

# REVISITANDO O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

## REVISITING JUDICIAL REVIEW OF LEGISLATION IN BRAZIL

Carliane De Oliveira Carvalho.

### RESUMO

A Constituição Brasileira ao instituir o estado elencou meios judiciais de proteção da eficácia e vigência de seu texto, quais sejam, o processo objetivo e o procedimento subjetivo de controle de constitucionalidade, que se afastam, *prima facie*, sobretudo, pela objetividade do daquele e subjetividade deste. Contudo, hodiernamente, observa-se a aproximação de ambos os procedimentos, implicando em consequências que vão desde o alcance social dos efeitos das decisões, até mesmo ao tempo e modo de validade das delas, incluindo, nesse ponto, a eficácia dos fundamentos da decisão concreta de constitucionalidade. Assim, necessário identificar e qualificar os pontos de aproximação entre os mecanismos de controle de constitucionalidade, demonstrando a objetivação do controle difuso, no que respeita, destacadamente, aos efeitos sociais e consequências jurídicas, procedendo à releitura da contemporânea configuração do procedimento difuso no ordenamento jurídico brasileiro.

**PALAVRAS CHAVE:** Controle Difuso De Constitucionalidade; Objetivação; Corte Constitucional.

### ABSTRACT

The Brazilian Constitution to establish the state listed the legal means to protect the efficiency and effectiveness of its text, namely, the process objective and subjective procedure of judicial review, which depart *prima facie* mainly by objectivity and subjectivity that this . However, in our times, there is the approach of both procedures, resulting in consequences ranging from the scope of the social effects of decisions, even to the time and mode of validity of them, including, at this point, the effectiveness of the Decision concrete constitutionality. Therefore necessary to identify and classify the points of connection between the mechanisms of judicial review, demonstrating the objectification of fuzzy

control, with regard to, notably, with the social and legal consequences, proceeding to the contemporary retelling of the configuration procedure pervasive in the legal Brazilian.

**KEYWORDS:** *Judicial Review Of Legislation*; Objectificacion; Constitucional Court.

## 1. INTRODUÇÃO

Destacam-se os sistema austríaco, ou concentrado de controle de constitucionalidade, e o americano, ou da *judicial review of legislation*<sup>1</sup>, ou sistema difuso<sup>2</sup>, como meios de proteção da eficácia e vigência da Constituição. Conquanto, os processos de controle de constitucionalidade remontem à antiguidade clássica, especialmente à civilização ateniense, onde se distinguem entre os *mónoi* e os *pseufisma*<sup>3</sup>, a presente pesquisa destaca apenas o sistema difuso ou norte americano e o sistema concentrado ou austríaco de controle de constitucionalidade.

Não obstante tenha a Constituição Federal de 1988 previsto os dois procedimentos, tem-se observado a aproximação de ambos, principalmente, no que respeita à dessubjetivação, ou objetivação, do controle difuso, implicando em conseqüências que vão desde o alcance social dos efeitos das decisões em controle incidental de constitucionalidade, até mesmo ao tempo e modo de validade das decisões, incluindo, nesse ponto, a eficácia dos fundamentos da decisão concreta de constitucionalidade.

Victor Cesar Berlard<sup>4</sup>, entendendo o processo de dessubjetivação do controle difuso de constitucionalidade enquanto fusão entre o controle difuso e o concentrado, batizando-o de controle difuso-abstrato.

Tal situação necessita de estudo aprofundado, identificando e qualificando os pontos de aproximação entre os mecanismos de controle de constitucionalidade, demonstrando a dessubjetivação ou objetivação do controle incidental de constitucionalidade, no que respeita, destacadamente, aos efeitos sociais e conseqüências jurídicas, bem como, pontuar de que maneira a modificação, e até mesmo a mutação, da interpretação constitucional face aos

---

<sup>1</sup> BITTENCOURT, C. A. Lúcio. **O Controle Jurisdicional de constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1949, p.23-24.

<sup>2</sup> ALVAREZ, Anselmo Pietro; FILHO, Wladimir Novaes. **A Constituição dos EUA Anotada-A**. 2 ed. São Paulo: LTr, julho 2008, p. 5-10.

<sup>3</sup> JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011, p. 266.

<sup>4</sup> BERLAND, Victor César. Controle Concentrado de Constitucionalidade Mediante Recurso Extraordinário. **Revista da AGU - Advocacia Geral da União**. Ano VII, nº 18 - Brasília-DF, out./dez. 2008-ISSN 1981-2035, p. 254-255.

meios de controle de constitucionalidade tem interferido no ambiente sócio-jurídico, e como citada influência altera a proteção dispensada à Constituição Federal do Brasil de 1988.

## 2. DESENVOLVIMENTO

Os sistemas difuso<sup>5</sup> e concentrado<sup>6</sup> de constitucionalidade, considerados isoladamente, apresentam inconsistências práticas; de modo que, a genialidade do constituinte originário brasileiro de 1988 previu processos e procedimentos com influências de ambos<sup>7</sup>.

A existência conjunta dos dois procedimentos gerou mudanças no controle de constitucionalidade brasileiro.<sup>8</sup> Gradativamente, o controle difuso tem se aproximado do concentrado, modificando o conceito original do sistema norte americano.

A dessubjetivação é acurada por meio de alterações interpretativas e circunstanciais verificadas no Sistema de Controle de Constitucionalidade Brasileiro. Dentre elas destacam-se: a gradativa definição do Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional; a atribuição de efeitos gerais às decisões em controle difuso de constitucionalidade, em sede de recurso extraordinário; a transcendência dos motivos determinantes das decisões em controle difuso de constitucionalidade; a reinterpretção da função do Senado Federal na concessão de efeitos gerais às decisões em controle difuso de constitucionalidade<sup>9-10</sup>; a causa de pedir aberta em recurso extraordinário<sup>11</sup>; a modulação dos efeitos da declaração de constitucionalidade nas decisões em controle difuso de constitucionalidade; a emergência da súmula vinculante; a exigência da repercussão geral como requisito intrínseco de admissibilidade do recurso extraordinário<sup>12</sup>.

O primordial ponto de destaque no processo de estreitamento conceitual entre os

---

<sup>5</sup> Kelsen, Hans. *Quién debe ser el defensor de La Constitución*. Trad. Roberto J. Brie. Madrid: Tecnos, 1931, p. 54.

<sup>6</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. 2ªed., trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1992, p.112.

<sup>7</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. Exposição Sistemática da Doutrina e Análise Crítica da Jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2008.

<sup>8</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1038.

<sup>9</sup> BERLAND, Victor César. Controle Concentrado de Constitucionalidade Mediante Recurso Extraordinário. **Revista da AGU - Advocacia Geral da União**. Ano VII, nº 18 - Brasília-DF, out./dez. 2008-ISSN 1981-2035, p. 254-255.

<sup>10</sup> BARROSO, *op. cit.*, p.119.

<sup>11</sup> BERLAND, Victor César. Controle Concentrado de Constitucionalidade Mediante Recurso Extraordinário. **Revista da AGU - Advocacia Geral da União**. Ano VII, nº 18 - Brasília-DF, out./dez. 2008-ISSN 1981-2035, p. 254-255.

<sup>12</sup> GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. A repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário. **Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil**. Porto Alegre: Síntese, v. 6., n. 34, mar./abr., 2005, p. 96.

procedimentos, operando a dessubjetivação, é, certamente, o desígnio do Supremo Tribunal Federal em firmar-se enquanto Corte Constitucional<sup>13</sup>. Situação identificada por meio, principalmente, de interpretativas da Constituição Federal, que repercutem diretamente no processo de dessubjetivação do controle difuso de constitucionalidade.

O recurso extraordinário sempre teve como finalidade, dentre outras, assegurar a inteireza do sistema jurídico, que deve ser submisso à Constituição Federal, e nesse diapasão vem se consolidado no Supremo Tribunal Federal a função do recurso extraordinário de uniformizar a jurisprudência nacional quanto à interpretação das normas constitucionais.<sup>14</sup>

Medina, Wambier e Wambier<sup>15</sup> entendem que o recurso extraordinário, embora seja instrumento do controle difuso e concreto de constitucionalidade, aproxima-se do controle objetivo e abstrato de constitucionalidade, na medida em que, apontam a desnecessidade de nova apreciação de tema em recurso, tendo a questão já sido decidida em recurso extraordinário anterior no qual se reconheceu a repercussão geral da causa. Luiz Manoel Gomes Júnior<sup>16</sup>, mantendo essa linha de raciocínio, acrescenta que a exigência legal de repercussão geral, requisito intrínseco de admissibilidade do recurso extraordinário, é elemento de destaque no processo de consolidação do Supremo Tribunal Federal tal qual Corte Constitucional.

É desse modo que, no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, as decisões em recurso extraordinário despontam como paradigmáticas<sup>17-18</sup>.

Quanto à posição do Senado Federal no procedimento, há entendimentos<sup>19</sup> no sentido de se atribuir eficácia “*erga omnes*” às decisões de inconstitucionalidade proferidas no controle incidental, declarando a mutação da norma constitucional para conferir à resolução do Senado qualidade de instrumento de publicização das decisões do Supremo.

Já a teoria dos motivos determinantes da decisão é aquela por meio da qual se confere eficácia geral aos motivos em que se basearam a decisão, vinculando o Poder Judiciário e o

---

<sup>13</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A Realidade Judiciária Brasileira e os Tribunais da Federação – STF e STJ: Inevitabilidade de Elementos de Contenção dos Recursos a Eles Dirigidos. In: FUX, Luiz, NERY JÚNIOR, Nelson, WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coords.). **Processo e Constituição. Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 1073.

<sup>14</sup> ALVIM, Eduardo Arruda. “O recurso especial na Constituição Federal de 1988 e suas origens.” *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. Tereza Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 1997, p. 46.

<sup>15</sup> MEDINA, José Miguel Garcia, WAMBIER. Tereza Arruda Alvim, WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Breves Comentários à nova Sistemática Processual Civil**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2005, p. 105.

<sup>16</sup> GOMES JÚNIOR, *op. cit.*, p. 96.

<sup>17</sup> DIDIER JR; CUNHA, *op. cit.*, p. 312.

<sup>18</sup> *Idem, ibidem*, p. 325.

<sup>19</sup> *Idem, ibidem*, p. 333.

Executivo, de modo a deixar a decisão de inconstitucionalidade de ter eficácia geral tão só no que toca ao dispositivo para abranger os fundamentos determinantes da decisão<sup>20</sup>, é a *ratio decidendi*. Tal teoria confere-se eficácia de decisão em controle difuso semelhante à de controle concentrado.

Gilmar Ferreira Mendes fortalece a teoria da dessubjetivação do controle difuso de constitucionalidade ao destacar a

A reconhecida dispensabilidade do procedimento do art. 97 da Constituição Federal do Brasil de 1988<sup>21</sup> fortalece a teoria da dessubjetivação.

Ademais, tem-se recente postura do Supremo no sentido de não vinculação à causa de pedir em questão constitucional, de modo que se desvincilha da demanda subjetiva principal concreta, conferindo objetividade a análise da questão constitucional<sup>22</sup>, o que contribui para o posicionamento de objetivação do processo difuso de constitucionalidade<sup>23</sup>.

Continuamente, tem-se a modulação dos efeitos da declaração de constitucionalidade nas decisões em controle difuso<sup>24</sup>, rompendo a sistemática de exclusiva declaração de nulidade com efeitos retroativos.

Destaca-se ao processo de objetivação a súmula vinculante<sup>25</sup>, que, embora não possua efeitos gerais, vincula os Poderes Judiciário e Executivo em suas decisões<sup>26</sup>.

### 3. CONCLUSÃO

Verificadas todas as elencadas alterações doutrinárias e jurisprudenciais, tem-se que a alteração conceitual do controle difuso de constitucionalidade contemporâneo no Supremo Tribunal Federal, dá-se de modo a excluir o elemento da subjetividade como característica genuína desse procedimento, passando a conferir efeito vinculante e eficácia *erga omnes* às decisões em controle difuso, extirpando os elementos primordiais de diferenciação entre os sistemas brasileiros de controle de constitucionalidade.

---

<sup>20</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: RT, 2001. p. 135-136.

<sup>21</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O controle incidental de normas no direito brasileiro. In: Meireles, Helly Lopes. 28. ed. 8. parte. **Mandado de Segurança**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 528-602.

<sup>22</sup> TAVARES, *op. cit.* p. 239.

<sup>23</sup> TAVARES, *op. cit.* p. 239.

<sup>24</sup> BUZAID, Alfredo. **Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1958, p. 128-130.

<sup>25</sup> MENDES; COELHO; BRANCO, *op cit.*, p. 1032 a 1037.

<sup>26</sup> DIDIER JR, Fredie. Transformações do Recurso Extraordinário. In: FUX, Luiz, NERY JÚNIOR, Nelson, WAMBIER. Teresa Arruda Alvim (coords). **Processo e Constituição. Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 985.

#### 4. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Landy Editora: São Paulo, 2001.

ALVAREZ, Anselmo Pietro; FILHO, Wladimir Novaes. **A Constituição dos EUA Anotada-A**. 2 ed.. São Paulo: LTr, julho 2008.

ALVIM, Arruda. A EC n. 45 e o Instituto da Repercussão Geral. In. WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coord.). **Reforma do Judiciário: Primeiros Ensaios Críticos Sobre a EC n. 45/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. “O recurso especial na Constituição Federal de 1988 e suas origens.” **Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário**. Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 1997.

APPIO, Eduardo. **Controle de Constitucionalidade no Brasil**. Curitiba: Juriá Editora, 2005.

ARAÚJO. José Henrique Mouta. **A Eficácia da Decisão Envolvendo a Repercussão Geral e os Novos Poderes dos Relatores e os Tribunais Locais**. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 32, n. 152, out. 2007.

AURELLI, Arlete Inês. **Repercussão Geral como Requisito de Admissibilidade do Recurso Extraordinário**. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 32, n. 151, set. 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. Exposição Sistemática da Doutrina e Análise Crítica da Jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2008.

BERLAND, Victor César. Controle Concentrado de Constitucionalidade Mediante Recurso Extraordinário. **Revista da AGU - Advocacia Geral da União**. Ano VII, nº 18 - Brasília-DF, out./dez. 2008.

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. **O Controle Jurisdicional de constitucionalidade das leis**.

Rio de Janeiro: Forense, 1949.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. **Do Estado liberal ao Estado social**. 8 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

BUZAID, Alfredo. **Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1958.

CANOTILHO J. J. Gomes. **Direito constitucional e garantia da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. 2ª ed., trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1992.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Transformações do Recurso Extraordinário. *In*: FUX, Luiz, NERY JÚNIOR, Nelson, WAMBIER. Teresa Arruda Alvim (coords). **Processo e Constituição. Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. Volume 3. 5 ed.. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de Princípio**. Tradução Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ENTERRÍA, Eduardo García de. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. 3ª ed. reimp., Madrid: Civitas, 2001.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. A repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário. **Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil**. Porto Alegre: Síntese, v. 6., n. 34, mar./abr., 2005.

HABERMAS, J.; HÄBERLE, P. **Sobre a legitimação pelos direitos humanos** . In: **MERLE, J.; MOREIRA, L.(Org). Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011.

\_\_\_\_\_. **Controle de Constitucionalidade**. 5 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011.

KELSEN, Hans. *Quién debe ser el defensor de La Constitución*. Trad. Roberto J. Brie. Madrid: Tecnos, 1931.

LEAL, Roger Stiefelmann. **O Efeito Vinculante na Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A Realidade Judiciária Brasileira e os Tribunais da Federação – STF e STJ: Inevitabilidade de Elementos de Contenção dos Recursos a Eles Dirigidos. In: FUX, Luiz, NERY JÚNIOR, Nelson, WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coords.). **Processo e Constituição. Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONE, Luiz Guilherme. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEDINA, José Miguel Garcia, WAMBIER. Tereza Arruda Alvim, WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Breves Comentários à nova Sistemática Processual Civil**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. O controle incidental de normas no direito brasileiro. In: Meireles, Helly Lopes. 28. ed. 8. parte. **Mandado de Segurança**. São Paulo: Malheiros, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional.**

7ª ed. atualizada até a EC nº 55/07. São Paulo: Atlas, 2007.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional.** 13ª ed. atualizada com a EC n. 39/02. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional.** São Paulo: RT, 2001.