

ESTADO DE MATO GROSSO
UNIVERSIDADE DO ESTADO DE MATO GROSSO
CAMPUS UNIVERSITÁRIO DE PONTES E LACERDA
FACULDADE DE CIÊNCIAS AGRÁRIAS E HUMANAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO

IVOMAR DE SOUZA REIS

ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE E O
CONTEXTO DO DIÁLOGO INSTITUCIONAL

PONTES E LACERDA – MT

2018

ESTADO DE MATO GROSSO
UNIVERSIDADE DO ESTADO DE MATO GROSSO
CAMPUS UNIVERSITÁRIO DE PONTES E LACERDA
FACULDADE DE CIÊNCIAS AGRÁRIAS E HUMANAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO

IVOMAR DE SOUZA REIS

ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE E O
CONTEXTO DO DIÁLOGO INSTITUCIONAL.

Monografia apresentada e submetida à banca examinadora da Universidade do Estado de Mato Grosso UNEMAT, como exigência parcial para a obtenção do Título de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Mestre Jeison Batista de Almeida.

PONTES E LACERDA – MT

2018

TERMO DE APROVAÇÃO

IVOMAR DE SOUZA REIS

ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE E O CONTEXTO DO DIÁLOGO INSTITUCIONAL.

Trabalho de conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, no Curso de Bacharelado em Direito, da Universidade do Estado de Mato Grosso.

Em ____/____/____, a banca examinadora considera aprovado o Trabalho de Curso do Acadêmico Ivomar de Souza Reis, para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Orientador:

Jeison Batista de Almeida
Universidade do Estado de Mato Grosso

Membros da banca:

Marcelo Machado Oliveira
Universidade do Estado de Mato Grosso

Thiago Moreira Rodrigues
Universidade do Estado de Mato Grosso

“A minha esposa Gabriela, meus filhos e toda minha família, que não mediram esforços para me incentivar, apoiar e ajudar nessa etapa tão importante da minha vida”.

AGRADECIMENTOS.

Com o anúncio da chegada do Curso de Direito ao campus da UNEMAT de Pontes e Lacerda/MT, uma grande expectativa formou-se em mim, a oportunidade de possuir um diploma de nível superior em uma área tão importante e de grande relevância social, o Direito, me assanhou o espírito. Recomecei e me dediquei muito aos estudos para disputar uma vaga pelo vestibular que já se anunciava naqueles períodos próximos.

Logo após, a esperança de ver o nome listado. E, ele apareceu. E agora? A primeira etapa estava vencida. Mas, enfrentar cinco anos!. Mas uma voz ecoou em meus ouvidos “você começou e agora vai terminar”.

A caminhada foi longa e prazerosa. São cinco anos, passados rapidamente, de dedicação e esforço para alcançar os parâmetros de cobrança que o Curso de Direito exige e, a partir dos resultados a alegria de ver e entender que todo o esforço não foi em vão. Vivi cada momento intensamente, as palavras dos mestres, as páginas dos livros, as provas, trabalhos e seminários e as temidas provas da OAB. Mas, a cada dia, mais valia o esforço. Fui me identificando cada vez mais com o curso. E, eu não queria só mais a graduação, queria ser advogado e ele se realizou, enfim Advogado.

Nesta caminhada a presença importante e constante daquela voz continuava a me acompanhar e incentivar. E, eu não estava delirando. Essa voz era real e falava aos meus ouvidos e muitas vezes falava olhando nos meus olhos. E ela repetia: persistência, disposição, coragem, superação, ânimo e, só assim foi possível. Só foi possível graças ao esforço dela, em me mostrar o caminho que devia ser percorrido todos os dias, metodicamente, sem interrupções, sem negações.

Essa voz ecoava de uma pessoa maravilhosa, minha esposa Gabriela, que tem importância crucial nessa nossa Vitória, de conseguir chegar a fase que nos encontramos neste momento. A minha persistência, disposição, coragem, superação, ânimo só foi possível graças ao incentivo e esforço dela. A ela meu agradecimento maior e meu eterno amor.

Ao meu Coordenador Professor Mestre Jeison Batista de Almeida, que dedicou parte de seu tempo valioso, na disseminação do aprendizado, o meu muito obrigado.

Aos meus pais, que aguardam ansiosos por esse momento, pelo incentivo e confiança dispensados de forma carinhosa, sempre me alentando o espírito.

Aos meus filhos, pela paciência da falta que fiz, nos momentos dedicados aos estudos, provas e tudo mais.

LISTA DE ABREVIATURAS.

ADC - Ação Direta de Constitucionalidade
ADI - Ação Direta De Inconstitucionalidade
ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ADO - Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
CC - Código Civil
CF - Constituição Federal
CPC - Código de Processo Civil
EC - Emenda Complementar
ED - Embargos de Declaração
DF - Distrito Federal
HC - Habeas Corpus
LC - Lei Complementar
MS - Mandado de Segurança
RCI - Reclamação Constitucional
SF - Senado Federal
STF - Supremo Tribunal Federal
SV - Súmula Vinculante
TJ - Tribunal de Justiça
TSE -Tribunal Superior Eleitoral

RESUMO.

No presente trabalho monográfico discutir-se-á o estabelecimento das leis e sua observação, uma vez que, dão concretude às ações dos indivíduos nas suas relações jurídicas, sociais, políticas e econômicas. A discordância da sua aplicabilidade frente ao parâmetro constitucional, que suscitadas em ações que discutem sua constitucionalidade, chamadas de ações diretas de constitucionalidade e de inconstitucionalidade.

Tratará em especial da ação de controle difuso, que trata da constitucionalidade no caso concreto e dos seus efeitos a partir da discussão constitucional no Supremo Tribunal Federal, em sede de ações originárias como: Mandado de Segurança, Recurso Ordinário e em Recurso Extraordinário, a decisão proferida pelo STF e, a regra expressa na CF/88 que outorga ao Senado Federal a competência para suspender, no todo ou em parte, a execução da lei declarada inconstitucional e conferir efeito “*erga omnes*” para esta decisão. O surgimento de um novo entendimento da Suprema Corte, tratado, pela doutrina, de “abstrativização do controle difuso”, com a intenção de incumbir ao STF o poder de imputar efeitos “*erga omnes*” às decisões proferidas nesta via de controle.

Nesta perspectiva, a competência conferida ao Senado Federal prevista no art. 52, X da CF, teria sofrido uma mutação constitucional e só serviria para dar publicidade a decisão da Suprema Corte.

Neste trabalho discutir-se-á, ainda, se seria possível ocorrer uma mutação constitucional de uma ordem expressa do legislador originário a uma função institucional, sem ferir a ordem principiológica constitucional de separação dos poderes expressa na Constituição Federal de 1988, e, neste sentido, o STF estaria usurpando competências senatoriais, a partir da discussão da Reclamação 4.335-5/AC, que considerou a possibilidade de atribuir eficácia “*erga omnes*” às decisões em controle difuso em crimes hediondos o direito à progressão de regime prisional, independentemente de o Senado Federal haver exercido a sua competência privativa de suspender a lei ou ato normativo, declarado inconstitucional pelo Supremo.

Além do mais, dentro da perspectiva de competência legislativa e a máxima estabelecida da separação dos poderes, a sua capacidade de desenvolver uma resistência e oposição capaz de infirmar a posição da Suprema Corte num ato designado “reação legislativa” ou “ativismo congressional”.

E, ainda, se o estabelecimento do entendimento proposto pelo Diálogo Institucional, teria o condão de superar as controvérsias, estabelecendo o sentido constitucional da independência e harmonia entre os poderes estabelecidos da União pela Magna Carta.

Estabelecidas as premissas se concluirá sobre a identidade da abstrativização neste trabalho à conformidade da normatividade constitucional e a capacidade de superação dos entes responsáveis pela condução do processo evolutivo jurídico positivo alinhados aos fundamentos, objetivos e princípios da Carta Magna.

Palavras Chaves: Controle de Constitucionalidade, Teoria da Abstrativização, Reação Legislativa, Diálogo Institucional.

ABSTRACT

This monographic work will discuss the establishment of laws and their observation, since they give concreteness to the actions of individuals in their legal, social, political and economic relations. The disagreement of its applicability to the constitutional parameter, which arise in actions that discuss its constitutionality, called direct actions of constitutionality and unconstitutionality.

It will deal in particular with the diffuse control action, which deals with the constitutionality in the concrete case and its effects from the constitutional discussion in the Federal Supreme Court, in actions originating as: Mandado de Segurança, Ordinary Appeal and Extraordinary Appeal, the decision issued by the STF, and the rule expressed in CF / 88 that grants the Federal Senate the power to suspend, in whole or in part, the execution of the law declared unconstitutional and give "erga omnes" effect to this decision. The emergence of a new understanding of the Supreme Court, treated by the doctrine, of "abstracting the diffuse control", with the intention of entrusting to the Supreme Court the power to impute "erga omnes" effects to the decisions rendered in this control.

In this perspective, the competence conferred on the Federal Senate provided for in art. 52, X of the CF, would have undergone a constitutional change and would only serve to publicize the decision of the Supreme Court.

In this paper, it will be discussed whether a constitutional change of an express order of the original legislator to an institutional function could occur, without prejudice to the constitutional principle of separation of powers expressed in the Federal Constitution of 1988 and, in this sense, the STF would be usurping senatorial competences, starting from the discussion of Complaint 4.335-5 / AC, which considered the possibility of assigning "erga omnes" efficacy to decisions in diffuse control in heinous crimes the right to progression of prison regime, regardless of the Federal Senate exercised its exclusive power to suspend the law or normative act, declared unconstitutional by the Supreme Court.

Moreover, within the perspective of legislative competence and the established maximum of separation of powers, their ability to develop resistance and opposition capable of undermining the Supreme Court's position in an act called "legislative reaction" or "congressional activism."

And yet, if the establishment of the understanding proposed by the Institutional Dialogue would have the power to overcome the controversies, establishing the constitutional sense of independence and harmony between the established powers of the Union by the Magna Carta.

Established the premises will be concluded on the identity of the abstractivization in this work to the conformity of the constitutional normativity and the capacity of overcoming of the entities responsible for conducting the positive legal evolutionary process in line with the foundations, objectives and principles of the Magna Carta.

Key Words: Constitutionality Control, Abstractivization Theory, Legislative Reaction, Institutional Dialogue.

SUMÁRIO.

CAPÍTULO I

INTRODUÇÃO.....	10
1. Controle de Constitucionalidade.....	12
2. A Constituição.....	18
3. Conceito de Inconstitucionalidade.....	19
4. Tipos de Inconstitucionalidade.....	20
4.1. Inconstitucionalidade Formal e Material.....	21
4.2. Inconstitucionalidade Formal.....	21
4.3. Inconstitucionalidade Material.....	22
4.4. Inconstitucionalidade por Ação e por Omissão.....	23
4.5. Inconstitucionalidade por Ação.....	23
4.6. Inconstitucionalidade por Omissão.....	24

CAPÍTULO II.

1. Modelo Brasileiro de Controle de Constitucionalidade.....	25
2. Controle Difuso/Incidental de Constitucionalidade.....	28
3. Competência dos Tribunais para realizar o Controle Difuso.....	29
4. Os efeitos da decisão do Controle Difuso/Incidental.....	30
4.1. O Papel do Senado Federal.....	33
5. Controle Concentrado de Inconstitucionalidade.....	34

CAPÍTULO III

1. Abstrativização do Controle Difuso.....	37
2. Reação Legislativa.....	43
3. Diálogo Institucional.....	48
Considerações Finais.....	52
Referências bibliográficas.....	55

INTRODUÇÃO.

Este Trabalho de Conclusão de Curso tem como tema “A abstrativização do controle difuso de constitucionalidade e o contexto do diálogo institucional” discutirá a contemporânea aproximação dos efeitos do controle difuso aos que são típicos do controle concentrado, superando a orientação constitucional que determina ao Senado a competência privativa para dar concretude à decisão prolatada pelo Pretório Excelso, nos termos de suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional, a resolução do Senado ampliaria a eficácia do controle difuso realizado pelo Supremo.

A teoria da abstrativização do controle difuso preconiza que, se o Plenário do STF, decidir a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, ainda que em controle difuso, de eficácia *inter partes*¹, e não vinculante, essa decisão terá os mesmos efeitos do controle concentrado, ou seja, eficácia *erga omnes*² e vinculante.

As discussões que entabularam o ensaio terá como objetivo primordial discutir a integração dos efeitos entre o controle difuso e o controle concentrado, chamado de abstrativização do controle difuso, com o viés de discutir e analisar como que a autoridade das decisões proferidas pela Suprema Corte valha e tenha seus efeitos igualados tanto em um como em outro tipo de controle de constitucionalidade.

Preliminarmente, discutir-se-á os conceitos fundamentais do controle de constitucionalidade difuso e concentrado e o fenômeno da inconstitucionalidade em suas vertentes, para o entendimento e compreensão do estabelecimento do modelo misto adotado pela sistema brasileiro. Para isto, a demonstração da importância dos motivos da sociedade ter diretrizes de normalização e hierarquização das normas jurídicos constitucionais com efeito irradiador e força normativa.

Na sequência, analisados os dois modelos, o controle difuso e o controle concentrado de exame de constitucionalidade que coexistem concomitantemente no ordenamento jurídico brasileiro. No mesmo rumo, as diferenças entre os dois

¹ O resultado terá efeito entre as partes no processo.

² O resultado da lide terá efeito expandido e valerá para todos, inclusive aqueles que não participaram do processo.

sistemas e a atual tendência, agora já confirmada pelo STF no julgamento da ADI 3937, de aproximação dos efeitos dos dois modelos, chamada de abstrativização do controle difuso.

Ainda, a capacidade, necessidade e a motivação de uma reação legislativa com o objetivo de reverter as decisões tomadas pela excelsa corte no contexto do “Ativismo Congressional” ou “Reação Legislativa”.

Na mesma senda, a análise da vertente do contexto do diálogo institucional, na dinâmica de que na democracia a “última palavra” não existe e do entendimento da possibilidade de superar a condição de que apenas um órgão, no caso o judiciário, tem a última palavra em matéria de interpretação constitucional e controle de constitucionalidade. E da posição de que os poderes instituídos pela União, independentes e harmônicos entre si, que tem o dever de efetivar e defender a constituição, devendo atuar na observação das melhores soluções constitucionais às situações estabelecidas no contexto das relações sociais, econômicas e políticas da sociedade.

CAPÍTULO I

1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Uma sociedade entendida como uma rede de relacionamentos humanos, onde seus membros se relacionam cotidianamente em relações privadas e estatais, que compartilham preocupações com os resultados, interesses comuns e, em muitos casos divergentes, na busca por objetivos que visam resguardar seu patrimônio, os seus direitos individuais e coletivos assegurados contra danos, desrespeitos e abusos, os seus pensamentos, a liberdade de consciência, a intimidade, a honra, a imagem, exercício de qualquer trabalho, acesso à informação, livre locomoção. A busca de sua asserção, determinada na Constituição Federal de 88, sob premissas dos anseios sociais dispostos afirmativamente na construção de uma sociedade democrática, assim prescrita no seio preambular:

Instituir um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias³

Na qual o inter-relacionamento deve ser pautado através do estabelecimento de uma proteção legal disciplinada por ordenamentos jurídicos dispostos preliminarmente e de observância legal, geral e abstrata.

Assim, pautado no pensamento das disposições normativas, estabelecer um metódico entendimento do Direito positivado e as concepções científicas, pautada em determinar ao final que a justiça seja reforçada como sentido nos julgamentos.

Na clara e lúcida lição de Rizzato Nunes:

Qualidade, o qual congrega o fato, o valor, a norma, o poder; a consciência individual e coletiva, com as angústias e privações, com o desejo de ação libertária e do ato justo, de amor ao seme“Com efeito, a pessoa humana, parte da natureza, da sociedade e, pois, do Direito, é um ente nuclear do

³ Preâmbulo da Constituição Federativa do Brasil de 1988.

sistema jurídico, determina a intersubjetividade cogente da essência do Direito e consagra a valoração do justo no seu ser. As necessidades humanas, advindas da constatação do ser biológico e psicossocial, provocam uma permanente atualização do sistema jurídico baseada na força imanente e transcendente do princípio da Justiça. Este é pautado pela atributividade intrínseca ao primado do respeito à dignidade da pessoa humana. O sistema jurídico é complexo, exposto, adaptativo, uma representação do vasto universo do Direito. É complexo porque há uma multiplicidade do seu repertório, marcado pela lhança, na senda da consciência intersubjetiva e transubjetiva, imbuída do valor maior da Justiça⁴

Esta proteção jurídica fundada nos dispositivos estabelecidos no âmbito social e econômico, para que produza efeitos entre as relações sociais, econômicas e jurídicas devem estar dispostas no sentido de promover a justiça, imparcialidade, equivalência e isonomia para os seus usufruidores.

Assim, estabelece-se essa dinâmica com dispositivos normativos que visam regulamentar o sistema social e colocar em prática os objetivos e diretrizes comuns e individuais no meio, dando suporte na interação, integração e sustentação aos grupos.

Nesse sentido, onde as relações devem estar resguardadas, as normas jurídicas são instrumentos valiosos para dar concretude aos objetivos sociais. Cria-se assim, um complexo de normas, determinado através de dispositivos que se interagem e dão respostas e caminhos a serem trilhados, visando sua observância para que as relações estejam protegidas pela legalidade.

Ainda, nas palavras de Rizzato Nunes:

Os conflitos sociais, componentes do repertório, tem o condão de elevar o grau de complexidade do sistema jurídico no patamar da meta sistematização, por meio da qual tal sistema, em permanente expansão e troca de informações com os demais sistemas, rearticula os seus elementos de sorte a que o horizonte aberto no seio da consciência (fluxo de vivência) resistia à desordem e ao caos e mova-se para a ordem do seu estatuto fundamental informado pelo princípio dos Direitos Humanos. A complexidade do sistema jurídico não é, portanto, uma opção metodológica. É um imperativo da realidade imanente às relações interpessoais, ao mesmo tempo em que é uma imposição do sentido da Humanidade⁵

Esse complexo ordenamento jurídico normatizado, podemos entender como

⁴ NUNES, Rizzato. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. 9. ed. - São Paulo. Saraiva, 2009. p.33.

⁵ NUNES, Rizzato. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. Op. Cit., p. 34.

um conjunto de regras e princípios, organizados hierarquicamente que disciplinam legitimamente a sua aplicação nas condutas humanas, com a finalidade de se alcançar segurança jurídica, paz e harmonia social. Com parâmetros instituídos na busca da proteção do indivíduo em todos os sentidos da atual conjectura da disposição constitucional da dignidade da pessoa humana, do direito à ampla defesa, contraditório, direito de petição, inerentes aos direitos fundamentais.

No contexto normativo estabelecido para a preservação dos valores e direitos sociais, a que todos têm direito, deve haver uma sintonia entre a normatividade e, para que a sua efetivação ocorra, parâmetros devem ser observados. E, nesta perspectiva, estabelecer um conteúdo orientador é de primordial importância para o estabelecimento de segurança jurídica e garantia de direitos aos jurisdicionados. A sociedade com conteúdo orientador definido a partir de Cartas Constitucionais, depois de superação de parâmetros estabelecidos sob premissas discricionárias, sob o ponto de vista de aplicabilidade da norma jurídica, para a instauração e determinação de uma nova forma de aplicação das normas e princípios da Carta Magna, com a superação e com denominação de norma jurídica, *lex*⁶ superior, norma maior, conforme baliza doutrinária estabelecida por Luiz Roberto Barroso:

Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. A concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição⁷.

Nesta tônica, a Constituição estabelece as premissas básicas de como a normatividade infraconstitucional deve se comportar. É ela que estabelece o conteúdo para que os aplicadores do Direito se orientem através da dinâmica das divergências estabelecidas nas relações jurídicas. A disposição topográfica no ápice do ordenamento jurídico confere à Constituição a prerrogativa de estabelecer como

⁶ Lei

⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 19 mar. 2018.

os comportamentos devem ser guiados. Nesta noção de disposição vertical do ordenamento estabelecem uma premissa de ordem “nos ordenamentos jurídicos encabeçados por uma Constituição rígida, o sistema de normas é necessariamente hierárquico.”⁸

Na continuidade desse entendimento, de que a partir da Constituição e o efeito irradiador das suas normas – regras e princípios –, dão o sentido do comportamento estatal e privado, é reforçado pelo entendimento nas palavras do constitucionalista Luís Roberto Barroso:

Uma das grandes descobertas do pensamento moderno foi a Constituição, entendida como lei superior. A supremacia da Constituição se irradia sobre todas as pessoas, públicas ou privadas, submetidas à ordem jurídica nela fundada. A Constituição, como norma fundamental do sistema jurídico, regula o modo de produção das leis e demais atos normativos e impõe balizamentos a seu conteúdo⁹.

Podemos observar então, que com o estabelecimento de uma ordem normativa superior dada como norma ápice o ordenamento jurídico verticaliza-se. De um ponto comum ocorre a irradiação de poderes. Normas orientadoras em forma de regras e princípios de observação obrigatória, dão a tônica do comportamento adequado nas relações e interpretações jurídicas a partir daí. Essa visão orientadora, moldada por eventos mundiais desagregadores, nomina-se de novo constitucionalismo. A dicção dirigente de Dirley da Cunha Jr dão apoio e a compreensão necessária da nova dinâmica constitucional:

O neoconstitucionalismo representa o constitucionalismo atual, contemporâneo, que emergiu como uma reação às atrocidades cometidas na segunda guerra mundial, e tem ensejado um conjunto de transformações responsável pela definição de um novo direito constitucional, fundado na dignidade da pessoa humana. O neoconstitucionalismo destaca-se, nesse contexto, como uma nova teoria jurídica a justificar a mudança de paradigma, de Estado Legislativo de Direito, para Estado Constitucional de Direito, consolidando a passagem da Lei e do Princípio da Legalidade para a periferia do sistema jurídico e o trânsito da Constituição e do Princípio da Constitucionalidade para o centro de todo o sistema, em face do reconhecimento da força normativa da Constituição, com eficácia jurídica vinculante e obrigatória, dotada de

⁸ NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p.227.

⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2011. p.33

supremacia material e intensa carga valorativa.¹⁰

A Constituição Federal mostra-se, neste termos, que o Estado Democrático de Direito está fundamentado na soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e no pluralismo político e que o poder deve emanar do povo, exercendo estes direitos na forma da democracia representativa

Assim, nesta nova concepção jurídica determinada pela mudança de paradigma a centralidade constitucional moldada axiologicamente por princípios valorativos, inaugura o Estado Constitucional de Direito submetendo toda a normatividade à força normativa da Constituição, tornando as condições materiais e formais submetidas à sua dependência de validade.

Estabelecido o entendimento da supremacia da Constituição como premissa básica da suportabilidade do Estado Democrático de Direito, que permite e garante o cumprimento da ordem jurídica estabelecida, com a realização dos valores sociais no âmbito coletivo, tem-se que a Constituição empodera um poder-dever de reger e controlar a sociedade pelos caminhos da construção de uma sociedade livre, justa, solidária e desenvolvida, sem pobreza e desigualdades, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e na prevalência dos direitos humanos e sociais.

Não obstante, sejam essas as orientações das Constituições regidas pela prevalência de direitos, por vezes é comum encontrarmos dissentimento diante das leis constitucionais estabelecidas, comprometendo todo o sistema jurídico constitucional e a sua supremacia.

Diante disso, a criação e consolidação de um instrumento protetivo que afasta situações jurídicas que tenham capacidade de romper os preceitos constitucionais instituídos é matéria de elevada importância caracterizada como de ordem pública e, é nessa conjuntura, que se apresenta o controle de constitucionalidade.

Neste contexto contemporâneo, onde estas premissas básicas de normatividade jurídica hierarquizada, o controle de constitucionalidade estabelece a tônica protetiva e invalidadora de normas confrontantes com o sistema

¹⁰ JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador. Editora Juspodivm. 2014. p. 35.

convencionado, consoante moderna doutrina jurídica do constitucionalista Dirley da Cunha Jr:

A supremacia da Constituição é a base de sustentação do próprio Estado Democrático de Direito, seja porque assegura o respeito à ordem jurídica, seja porque proporciona a efetivação dos valores sociais. Mas essa supremacia restaria comprometida se não existisse um sistema que pudesse garanti-la e, em consequência, assegurar a superioridade e força normativa da Constituição, afastando toda e qualquer antinomia que venha agredir os preceitos constitucionais. É nesse contexto que avulta a importância do controle de constitucionalidade como um mecanismo de garantia da supremacia das normas constitucionais delineado pelo próprio texto constitucional. Em razão da supremacia constitucional, todas as matérias jurídicas devem compatibilizar-se, formal e materialmente, com a Constituição. Caso contrário, a norma lesiva a preceito constitucional, através do controle de constitucionalidade, é invalidada e afastada do sistema jurídico positivado, como meio de assegurar a supremacia do texto magno.¹¹

Nesta senda, perante a confirmação dos institutos protetivos dos direitos constitucionais, por vezes é comum encontrarmos oposição/contraposição, por conta de construção legislativa infraconstitucional, diante das leis constitucionais estabelecidas e que devem ser observadas, próprio do entendimento da força expansiva da Constituição e a força irradiadora de seus efeitos, e assim devem ser respeitadas. Eventuais discordância da sua aplicabilidade frente ao parâmetro constitucional, dará motivo para a sua discussão convencionado dentro de um contexto de controle de constitucionalidade.

Assim, dada a controvérsia, estabelece-se a Jurisdição Constitucional, entendida como um instrumento que tem por finalidade garantir o exercício permanente das funções estatais. Circunstancialmente, então, situações normativas estabelecidas podem ser questionadas neste regramento jurídico, sob a discussão de sua constitucionalidade, isto é, se a norma está de acordo com os dizeres da Constituição Federal, norma ápice do ordenamento jurídico pátrio.

E, neste sentido, determinando-se que a lei ou ato normativo confrontado com a Constituição, não atende à sua conformação formal e material, sua exclusão ou adequação (aqui observada as formas de interpretação/hermenêutica, conforme a Constituição ou sem redução de texto) ao ordenamento jurídico é de observância

¹¹ JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Direito Constitucional**. Op. Cit., p.214.

obrigatória.

A Constituição deixa bastante claro seu semblante supremo e com força irradiadora de supremacia, em especial por ser modelo dedicado ao Estado Democrático de Direito, demonstrado por seus fundamentos, com prioridade pela segurança jurídica baseada na legitimidade formal e material dentro de um limiar congruente na exata determinação da jurisdição estatal.

2. A CONSTITUIÇÃO.

A partir das conquistas e evoluções sociais, diversas situações que dispunham sobre os direitos alcançados pelos homens deveriam estar elencados em um instrumento que dispusesse sobre essas proposições como forma de garantir a sua efetividade diante das contextualizações vivenciadas e agregadas na sociedade.

A construção estatal e as formas de sua atuação no contexto social são apresentadas em suas Constituições como documentos que dão a orientação de como o conjunto social e estatal devem se comportar. Como concepção “é que se diz que todo Estado tem Constituição, que é o simples modo de ser do Estado”¹²

Nesta tônica, a estruturação de um Estado, através de sua Carta Constitucional representativa, reproduz toda sua carga axiológica, econômica, política, social, jurídica e cultural, externando sua representação, isto é, o próprio reflexo de sua origem e evolução social, política, jurídica, econômica e cultural.

Como instrumento legal cria condições ao Estado de impor e exercer as vertentes constitucionais estabelecidas diante das instituições conforme assuntos atinentes e pertinentes à sistemática de competência, composição, forma, organização e responsabilidades.

A construção doutrinária do constitucionalista José Afonso de Silva nos guia pela conceituação e abrangência constitucional assim exposta:

A constituição do Estado, considerada sua lei fundamental, seria, então, a organização dos seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua atuação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos

¹² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Op. Cit., p. 37.

constitutivos do Estado¹³.

Nesse sentido, a posição estatal de sua organização e abrangência é definida e determinada por sua Carta Constitucional que estabelece os parâmetros de sua atuação, afirmando-se como um sistema de normas que estabelece a organização, funcionamento, justificação, garantias, divisão de poderes do Estado e os direitos e deveres fundamentais sobre aqueles a que se exerce a jurisdição.

3. CONCEITO DE INCONSTITUCIONALIDADE

Tendo como norte, a Constituição como norma fundamental e irradiadora de efeitos subordinadores, com força expansiva e com supremacia sobre as normas infraconstitucionais, podemos então, estabelecer a definição de inconstitucionalidade como toda norma que afronte a referência normativa, formal e material, determinada pela Constituição. O confronto da norma que será analisada como constitucional ou inconstitucional submete-se a uma análise entre a norma da Constituição e a lei ou ato normativo analisado para determinarmos se a Carta Magna foi desrespeitada.

A expressão jurídico doutrinária do professor José Afonso de Silva confirma a soberania e a direção constitucional a partir desse entendimento:

Nossa Constituição é rígida. Em consequência, é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Toda a autoridade só nela se encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais. Nem os governos dos Estados, nem os municípios ou o Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental. Exercem suas atribuições nos termos nela estabelecidos. Por outro lado, todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal.¹⁴

Dessa forma, reputa-se inconstitucional a lei ou ato normativo que contrariar o estabelecido no ordenamento jurídico-constitucional sendo com ela conflitante e incompatível. Suscitado a lei ou ato como inconstitucional sucederá ofensa violadora à supremacia da Carta Maior. Não sendo viável o convívio de norma infraconstitucional em controvérsia com a norma máxima. Por consequência

¹³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Op. Cit., p. 38.

¹⁴ Ibid., p. 46.

será suprimida ou adequada ao contexto hermenêutico normativo constitucional.

A dicção expositiva de Luís Roberto Barroso reforça o entendimento consagrado na doutrina:

A lógica do raciocínio é irrefutável. Se a Constituição é lei suprema, admitir a aplicação de uma lei com ela incompatível é violar sua supremacia. Se uma lei inconstitucional puder reger dada situação e produzir efeitos regulares e válidos, isso representaria a negativa de vigência da Constituição naquele mesmo período, em relação àquela matéria. A teoria constitucional não poderia conviver com essa contradição sem sacrificar o postulado sobre o qual se assenta. Daí por que a inconstitucionalidade deve ser tida como uma forma de nulidade, conceito que denuncia o vício de origem e a impossibilidade de convalidação do ato.¹⁵

Decorre, neste sentido, naturalmente o entendimento de que se no ápice do ordenamento jurídico a norma maior se estabelece com força normativa irradiadora de efeitos, o afrontamento formal e material suscitará inevitavelmente a incompatibilidade, não sendo possível a convivência e a produção de efeitos.

A imputação do vício de inconstitucionalidade macula a norma comparada de nulidade, não existindo outro caminho senão a sua eliminação do contexto normativo jurídico constitucional.

4.TIPOS DE INCONSTITUCIONALIDADE

As normas inconstitucionais podem ser averiguadas tendo por critérios vários elementos que devem ser observados no processo legislativo, sob pena de serem declaradas inconstitucionais.

Assim, decorre do descumprimento dos padrões e pressupostos estabelecidos *a priori*¹⁶ para a perfeita conformidade da norma inauguradora na legislação. A observação de que “a Constituição disciplina o modo de produção das leis e demais espécies normativas primárias, definindo competências e procedimentos a serem observados em sua criação”.¹⁷

As orientações decorrentes da Constituição determinam a configuração da

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. Op. Cit., p. 38

¹⁶ Aquilo que vem antes.

¹⁷ Ibid., p. 48

maneira de criação das leis e atos normativos. O processo legislativo compreende a elaboração de legislação de maneira adequada as conformidades estabelecidas constitucionalmente.

4.1.INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL

Para a efetividade das leis produzidas a observância de determinados protocolos e sua essencialidade no cumprimento é de crucial importância sob pena de invalidação, a determinação de quem tem a prerrogativa de iniciar o processo e a metodologia adequada vem delimitado na orientação formal e material da matéria discutida constitucionalmente.

Vejamos as duas modalidades de inconstitucionalidades separadamente.

4.2.INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL

O vício de forma é estabelecido quando o processo de formação do ato normativo infraconstitucional desobedece a forma, isto quer dizer, como a elaboração deve ser executada, são aspectos concretos, da maneira de fazer/elaborar o ato normativo. Dizem respeito à competência, que é o estabelecimento de quais autoridades têm legitimidade para propor o ato normativo, como avia Marcelo Novelino, “pode ser *subjetiva*, no caso de leis ou atos emanados de uma autoridade incompetente (e.g., CF, art. 60, I a III; CF, art. 61); ou, *objetiva*, quando um ato é elaborado em desacordo com as formalidades e procedimentos estabelecidos pela constituição (e.g., CF, art. 47; CF, art. 60, §§1.º, 2º, 3º e 5º; CF, art.69).¹⁸

A observação jurisprudencial revela a importância desse conceito, conforme julgado pelo Supremo Tribunal Federal.

EMENTA. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL. RESERVA DE ESPAÇO PARA O TRÁFEGO DE MOTOCICLETAS EM VIAS PÚBLICAS DE GRANDE CIRCULAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. ART. 22, XI, CF/88. AÇÃO

¹⁸ Marcelo Novelino. **Direito Constitucional**. 6ª edição. Método. 2012. Indicando por nota de rodapé o julgado do STF-HC 90.900/SP, rel. orig. Min. Ellen Greicie, rel. p/ o acórdão Min. Menezes de Direito (30.10.2008); STF-ADI 2.792/DF e ADI 2.860/DF, rel.Min. Sepúlveda Pertence.

JULGADA PROCEDENTE. A lei impugnada trata da reserva de espaço para motocicletas em vias públicas de grande circulação, tema evidentemente concernente a trânsito. É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de reconhecer a inconstitucionalidade formal de normas estaduais que tratam sobre trânsito e transporte. Configurada, portanto, a invasão de competência da União para legislar sobre trânsito e transporte, estabelecida no art. 22, XI, da Constituição Federal. Ação julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da Lei estadual paulista 10.884 /2001.¹⁹

Conforme se nota, se a competência para legislar pertence a determinado órgão, no caso, a União é a detentora do poder de legislar sobre trânsito, invadida a sua competência pelo Estado-membro, incorre este em inconstitucionalidade formal, desrespeitou aquele detentor do poder para legislar.

Neste sentido, estabelece-se a inconstitucionalidade formal quando da elaboração da lei ou ato normativo estes estão em desacordo com os requisitos, as formalidades e os métodos procedimentais estabelecido constitucionalmente.

4.3.INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL

A Constituição enumera um conteúdo normativo que dá concretude ao ordenamento jurídico-constitucional estabelecendo normas que definem sua organização, as que definem direitos individuais, coletivos e sociais, normas de conteúdo programáticas e princípios explícitos e implícitos. O desatendimento a esse conteúdo traduz-se em inconstitucionalidade material, como disponibiliza Luís Roberto Barroso:

A inconstitucionalidade material expressa uma incompatibilidade de conteúdo, substantiva, entre a lei ou ato normativo e a Constituição. Pode-se traduzir-se no confronto com uma regra constitucional (CF, art. 37, XI) ou com um princípio constitucional (arts. 5º, *caput*, e 3º, IV)²⁰

A jurisprudência da Suprema Corte traz relevantes parâmetros para o entendimento de como se dá a modalidade de inconstitucionalidade material:

¹⁹ STF – ADI: 3121 SP, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 17/03/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-072 DIVULG. 14-04-2011 PUBLIC. 15-04-2011 EMENTA VOL-02504-01 PP-00019.

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. Op. Cit., p. 51.

EMENTA. Criação de quadro suplementar de Assistente Jurídico com investidura permanente, independentemente de concurso público, em função diversa da primitivamente exercida e com remuneração correspondente a cargo de carreira. Relevo da arguição de inconstitucionalidade material, fundada no art. 37, I, da Constituição. Seriedade, também, da assertiva de vício formal, não sanável pela sanção, e derivado de iniciativa parlamentar, das normas impugnadas, em confronto com o art. 63, I, combinado com o art. 61, § 1º, II, a e c, ambos da Constituição. Suspensão cautelar, com efeito retroativo dos dispositivos de lei estaduais impugnadas.²¹

Nesse contexto, o afrontamento de norma infraconstitucional violadora de institutos constitucionais alavancadores de essência, cerne, natureza, entendido como aquilo do que algo é formado, seu âmago, suas vertentes principais, viciam a lei ou ato normativo de inconstitucionalidade material, não havendo outra saída senão declará-la inconstitucional, interrompendo sua eficácia jurídica.

4.4.INCONSTITUCIONALIDADE POR AÇÃO E POR OMISSÃO

Observada a posição da Carta Magna como norma jurídica ápice e detentora de atributos de expressão de ordem enérgica, determinadora de direção inafastável, impondo comportamentos e condutas, coordenando direitos e deveres e com autoridade para vedar atuação, maneiras e modos. A prática de uma ato antagônico com a gestão constitucional e igualmente a falta de observação são suscetíveis de violação por ação, uma conduta positiva e, se deixa de agir, uma conduta inercial/negativa e omissiva da determinação constitucional.

4.5.INCONSTITUCIONALIDADE POR AÇÃO

Decorre a inconstitucionalidade por ação a partir de uma conduta positiva do poder público, entendendo poder público as três esferas executivo, legislativo e judiciário. Tem como meta a verificação da incompatibilidade vertical dos atos inferiores em relação à Constituição. Quando o poder legislativo edita normas em

²¹ STF - ADI: 2113 MG, Relator: Min. OCTAVIO GALLOTTI, Data de Julgamento: 16/03/2000, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 27-06-2003 PP-00028 EMENT VOL-02116-02 PP-00302.

desacordo com os mandamentos jurídico-constitucional estabelecidos *a priori*²² na Carta Maior.

A expressão de José Afonso da Silva:

Ocorre com a produção de atos legislativos ou administrativos que contrariem normas ou princípios da Constituição. O fundamento dessa inconstitucionalidade está no fato de que o princípio da supremacia da Constituição resulta o da compatibilidade vertical das normas da ordenação jurídica de um país, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior, que é a Constituição.²³

Deste modo, dada a sua importância, os procedimentos de construção normativa estabelecidas através de regras procedimentais, previstas constitucionalmente, devem ser observados criteriosamente sob pena de serem confrontados com a Constituição e serem declarados inconstitucionais. E a razão disto é a determinação do entendimento de que a supremacia da Constituição deve ser respeitada e observada, deve haver compatibilidade vertical das normas do ordenamento jurídico.

4.6.INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

A Constituição da República emite comandos de observância obrigatória, com autoridade determinando uma ação positiva dos poderes instituídos, projeções com o objetivo de suprir os anseios de uma sociedade fragilizada pelas intempéries estabelecidas por regimes econômicos de exceção. A idealização da Carta Suprema determina o anseio popular preambularmente, determinando o sentido de uma constituição cidadã, não só com observação em deveres, mas com ação positiva estatal “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social”.²⁴ Este raciocínio deve irradiar todo o texto e contexto constitucional.

Nessa linha, o legislador tem a obrigação de atuar no sentido de criação

²² Aquilo que vem antes.

²³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Op. Cit., p.47

²⁴ Preâmbulo da CF/88.

de normatividade complementar, tanto quanto nas omissões parciais e totais, que contemple e supra todo o elencado no texto supremo para que as necessidades sejam permeadas com ação que deem equidade ao contexto social.

A lição doutrinária de Marcelo Novelino afirma:

A inconstitucionalidade por omissão ocorre nos casos em que não são adotadas, ou são adotadas de modo insuficiente, medidas legislativas ou executivas necessárias para tornar plenamente aplicáveis as normas constitucionais carentes de legislação regulamentadora. Quando o poder público se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de legislar imposto por norma constitucional, acaba por violar a própria integridade da Constituição, estimulando o preocupante *fenômeno da erosão da consciência constitucional*.²⁵

Não deve ser outro o entendimento, tanto o é que o próprio texto constitucional traz em dois sentidos remédios para a superação dessa disfunção, o mandado de injunção em seu inciso LXXI do art. 5º, “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” e, avança ainda na disposição da ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103 §2º, CF/88) quando “declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar o das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

Portanto, ocorrendo a não idealização/elaboração do conteúdo normativo apto a suprir as determinações constitucionais de garantias sociais, autorizado estão os legitimados a moverem os respectivos remédios para que seja suprida a omissão parcial ou total.

CAPÍTULO II

1.MODELO BRASILEIRO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A partir do entendimento de que a Constituição deve ser a norma maior nos ditames de toda à sociedade, além dos seus efeitos irradiadores e que toda lei ou

²⁵ NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. Op. Cit., p.240. Citando o acórdão STF - ADI (MC) 1.439/DF, rel. Min. Celso de Mello.

ato normativo com ela incompatível deve ser declarada inconstitucional e retirada do sistema normativo ou interpretada conforme o enunciado constitucional tem-se a necessidade de criar-se mecanismos que sejam aptos em determinar como deve ser executada essa função.

Conforme enuncia Luís Roberto Barroso “a doutrina costuma identificar três grandes modelos de controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno: o americano, o austríaco e o francês”.²⁶

Vejamos a lição:

O modelo americano, cujo marco inicial é a decisão proferida em *Malbury v. Madison* (1803), tem por característica essencial o fato de o controle ser exercido de maneira difusa por todos os juízes e tribunais, no desempenho ordinário de sua função jurisdicional. O modelo *austríaco*, introduzido pela Constituição daquele país em 1920, e disseminado na Europa após a 2ª Guerra Mundial, sobretudo pelo prestígio do Tribunal Constitucional Federal alemão, tem como elemento característico a criação de um órgão próprio – a Corte Constitucional – ao qual se atribui competência para, concentradamente, manifestar-se acerca da constitucionalidade das leis. Nesse sistema, como regra geral, juízes e tribunais suspenderão o processo no qual tenha sido feita a arguição plausível de inconstitucionalidade de determinada norma, remetendo a questão para ser decidida pelo Tribunal Constitucional. Após o pronunciamento acerca da questão constitucional, retoma-se a tramitação do processo perante o juízo ou tribunal competente. O modelo francês tem por traços fundamentais seu caráter não jurisdicional e prévio, sendo o controle exercido pelo Conselho Constitucional.²⁷

O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro é permeado e caracterizado levando em conta peculiaridades de cada sistema exercido por esses países. O desenrolar do sistema é dado por particularidade, característica e especificidade extraído de cada modelo conforme o âmbito de controle.

Como sentencia a doutrina balizadora de Luís Roberto Barroso:

Dessas matrizes surgiram variações de maior ou menor sutileza, abrigadas nos sistemas constitucionais de diferentes países. É possível sistematizar as características de cada um levando em conta aspectos subjetivos, objetivos e processuais ordenados quanto à natureza do órgão – controle

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. Op. Cit., p. 63.

²⁷ Jackson e Tushnet, *Comparative constitutional law*, 1999; Louis Favoreu et al., *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, 1984; e François Luchaire, *Le Conseil Constitutionnel*, 4 v., 1997. apud Barroso, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 63.

político e controle judicial; quanto ao momento de exercício – controle preventivo e controle repressivo; quanto ao órgão judicial – controle difuso e controle concentrado; quanto à forma – controle via incidental e controle por via principal.²⁸

Tem-se nestes sistemas de controle características e influências particulares de cada país na concepção brasileira sobre o manejo, no controle político e o controle preventivo a manifestação de inconstitucionalidade ocorre no parlamento, tipicamente concepção francesa; no controle judicial e controle difuso, concepção americana; e no controle concentrado a visão austríaca.

Nessa vertente, temos uma construção no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade buscando nas experiências de outros países e com o desenvolvimento progressivo no que se refere ao direito constitucional uma linha predominantemente judicial comumente aos órgãos judiciais se designa a competência para examinar a compatibilidade das leis e atos normativos com a Constituição Federal.

É de se observar que decorre do próprio texto constitucional as duas formas de controle de constitucionalidade no sistema brasileiro. O controle difuso e via incidental (modelo americano) previsto no art. 102, III da CF/88 e por via principal e concentrado (modelo austríaco) emanado do art. 102, I, a, da CF/88.²⁹

A propósito do tema anota Luís Roberto Barroso:

O controle incidental difuso continuou a ser previsto de forma expressa, porém oblíqua, na disciplina do cabimento do recurso extraordinário, da qual decorre a inequívoca possibilidade de declaração de inconstitucionalidade por juízes ou tribunais. Já o controle principal e concentrado contemplou duas possibilidades, perante o STF, quando se tratar de ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual em face da Constituição e, já agora, também da ação direta de constitucionalidade, instituída pela EC 3/93 (art.102, I, a); e perante o STJ, quando se tratar de representação de inconstitucionalidade

²⁸ Ibid., p. 63/64.

²⁹ 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 tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição. d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal;

I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal).

de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição estadual (125,§2º).³⁰

Essas considerações evidenciam a forma estabelecida na Carta Magna do controle de constitucionalidade determinado pelo legislador originário no sistema misto.

2.CONTROLE DIFUSO/INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE

Entabulada a lide, no juízo de piso ou a nível de recurso, e estabelecida processualmente, os parâmetros instituídos no processo civil determinam o modo preciso do conteúdo processual e do seu procedimento no desenrolar da questão discutida no processo judicial, que desembocará numa decisão judicial. Neste modelo de controle de constitucionalidade “também dito *incidenter tantum*”³¹, por via de defesa, por via de exceção ou sistema americano”³² propicia aos demandantes discutir a constitucionalidade da lei no caso concreto, originariamente, sendo realizado na execução da atividade jurisdicional na sua particularidade, a vista de discutir sobre a possibilidade, se declarada inconstitucional, do afastamento da lei para aquela situação que envolve os demandantes.

Nos ensinamentos doutrinários do constitucionalista Dirley da Cunha Jr, arrecada-se os seguintes ensinamentos e conjunto de ideias e valores.

Vale dizer, o exame da constitucionalidade da conduta estatal pode ser agitado, *incidenter tantum*, por qualquer das partes envolvidas numa controvérsia judicial, perante qualquer órgão do Poder Judiciário, independente de instância ou grau de jurisdição, por meio de uma ação subjetiva (ou peça de defesa) ou em um recurso. Pressupõe a existência de um conflito de interesse, no bojo de uma ação judicial, na qual uma das partes alega a inconstitucionalidade de uma lei ou ato que a outra pretende ver aplicada ao caso. Enfim, desde que se possa deduzir uma pretensão acerca de algum bem da vida ou na defesa de algum interesse subjetivo, pode o interessado arguir, em sede concreta, a inconstitucionalidade como seu fundamento jurídico.³³

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. Op. Cit., p.87.

³¹ Terminologia pela qual se aufere a análise incidental da questão. Em outras palavras, é analisar a questão como fundamento do pedido.

³² BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. Op. Cit., p. 111.

³³ JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Direito Constitucional**. Op. Cit., p. 254.

Por conseguinte, temos que dada a controvérsia, numa disputa subjetiva, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estatal pode ser suscitada e deverá ser decidida pelo judiciário de forma incidental, isto é, a questão é discutida como questão prejudicial de mérito, de forma que deve ser julgada pelo juiz antes da decisão que decide o mérito e não será prolatada na sentença, mas apenas a improcedência ou improcedência do pedido, afastando a incidência da norma naquele caso concreto “a ação, portanto, não pode visar diretamente ao ato inconstitucional, limitando-se a se referir à inconstitucionalidade do ato apenas como fundamento ou causa de pedir, e não como próprio pedido”³⁴, obedecendo assim, a regra processual estabelecida.

A partir desse entendimento, a argumentação de inconstitucionalidade na via difusa, está condicionado a um litígio judicial em uma ação no caso concreto, em que uma das partes, usa o instrumento como forma de afastar a aplicação da norma reputada inconstitucional e, o juiz, deverá pronunciar-se no sentido de dar validade ou não a esta norma questionada.

De se entender então, que essa via de discussão de constitucionalidade se dará sempre em um caso concreto, instalado a partir de uma disputa judicial.

3.COMPETÊNCIA DOS TRIBUNAIS PARA REALIZAR O CONTROLE DIFUSO/INCIDENTAL

O controle de constitucionalidade no caso concreto/difuso/incidental, quando sua discussão ocorre a nível de órgãos judiciais de segundo grau e tribunais superiores, é importante levar em conta a orientação da regra constante na Constituição Federal constante seu art. 97, segundo a qual “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público” e a orientação do CPC, no art 948. Arguida, em controle difuso, a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, após ouvir o Ministério Público e as partes, submeterá a questão à turma ou à câmara à qual competir o conhecimento do processo. Como afirmação Dirley da Cunha Jr

³⁴ Ibid., p. 255.

“quando arguida a inconstitucionalidade perante tribunal, impõe-se observar - em face da exigência da cláusula constitucional do *full bench*³⁵ (reserva de plenário).³⁶

Isto se dá pois há que se levar em conta a presunção inicial de constitucionalidade das leis e atos normativos e, para que possa ser infirmada, é importante que haja uma discussão qualificada, o que só se consegue a nível de plenário, onde reúne-se quantidade de julgadores com experiência e eleva-se o nível da discussão jurídica estabelecida.

Especificamente, em se tratando de discussão de controle de constitucionalidade no STF, órgão máximo no sistema judiciário, que tem como função principal a guarda da Constituição, realiza as duas formas de controle: o concentrado/via principal/abstrato e também o controle difuso/concreto/incidental de constitucionalidade.

Na lição de Luís Roberto Barroso:

Cabe examinar o papel do Supremo Tribunal Federal, ao qual incumbe, precipuamente, nos termos constitucionais, a guarda da Constituição (art. 102). Órgão de cúpula do Poder Judiciário, exerce ele, de modo concentrado, a fiscalização em via principal de constitucionalidade de leis e atos normativos federais e estaduais, tendo como paradigma a Constituição Federal. Cabe-lhe, também, e privativamente, o controle abstrato de normas federais. Nada obstante essa primazia no controle mediante ação direta (isto é, principal, concentrado e, como regra, abstrato), o Supremo tribunal Federal, a exemplo de todos os demais órgãos judiciais, também realiza o controle incidental e difuso de constitucionalidade. Poderá fazê-lo em processos de sua *competência originária* (art. 102, I) ou no julgamento de recurso ordinários (art. 102, II). Todavia, é em sede de recurso extraordinário que a Corte Suprema desempenha, normalmente e em grande volume, a fiscalização concreta de constitucionalidade de leis ou atos normativos.³⁷

É de se perceber então, a atuação dúplice da Suprema Corte, na atuação do controle de constitucionalidade, em lides subjetivas (incidental/difuso), como em discussão de controle em ação direta (abstrato/concentrado).

4.OS EFEITOS DA DECISÃO DO CONTROLE DIFUSO/ INCIDENTAL

³⁵ Regra que prevê que no Tribunal a decisão tem que ser tomada pela maioria absoluta dos membros.

³⁶ JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Direito Constitucional**. Op. Cit., p. 260.

³⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. Op. Cit., p.123/124.

No controle difuso de constitucionalidade, sua principal característica é que o seu exercício ocorre diante discussão de um caso concreto, uma lide posta que deverá ser decidida pelo juiz prolatando sentença. Nesta demanda litigiosa, a análise da constitucionalidade se dá incidentalmente, isto é, deve ser decidida antes do mérito, é definida como prejudicial de mérito. A declaração de inconstitucionalidade, não é o objeto principal, ela não fará coisa julgada material. Como preleciona Marcelo Novelino “está espécie de controle de constitucionalidade surge sempre a parte de um caso concreto levado à apreciação do Poder Judiciário, por iniciativa de qualquer pessoa cujo direito tenha sido violado”³⁸.

A partir desse entendimento, nota-se que os efeitos da decisão fará coisa julgada entre as partes no litígio estabelecido, dentro da esfera da disputa judicial, determinado pelo conjunto normativo especificado no direito processual.

Veja-se a seguir a dicção doutrinária de Luís Roberto Barroso:

Desse conjunto de noções básicas de direito processual extraem-se algumas consequências relevantes. Transitada em julgado a decisão, isto é, não sendo mais impugnável por via de recurso, reveste-se ela da autoridade da coisa julgada. Sua eficácia subjetiva, no entanto, é limitada às partes do processo, sem afetar terceiros (CPC, art. 506). Por outro lado, o objeto da causa é demarcado pelo pedido formulado, não podendo o pronunciamento judicial estender-se além dele. Portanto, a eficácia objetiva da coisa julgada é limitada ao que foi pedido e decidido, sendo certo que é a parte *dispositiva* da sentença (CPC art. 489) na qual se contém a resolução das questões postas, que recebe a autoridade da coisa julgada. Veja-se, então. A decisão que declare que um tributo não é devido porque a lei que o instituiu viola o princípio da anterioridade, ou a que considere a majoração legal do valor do aluguel, no curso do contrato, prejudicial ao ato jurídico perfeito, produzem efeitos apenas entre as partes do processo: contribuinte e Fazenda Pública, no primeiro caso; locador e locatário, no segundo. Em ambas as hipóteses, o juiz reconheceu incidentalmente a inconstitucionalidade da lei aplicável, e os efeitos desse reconhecimento repercutem apenas *inter partes*. Porém, há mais a observar: a declaração de inconstitucionalidade não era o objeto de nenhum dos dois pedidos, mas apenas a razão de decidir. Na verdade, como já visto, era uma questão prejudicial, que precisava ser resolvida como premissa lógica necessária para a solução do litígio. Ora bem: por dicção legal expressa, nem os fundamentos da decisão nem a questão prejudicial integram os limites objetivos da coisa julgada, de modo que não há falar em *autoritas rei iudicata* em relação à questão constitucional³⁹.

³⁸ NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. Op. Cit., p.258.

³⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. Op. Cit., p. 146.

Assim, a determinação processual do art. 506 do CPC “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada” e, art. 489 do CPC “ são elementos essenciais da sentença: os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem”. Além, da determinação de que a análise da lei ou ato normativo discutido ser constitucional ou não ter como fundamento a causa de pedir, e não o pedido principal, sendo discutida preliminarmente não se submetendo à coisa julgada na orientação do art. 504. “Não fazem coisa julgada: os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença”.

Nessa conformidade, a validade do julgamento da sentença é limitada entre às partes litigantes (eficácia subjetiva), de outro lado a delimitação do pedido está substanciada na sua formulação (eficácia objetiva), não podendo o juiz decidir além dela.

Assim, dentro desta linha de pensamento temos que primeiro efeito da declaração de inconstitucionalidade no modelo difuso, se dá entre as partes - *inter partes*⁴⁰ -, os efeitos da sentença só farão efeitos para as partes envolvidas no processo, não se irradiando além dessa dimensão.

Outra discussão permeia-se sobre a desconstituição do ato atacado e declarado inconstitucional se a sua nulidade tem a capacidade de desconstituí-lo desde o início ou a partir da sua declaração de inconstitucionalidade.

Manifesta-se, sobre o fundamento do alcance do ato declarado inconstitucional e sua consequência, o professor Luís Roberto Barroso:

Quando do estudo do fenômeno da inconstitucionalidade, ficou assentado que a corrente amplamente dominante no Direito brasileiro é a que situa a inconstitucionalidade no campo da nulidade. Lei inconstitucional é nula. Consequência natural e necessária dessa premissa é a de que a decisão que reconhece a inconstitucionalidade é de natureza declaratória, limitando-se a reconhecer um vício preexistente. Diante disso, a pronúncia de nulidade da norma deve colhê-la desde o seu nascimento, impedindo-se que produza efeitos⁴¹.

Sob a ótica desse efeito levando-se em conta que se um ato é declarado inconstitucional nenhum efeito dele emana é de se entender/compreender que não

⁴⁰ O resultado terá efeito entre as partes no processo.

⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. **Controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. Op. Cit., p. 147.

devem produzir resultado algum desde o início.

É de se observar que, de nada valeria à parte que teve a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo reconhecido, se algum efeito pudesse emanar e regradar a relação jurídica, mostraria-se incongruente algum tipo de ação dessa lei e que ela pudesse agir e criar obrigações “corolário da supremacia da Constituição é que uma norma inconstitucional não deva gerar direitos ou obrigações legitimamente exigíveis”⁴².

Nesse sentido, a partir do entendimento de declaração de inconstitucionalidade, temos o segundo efeito do controle difuso, qual seja, efeitos retroativos - *ex tunc*⁴³ - o ato declarado inconstitucional retroage ao início da lei e a partir daí nenhuma ação produz.

4.1. O PAPEL DO SENADO FEDERAL

Tem o Senado Federal, neste processo controle incidental de constitucionalidade, disposição definida como privativa na Magna Carta como aduz o art. 52, X, de “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”. Papel fundamental, como dogma da separação dos poderes, desempenha o Senado que tem a competência privativa para suspender a execução de lei ou ato normativo declarado inconstitucional pela Suprema Corte.

Neste caso, a matéria é tratada no âmbito senatorial em seu regimento interno art. 386, que prevê que se “conhecerá da declaração, proferida em decisão definitiva pelo Supremo Tribunal Federal, de inconstitucionalidade total ou parcial de lei”, e continúa no art. 389 que “lida em plenário, a comunicação ou representação será encaminhada à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, que formulará projeto de resolução suspendendo a execução da lei, no todo ou em parte”.

A explanação diretiva deste contexto da conformação do modo como é determinada a atuação senatorial é tratada por Dirley da Cunha Jr da seguinte forma:

No controle incidental, a declaração de inconstitucionalidade restringe-se

⁴² Ibid., p. 147.

⁴³ Os efeitos da decisão são retroativos desfazendo o ato desde o seu início.

às partes litigantes, ainda que, em face de recurso extraordinário (ou no exercício de sua competência originária), a decisão de inconstitucionalidade seja proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, continua a lei ou ato normativo impugnado, e declarado inconstitucional em relação àquelas partes, a vigorar e a produzir efeitos relativamente a outras situações e pessoas, a menos que, igualmente, se provoque a jurisdição constitucional, logrando essas pessoas obter idêntico pronunciamento. Vê-se, por conseguinte, que é decorrência natural do controle incidental de constitucionalidade, nos países que não adotam o princípio do *stare decisis*, a possibilidade de existência de leis ou atos normativos *inconstitucionais para uns e constitucionais para outros*.

Para evitar essa problemática - leis ou atos normativos inconstitucionais para uns e constitucionais para outros - a Constituição de 1988, na esteira das Constituições anteriores (a partir da Constituição de 1934), outorgou ao Senado Federal a competência para ao suspender a execução do ato normativo declarado *incidentalmente* inconstitucional por decisão definitiva do Supremo, conferir efeito *erga omnes* a essa decisão da Excelsa Corte, de efeitos originariamente *inter partes*, estendendo os efeitos da declaração de inconstitucionalidade a todas as pessoas.⁴⁴

Assim, a decisão do Senado será manifestada sob forma de uma resolução que determinará a suspensão da lei declarada inconstitucional pela Suprema Corte, sendo uma tarefa determinada de ampliação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle incidental. Ao suspender a execução da lei declarada inconstitucional os efeitos desta lei não mais se irradiarão pelo sistema normativo, e a partir deste momento é que passa a não mais influenciar/normatizar o sistema jurídico.

Percebemos então que, o Senado tem uma função secundária de ampliação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, dogma da separação dos poderes, capaz de alterar a conformidade de como se deu uma decisão para uma outra lógica, a partir de uma decisão com efeitos somente às partes irradiar-se à outras situações retirando a lei ou ato normativo do sistema, paralisando sua ação.

Insta demonstrar que a partir desse ponto a abrangência do tema é de muita importância, por se tratar do ponto crucial no entendimento das indicações propostas para o desenvolvimento deste trabalho acadêmico.

5.CONTROLE CONCENTRADO DE INCONSTITUCIONALIDADE

Neste modelo de controle de constitucionalidade, o processo que verificará

⁴⁴ JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Direito Constitucional**. Op. Cit., p. 263.

se uma lei é ou não constitucional, se dá de forma abstrata, isto é, não existe um caso concreto, uma disputa judicial envolvendo uma situação fática/real. O que se visa neste modelo é a declaração de uma lei inconstitucional frente a um parâmetro delimitado *a priori*⁴⁵, que é a Constituição,

Vejamos a lição Marcelo Novelino sobre o tema:

O controle concentrado exercido *abstratamente* tem por finalidade precípua a *defesa da ordem constitucional objetiva*, razão pela qual o processo constitucional objetivo pode ser instaurado independentemente da existência de uma lide ou de lesões concretas a direitos subjetivos. Isso não significa que a proteção de direitos seja irrelevante no controle abstrato, mas apenas que não se trata da preocupação principal⁴⁶

Tem-se assim, que a finalidade deste modelo de controle é a defesa do ordenamento jurídico constitucional, que visa garantir a supremacia da Constituição e seus efeitos irradiadores sobre o ordenamento infraconstitucional.

Nessa tônica, o Supremo Tribunal Federal circunscreve-se perscrutar abstratamente o conflito entre a norma questionada inconstitucional buscando-se garantir a supremacia da Constituição.

Na esfera constitucional foram elencados quatro dispositivos de controle concentrado/abstrato de constitucionalidade: a ação direta de inconstitucionalidade (ADI), a ação declaratória de constitucionalidade (ADC), a ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO).

Nessa perspectiva, a análise da ação direta de inconstitucionalidade é a base para o estudo da teoria da abstrativização/objetivação, por conta de seus efeitos, que serão comparados ao controle difuso. Pois, esta ação, cuida, conforme delimitação do texto constitucional, de fazer a defesa da Carta Magna quando violada, “concebida para a *defesa genérica* de todas as normas constitucionais, sempre que violadas por alguma lei ou ato normativo do poder público. Por isso mesmo é também conhecida como *ação genérica*”⁴⁷.

A partir de um processo objetivo, inicia-se a discussão para a configuração da análise da norma confrontada ser ou não compatível com o texto constitucional.

⁴⁵ Aquilo que vem antes.

⁴⁶ NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. Op. Cit., p. 277.

⁴⁷ JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Direito Constitucional**. Op. Cit., p. 282.

O começo dessa ação é conferida a apenas a alguns legitimados⁴⁸ que tem a prerrogativa de estabelecer a jurisdição constitucional para a tutela da Constituição. Sendo competente para julgar o processo apenas o STF ou TJ dos Estados e DF, como Tribunais Constitucionais, que tem a guarda da Constituição Federal e Estadual respectivamente⁴⁹.

A decisão final, proferida pelos Tribunais Constitucionais, que declara a inconstitucionalidade ou não da lei ou ato normativo contestado frente a Constituição, produzirão eficácia contra todos - *erga omnes*⁵⁰ - e efeito vinculante⁵¹. Ainda, nessa análise, o efeito declaratório da decisão, atinge de nulidade o ato desde o seu início produzindo efeito *ex tunc*⁵², isto é, desde o seu nascedouro, a lei inconstitucional não pode produzir efeito algum. Porém, visando a segurança jurídica ou excepcional interesse social de alguns atos emanados, é possível a modulação da eficácia temporal da decisão proferida na sentença, isto equivale dizer que ela deixa de valer ou começa a produzir efeitos a partir de determinado momento⁵³.

Assim, podemos inferir que a decisão judicial de declaração de inconstitucionalidade produz, em regra, efeitos retroativos (*ex tunc*)⁵⁴, efeitos gerais

⁴⁸ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

⁴⁹ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

⁵⁰ O resultado da lide terá efeito expandido e valerá para todos, inclusive aqueles que não participaram do processo.

⁵¹ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

⁵² Os efeitos da decisão são retroativos desfazendo o ato desde o seu início.

⁵³ Lei 9886/99. Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

⁵⁴ Os efeitos da decisão são retroativos desfazendo o ato desde o seu início.

(*erga omnes*)⁵⁵, repristinatórios e vinculantes.

CAPÍTULO III

1.ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO.

Nesse cenário, normativo de regramento das ações de controle de constitucionalidade e partindo do entendimento das posições dos efeitos dos dois modelos de controle, o difuso e o concentrado, que dão características próprias ao deslinde da questão discutida no processo concreto e abstrato, podemos começar a inferir sobre a possibilidade da Teoria da Abstrativização ser efetivada nos processos de controle de constitucionalidade.

No controle difuso/incidental o entendimento, está condicionado a um litígio judicial em uma ação no caso concreto, em que uma das partes, usam o instrumento como forma de afastar a aplicação da norma reputada inconstitucional e, o juiz, deverá pronunciar-se no sentido de dar validade ou não a esta norma questionada. Segundo Dirley da Cunha Júnior, “continua a lei ou ato normativo impugnado, e declarado inconstitucional em relação àquelas partes, a vigorar e a produzir efeitos relativamente a outras situações e pessoas”.⁵⁶

Por isso, nessa via de discussão de constitucionalidade ocorre sempre em um caso concreto, instalado a partir de uma disputa judicial e os seus efeitos irradiados - “*inter partes*”⁵⁷ -, a repercussão da sentença só implicará as partes envolvidas no processo e, ainda, não vinculante, ou seja, não se difundindo além dessa dimensão e o efeito temporal do controle difuso, qual seja, efeitos retroativos - “*ex tunc*”⁵⁸ -, o ato declarado inconstitucional retroage ao início da lei e a partir daí nenhuma eficácia produz. Sendo que, tem o Senado Federal a prerrogativa constitucional, segundo o art. 52, X da CF/88, de “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”. Para que ocorra a expansão é imprescindível a manifestação do

⁵⁵ O resultado da lide terá efeito expandido e valerá para todos, inclusive aqueles que não participaram do processo.

⁵⁶ JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Direito Constitucional**. Op. Cit., p.263.

⁵⁷ O resultado terá efeito entre as partes no processo.

⁵⁸ Os efeitos da decisão são retroativos desfazendo o ato desde o seu início.

Senado via resolução, conforme orientação constitucional.

Por outro lado, no controle concentrado abstrato, a sentença proferida pelos Tribunais Constitucionais, que declara a inconstitucionalidade ou não da lei ou ato normativo contestado frente a Constituição, produzirão eficácia contra todos “*erga omnes*”⁵⁹ e efeito vinculante. Ainda, nessa análise, o efeito declaratório da decisão, atinge de nulidade o ato desde o seu início produzindo efeito “*ex tunc*”⁶⁰, isto é, desde o seu nascedouro, a lei inconstitucional não pode produzir efeito algum. Nesta razão a afirmação de Luís Roberto Barroso “A decisão proferida na ação direta de inconstitucionalidade, como qualquer ato jurídico, destina-se à produção de efeitos próprios. A doutrina costuma referir-se, após a edição da Lei n. 9868/99, como sendo, em regra, retroativos (*ex tunc*)”⁶¹, gerais (*erga omnes*)⁶², repristinatórios e vinculantes”⁶³

Contudo, está havendo, atualmente, no STF uma dinâmica de aproximação dos dois controles, no sentido de atribuir eficácia “*erga omnes*”⁶⁴ ou geral, às decisões de inconstitucionalidades declaradas pelo Pretório Excelso, em sede de controle difuso incidental nas ações de sua competência sem a anuência do Senado Federal, defendendo a ocorrência do fenômeno chamado de, mutação constitucional, que versa, nesta situação, sobre o entendimento de ser o STF quem deve alargar a decisão no controle difuso.

A esta aproximação dá-se nome abstrativização ou objetivação, que é nada mais que adotar e utilizar os efeitos do controle concentrado abstrato no controle difuso/incidental, empregando eficácia “*erga omnes*”⁶⁵ e efeito vinculante às decisões do Supremo que declara a inconstitucionalidade em um processo subjetivo, afastando a participação do Senado.

⁵⁹ O resultado da lide terá efeito expandido e valerá para todos, inclusive aqueles que não participaram do processo.

⁶⁰ Os efeitos da decisão são retroativos desfazendo o ato desde o seu início.

⁶¹ Os efeitos da decisão são retroativos desfazendo o ato desde o seu início.

⁶² O resultado da lide terá efeito expandido e valerá para todos, inclusive aqueles que não participaram do processo.

⁶³ Alexandre de Moraes, **Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional**, 2002, p. 2365, apud BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 2018.

⁶⁴ O resultado da lide terá efeito expandido e valerá para todos, inclusive aqueles que não participaram do processo.

⁶⁵ O resultado da lide terá efeito expandido e valerá para todos, inclusive aqueles que não participaram do processo.

Esse movimento/discussão tem início no julgamento do HC 82.959/SP, em 2006, impetrado em favor de um único preso, e ao julgar o HC declarou-se inconstitucional o § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90, que proibia a progressão do regime de pena para os crimes hediondos e equiparados. Nesta ação demonstrou-se que a norma obrigava o juiz sempre a condenar o réu ao regime integralmente fechado o que violava o princípio constitucional da individualização da pena e, ainda, a proibição de progressão no regime de cumprimento da pena, o que não permitia a ressocialização do preso.

Não se pode deixar de consignar, que a decisão foi tomada pelo plenário do STF, porém, em um processo de HC individual no contexto de controle difuso de constitucionalidade. É de se inferir então que os efeitos seriam “*inter partes*”⁶⁶, além de que “*ex tunc*”⁶⁷, e, ademais não vinculante.

Após esta decisão, um juiz do Acre, indeferiu pedido de progressão de regime em favor de um condenado, usando como argumento que a Lei de Crimes Hediondos obstava a progressão e que a decisão do STF no HC 82.959/SP somente teria eficácia se o Senado Federal suspendesse a execução da lei declarada inconstitucional pela Suprema Corte, e naturalmente a partir daí seus efeitos seriam “*erga omnes*”⁶⁸.

O réu, então formulou reclamação ao STF alegando ofensa a autoridade da decisão do STF no HC 82.959/SP que julgou inconstitucional o dispositivo que negava a progressão e que mesmo a decisão sendo tomada em sede de controle difuso não poderia haver discordância da decisão, ou seja, seus efeitos seriam “*erga omnes*”⁶⁹, “*ex tunc*”⁷⁰ e vinculantes. Daí nasceu a Reclamação 4335/AC.

No caso concreto elencado pelo HC 82.959/SP, é significativo elucidar que depois da decisão do HC e antes da decisão/julgamento da reclamação, houve a edição da Súmula Vinculante 26, reconhecendo a permissão da progressão de regime em crimes hediondos, que salvou o plenário da decisão, pois naquele momento não poderia ser aceita a reclamação constitucional, pois, não havia uma

⁶⁶ O resultado terá efeito entre as partes no processo.

⁶⁷ Os efeitos da decisão são retroativos desfazendo o ato desde o seu início.

⁶⁸ O resultado da lide terá efeito expandido e valerá para todos, inclusive aqueles que não participaram do processo.

⁶⁹ O resultado da lide terá efeito expandido e valerá para todos, inclusive aqueles que não participaram do processo.

⁷⁰ Os efeitos da decisão são retroativos desfazendo o ato desde o seu início.

decisão vinculante, e neste sentido, não estava sendo desrespeitada/usurpada a autoridade do Excelsa Corte. E, com a edição da SV 26, o problema foi resolvido e a partir daí haveria possibilidade de reclamação, caso o julgamento não observasse a súmula.

De se registrar ainda, que neste momento, houve percepção dualista sobre os entendimentos da irradiação dos efeitos da decisão proferida em controle difuso, uma que afirmava que havia ocorrido uma mutação constitucional sem alteração de texto e outra que reafirmava o conteúdo constitucional de ser o Senado o responsável por dar amplitude à decisão proferido pelo STF em controle difuso.

Essa tendência, de dar ao controle difuso os mesmos efeitos do controle concentrado, independentemente da edição de resolução senatorial suspendendo a execução do ato normativo declarado inconstitucional, nos termos do art. 52, X, da Constituição Federal, não tem unanimidade na discussão doutrinária.

A corrente defensora da abstrativização preconiza que, o art.o art. 52, X, da CF/88 sofreu uma mutação constitucional e, conseqüentemente, deve ser reinterpretado. Assim, o papel senatorial é apenas de dar publicidade à decisão proferida pela Corte Maior. Por outra forma, mesmo em controle difuso/incidental, o juízo do STF, já é capaz de determinar os efeitos “*erga omnes*”⁷¹ e o Senado somente confirma dando publicidade à decisão, restaria mitigada a função senatorial.

Para os que defendem a tendência da abstrativização/objetivação, a ampliação dos efeitos teria o poder de unificar as decisões proferidas no controle difuso/incidental, o que beneficia o jurisdicionado, pois não haveria decisões conflituosas entre si e o Poder Judiciário, que se tornaria mais célere e objetivo, já que não precisaria mais revolver questões discutidas e decididas anteriormente. Ainda, como cabe ao STF precipuamente a guarda da Constituição, a partir da ampliação dada pela EC 45/2004 que estendeu os poderes do STF no controle abstrato, assim, seria sua prerrogativa a última palavra nas interpretações e que posições divergentes enfraqueceriam a força irradiadora e normativa da Constituição.

No julgamento da Reclamação 4335/AC, o relator Ministro Gilmar Mendes,

⁷¹ O resultado da lide terá efeito expandido e valerá para todos, inclusive aqueles que não participaram do processo.

elencou as principais características para a superação da prerrogativa do Senado ampliar os efeitos da decisão em sede de controle difuso:

A amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de que se suspenda, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, contribuíram, certamente, para que se quebrantasse a crença na própria justificativa desse instituto, que se inspirava diretamente numa concepção de separação de Poderes - hoje inevitavelmente ultrapassada. Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de uma Emenda Constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão-somente para as partes?

A única resposta plausível nos leva a crer que o instituto da suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão de índole exclusivamente histórica. Deve-se observar, outrossim, que o instituto da suspensão da execução da lei pelo Senado mostra-se inadequado para assegurar eficácia geral ou efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal que não declaram a inconstitucionalidade de uma lei, limitando-se a fixar a orientação constitucionalmente adequada ou correta.

Ao se entender que a eficácia ampliada da decisão está ligada ao papel especial da jurisdição constitucional, e, especialmente, se considerarmos que o texto constitucional de 1988 alterou substancialmente o papel desta Corte, que passou a ter uma função preeminente na guarda da Constituição a partir do controle direto exercido na ADI, na ADC e na ADPF, não há como deixar de reconhecer a necessidade de uma nova compreensão do tema.

De fato, é difícil admitir que a decisão proferida em ADI ou ADC e na ADPF possa ser dotada de eficácia geral e a decisão proferida no âmbito do controle incidental - está muito mais morosa porque em geral tomada após tramitação da questão por todas as instâncias - continue a ter eficácia restrita entre as partes.⁷² (Rcl 4335/AC. rel. Min. Gilmar Mendes. 19.4.2007).

Afirmam, os apoiadores dessa tese, que os poderes que o STF tem, em sede de controle concreto, de determinar efeitos gerais aos casos sob sua decisão é muito maior que o incidental e, que a norma instituída na CF, estaria superada por ser considerada anacrônica, atravancar a celeridade processual e perante a supremacia do Pretório Excelso, teria ocorrido uma mutação constitucional sem mudança de texto.

De outra fração, a corrente que defende a posição de o Senado Federal ter a competência para irradiar os efeitos da decisão da Suprema Corte em controle difuso/incidental, preconiza que o STF age como legislador positivo, donde que

⁷² Voto proferido pelo ministro Gilmar Mendes no acórdão que decidiu a Rcl. 4335/AC. p. 30.

“culmina num exercício de legiferação positiva, inadmitida pelo próprio Supremo Tribunal Federal”⁷³.

Se apoiam ainda, que a edição de súmulas vinculantes teriam o condão de evitar o desprestígio imposto ao Senado Federal reduzindo a casa a mero carimbador de decisões proferidas pela Suprema Corte.

Segundo o ex-Ministro Sepúlveda Pertence em seu voto proferido no acórdão da Reclamação 4335/AC:

Senhora Presidente, como vou, com a imprudência da idade, ousar dissentir, peço vênias aos eminentes Colegas para antecipar o meu voto. Sem saber nadar, é claro que não me aventurarei nas águas procelosas das duas magníficas dissertações: primeira, a do eminente Relator, agora reiterada; e, hoje, do eminente Ministro Eros Grau. Mas não me animo à mutação constitucional proposta. E mutação constitucional por decreto do poder que com ela se ampliaria; o que, a visões mais radicais, poderia ter o cheiro de golpe de Estado. Às tentações do golpe de Estado não está imune o Poder Judiciário; é essencial que a elas resista... Mas, partir daí, a reduzir-se a nada o papel do Senado - que todos os textos constitucionais subsequentes a 1934, com exceção do Estado Novo, mantiveram - parecem-me ir, com todas as vênias, além da marca. De resto, o decreto de mutação constitucional proposto já não tem mais, hoje, por si, nem o desafio de emprestar maior eficácia às decisões constitucionais do Supremo Tribunal Federal. Já tive oportunidade de assinalar, várias vezes nesta Casa e em aventuras palestrantes, ser evidente que essa convivência, desde 1965, dos dois sistemas de controle - não para criar um sistema misto, mas, na verdade, para conviverem paralelamente -, levaria, como tem levado, a uma prevalência evidente do controle concentrado. Mas também é certo que as decisões das sucessivas Constituições têm sido de manter incólume o sistema primitivo de declaração incidente com a inovação, tipicamente brasileira, de 1934, de entregar a um órgão do Poder Legislativo a decisão de dar-lhe ou não efeitos gerais. Não há dúvida de que, no mundo dos fatos, se torna cada vez mais obsoleto - concordo - esse mecanismo; mas, hoje, combatê-lo, por isso que tenho chamado - com a permissão generosa dos dois Colegas - de projeto de decreto de mutação constitucional, já não é nem mais necessário. Homenageio o brilho incomum de ambos os votos que me precederam, mas peço vênias aos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau para julgar improcedente a reclamação que, a meu ver, é o grande risco tsunâmico - eu diria - do Supremo Tribunal de hoje, porque, sem alargamentos, ela já tende a ser brevemente a via mais frequente de acesso ao Tribunal. Não vejo necessidade de rompê-la a custo desta delicada decisão institucional de converter essa prerrogativa a que o Congresso sempre se reservou, nas sucessivas Constituições, em uma função subalterna de dar publicidade a decisões do Supremo Tribunal em processos subjetivos. A Emenda Constitucional 45 dotou o Supremo Tribunal de um poder que, praticamente, sem reduzir o Senado a um órgão de mera publicidade de

⁷³ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 232.

nossas decisões, dispensa essa intervenção. Refiro-me, é claro, ao instituto da súmula vinculante, que a Emenda Constitucional 45, de 2005, veio a adotar depois de mais de uma década de tormentosa discussão.⁷⁴ (Rcl 4335/AC. rel. Min. Gilmar Mendes. 19.4.2007).

Nessa raia de raciocínio, de se entender pela ocorrência de mutação constitucional ou de força expansiva das decisões sem anuência do Senado, a partir do entendimento de várias evoluções ocorridas na Constituição, de nível legislativo, jurisprudencial, doutrinário e hermenêutico, como exemplos (i) o sistema de valorização dos precedentes imprimindo força persuasiva e expansiva a processos similares; (ii) o advento das súmulas vinculantes; (iii) a previsão de repercussão geral nos recursos extraordinários.

Desta forma, é de se observar a possibilidade de viabilidade da ocorrência da mutação constitucional de uma ordem expressa do legislador originário a uma função institucional, sem ferir a ordem principiológica constitucional de separação dos poderes expressa na Constituição Federal de 1988. Pois, os vários avanços da legislação, permite-se inferir que a irradiação dos efeitos do controle difuso, estabelecem segurança jurídica, celeridade e confiança dos jurisdicionados, que não precisam percorrer uma *“via crucis”* em questões que poderiam ter seu deslinde equacionado a partir da jurisprudência firmada naquela decisão.

Ademais, o que era antes apenas uma previsão, a partir da decisão do STF, na ADI 3937 que julgou a inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei federal 9.055/1995 que permitia a extração, industrialização, comercialização e a distribuição do uso do amianto da variedade crisotila no país passou a acatar a Teoria da Objetivação definitivamente.

2.REAÇÃO LEGISLATIVA

O Poder Legislativo em sua função típica de legislar, não fica vinculado aos efeitos das decisões do STF proferidas nas ações diretas de controle de inconstitucionalidade e constitucionalidade, como prevê o art 102, §2, da CF/88⁷⁵.

⁷⁴ Voto proferido pelo ministro Sepúlveda Pertence no acórdão que decidiu a Rcl. 4335/AC. p. 5

⁷⁵ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de

Tem essa disposição delineada com o objetivo de que haja um processo de evolução jurídica legislativa, apta a evitar o “fenômeno da fossilização da Constituição”⁷⁶.

Nessa baliza, tem-se que “a instauração do controle normativo abstrato perante o Supremo Tribunal Federal não impede que o Estado venha a dispor, em novo ato legislativo, sobre a mesma matéria versada nos atos impugnados, especialmente quando o conteúdo material da nova lei implicar tratamento jurídico diverso daquele resultante das normas questionadas na ação direta de inconstitucionalidade”.⁷⁷ Ainda, reafirmando e elucidando “podendo, até mesmo, reeditar o diploma anteriormente pronunciado inconstitucional, eis que não se estende, ao Parlamento, a eficácia vinculante que resulta, naturalmente, da própria declaração de inconstitucionalidade proferida em sede concentrada”.⁷⁸

Se assim não fosse, estaria comprometida a relação entre os poderes estabelecidos de independência e harmonia entre a Suprema Corte e o legislador estampada no art 2º da Carta de Outubro, não tendo o legislador papel relevante no cenário jurídico político, numa posição subordinada “reduzindo este a papel subalterno perante o poder incontável daquele, com evidente prejuízo do espaço democrático-representativo da legitimidade política do órgão legislativo”⁷⁹.

Por óbvio, neste sentido, a reedição, após novo processo legislativo, de uma lei que o STF já tenha declarado anteriormente em controle abstrato/concreto sua inconstitucionalidade é possível. A “reação legislativa” tem o condão de reverter a posição do Tribunal Superior e reoxigenar o sistema normativo, numa verdadeira superação do entendimento trazendo novas fórmulas objetivando infirmar o entendimento jurisprudencial consolidado do STF.

Porém, pode o STF, provocado pelos legitimados⁸⁰, novamente, declarar a

constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

⁷⁶ Ag. Reg. na Reclamação nº 2.617/MG. Rel. Ministro César Peluso. DJ de 23.02.2005

⁷⁷ Rcl nº 467, rel. Min.Celso de Mello, DJ de 09.12.1994.

⁷⁸ ADI 2.903 rel. min. Celso de Mello, j. 1º-12-2005, P, *DJE* de 19-9-2008.

⁷⁹ Rcl nº 467, rel. Min.Celso de Mello, DJ de 09.12.1994.

⁸⁰ Art.103 Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade: I- o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do

inovação normativa inconstitucional, reafirmando sua disposição primeira; não obstante, na presença das novas razões, fundamentos, justificativas e premissas resolva remodelar sua posição anterior declarando a constitucionalidade da inovação legal.

Vejamos como exemplo a recente “reação legislativa” ocorrida com a edição da Lei da Ficha Limpa, antes da lei o STF e o TSE, entendiam que não cabia inelegibilidade do candidato antes de esgotadas todas os recursos, deveria haver o trânsito em julgado com condenação, entendiam que o princípio da presunção de inocência não podia ser violado. Acontece, porém, que o legislador publicou a Lei da Ficha Limpa (LC 135/2010)⁸¹, que foi editada para superar a jurisprudência dos Tribunais Superiores de que não era imprescindível o trânsito em julgado da decisão condenatória para que o candidato se torne inelegível, bastava que tivesse sido prolatada por órgão colegiado e o candidato já se tornaria inelegível a partir daí.

Outro exemplo, trata da EC 96/2017 que teve como objetivo superar a decisão da Suprema Corte que declarou inconstitucional lei do Estado do Ceará que regulamentava a atividade cultural conhecida como “vaquejada”. A Suprema Corte declarou a lei que regulamentava a “vaquejada” inconstitucional por ferir a Constituição Federal em seu inciso VII § 1º art. 225 que proíbe práticas que submetam animais à crueldade. A partir dessa decisão, o legislador se articulou, rediscutiu e, dentro deste contexto de “ativismo congressional”, aprovaram a Emenda Constitucional 96/2017, declarando que não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais⁸².

Partindo destas premissas, com o acatamento pela Corte Maior da Teoria da Abstrativização, pode-se inferir que o mesmo ocorreria no controle difuso, pois a

Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

⁸¹ Altera a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato.

⁸² Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos.

aproximação dos dois tipos igualam os efeitos, daí percorrer os mesmos caminhos para a superação legislativa naqueles temas que o Congresso entender que devam ser superados e colocados novamente em pauta.

Tem-se neste sentido, instrumento valioso, na conformação democrática de implementar as disposições constitucionais realizadas através do poder legislativo em sua atividade típica de legislar. O entendimento de sua não vinculação às decisões proferidas pela Suprema Corte evita que a Constituição tenha um único intérprete e que apenas uma posição prevaleça.

No abrigo conceitual de ser o guardião da Constituição tem o Supremo concepção estabelecida sob o prisma de manter a força normativa e irradiadora da Constituição, seu entendimento de ser o armador principal e tratar essa afirmação como regra, a ser mantida incontestada, aos outros atores jurídicos políticos sociais envolvidos no processo dialético lógico constitucional.

Senão vejamos jurisprudência estampada:

A invocação das razões de Estado – além de deslegitimar-se como fundamento idôneo de justificação de medidas legislativas – representa, por efeito das gravíssimas consequências provocadas por seu eventual acolhimento, uma ameaça inadmissível às liberdades públicas, à supremacia da ordem constitucional e aos valores democráticos que a informam, culminando por introduzir, no sistema de direito positivo, um preocupante fator de ruptura e de desestabilização político-jurídica. Nada compensa a ruptura da ordem constitucional. Nada recompõe os gravíssimos efeitos que derivam do gesto de infidelidade ao texto da Lei Fundamental. A defesa da Constituição não se expõe, nem deve submeter-se, a qualquer juízo de oportunidade ou de conveniência, muito menos a avaliações discricionárias fundadas em razões de pragmatismo governamental. A relação do Poder e de seus agentes com a Constituição há de ser, necessariamente, uma relação de respeito. Se, em determinado momento histórico, circunstâncias de fato ou de direito reclamarem a alteração da Constituição, em ordem a conferir-lhe um sentido de maior contemporaneidade, para ajustá-la, desse modo, às novas exigências ditadas por necessidades políticas, sociais ou econômicas, impor-se-á a prévia modificação do texto da Lei Fundamental, com estrita observância das limitações e do processo de reforma estabelecidos na própria Carta Política. A defesa da Constituição da República representa o encargo mais relevante do STF. O STF – que é o guardião da Constituição, por expressa delegação do Poder Constituinte – não pode renunciar ao exercício desse encargo, pois, se a Suprema Corte falhar no desempenho da gravíssima atribuição que lhe foi outorgada, a integridade do sistema político, a proteção das liberdades públicas, a estabilidade do ordenamento normativo do Estado, a segurança das relações jurídicas e a legitimidade das instituições da República restarão profundamente comprometidas. O inaceitável desprezo pela Constituição não pode converter-se em prática

governamental consentida. Ao menos, enquanto houver um Poder Judiciário independente e consciente de sua alta responsabilidade política, social e jurídico-institucional.

ADI 2.010 MC, rel. min. Celso de Mello, j. 30-9-1999, P, *DJ* de 12-4-2002.⁸³

Nesta linha de pensamento, o fortalecimento de que o Princípio da Separação dos Poderes, tem o condão de estimular as instituições democráticas, como propulsoras dos avanços sociais. Na posição de vanguarda, tanto na defesa como avanços da sociedade, isto é, observando as evoluções que ocorrem na sociedade e reafirmando àquelas já implementadas na busca de concretizar medidas de apoio ao desenvolvimento de ações, com o intuito de salvaguardar instituições, que tem a missão de propiciar bem estar para os indivíduos na sociedade, a ação de reagir e demonstrar a necessidade de que as ações positivas devem ser firmadas, tem-se no “ativismo congressional” instrumento valioso nesta determinação.

Sob análise, compactuada constitucionalmente, na ótica de um poder, no prisma da distribuição constitucional da distribuição dos poderes ser infirmada sob o ângulo de outro poder, a reação legislativa atua na contramão da posição majoritária da força do Supremo Tribunal Federal, em ser o único, com competência, a ser classificado como o guardião máximo da Constituição, pois essa é a afirmação de sua competência precípua, reforçada pelas jurisprudências que produz.

Nesse pensar, atuando ativamente tem o legislativo a força de demonstrar sua capacidade de ser, no âmbito interpretacional, um dos atores dos anseios e de fortalecimento das medidas necessárias para o seu estímulo e, ser também protagonista na interpretação e jurisdição constitucional.

Assim, é possível estabelecer, que a “reação legislativa” tem o condão de reverter as decisões da Suprema Corte, que em tese teria a última palavra na interpretação constitucional, e de superar um costume antidialógico da parte do STF, fazendo valer o legislativo o Princípio da Separação dos Poderes.

⁸³ A Constituição e o Supremo. Nesta ADI, proposta pela OAB, discutia-se a constitucionalidade da lei 9.786/99, que determinava a cobrança de percentual sobre os subsídios dos servidores aposentados e pensionistas do Distrito Federal. Porém, ela foi julgada prejudicada com a superveniência da EC 41/93 de autorizava a taxação dos inativos. Assim, percebe-se que a preponderância de interesses estatais permitiram que o ativismo congressional fosse usado como instrumento de validação de regras necessárias à estabilidade da previdência numa clara superação legislativa, apta a enfrentar posições anti dialógicas apostas pela Suprema Corte.

3. DIÁLOGO INSTITUCIONAL

Em um contexto sobre a discussão de amplitude de quais os limites que os poderes estabelecidos têm para determinar qual normatividade irá prevalecer na ótica da interpretação constitucional, há na doutrina forte apelo para o entendimento de que as instituições devem ter uma concepção diferenciada quando do entendimento de quem deve prevalecer no estabelecimento das interpretações constitucionais, denominada “Diálogo Institucional”.

Na afirmação do professor doutor Sylvio Alarcon em artigo científico traz as definições pertinentes ao informar os conceitos de nosso estudo, neste sentido suas palavras:

Segundo os defensores dessa ideia, um único órgão não deve ter “a palavra final” em matéria de controle de constitucionalidade e de interpretação constitucional, que devem ser feitos a partir de um contínuo diálogo entre as instituições políticas, construindo-se assim soluções constitucionais cujos contornos seriam mais consensuais e plurilaterais, porque englobantes das preferências de várias instituições, e menos impositivas e unilaterais, porque não resultam da mera imposição de interpretações de um órgão aos outros. Valorizar-se-ia, com isso, o aspecto deliberativo do processo político, resgate moderno de uma característica essencial do processo político democrático ateniense do século V a.C., em que as decisões políticas eram tomadas a partir da consideração dos argumentos dos sujeitos interessados, argumentos que assumem a mesma importância e são trazidos a debate e levados em consideração pelos demais participantes. Na seara do controle de constitucionalidade, o diálogo se dá entre os poderes políticos – em geral, entre o Executivo ou o Legislativo e o Judiciário ou o tribunal constitucional –, cada qual aduzindo ao debate seus pontos de vista e interpretações, contribuindo para que, a cada rodada deliberativa, a decisão se torne mais representativa e consensual, e menos unilateral e impositiva.⁸⁴

Neste contexto, pela exposição do trabalho haveria, na nova posição do Supremo no acatamento da Teoria da Abstrativização, a partir do julgamento ADI 3937, relativizado/afastado o Princípio da Separação dos Poderes, circunstanciando sua competência constitucional relativamente ao Senado Federal. Pois a Suprema Corte tem posição firme, consolidado na jurisprudência de que a designação da

⁸⁴ ALARCON, Sylvio. **Controle de Constitucionalidade, Democracia Deliberativa e Diálogo Institucional: Uma aproximação a partir do Princípio da Separação dos Poderes**. Revista de Estudos Jurídicos UNESP, Franca, SP, Brasil. Publicado em 2013.

interpretação constitucional deve ser prevalentemente sua, que é dado pela própria Carta Maior essa prerrogativa de ser o guardião da Constituição e ter o direito e fazer prevalecer sua posição final na interpretação constitucional, senão vejamos:

A força normativa da Constituição da República e o monopólio da última palavra, pelo STF, em matéria de interpretação constitucional. O exercício da jurisdição constitucional – que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição – põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do STF, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder. No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que "A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la". Doutrina. Precedentes. A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo STF – a quem se atribuiu a função eminente de "guarda da Constituição" (CF, art. 102, *caput*) – assume papel de essencial importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso país confere, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental. ADI 3.345, rel. min. Celso de Mello, j. 25-8-2005, P, *DJE* de 20-8-2010. AI 733.387, rel. min. Celso de Mello, j. 16-12-2008, 2ª T, *DJE* de 1º-2-2013. Vide HC 91.631, rel. min. Celso de Mello, j. 23-9-2008, 2ª T, *DJE* de 6-2-2009. Vide RE 227.001 ED, rel. min. Gilmar Mendes, j. 18-9-2007, 2ª T, *DJ* de 5-10-2007.⁸⁵

A discussão toma fôlego, quando se questiona a validade dos atos da Suprema corte na posição de revisão judicial, quando se aventa qual o lastro democrático existente em sua decisões como órgão designado pelas forças que atuam na posição de Governo em determinados períodos. Em outras palavras, o Tribunal não é eleito democraticamente, suas designações são dadas pelo momento político exposto em um determinado período por governantes que estão investidos de poder naquele instante. A decisões são forjadas apenas por um desenho institucional, estabelecido pela Constituição.

As palavras de Conrado Hubner, em sua tese de doutorado, nos impõem

⁸⁵ A CF e o STF. Jurisprudência do art. 102 CF/88. O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) julgou improcedentes as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI 3345 e 3365) ajuizadas pelo Partido Progressista (PP) e Partido Democrático Trabalhista (PDT) contra a Resolução 21.702/04 do Tribunal Superior Eleitoral (TSE). A decisão mantém a validade da norma que estabelece critérios para fixação do número de vereadores nos municípios brasileiros. Conhecida como caso Mira Estrela.

reflexão contemporânea lastreada nessa perspectiva de, quem tem o direito de errar por último, ou quem pode errar por último, na posição de que as instituições são falíveis.

No sistema constitucional brasileiro promulgado em 1988, uma adesão unânime à justificativa idealista do controle de constitucionalidade conduziu-o ao paroxismo. A escolha da revisão judicial, contudo, não pode vir no mesmo pacote da validade moral das cláusulas pétreas. Em virtude da existência dessas cláusulas, não só o legislador ordinário, mas também o reformador constitucional estão sujeitos à revisão judicial, que é exercida em dois níveis (contra leis ordinárias e contra emendas constitucionais). Assim, desenha-se um sistema no qual o circuito decisório termina na instituição desprovida do lastro representativo, dotada de capacidade de vetar, não a de estatuir. Para suplantar uma decisão do STF que discorde do reformador constitucional, somente uma ruptura ou uma convocação constituinte.

A dissertação, ao rejeitar a premissa substantivista em geral invocada para defender tal enrijecimento do processo decisório, tenta mostrar que a revisão judicial de emendas constitucionais carece de justificativa mais convincente. Se as instituições são falíveis, e se os casos de interpretação de direitos fundamentais são controversos, caberia indagar qual delas deveria ter o “direito de errar por último”. O erro da instituição majoritária pode insuflar maior responsabilidade coletiva do que o erro de uma instituição não representativa, e a oportunidade de errar é inerente ao autogoverno democrático. Assim, ao aplicar o argumento geral ao desenho constitucional brasileiro, sustento duas proposições negativas: as razões conhecidas (proteção de direitos) não são aceitáveis; as razões residuais (contrapeso institucional) não podem levar tão longe.⁸⁶

Acontece porém, que há disposição no mesmo sentido de o legislativo ser intérprete constitucional, quando autorizado na construção de legislação constitucional, através de emenda à Constituição e por leis infraconstitucionais nas suas prerrogativas dos artigos 60, II e 61 da CF/88, aliado ao Princípio da Separação dos Poderes estampado no art. 2º, ambos previstos na Carta de Outubro de 1988.

Desta forma, podemos perceber que o “Diálogo Institucional” está exposto na Constituição Federal, podendo e devendo ser exercitado pelos poderes instituídos. Essa prerrogativa, aliada ao “Ativismo Congressual”, dá nova tectura das

⁸⁶ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Universidade de São Paulo – USP. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas – FFLCH. Departamento de Ciência Política. São Paulo 2008. p. 10

posições superiores e sem diálogo do STF, que deve atentar que a sua posição majoritária, deve ser estendida aos intérpretes constitucionais constituídos, pois assim estabelece a Constituição, é de clareza absoluta que a possibilidade de se alterar as normas constitucionais, vertendo entendimento social a adequar os direitos fundamentais, o legislativo apto está a intentar interpretação constitucional adequada aos novos anseios estabelecidos no âmbito social, econômico, político e social.

A análise das funções e competências estabelecidas na Constituição demonstram que há possibilidade da interação dos poderes, sem que haja ruptura dos poderes instituídos, sob a ótica do Princípio da Separação dos Poderes, que é salutar desestabelecer o ego instituído nas posições jurisprudenciais e rever a possibilidade de que nova forma de resolução, reforçada nas disposições comunicacionais das instituições, dariam suporte às decisões, sem que a reação legislativa/ativismo congressual, às decisões pudessem se tornar um círculo vicioso.

O poder judiciário, inicialmente, como mero pronunciador do contexto normativo positivado estabelecido *a priori*⁸⁷, na famosa expressão “juiz boca da lei”, teve evolução sem precedentes na atualidade, visto o grande desgaste político institucional do legislativo e executivo. Com o fenômeno da Constitucionalização do Direito passa o judiciário a deter prerrogativas de garantir os direitos fundamentais; além disso, tem competência exclusiva para dirigir todo o processo de constitucionalidade das leis e atos normativos emanados dos outros poderes, com força impositiva sem precedentes. Acontece, que sua supremacia deve ser entendida num contexto de divisão de poderes, numa dialética constitucional orientada por uma hermenêutica baseada em valores éticos e políticos na busca de um pluralismo jurídico para a produção de resultados amparados no envolvimento de todos os atores, independentes e harmônicos entre si, como estabelecido na Constituição.

Deve o Supremo Tribunal Federal, envergar que as posições entabuladas inicialmente pelo legislador originário, estabeleceram sem sombras de dúvidas que o Princípio da Separação dos Poderes, estariam estabelecidos a partir dessa entendimento, capacidade legislativa de promover modificações no texto constitucional, apto está dentro desta premissa, basta entender as disposições

⁸⁷ Aquilo que vem antes.

constitucionais.

A submissão ao Diálogo Institucional daria suporte para que as Reações Legislativas possam ser evitadas, não há confronto entre os poderes e sim composição dual, buscando atingir plenitude aos direitos fundamentais no sentido de seu verdadeiro estabelecimento, como determina a Carta Fundamental.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente o trabalho trouxe a discussão sobre os modelos de constitucionalidade abstrato e concreto, com a observação da aproximação dos dois modelos, com referência aos seus efeitos, chamado de Teoria da Abstrativização ou Teoria da Objetivação, que visa dar efeitos análogos aos modelos, e que já é realidade depois do julgamento da ADI do Amianto, que definitivamente aproximou os efeitos das ações. Determinando “definitivamente” que o fenômeno da mutação constitucional se estabeleceu na seara dos controles de constitucionalidade.

Em outro momento, discorreu sobre a capacidade do poder legislativo, ganhar performance no sentido de poder reverter as decisões emanadas pelo Tribunal Constitucional em sua função típica e precípua, de guardião da Constituição, numa perspectiva de ação, de capacidade de rearticular as discussões e superar entendimentos jurisprudências através de um “Ativismo Congressual” ou “Reação Legislativa”, que nada mais é do que a capacidade de reverter as decisões da Corte Constitucional.

A luz desse cenário, estabelecidas nas premissas de que o atual movimento consolidado pelo acatamento da Suprema Corte da Teoria da Objetivação, que aproxima definitivamente os efeitos do controle abstrato ao controle difuso, com o afastamento da disposição de o Senado Federal alargar a decisão, aliado ao desenvolvimento das capacidades de o legislativo, através do ativismo congressual reagir aos resultados atingidos e na perspectiva de reforçar sua posição, temos a apresentação da “Teoria do Diálogo Institucional”, instrumento importante e relevante para que os poderes estabeleçam uma comunicação, efetivada no pensar de que os direitos devem ter tratamento sem disputas de superioridade, no sentido de que tenha tratamento prioritário nestas disposições.

Nesse sentido, temos que esta possibilidade amplia sobretudo, que as

decisões tomem caminhos acertados sem posição majoritária de poder sobre poder. Determina uma consolidação de resposta aos anseios de maneira perene, sem que reafirmações possam ser suscitadas e que uma nova dialética se estabeleça na discussão.

É necessário um reposicionamento do sentido democrático, para alcançar a modificação do processo deliberativo, que deve superar a questão política, para uma nova perspectiva de colaboração, para que os sobressaltos sejam superados, e uma melhor prestação jurisdicional seja oferecida aos cidadãos.

Desta forma, ocorreria um incremento democrático, teríamos uma posição estabelecidas sob premissa de que a interlocução foi reforçada por vozes referendadas por sufrágio, o que reforça as premissas constitucionais de que o poder emana do povo e, em seu nome deve ser exercido. Superaria a disposição de que as decisões do Supremo não estariam respaldadas por força representativa popular.

O Diálogo Institucional, certamente ao conduzir as decisões de jurisdição constitucional com o debate entre os poderes determinará disposição de democracia nos modelos de controle e de interpretação da constituição, que daria para as decisões teor democrático relevante.

A Teoria do Diálogo Institucional, traria para o centro da discussão o ambiente da separação dos poderes, pois o pensamento de a Suprema Corte ser a detentora da última palavra sobre a interpretação constitucional, permanecendo sem freios e contrapesos, conceitos típicos na teoria de separação de poderes, daria limitação ao intérprete máximo da Constituição, o que é relevante, sob a ótica de minimizar as discrepâncias estabelecidas contemporaneamente com o agigantamento da Suprema Corte sobre os demais atores políticos do sistema constitucional brasileiro.

Ante o cenário delineado, tem o Diálogo Institucional, capacidade primordial de reforçar positivamente o dogma da separação dos poderes, na linha de que todos os estabelecidos e determinados na discussão, dariam teor democrático invulnerável nos resultados das decisões judiciais.

Essa possibilidade, transforma as decisões, que através dos modelos delineados, tornem as resoluções com potencial de acerto, muito maior que as escolhas postadas por um único órgão, pois basta pensar que num contexto de

maiores possibilidades de discussão ampliada as sugestões também se ampliam.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALARCON, Silvio. **Controle de Constitucionalidade, Democracia Deliberativa e Diálogo Institucional: Uma aproximação a partir do Princípio da Separação dos Poderes**. Revista de Estudos Jurídicos UNESP, Franca, SP, Brasil. Publicado em 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 5ª. ed. São Paulo. Saraiva. 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 19 de março de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. A Constituição e o Supremo. Site do Supremo Tribunal Federal. Acesso em 22 de abril de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. - **Ag. Reg. na Reclamação nº 2.617/MG**. Rel. Ministro César Peluso. DJ de 23.02.2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. - **Rcl nº 467**, rel. Min.Celso de Mello, DJ de 09.12.1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. - **ADI 2.903** rel. min. Celso de Mello, j. 1º-12-2005, P, *DJE* de 19-9-2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. - **Rcl nº 467**, rel. Min.Celso de Mello, DJ de 09.12.1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. - **Rcl: 4335/AC**, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 21/08/2006. Data de Publicação: DJ 25/08/2006 PP-00076.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. Editora Saraiva. 2014.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. Editora Juspodvim. 2014.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **O dogma da separação das funções estatais no Estado Democrático de Direito: A necessidade de uma revisão da Teoria Clássica da separação de poderes**. Revista Brasil Jurídico. Disponível em <https://www.brasiljuridico.com.br/artigos/o-dogma-da-separacao-das-funcoes-estatais-no-estado-democratico-de-direito--a-necessidade-de-uma-revisao-da-teoria-classica-da-separacao-de-poderes.-por-dirley-da-cunha-junior>. Acesso em 20 de abril de 2018.

MENDES, Conrado Hübner Mendes. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Universidade de São Paulo – USP. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas – FFLCH. Departamento de Ciência Política. São Paulo 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30^a ed. Editora São Paulo: Atlas 2014.

ROCHA, Rafael Macedo Coelho Luz. **O modelo de controle de constitucionalidade no Brasil e a abstrativização dos efeitos das decisões tomadas em sede de controle difuso pelo STF**. 2001. 123 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2015.