas legitimadas a propor sua criação, enfim, aos legitimados a proporem ações diretas de inconstitucionalidade (adins).

3.3 Outras formas de manifestação da objetivação do Controle de Constitucionalidade Difuso

Outra forma de manifestação do controle difuso junto ao STF é sua declaração incidental no bojo de outro processo, como no caso de um Habeas Corpus ou de um Mandado de Segurança em que a causa de pedir seja a inconstitucionalidade, esta deverá ser enfrentada pelo Tribunal antes de decidir o mérito da questão.

Este tipo de decisão deve produzir efeitos apenas entre as partes, por se tratar de controle incidental dentro de um processo subjetivo, mas o que se vem percebendo na jurisprudência da Suprema Corte é uma abstração, bem como uma manipulação dos efeitos da decisão, a exemplo do que acontece no controle abstrato, por expressa previsão legal (Art. 27 da lei 9.868/99).

Como exemplo o precedente do STF, o HC. 82.959- 7, que em 23 de

Fevereiro de 2006 decidiu pela inconstitucionalidade do regime integralmente fechado aos condenados por crimes hediondos (Art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90).

Agora, cumpre-se, demonstrar os fundamentos que levaram ao julgamento do *Habeas corpus* 82.959-7, o qual pode ser considerado o divisor de águas, para que esse posicionamento se firme no Direito Brasileiro.

O HC 82.959-7 foi impetrado em 2003 pelo próprio detento O. C., condenado a 12 anos e 3 meses de reclusão por atentado violento ao pudor, e pedia a possibilidade de progressão de regime com fundamento na inconstitucionalidade do § 1º do Art. 2º da Lei n. 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), questão que já havia sido enfrentada pelo Tribunal anteriormente e cuja posição dominante era pela sua constitucionalidade. Sagrando vencedora a tese liderada pelo Ministro Marco Aurélio de Melo pela inconstitucionalidade do §1º, Art. 2º da Lei 8.072/90, em face do disposto no artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal de 1988.

A tese que fundamenta a ampliação do efeito da decisão em sede de Controle Difuso de constitucionalidade, nesses casos de *Habeas Corpus*, Mandado de Segurança é a de mutação constitucional que seria uma espécie de reforma da Constituição, mas sem a alteração do texto. O que se modifica é apenas a interpretação dada à norma objeto do processo de reforma.

A mutação é o processo informal de modificação da Lei, no entanto sem alteração do texto em si mesmo considerado, modifica-se a interpretação dada à norma, no sentido de que possam acompanhar a evolução da sociedade, de seus usos e costumes.

O principal defensor desta tese de mutação constitucional, e, por conseguinte, da ampliação dos efeitos da decisão no Controle de Constitucionalidade Difuso, conforme dispõe a Revista de Informação Legislativa n.º 162, (2004, p.149-168): "é o

Eminente Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes, autor do artigo "O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional".

Com breves considerações, o ilustre Ministro defende que a ampliação do sistema concentrado, com multiplicações de decisões dotadas de eficácia geral, acabou modificando radicalmente o conceito de divisão de poderes, tornando comum no sistema a decisão com eficácia geral, que era excepcional sob a EC 16/65 e sob a Carta de 1967/69; A ação de argüição de descumprimento de preceito fundamental admitiu a impugnação ou a discussão direta de decisões judiciais das instâncias ordinárias perante o Supremo Tribunal Federal, constituindo-se em um elo entre os dois modelos de controle de constitucionalidade, ao atribuir eficácia geral a decisões de perfil incidental.

Os órgãos fracionários de outros Tribunais ficaram exonerados do dever de submeter a declaração de inconstitucionalidade ao Plenário ou Órgão Especial, na forma do artigo 97 da CF/88, quando já houver decisão plenária do STF reconhecendo a inconstitucionalidade, orientação incorporada ao direito positivo conforme dispõe o Art. 481, parágrafo único, parte final, na redação da Lei n.º 9.756/98.

O fim da resolução do Senado é, pois, apenas tornar pública a decisão do Supremo, assim, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos; em consequência, as decisões legislativas e judiciais referidas significam autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico, devendo ser dada nova interpretação ao artigo 52, X, da CF/88.

Enfim, o argumento de que houve uma mutação constitucional e que tornou possível a extensão de efeitos erga omnes da decisão tomada no HC 82.959-7/SP

atende à necessidade de agilizar, celerizar as decisões do Poder Judiciário, principalmente quando já assentadas no âmbito STF.

Os argumentos do Ministro Gilmar Ferreira Mendes tornam-se suficientes para a modificação da interpretação do inciso X, do Art. 52 da CF/88, tendo em vista, a necessidade de se evitar discussões acerca de decisões solidificadas do STF, nos Tribunais e Juízes singulares, para, assim, alcançar-se uma justiça mais eficaz e célere, atendendo aos anseios de toda a sociedade.

3.3.1 Jurisprudência do STF sobre a aplicação dessa nova tendência

O Supremo Tribunal Federal vem seguindo uma linha teórica que parece abraçar e consolidar a tendência de abstração do controle difuso de constitucionalidade. Começa-se analisando alguns julgados em sede de Recurso Extraordinário, e posteriormente a análise da decisão do Supremo no HC 82.959-7 que com certeza é um divisor de águas no estudo deste fenômeno.

Como manifestação primeira, tem-se o posicionamento de Gilmar Ferreira Mendes no processo administrativo nº 318.715/STF que culminou na edição da emenda nº 12 ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), publicada no Diário da Justiça de 17/12/2003. Vejamos a lição de Jônatas Vieira de Lima (2007, on line⁴):

O Recurso Extraordinário deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesses das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Trata-se de orientação que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm adotando.

Com a Emenda 12, do Regimento Interno do STF, este se posicionou de

⁴ <http://jus2.uol.com.br/doutrina/>

forma firme pela abstração no controle difuso de constitucionalidade, retirando em tese o caráter subjetivo de defesa de interesse das partes para alcançar o moderno patamar de defesa da ordem constitucional. Acentua, enfim, que não é função da Suprema Corte a revisão de matérias decididas em instâncias inferiores, mas que o recurso tem o papel de servir de pressuposto para uma atividade jurisdicional que transcende aos interesses subjetivos.

Percebe-se assim que, Ministro Gilmar Mendes, deixa claro que a função do STF com o Recurso Extraordinário não é uma ferramenta das partes que litigam em juízo, mas sim, um instrumento posto à disposição do próprio Supremo, para que este analise a validade em abstrato da norma impugnada.

Esse mesmo posicionamento foi defendido pelo ministro no julgamento da medida cautelar no RE 376.852, publicado no DJ de 27/03/2003, onde o mesmo foi além e defendeu a transformação do Recurso Extraordinário em remédio de controle abstrato de constitucionalidade.

No mesmo sentido a Ministra Ellen Gracie, no julgamento do Agravo de Instrumento AI. 375.011, constante do informativo 365 do STF, Jonas Vieira de Lima (2007, p.5), no qual dispensa o requisito do prequestionamento para permitir que o Tribunal conheça da matéria constante do Recurso Extraordinário.

O Ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento do RE 298.694, publicado no DJ de 23/04/2004, admitiu o julgamento do mesmo com fundamento diverso daquele enfrentado pelo tribunal recorrido, flexibilizando o requisito do prequestionamento e consagrando a tese de que o Recurso Extraordinário transcende ao interesse das partes e se amolda como instrumento para controle abstrato da constitucionalidade.

É evidente a intenção do Supremo em atribuir efeitos contra todos ao citado julgado, conforme se extrai do seguinte excerto, Jônatas Vieira de Lima (2007, on

line³):

[...] a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará conseqüências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, pois esta decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão.

Nota-se que a decisão se preocupa com a repercussão em outros casos semelhantes, abandonando a tese de que a decisão, por ter sido externada no controle difuso, teria eficácia apenas entre as partes, mas já regulamenta o efeito que a mesma terá nos casos afins.

Preocupou-se também com a eficácia da decisão determinando que seja *ex nunc*, ou seja, não retroagindo aos atos praticados com base na lei inconstitucional que não mais se afigurem suscetíveis de revisão, enfim que a decisão só seria válida a partir da data do julgado, sem a possibilidade de retroagir aos casos já transitados em julgados.

Esta decisão demonstra de forma irrefutável a tendência que está dominando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, qual seja a de abstração do controle difuso de constitucionalidade, seja por meio da objetivação do Recurso Extraordinário, seja pelo alargamento dos efeitos da decisão em sede de controle incidental.

3.4 A análise das vantagens e desvantagens da ampliação dos efeitos da decisão em sede de Controle de Constitucionalidade Difuso

Ao realizar uma análise minuciosa sobre a objetivação do Controle Difuso de Constitucionalidade, percebe-se que o mesmo apresenta vantagens e desvantagens, deve-se, entretanto sopesá-las no momento de fazer-se uma escolha por qual corrente se posicionar.

As vantagens são percebidas na manifesta economia processual que representa a aplicação desta teoria, ou ainda uma tendência teórica, uma vez que, tem-se a declaração de inconstitucionalidade de uma lei em sede de controle difuso, mas, com efeito, erga omnes, não sendo exigido das pessoas que se encontrem na mesma situação jurídica, que estas ingressem em juízo para que obtenham o mesmo efeito prático já obtido pelo primeiro demandante.

Outra vantagem é que o controle de constitucionalidade em tese ganharia mais uma possibilidade de ser discutido, tendo em vista que, qualquer do povo, poderia pleitear seu direito, sem exigência de legitimação específica para a ação, assegurando de forma mais abrangente a Supremacia e a rigidez constitucionais.

As desvantagens também aparecem, e a primeira que se vislumbra é o desrespeito às competências estabelecidas constitucionalmente, com a conseqüente minimização do Poder Legislativo nas discussões sobre Constitucionalidade de leis ou atos normativos.

Outra desvantagem percebida seria a ampliação do Poder Judiciário frente aos outros poderes da República, tendo em vista que praticamente o STF teria o poder de retirar do ordenamento jurídico uma proposição legislativa que foi transformada em lei.

A despeito de que tal precedente tornaria o Senado Federal mero divulgador das decisões proferidas em sede de controle incidental pelo STF, e esse argumento torna-se frágil, tendo em vista que muitas vezes o Senado toma decisões motivado pelo calor das discussões, e, dado o atual momento do Político que afeta diretamente o Poder legislativo, este, necessita urgentemente de mudança de conceito e de comportamento.

Quanto ao entendimento de que essa interpretação faz desaparecer as

diferenças entre controle concentrado e controle difuso de constitucionalidade, pode ser ilidida com a argumentação de que pelo controle difuso a própria parte lesada em seu direito, em todas as esferas, frente à CF/88, pode discutir-se a constitucionalidade ou não do ato ou lei que o infringiu de forma incidental e, não como causa principal, a ampliação dos efeitos da decisão é uma consequência da discussão do caso concreto iniciada até no juízo singular, e, que, portanto, percorreu até chegar ao Supremo, um longo caminho, inclusive tendo de se demonstrar a sua repercussão geral, que, por si só, a demanda é de interesse geral.

Sendo assim, parece plenamente aceitável a tese de objetivação do controle de constitucionalidade, deve-se, pois, privilegiar maior celeridade do Poder Judiciário, não sendo possível conceber-se que demandas levem anos para serem apreciadas pela justiça. Deve-se, também, aceitar justificável a ampliação da possibilidade de que pessoas do povo, através de situações concretas, que se possa, *incidenter tantum*, discutir a constitucionalidade das leis ou atos normativos em espécie.

A relevância da adoção dessa teoria da objetivação do Controle Difuso de Constitucionalidade para o Direito Brasileiro está, também, na dinamização das relações entre os jurisdicionados e o Poder Judiciário em especial. Na maior fiscalização em torno do Poder Legislativo que antes de publicar uma lei fundamentada em interesses privados deverá pensar duas vezes, tendo em vista, a “ampliação” da competência para argüir-se a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, por qualquer do povo, e essa argüição poder gerar consequências jurídicas para todos. Da mesma forma os membros do Poder Executivo, que amiúde colocam no Ordenamento atos normativos eivados de inconstitucionalidade com o único objetivo de servir aos seus interesses pessoais, vão ter seus atos fiscalizados

de mais uma maneira, agora pelo povo.

Portanto, os objetos a serem alcançados através da abstração do Controle Difuso de Constitucionalidade, tendem a fazer com que o Direito pátrio alcance um patamar diferenciado, a começar pela economia processual atingida pelo afastamento de demandas na sua gênese quando manifestamente contrários aos entendimentos do Supremo, além de uniformizar de forma mais consentânea o pensamento dos tribunais o que, repita-se, não engessa o Poder Judiciário, mais o torna coerente, evitando, assim, decisões absurdas que envergonham toda a sociedade, e, também pode-se dizer que é um inibidor da corrupção, tendo em vista, que Juizes corruptos que muitas vezes decidem de forma ridícula, vão se sentir reprimidos ao decidir sendo no mínimo coerentes. São razões que leva ao entendimento de que a objetivação do Controle Difuso de Constitucionalidade vem a trazer mais moralidade, mais celeridade, enfim, só tende a contribuir com o Poder Judiciário e influenciar de forma positiva o nosso Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo realizado acerca do tema abordado trouxe a constatação de significativas considerações sobre a relativização dos efeitos da sentença em sede de Controle Difuso de constitucionalidade no meio jurídico brasileiro demonstrando um avanço na forma de fazer justiça na sociedade brasileira. Entretanto, não deixa este trabalho de conter aspectos que de certa forma irão causar discussões; e, até mesmo, polêmicas quanto as teorias abordadas que são novidades no Direito pátrio.

Este estudo foi realizado tendo em vista, recentes decisões do Supremo que abriu margem para estudos a respeito da chamada abstrativização do controle de constitucionalidade difuso. O objetivo deste trabalho é justamente demonstrar a abstrativização do controle de constitucionalidade difuso e as teorias que estão possibilitando a sua implementação no Brasil.

Para confecção deste Trabalho de conclusão de curso foi utilizado o método histórico-jurídico, empregando-se para tanto, da doutrina nacional, expressa através de livros, artigos científicos publicados na internet, todos acerca do tema ou que o tratavam de forma conexa.

É inconteste que um dos principais problemas do Poder judiciário brasileiro é a morosidade que afeta todas as instâncias do mesmo, desde o juiz singular até chegar ao Supremo Tribunal Federal. Tendo em vista a problemática de que muitas vezes leis e atos normativos declarados inconstitucionais pelo STF, tanto em sede de Controle Concreto quanto Difuso, que não deixam margem de dúvidas aos interpretes do Direito, são novamente objetos de discussão na justiça paralisando todas as esferas do Poder Judiciário.

Em função desses inconvenientes é que o Supremo Tribunal Federal vem

ampliando os efeitos de suas decisões em sede de Controle Difuso de constitucionalidade, para que atinja a todos, fazendo com que vincule as instâncias inferiores evitando uma enxurrada de ações, que emperram o normal desenvolvimento da prestação jurisdicional. Sendo bastante pertinente, a tentativa do STF em adotar esse modelo inovador, é importante ressaltar, que tal atitude, audaciosa, por que envolve toda uma estrutura, tradicional, é verdade, mas que vem paralisando o Poder Judiciário.

Com a Súmula Vinculante e com a adoção da teoria da mutação constitucional que embasa o alargamento dos efeitos da sentença no Controle Difuso, há uma tendência de diminuição das demandas com fundamento em questões já sacramentadas pelo Pretório Excelso (STF) não sendo, pois, mais objeto de discussões nos juízos monocráticos, enfim, nas instâncias inferiores da estrutura judiciária brasileira.

A Súmula Vinculante é uma inovação da Reforma do Poder Judiciário, a EC. nº. 45/04, que entre outras inovações, trouxe a possibilidade de o STF, por 2/3 de seus membros, aprovar Súmula com o poder de vincular as instâncias inferiores (Art.103-A, CF/88). Pela Súmula Vinculante, quando houver reiteradas decisões acerca de matéria constitucional, o Supremo, poderá evitar que matéria continue sendo objeto de controvérsia judicial.

Já a mutação constitucional é o processo informal de modificação da Lei, porém, sem alteração do texto em si mesmo considerado, modifica-se a interpretação dada à norma, no sentido de que possam acompanhar a evolução da sociedade, de seus usos e costumes. Através dessa nova forma de pensar o texto constitucional, que o STF vem fazendo questão de deixar clara em seus recentes julgados, pode dar uma revira-volta, na morosidade do Poder Judiciário, tendo em

vista, que não tem toda a formalidade da Súmula Vinculante; e, muito menos das ações diretas de inconstitucionalidade, talvez esta a grande celeuma encontrada, pois, os que entendem ou se posicionam contra ela alegam que não pode a CF/88 ser relegada de tal forma. Vale salientar, no entanto, o que se encontra não é uma modificação expressa da Constituição, mas uma modificação na maneira de pensar a Constituição de acordo com a nova forma de pensar inserta na sociedade, sendo assim, o Ordenamento Jurídico; e, neste está incluída a CF/88, em seu topo, deve evoluir em função dos anseios da sociedade, tal qual o Poder judiciário que se arrasta, deve evoluir no sentido de que mais pessoas possam buscar seus direitos através da prestação jurisdicional do Estado.

Outra crítica é de que vai acontecer devido a estas inovações no Direito Pátrio um engessamento da justiça, que os juízes monocráticos, os Tribunais estariam sem ter alternativas para decidirem acerca daquelas questões às quais o Supremo tenha decidido em sede de Controle Difuso de Constitucionalidade. Porém, não condiz com a realidade dos fatos pois os juizes de instancias inferiores só teriam de decidir da forma do Supremo em ficando evidente que se trata de questão com o mesmo fundamento jurídico, em não se tratando de questão com o mesmo fundamento, o Juiz não está adstrito aos posicionamentos do STF, e aquele, pode e deve se posicionar de maneira diversa quando assim entender.

Restou evidenciado, que a objetivação do Controle Difuso de Constitucionalidade apesar de seus contras, tem mais a contribuir com o Poder Judiciário do que a desnaturá-lo, essas novas idéias representam um marco para toda a sociedade, e para o fortalecimento das instituições democráticas, além de fazer com que o Poder Judiciário fique mais forte, alcançando a confiança dos seus jurisdicionados.

Estudado a fundo o tema, chega-se à conclusão de que esta tendência do direito pátrio, no mesmo sentido, de sistemas mais modernos em que ocorre a objetivação do Controle Difuso de Constitucionalidade possui inúmeras vantagens que superam os pontos negativos apresentados.

No sentido de que a objetivação do Controle Difuso de Constitucionalidade pode ajudar a agilizar os processos no judiciário, evitando que inúmeros recursos impetrados sem qualquer compromisso travem a justiça.

Alem de ampliar as possibilidades de se discutirem as demandas na justiça, com a discussão da constitucionalidade no caso concreto, por iniciativa de pessoas do povo, sem a necessidade de atribuições especiais, tornando o debate da constitucionalidade mais democrático.

REFERÊNCIAS

BAALBAKI, Sérgio. *A reforma do Código de Processo Civil e acesso à justiça*. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/>. Acesso em 15.09.2007.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Atualizada até a Emenda Constitucional nº. 52/2006. Brasília, DF, Diário Oficial da União, 09/03/2006.

_____. *Código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 281/282/356. São Paulo: Associação dos advogados do Brasil, 2007.

TIBÚRCIO, Flávio Correa. *A reforma do judiciário e o novo Recurso Extraordinário*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/>. Acesso em 15.09.2007.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Método, 2006.

LIMA, Jônatas de Vieira. *A tendência da abstração do Controle de Constitucionalidade Difuso brasileiro*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/>. Acesso em 15.09.2007.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005

MENDES, Gilmar Ferreira. *O papel do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade: um caso clássico de mutação Constitucional*. Revista de Informação Legislativa n.º 162, 2004, abr/jun, p.149/168.

MENDES, Gilmar Ferreira. *A Evolução do Direito Constitucional Brasileiro e o Controle de Constitucionalidade da Lei*. Disponível em <http://br.geocities.com>. Acesso em 12. 09. 2007.

PINHO, Rodrigo César Rebello. *Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

WAMBIER. Luis Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil*. v.1. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.