

OBJETIVAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE
COMO INSTRUMENTO QUALIFICADOR DE ACESSO À JUSTIÇA

OBJECTIFICATION OF JUDICIAL *REVIEW OF LEGISLATION*
AS A QUALIFIER MEANS OF ACCESS TO JUSTICE

Carlíane De Oliveira Carvalho.

RESUMO

A viabilização do acesso qualificado à justiça é atualmente o maior desafio da ciência do direito, soma-se a grandeza desse repto a emergência em proteger qualitativamente a Lei Maior instituidora do Estado Democrático de Direito. Diante do desafio em capacitar o qualificado acesso à justiça e da emergência em resguardar a Constituição Federal enquanto Lei Maior da Nação, verifica-se que o instrumento de controle concreto de constitucionalidade viabiliza a proteção constitucional, e também o acesso qualificado do cidadão à justiça em virtude do progressivo processo de dessubjetivação/objetivação por que tem passado. Em outras palavras, o cidadão passa a ter acesso qualificado à justiça por meio do processo difuso de controle de constitucionalidade objetivado. No Brasil, a Constituição da República Federativa de 1988 instituiu um Estado regido por Lei Suprema democrática, suprema e rígida. E, no intuito de resguardar o instrumento de criação da nova ordem jurídica, a Lei Magna de 1988 elencou meios judiciais de proteção da eficácia e vigência da Constituição Federal, o processo objetivo/abstrato e o procedimento subjetivo/difuso de controle de constitucionalidade, que se afastam, *prima facie*, sobretudo, pela objetividade do sistema abstrato e subjetividade do sistema concreto. Contudo, hodiernamente, tem-se observado a aproximação de ambos os meios de defesa constitucional no que diz respeito, principalmente, à objetivação do controle difuso de constitucionalidade, implicando em consequências 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. Desse modo, o presente trabalho de pesquisa surge da necessidade de demonstrar a facilitação do acesso à justiça qualificado por meio da demonstração dos pontos convergentes entre os mecanismos de controle de constitucionalidade objetivo/principal e subjetivo/incidental. Busca-se, também, demonstrar de que modo se dá a qualificação do acesso à justiça, identificando como

o cidadão por meio do controle difuso de constitucionalidade tem alcançado o Supremo Tribunal Federal, capacitado a influenciar em decisões de constitucionalidade com eficácia vinculativa e efeitos *erga omnes*. Em outras palavras, como a objetivação do procedimento difuso de controle de constitucionalidade tem proporcionado o acesso qualificado do cidadão comum ao processo de controle de constitucionalidade no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

PALAVRAS CHAVE: Acesso à Justiça; Controle Difuso De Constitucionalidade; Objetivação; Dessubjetivação; Repercussão Geral; Efeito *Erga Omnes*; Corte Constitucional.

ABSTRACT

The viability the qualified access to justice is currently the biggest challenge of the science of law, adds to the greatness of the challenge to protect emergency qualitatively the highest law instituting democratic rule of law. Faced with the challenge to train the qualified access to justice and emergency safeguard the Constitution while the nation's highest law, it appears that the specific instrument of control enables the constitutionality of constitutional protection, and also qualified citizen access to justice in Because of the progressive process dessubjectivation / objectification that has passed. In other words, the citizen is qualified to have access to justice through the diffuse process of judicial objectified. In Brazil, the Federal Constitution of 1988 established a State governed by the Supreme Law of democracy, supreme and rigid. And in order to protect the instrument creating the new law, Law, 1988 Magna listed out legal means to protect the efficiency and effectiveness of the Federal Constitution, the objective process / procedure abstract and subjective / diffuse control of constitutionality, which away, *prima facie*, above all, objectivity and subjectivity of the abstract system of the concrete system. However, in our times, has seen the approach of both constitutional defenses with regard mainly to the objectification of the diffuse control of constitutionality, resulting in consequences ranging from the social impact of the effects of decisions in incidental control of constitutionality, even at the time and method of the validity of decisions, including, at this point, the effectiveness of specific reasons for the decision of constitutionality. Thus, the present research arises from the need to demonstrate facilitation of access to justice qualified by demonstrating areas of convergence between the mechanisms of judicial review / objective and subjective primary / incidental. The aim is also to demonstrate how the qualification is given access to justice, as identified by the citizen of the diffuse control of constitutionality has

reached the Supreme Court, able to influence decisions on the constitutionality and effectively binding effect *erga omnes*. In other words, as the objectification of the procedure diffuse control of constitutionality has provided access to qualified citizen to the process of judicial review under the Supreme Court.

KEYWORDS: Access To Justice; Judicial *Review Of Legislation*; Objectificacion; General Impact; *Erga Omnes* Effect; Constitucional Court.

1. INTRODUÇÃO

O direito fundamental de acesso do cidadão à justiça é elevado por interpretação constitucional à qualidade de garantia constitucional e, como tal, busca-se implementá-lo desde os primeiros momentos em que a soberania popular foi eleita a direito fundamental.

Com a emergência do constitucionalismo liberal ou clássico, que teve marco introdutório na Constituição Norte Americana de 1787, seguida da Francesa de 1791, ambas escritas, quatro novos conceitos e necessidades sócio-jurídicos tornaram-se evidentes: supremacia da constituição, garantia jurisdicional, garantia dos direitos individuais e separação de poderes.¹ Desde então, não se fala em estado democrático de direito² sem referir-se à supremacia da constituição e garantia de seus princípios fundamentais.

Tem-se a verificação de duas grandes necessidades: a proteção da Constituição Federal e, conseqüentemente, a proteção da soberania popular enquanto princípio fundamental, uma vez tratar-se o povo do titular do Poder instituidor da Lei Maior.

Assim, a Lei Maior, inauguradora do Estado de Direito, passa a receber atenção jurídica no sentido de estabelecer meios de proteção da Constituição do Estado Democrático de Direito. Desse modo, sistemas de defesa constitucional foram criados, em destaque, o sistema austríaco ou concentrado de controle de constitucionalidade, e o sistema americano, da *judicial review of legislation* ou sistema difuso.

Não tratam, ambos os modelos, das primeiras manifestações de controle de constitucionalidade, já que desde a antiguidade clássica se tem notícia de meios de controle e

¹ Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

² Acerca dos contornos da expressão *estado democrático de direito*, Habermas dispõe “que o Direito não somente exige aceitação; não apenas solicita dos seus endereçados reconhecimento de fato, mas também pleiteia merecer reconhecimento. Para a legitimação de um ordenamento estatal, constituído na forma da lei, requerem-se, por isso, todas as fundamentações e construções públicas que resgatarão esse pleito como digno de ser reconhecido”. Cf. HABERMAS, J.; HÄBERLE, P. Sobre a legitimação pelos direitos humanos . In: MERLE, J.; MOREIRA, L.(Org). **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003, p. 68.

defesa de leis com conteúdo assemelhado ao que hoje observamos nas constituições dos estados. Consoante Dirley da Cunha Júnior³, o processo de controle de constitucionalidade remonta à antiguidade clássica, especialmente à civilização ateniense, onde se distinguem entre os *mónoi* e os *pseufisma*. Aqueles representantes das leis constitucionais, com modo especial de alteração das leis, as quais dispunham sobre organização do Estado; esses representavam as leis ordinárias como as temos hoje, uma vez que deviam se conformar com os *monoi*.

Não obstante as remotas manifestações de controle de constitucionalidade, a presente pesquisa destaca apenas o sistema difuso ou norte americano e o sistema concentrado ou austríaco de controle de constitucionalidade, e a aproximação entre eles como instrumento permissivo do acesso à justiça no que toca à defesa constitucional por intermédio do cidadão comum.

No Brasil, a Constituição da República Federativa de 1988 instituiu um estado democrático de direito regido por constituição democrática, suprema e rígida. E, no intuito de agasalhar o instrumento de criação da nova ordem jurídica, a Lei Suprema de 1988 elencou meios judiciais de proteção da eficácia e vigência da Constituição Federal. São as ações principais objetivas de controle de constitucionalidade e os instrumentos incidentais subjetivos de defesa do indivíduo em face de dano ou ameaça de dano causado por lei federal ou ato de Poder Público em confronto com a Constituição Federal.

Embora a Constituição Federal de 1988 tenha elencado mecanismos distintos de proteção da constitucional, que se afastam, *prima facie*, sobretudo, pela objetividade do sistema abstrato e subjetividade do sistema concreto, hodiernamente, tem-se observado a aproximação de ambos os meios de defesa constitucional no que diz respeito, principalmente, à dessubjetivação/objetivação do controle difuso de constitucionalidade, implicando em alterações na configuração final do processo difuso, o que interfere decisivamente na acessibilidade do cidadão comum ao Poder Judiciário no que toca ao controle de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal. Capacitando o cidadão da possibilidade de interferir no conteúdo de decisões constitucionais decorrentes da análise de recurso extraordinário, com efeitos vinculativos ao Poder Judiciário e Administração Pública e com eficácia *erga omnes*.

O processo de objetivação do controle difuso de constitucionalidade é convalidado em

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

seu maior grau, pela própria Constituição, ao fortalecer o acesso à justiça com a permissibilidade ao cidadão comum de levar questionamento de constitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, ainda que sob a exigência da repercussão geral da matéria, ao Supremo Tribunal Federal.

Interessante notar que a possibilitação de acesso à justiça no que se refere ao controle difuso de constitucionalidade no bojo do Supremo Tribunal Federal, culminando consequências de controle objetivo, acaba por proteger a própria Constituição. Porquanto, no momento em que o cidadão passa a questionar no Supremo a (in)constitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público mediante procedimento difuso de constitucionalidade, acaba por potencializar a soberania popular enquanto princípio fundamental. Trata-se de processo de proteção constitucional que no próprio procedimento de execução já se vislumbra a implementação máxima do Texto Maior. Nessa linha, Camilo de Oliveira Carvalho⁴ destaca que:

“as previsões constitucionais conferem unidade ao sistema jurídico e o direito processual assegura o exercício das funções estatais, conferindo efetividade às garantias constitucionais. O acesso à justiça, enquanto garantia constitucional, implica no atendimento processual dos cidadãos em juízo. Não há como afastar o seu entendimento da idéia de Constituição”.

Descrito momento jurídico vivenciado no Brasil desafia a necessidade de identificar e qualificar os pontos de aproximação entre os mecanismos de controle de constitucionalidade objetivo/principal e subjetivo/incidental, demonstrando especificamente a dessubjetivação ou objetivação do controle incidental de constitucionalidade, e de que modo esse processo tem proporcionado ao cidadão comum o acesso à justiça com efetivo potencial de influenciar nas decisões da Corte Maior do Estado, representando conseqüências nos julgamentos do controle difuso com eficácia geral e efeito vinculante.

Para tanto, o texto apresentará detalhadamente a mutação sofrida no procedimento subjetivo de constitucionalidade apontando a defendida objetivação por meio: de progressiva definição do Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional; de atribuição de efeitos gerais às decisões em controle difuso de constitucionalidade, em sede de recurso

⁴ CARVALHO, Camilo de Oliveira. **Acesso à Justiça e Tutela Coletiva dos Direitos Individuais Homogêneos: A Inconstitucionalidade do parágrafo único, art.1º, da Lei de Ação Civil Pública.** In Anais do Conselho Nacional de pesquisa e pós graduação em Direito - CONPEDI. XIX Encontro Nacional do CONPEDI-Fortaleza: Data: 9, 10, 11, 12 de junho de 2010. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/4201.pdf>>. Acesso em: 01 abril 2012.

extraordinário; da transcendência dos motivos determinantes das decisões em controle difuso de constitucionalidade; de reinterpretação da função do Senado Federal na concessão de efeitos gerais às decisões em controle difuso de constitucionalidade; da causa de pedir aberta em recurso extraordinário; da modulação dos efeitos da declaração de constitucionalidade nas decisões em controle difuso de constitucionalidade; da emergência da súmula vinculante; e da exigência da repercussão geral como requisito intrínseco de admissibilidade do recurso extraordinário.

2. ACESSO À JUSTIÇA ENQUANTO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL NA GUARDA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Hodiernamente, o acesso à justiça é considerado direito fundamental e como tal apresenta função de princípio norteador interpretativo da própria Constituição, no que toca ao princípio da unicidade, bem como das demais normas do Estado

Sarlet demonstra esse entendimento ao afirmar que:

“com base no conteúdo das normas de direitos fundamentais é possível se extrair conseqüências para a aplicação e interpretação das normas procedimentais, mas também para uma formatação do direito organizacional e procedimental que auxilie na efetivação da proteção aos direitos fundamentais, de modo a se evitarem os riscos de uma redução do significado do conteúdo material deles. Neste contexto, há que considerar a íntima vinculação entre direitos fundamentais, organização e procedimento, no sentido de que os direitos fundamentais são, ao mesmo tempo e de certa forma, dependentes da organização e do procedimento (no mínimo, sofrem uma influência da parte destes), mas simultaneamente também atuam sobre o direito procedimental e as estruturas organizacionais”⁵

Canotilho⁶ esclarece que o exercício da cidadania e a soberania popular são viabilizados por meio da eficácia recíproca entre os direitos fundamentais e a organização dos procedimentos que envolvem a jurisdição constitucional, permitindo a acesso do povo à justiça e garantindo o desenvolvimento da própria jurisdição.

Continua afirmando que o acesso à justiça dinamiza a interpretação da Constituição, na medida em que favorece a comunicação entre Estado e Cidadão. Qualifica, assim, o acesso

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 599 e 653.

do cidadão à jurisdição constitucional como instrumento de viabilização dos direitos fundamentais.⁷

Desse modo, há que se afirmar que o acesso à justiça é direito fundamental e deve ser aplicado como norte interpretativo de todo o ordenamento jurídico do Estado. Adiante, ver-se-á que procedimentos da jurisdição constitucional, em especial de proteção constitucional, são interpretados de modo a permitir o acesso do cidadão ao Supremo Tribunal Federal, possibilitando que venham a influenciar na decisão final da Corte Maior.

É, evidentemente, o acesso à justiça uma garantia de que o cidadão terá capacidade de dialogar com o Estado possibilitando-o intervir na interpretação conferida ao Texto Magno.

Noberto Bobbio⁸ afirma que quando determinada garantia visa proteger direito previsto constitucionalmente, torna-se igualmente importante à garantia constitucional.

Não restam dúvidas de que o princípio de acesso à justiça tem como função primordial a garantia de efetividade da própria Constituição Federal no que toca aos seus princípios fundamentais, em destaque aos princípios da soberania popular e da cidadania, de modo que o princípio do acesso à justiça eleva-se ao patamar de princípio constitucional, e, portanto, garantia constitucional.

Esse trabalho dedica-se a demonstrar o processo de objetivação do procedimento difuso de constitucionalidade, apontando a ingerência do povo nesse momento constitucional de modo a viabilizar o diálogo Estado e Cidadão.

Ver-se-á que em decisões do Supremo Tribunal Federal anteriores à defendida objetivação/dessubjetivação detinham, *prima facie*, efeitos somente entre as partes da relação processual em questão, e que, após os primeiros sopros desse novo entendimento acerca da interpretação constitucional, a eficácia das decisões do Supremo no bojo de controle concreto de constitucionalidade podem vir a apresentar efeitos vinculantes não só às partes, mas para a Administração Pública Direta e Indireta e para o Poder Judiciário.

Negrita-se que o efeito inicial inter partes, já podia ser estendido a todos, concedendo-se eficácia *erga omnes* à decisão por meio de Resolução do Senado após comunicação do Supremo Tribunal Federal. Inúmeras incongruências a respeito do modo, momento e efeitos de citada Resolução foram debatidas por décadas, contudo, diante do

⁷ CANOTILHO, *op. cit.*, p. 1036.

⁸ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p.46-62.

objeto presentemente estudado, entende-se que essas divergências doutrinárias passam a ter importância meramente histórica⁹.

Semelhante situação à dos efeitos da decisão é observado também no que respeita à eficácia. Inicialmente, as decisões em procedimento difuso de constitucionalidade tinham eficácia *ex tunc*, ou seja, a declaração de inconstitucionalidade retroagia à origem da lei, firmando-se no entendimento de que se o texto legal era incompatível com a Constituição desde seu nascedouro, sendo, tendo nascido viciada, era, portanto, nula, incapaz de gerar efeitos.

Atualmente, com base na objetivação, o posicionamento fechado quanto ao momento de eficácia da decisão se flexibiliza permitindo a eficácia prospectiva, ou *ex nunc*, para após o trânsito em julgado da decisão, ou com data determinada pelo Supremo Tribunal Federal desde que, em qualquer caso, fundamente-se a decisão em razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social, e sempre por quorum qualificado da Corte.

Nota-se que a objetivação do procedimento difuso de constitucionalidade aproxima o controle concreto ao controle abstrato no que tem pertinência com os efeitos, alcance e vinculação da decisão. Atribuindo a uma decisão conferida em procedimento concreto, baseada, inicialmente, em questão subjetiva, conseqüências de decisão em controle abstrato de constitucionalidade.

Ora, em procedimento concreto de constitucionalidade qualquer pessoa pode ser parte na relação jurídica, e tem, de antemão, capacidade processual de provocar o incidente de inconstitucionalidade, preenchidos os requisitos processuais legais para tanto. Também podem exercer esse direito terceiras pessoas que intervenham no processo e que não possuam relação direta imediata com a questão jurídica em causa, mas que de algum modo podem ser alcançados pela decisão, ou mesmo pessoas ou instituição com autorização legal para intervir. E todos, partes principais e terceiros intervenientes, possuem direito, acaso se sintam prejudicados, ou em defesa da efetividade de lei no caso do Ministério Público, preenchidos os requisitos legais, de provocar a jurisdição acerca de inconstitucionalidade que ameace ou prejudique o gozo de direito.

Referido incidente tem capacidade de chegar ao Supremo Tribunal Federal por meio do Recurso Extraordinário, podendo ter atribuída decisão de inconstitucionalidade com as conseqüências acima elencadas.

⁹ Cf. CUNHA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 327-334.

A objetivação do procedimento concreto de constitucionalidade coloca a atuação do cidadão comum ao lado da atuação daqueles poucos legitimados¹⁰ ao processo abstrato de constitucionalidade no que toca aos efeitos e eficácia da decisão.

Desse modo, constata-se que o acesso do cidadão comum ao procedimento difuso de constitucionalidade objetivado é uma qualificação do acesso à justiça referente aos efeitos e eficácia da decisão proferida no Supremo Tribunal Federal no bojo de Recurso Extraordinário.

Assim, é necessário analisar-se o processo de objetivação do procedimento difuso de constitucionalidade, identificando de que modo o cidadão tem recebido proteção constitucional na qualificação do acesso à justiça. A fim de bem elucidar a gradativa dessubjetivação, faz-se necessário compreender ambos os processos de controle, concreto e abstrato, tanto em suas características genuínas como na atual Constituição Federal do Brasil.

3. SISTEMA DIFUSO OU NORTE AMERICANO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O sistema de controle de constitucionalidade norte americano fortaleceu-se ao redor da idéia de supremacia da constituição, construção doutrinária que, segundo destaca Eduardo Garcia Enterría¹¹, é corolário de todo o ordenamento constitucional daquele país, considerado como a criação constitucional de maior relevo ao lado do sistema federal. Tratar-se-ia de uma vinculação mais forte das leis à Constituição, sendo que aquelas só poderiam ser aplicadas se em conformidade com essa.

O sistema norte americano de controle de constitucionalidade teve como expressão maior o *leading case* *William Marbury v. James Madison*, julgado em 1803 por obra do Chief Justice John Marshall. Conquanto não exista na Constituição Norte Americana cláusula permissiva do controle de leis em face da constitucionalidade por meio do Poder Judiciário, tal possibilidade foi construída com alicerce na norma de supremacia da constituição, entabulada no artigo VI, cláusula 2ª, da qual se tem a declaração de ser a Constituição o direito supremo do País, determinando obediência aos juízes de todos os estados membros, ainda que em contradição com as leis desses¹².

¹⁰ Cf. CUNHA JÚNIO, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade**. ed 5. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011.

¹¹ ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3. ed. reimp. Madrid: Civitas, 2001, p. 51.

¹² ALVAREZ, Anselmo Pietro; FILHO, Wladimir Novaes. **A Constituição dos EUA Anotada-A**. 2 ed. São

No sistema norte-americano de controle de constitucionalidade tem-se a possibilidade de, dentro de uma questão judicial, as partes suscitarem a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada norma federal ou ato público, no intuito de resguardar o bem principal da lide, se, e somente se, a declaração quanto à constitucionalidade da norma for necessária ao deslinde da causa principal. Ou seja, tem-se uma questão principal, o que coloca a defesa da norma constitucional como questão prejudicial à causa, implicando na necessidade de resolvê-la antecipadamente, e de forma indireta, por meio da suscitação de prejudicial de constitucionalidade. Assim o sistema norte americano ostenta originalmente caráter prejudicial e incidental relacionado a um interesse subjetivo das partes.

A questão prejudicial é resolvida pelo tribunal ou juiz da causa, o que significa a desnecessidade de juízo especial para julgar a questão constitucional de fundo. Assim, não exigindo um órgão específico para o julgamento da questão de constitucionalidade, tem-se que este controle é feito por qualquer juiz singular ou órgão colegiado, o que lhe concede o caráter difuso. Trata-se, resumidamente, de um controle judicial difuso, incidental e, destacadamente, subjetivo, uma vez que tem de apresentar relação direta com a causa principal das partes; valendo somente entre as partes a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade requerida.

Importante destacar, para melhor compreensão dos sistemas de controle, que a incidentalidade não se confunde com o controle difuso. Muito embora o sistema norte americano de controle de constitucionalidade apresente ambas as características de forma conjunta, elas podem ser encontradas separadamente.

No Brasil o controle incidental de constitucionalidade se confundia com o controle difuso, tal qual nos Estados Unidos da América. Contudo, com o advento do inciso I, parágrafo único, da Lei nº 9.882/99, que estipula a arguição incidental do descumprimento de preceito fundamental a ser julgada concentradamente pelo STF, não se pode mais afirmar que no Brasil o controle incidental se confunde com o controle difuso.

Desse modo, trata-se apenas de uma coincidência e escolha do sistema jurídico norte-americano em vincular o meio incidental de apreciação do controle de constitucionalidade ao sistema difuso por todo e qualquer juiz. Referida posição é tão enraizada na jurisprudência daquele Estado que em 1911, no caso *Muskrat v. Unite States*, o Justice Day, negando apreciação abstrata da constitucionalidade de uma lei, manifestou-se nos seguintes termos:

“O direito de declarar a inconstitucionalidade das leis surge porque uma delas, invocada por uma das partes como fundamento de seu direito, está em conflito com a lei fundamental. Essa faculdade, que é o dever mais importante e delicado da Corte, não lhe é atribuída como um poder de revisão da obra legislativa, mas porque os direitos dos litigantes nas controvérsias de natureza judicial requerem que a corte opte entre a lei fundamental e a outra, elaborada pelo Congresso na suposição de estar em consonância com sua competência constitucional, mas que, na verdade, exorbita do poder conferido ao ramo legislativo do governo. Essa tentativa para conseguir a declaração judicial da validade da lei elaborada pelo Congresso não se apresenta, na hipótese, em um caso ou controvérsia, a cuja apreciação está limitada a jurisdição dessa Corte, segundo a Lei Suprema dos Estados Unidos.”¹³

Muito embora toda a inteligência na construção do controle difuso de constitucionalidade ou sistema de controle norte-americano, ele é capaz de gerar insegurança jurídica na medida em que determinada norma ou ato do poder público pode ser declarado constitucional para específico cidadão e inconstitucional para outro em questão jurídica equivalente. Narrado fato se torna possível, na medida em que uma específica decisão acerca da constitucionalidade de norma só vale para o caso em que foi decidida, não apresentando qualquer efeito vinculante ao Poder Judiciário, e também não possuindo eficácia geral, descabendo a aplicação da decisão de constitucionalidade para outro cidadão em equivalente situação jurídica¹⁴.

Ademais, como bem destaca Dirley da Cunha Júnior¹⁵, é desarrazoado exigir do cidadão que espere uma situação concreta desafiadora da aplicação de determinada norma ou ato público de constitucionalidade duvidosa a fim de que se possa usar o caso concreto como causa de pedir da declaração de inconstitucionalidade. Ainda, determinar que o questionamento da constitucionalidade de leis ou atos normativos do Poder Público dependa de um caso concreto de lesão ou ameaça a direito pode gerar a existência de leis intocáveis no que se refere à constitucionalidade delas, uma vez diante da possibilidade de inexistência de

¹³ BITTENCOURT, C. A. Lúcio. **O Controle Jurisdicional de constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1949, p.23-24.

¹⁴ Hodiernamente, nos países vinculados ao sistema do *comum law* vigora o princípio do *stare decisis*, conhecido entre nós por “força dos precedentes”, por meio do qual todos os órgãos judiciários ficam vinculados às decisões da Suprema Corte. Cf. CUNHA JÚNIOR, **op.cit.**, p. 237-334.

¹⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011, p. 278-279.

caso concreto a desafiá-las¹⁶, ou, até mesmo, casos extremos de criação de demandas fictícias a fim de forçar o Poder Judiciário a manifestar-se.

4. SISTEMA AUSTRIACO OU CONCENTRADO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Já o sistema austríaco ou concentrado de controle de constitucionalidade surgiu da dificuldade histórica de grande parte dos países europeus em se adequar à construção norte-americana de controle difuso de constitucionalidade, vez que aquele continente não se rege pela *common Law*.

Fundando-se em descrita dificuldade, Hans Kelsen¹⁷ desenvolveu um diverso sistema jurisdicional de controle de constitucionalidade, por meio do qual caberia somente a um órgão, chamado de Tribunal Constitucional, a análise de adequação de constitucionalidade de leis ou atos do poder público.

Entendia Kelsen que, sendo o Parlamento e o Governo os interessados no resultado de eventuais questionamentos de inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público, deveria caber a um órgão específico, que chama de Terceira Instância, a análise de eventual inconstitucionalidade de norma pública. Acrescenta que, este órgão não poderia ter nenhum outro poder, senão a função única de controle de constitucionalidade, sendo imune ao exercício do Poder, não entrando em oposição com interesses do Parlamento ou do Governo, caracterizando-se, resumidamente, como um órgão neutro.

Assim, o sistema austríaco de controle de constitucionalidade, ao revés do sistema norte-americano, requer a existência de um órgão específico com fim único de julgar a causa constitucional, cabendo exclusivamente a este órgão a análise de constitucionalidade das normas, daí chamar-se sistema concentrado.

Por meio dele, a discussão acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada norma ou ato do poder público é suscitada como questão principal da causa jurídica. Trata-se de análise da conformidade da lei ou ato público com a Constituição do Estado de forma abstrata. Em outras palavras, não se tem uma questão subjetiva em lide para servir como causa de pedir da análise de constitucionalidade de determinada norma. É,

¹⁶ 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.

¹⁷ KELSEN, Hans. *Quién debe ser el defensor de La Constitución*. Trad. Roberto J. Brie. Madrid: Tecnos, 1931, p. 54.

portanto, um sistema concentrado, em que o controle da conformidade constitucional de leis ou atos normativos é exercido por um só órgão, o Tribunal Constitucional, e de forma objetiva, na medida em que não possui interesses subjetivos como causa de pedir da demanda.

Esse sistema ainda se diferencia do controle difuso de constitucionalidade de modo que as decisões tomadas pelo Tribunal Constitucional apresentam efeitos gerais, ou seja, *erga omnes*, vinculando tanto o Poder Executivo quanto o Poder Judiciário.

Como resumidamente apresenta Dirley da Cunha Júnior¹⁸, o controle concentrado de constitucionalidade se difere do controle difuso sob o ponto de vista “subjetivo”, “modal” e “funcional”. No primeiro tem-se que, enquanto no controle difuso de constitucionalidade qualquer órgão ou tribunal pode apreciar a constitucionalidade de norma pública, no sistema concentrado somente o órgão específico com função exclusiva de análise a constitucionalidade de norma pública, o Tribunal Constitucional, pode fazê-lo. No segundo verifica-se a diferença entre os sistemas por meio do modo e forma como o controle é exercido, bem como por meio do modo em que a questão de constitucionalidade é resolvida. Já o terceiro respeita aos efeitos que a decisão produz tanto em relação à lei submetida à análise quanto em relação ao caso no qual a questão constitucional foi suscitada.

Muito embora a magnitude do sistema idealizado por Kelsen, o controle concentrado de constitucionalidade tal qual o controle difuso, também não está imune a falhas.

No momento em que se tem no controle concentrado a exigência de uma ação especial específica para a declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade de ato do poder público, com legitimidade ativa limitada e órgão de julgamento específico, acaba por impedir que qualquer interessado questione uma norma pública pela qual se sinta prejudicado em face de sua inconstitucionalidade, bem como, impede que juízes da justiça ordinária instaurem jurisdição concentrada ou mesmo difusa de constitucionalidade, impondo, por fim, aos julgadores a obrigatoriedade de aplicar lei inconstitucional, uma vez não tendo sido declarada como tal pelo órgão concentrado competente¹⁹.

5. SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

¹⁸ CUNHA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 281.

¹⁹ *Idem, ibidem*, p. 278.

Diante das inconsistências apresentadas tanto no sistema austríaco quanto no sistema norte americano de controle de constitucionalidade, e no afã de resolvê-las, a genialidade do constituinte originário brasileiro de 1988 fez constar na Constituição da República Federativa do Brasil processos e procedimentos com influências do sistema austríaco e do sistema norte-americano conjuntamente.

Assim, a Constituição Federal de 1988 previu o controle objetivo concentrado de constitucionalidade, e, também, o controle subjetivo difuso de constitucionalidade²⁰.

Destaca-se que, as cartas magnas brasileiras anteriores a de 1988 já apresentavam modelos de controle concentrado bem como de controle difuso, mantendo-se, temporalmente, mais vinculadas ao controle difuso de constitucionalidade. Entrementes, referidos documentos legais não receberão destaque nesse estudo, já que o corte temporal adotado se dá a partir da Constituição Federal de 1988.

Retomando a análise da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, observa-se que o modelo de controle concentrado foi mantido com previsão de ações constitucionais, quais sejam: ação direta de inconstitucionalidade por ação, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ação declaratória de constitucionalidade, ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental e ação direta de inconstitucionalidade interventiva.

Já o controle difuso de constitucionalidade manteve-se por meio da previsão de que todo e qualquer juiz ou tribunal pode, na realidade é um dever, exercer o controle de constitucionalidade de lei federal, ato ou omissão do poder público que contrarie a Constituição Federal desde que fundado em uma demanda judicial concreta.

Originalmente, ambos os sistemas foram previstos com seus preceitos genuínos.

O controle concentrado é exercido por um órgão com previsão constitucional para exercer a análise de Constitucionalidade de forma exclusiva, tendo legitimidade ativa definida na Lei Maior. Trata-se de demanda objetiva, vez que inexistente como causa de pedir uma questão subjetiva particular, mas apenas a inconstitucionalidade ou constitucionalidade de ato ou omissão do poder público.

Já no que se refere ao controle difuso, é exercido por todo e qualquer juiz ou tribunal, com base, necessariamente, em questão subjetiva, o que implica em ser uma demanda

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. Exposição Sistemática da Doutrina e Análise Crítica da Jurisprudência.** São Paulo: Saraiva, 2008.

incidental à principal, desse modo, é causa prejudicial, sendo, de regra, a decisão oponível apenas às partes processuais da causa principal.

Segundo Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gonet Branco²¹, a existência conjunta do controle difuso de constitucionalidade ao lado do controle concentrado de constitucionalidade, operado por meio de ações objetivas, gerou mudanças no controle de constitucionalidade brasileiro.

Efetivamente, tais mudanças não ocorreram de forma abrupta. Tem-se um longo período de modificações, verificado tanto por meio de alterações legislativas, quanto por meio de jurisprudências, que chegaram até a promover mutações constitucionais. Assim, vivencia-se, contemporaneamente, o que se chama de dessubjetivação²² ou objetivação do controle concreto de constitucionalidade.

Destarte, gradativamente, após a promulgação da Constituição Federal do Brasil de 1988, o controle difuso de constitucionalidade tem se aproximado do concentrado, modificando o conceito original do sistema norte americano, ou sistema difuso de controle de constitucionalidade, e permitindo que cidadãos comuns na defesa de seus direitos tenham capacidade de influir em decisões constitucionais no âmbito do Supremo Tribunal Federal, que mais tarde podem ter efeitos contra todos e eficácia geral.

Verifica-se que, recentemente, aspectos estremos do controle concentrado de constitucionalidade são identificados no procedimento e nas conseqüências de eficácia e efeito das decisões de controle difuso de constitucionalidade, representando a dessubjetivação do controle incidental, o que implica na evidente influência social nas decisões com cunho objetivo.

O processo de dessubjetivação é acurado por meio de inúmeras alterações interpretativas e circunstanciais vistas no Sistema de Controle de Constitucionalidade Brasileiro. Dentre elas tem-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 causa de pedir aberta em recurso extraordinário; a modulação dos efeitos da declaração de constitucionalidade nas decisões em controle difuso de constitucionalidade; a emergência da súmula vinculante; a

²¹ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1038.

²² André Ramos Tavares batiza citado evento de “objetivação”. Cf. TAVARES, André Ramos. **Curso de direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 272.

exigência da repercussão geral como requisito intrínseco de admissibilidade do recurso extraordinário.

Verificadas as elencadas alterações doutrinárias e jurisprudenciais, faz-se mister apontar como proporcionam ao cidadão comum o acesso ao Poder Judiciário e, conseqüentemente, ao processo de confecção de decisões de constitucionalidade com efeitos *erga omnes* e eficácia geral, permitindo o acesso qualificado à justiça.

6. GRADATIVA DEFINIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO CORTE CONSTITUCIONAL

O primordial ponto de destaque no processo de estreitamento conceitual entre o controle difuso e o controle concentrado de constitucionalidade, operando na dessubjetivação daquele e conseqüente aproximação entre os sistemas, é, certamente, o desígnio do Supremo Tribunal Federal em firmar-se enquanto Corte Constitucional²³. Esse processo é identificado por meio de inúmeras alterações interpretativas da Constituição Federal, que repercutem diretamente no processo de dessubjetivação do controle difuso de constitucionalidade e que serão vistos em tópicos específicos adiante.

Dentre as diversas manifestações do Supremo Tribunal Federal no sentido de consolidar a própria identificação como Corte Constitucional, destaca-se, segundo Luiz Manoel Gomes Júnior²⁴, a exigência legal de repercussão geral como requisito intrínseco de admissibilidade do recurso extraordinário.

Mais, Victor Cesar Berland²⁵, 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, acrescenta, para a nova definição de posição adotada pelo Supremo na defesa da Constituição Federal: a dotação de repercussão geral às decisões tomadas em controle difuso de constitucionalidade; a conseqüente revisão conceitual do inciso X do art. 52 da Constituição Federal; e, por fim, a aceitação da causa de pedir aberta

²³ 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.

²⁴ 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.

²⁵ 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.

como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário.

Citadas novidades responsáveis pelo fortalecimento do Supremo Tribunal Federal enquanto Corte Constitucional, bem como outras situações jurídicas igualmente importantes para a redefinição conceitual do controle difuso de constitucionalidade no Brasil, são determinantes para o estreitamento da relação entre o Supremo e o cidadão, possibilitando a esse o acesso ao Tribunal Supremo de guarda da Constituição, podendo influir no conteúdo de suas decisões.

Todos os referidos elementos serão vistos especificamente adiante.

7. EXIGÊNCIA DA REPERCUSSÃO GERAL COMO REQUISITO INTRÍNSECO DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

O Supremo Tribunal Federal, com função primordial de guardião da Constituição Federal do Brasil, desempenha seu papel por meio dos instrumentos processuais de controle concentrado de constitucionalidade e dos institutos de procedimento de controle difuso de constitucionalidade. Ambos os sistemas visam resguardar a Constituição Federal traçando uma linha uniforme de interpretação de seu texto, repudiando leis ou atos públicos contrários ao que determina a Lei Maior do Estado.

Assim, partindo da premissa de que o controle difuso também é um procedimento importante de guarda da Constituição Federal, bem como que o recurso extraordinário é o instrumento de maior relevância desse controle, é que a EC n. 45/2004 acrescentou o § 3º ao art. 102 da Constituição Federal do Brasil fazendo constar a exigência de repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso como requisito de admissão do recurso extraordinário. Tal exigência é aferida pelo pleno do Tribunal, sendo que o recurso só pode ser rejeitado por quorum qualificado de dois terços de seus membros.

Importante destacar que a aferição de repercussão geral é feita, de regra, *a posteriori*, ou seja, necessita-se de caso concreto para verificar se aquela questão tem ou não repercussão geral. Muito embora a necessidade de caso concreto, a Lei n. 11.418/2006 inseriu no Código de processo Civil o § 1º ao art. 543-A, dispondo que “será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”. Desse modo a lei traz um elenco de situações para as quais já se entende existente a repercussão geral pela própria natureza das questões.

Mais, no sentido de fortalecer a posição do Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional tem-se a presunção de repercussão geral também em recursos contra decisões

que contrariem súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal²⁶.

Medina, Wambier e Wambier²⁷ fazem coro ao entendimento de 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.

Ainda, Luiz Manoel Gomes Júnior²⁸, 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.

Desse modo, evidencia-se que a exigência de repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, bem como a conferência de poder vinculativo à decisão de inconstitucionalidade em recurso extraordinário, agrega ao controle difuso elementos característicos do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, alicerçando o processo de dessubjetivação do controle difuso de constitucionalidade.

8. ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS GERAIS ÀS DECISÕES EM CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE EM SEDE DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

No que se refere ao recurso extraordinário, bem expressou Eduardo Arruda Alvim²⁹ que, o recurso extraordinário sempre teve como finalidade, dentre outras, a de 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.

Daí que, no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, as decisões em recurso extraordinário despontam como paradigmáticas³⁰, e nesse ponto ressalta a qualificação que

²⁶ DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil. Meios de Impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais.** 5ª ed.. Revista, ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 315.

²⁷ MEDINA, José Miguel Garcia, WAMBIER, Tereza Arruda Alvim, WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Breves Comentários à nova Sistemática Processual Civil.** 3. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 105.

²⁸ GOMES JÚNIOR, *op. cit.*, p. 96.

²⁹ 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.** Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 1997, p. 46.

³⁰ DIDIER JR; CUNHA, *op. cit.*, p. 312.

tem o acesso do cidadão à justiça, vez que o acesso não só foi conferido, como o fora de forma qualificada, na medida em que a decisão proferida em sede de recurso extraordinário tem o condão de interferir em relações jurídicas externas à questão discutida como causa principal base do incidente de inconstitucionalidade.

Fredie Didier Júnior e Leonardo José Carneiro da Cunha³¹ explicam que “o STF, ao examinar a constitucionalidade de uma lei em recurso extraordinário, tem seguido esta linha. A decisão sobre a questão da inconstitucionalidade seria tomada em abstrato, passando a orientar o tribunal em situações semelhantes”.

Nesse sentido, pode-se notar que a atribuição de efeitos gerais em controle concreto de constitucionalidade além de ser um fator de enquadramento do sistema difuso de controle de constitucionalidade como objetivo, representa um importante passo para a qualificação do acesso à justiça ao cidadão comum. Isto por que, as decisões tomadas no bojo de questões incidentais de controle de constitucionalidade somente poderiam ter efeitos, originalmente, face às partes do processo principal, contudo, inicialmente com o art. 52, X, da Constituição Federal, os efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade de lei federal podem ser opostos contra todos, por meio de resolução de competência privativa do Senado Federal.

Citada norma encontra-se no ordenamento brasileiro desde 1934, e vem sendo, desde então, repetida nas constituições posteriores³².

A possibilidade de conceder efeitos gerais para decisões do controle subjetivo de constitucionalidade por meio do art. 52, X da Constituição Federal vem sofrendo mutações em sua interpretação no sentido de o Supremo Tribunal Federal não mais depender de Resolução do Senado para conferir efeitos gerais às decisões deles no bojo de recurso extraordinário, cabendo ao próprio Tribunal dispor sobre os efeitos da decisão, restando ao Senado apenas a obrigação de conferir-lhe publicidade por meio de resolução.

Luís Roberto Barroso³³ enfatiza que a função dedicada ao Senado por meio do inciso X do art. 52, da Constituição Federal “tornou-se um anacronismo”. Para tanto esclarece com perfeição a razão pela qual o Supremo Tribunal Federal reinterpretou o dispositivo limitando a posição do Senado apenas a meio de publicização das decisões em recurso extraordinário, tomando para o próprio Tribunal a função de conceder ou não efeitos gerais às suas decisões. Assim, as decisões em controle difuso de constitucionalidade podem receber a dotação de

³¹ *Idem, ibidem*, p. 325.

³² BARROSO, *op. cit.*, p.119.

³³ *Idem, ibidem*, p. 122.

efeitos gerais³⁴.

Certamente, narrada situação jurídica é a maior representação de acesso à justiça ao cidadão comum. Assim porque, considerando que a concessão de efeitos gerais à decisão em controle de constitucionalidade é característica genuína do processo objetivo/abstrato, o qual tem legitimados específicos e restritos para suscitar a ação objetiva no Supremo Tribunal Federal, e que essa consequência tem sido conferida à decisão em ação concreta de constitucionalidade, observa-se que há ampliação máxima dos legitimados ao acesso ao Supremo Tribunal Federal capazes de influenciar em decisões que possam gerar efeitos gerais.

Didier Jr. e Cunha³⁵ destacam que podem suscitar o incidente de inconstitucionalidade no bojo do processo judicial todos que integrem de algum modo o processo judicial, que participem da relação processual, bem como o Ministério Público, quando oficie no feito; acrescentam, ainda, o juiz ou tribunal de ofício nas causas submetidas à apreciação deles.

Destarte, a atribuição às decisões em controle difuso de constitucionalidade de efeitos gerais, por determinação do próprio Supremo Tribunal Federal, é medida que confere a uma decisão do controle subjetivo efeito genuíno do controle abstrato de constitucionalidade, qual seja, a eficácia geral independente de resolução do Senado, consolidando **ainda** mais a teoria de atual objetivação do controle difuso de constitucionalidade, e garantindo ao cidadão comum o acesso ao Poder Judiciário em seu maior grau.

9. TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES DAS DECISÕES EM CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

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 Executivo, de modo que a decisão de inconstitucionalidade deixa de ter eficácia geral tão só no que toca ao dispositivo para abranger os fundamentos determinantes da decisão³⁶, é a *ratio decidendi*.

Referida teoria é consolidada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no que

³⁴ DIDIER JR; CUNHA, *op. cit.*, p. 324.

³⁵ *Idem, ibidem*, p.319.

³⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: RT, 2001. p. 135-136.

se refere às decisões em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Contudo, é possível estendê-la a fim de abranger o controle difuso de constitucionalidade.

Quando o pleno do Supremo Tribunal Federal exige a repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, adjudica determinada objetividade ao julgamento, retirando a decisão sobre a lei da seara intrínseca do interesse das partes e concedendo-lhe repercussão geral³⁷, sendo, desse modo, possível entender que também se teria aí aplicada a teoria dos motivos determinantes.

Descrita situação jurídica também é consequência da valorização do Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional e surge no intuito de conferir celeridade, eficiência e uniformidade às decisões do Supremo, a fim de que não se configure apenas como mais uma instância recursal, entretantes, como precípua Guardiã da Constituição. Em razão do novo momento histórico-jurídico do Supremo, inseriu-se no Código de processo Civil o art. 543-B³⁸.

Nesse diapasão, o Supremo Tribunal Federal defende posição pela qual, em casos de modelos legais idênticos, é dispensável a submissão da questão constitucional ao Plenário³⁹. Evidenciando que a qualificação dada à decisão em controle difuso de constitucionalidade no momento em que a elege a requisito negativo de admissibilidade, acaba por ressaltar a importância do recurso extraordinário e, conseqüentemente, da posição do cidadão face ao Supremo, fixando o recente acesso à justiça, com conseqüências de eficácia geral e efeitos contra todos, como qualificado.

Resta claro que, a aplicação da teoria dos motivos determinante às decisões em recurso extraordinário vem a vitaminar o processo de objetivação ou subjetivação do controle difuso de constitucionalidade, sendo mais um elemento vetorial do fortalecimento do acesso à justiça qualificada.

10. CAUSA DE PEDIR ABERTA EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

De regra, o recurso extraordinário, como mais uma instancia recursal por meio da qual se discute questões constitucionais, deveria, de direito, ter causa de pedir fechada e determinada em seu bojo circundante à questão subjetiva. Contudo, o que se observa,

³⁷ DIDIER JR; CUNHA, *op. cit.*, p. 329.

³⁸ 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. p. 186.

³⁹ MENDES; COELHO; BRANCO, *op. cit.*, p.1035.

presentemente, no Supremo Tribunal Federal, é a aceitação da causa de pedir aberta em recurso extraordinário.

Há que se destacar tratar-se referida novidade de avanço interpretativo do Supremo Tribunal Federal, na medida em que possibilita à Corte conferir maior proteção à Constituição Federal por meio do recurso extraordinário, já que não tem o campo de atuação murado no delimitado da causa de pedir exposta em recurso.

Assim, por esse instrumento o Supremo não fica adstrito à causa exposta pela parte recorrente, como de direito deveria ocorrer, uma vez tratar-se de procedimento subjetivo⁴⁰. Também, continuamente, tem-se a modulação dos efeitos da declaração de constitucionalidade nas decisões em controle difuso de constitucionalidade.

O caso de destaque na questão se deu com o julgamento do Recurso Extraordinário n. 298.694, DJ 23.04.2004, no qual, por maioria de votos, decidiu-se pela aceitação do recurso com fundamento em causa diversa daquela apreciada pelo tribunal recorrido.

Encostado em tal possibilidade, o STF não se submete aos fundamentos já apreciados pelo Tribunal recorrido, podendo decidir a causa com fundamento diverso. Assim, se a inconstitucionalidade existir, mas não se fundamentar nos argumentos tratados no tribunal recorrido, o STF poderá conhecer do recurso com base em outros, e, desse modo, alcançar a inconstitucionalidade, declarando-a. Exposta situação estaria afastada acaso a causa de pedir fosse adstrita a fundamentos fechados já tratados no tribunal.

A causa de pedir aberta implica no desligamento do Supremo à causa de pedir arazoada, o que o desvencilha, de certo modo, da demanda subjetiva principal concreta, atribuindo objetividade a análise da questão constitucional⁴¹, contribuindo sensivelmente para o posicionamento de objetivação do processo difuso de constitucionalidade.

Observa-se, do atual delineamento do procedimento difuso de controle de constitucionalidade, que a parte processual em demanda subjetiva situa-se, no ordenamento jurídico nacional, como capaz de levar à apreciação do Supremo Tribunal Federal questão objetiva, o que será capaz de interferir em outras demandas judiciais, isso com base em questão subjetiva, fomentadora da causa incidente de inconstitucionalidade.

O incidente de inconstitucionalidade chega ao Supremo desvinculado da questão subjetiva, uma vez que a apreciação da inconstitucionalidade e o resguardo à Constituição Federal se sobrepõem à regra processual pura do limite de apreciação do recurso à causa de

⁴⁰ TAVARES, *op. cit.* p. 239.

⁴¹ *Idem, Ibidem.* p. 239.

pedir.

Descrita possibilidade jurídica é mais uma vertente do qualificado acesso à justiça possibilitado com a objetivação do controle difuso de constitucionalidade.

11. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE NAS DECISÕES EM CONTROLE DIFUSO.

De regra, os efeitos do julgamento de inconstitucionalidade no procedimento difuso são *ex tunc*, ou retroativos, isso, pois, para as partes, aquela lei ou ato normativo do poder público nunca esteve dentro do ordenamento jurídico, já que inexistia compatibilidade com a Constituição Federal.

Nos moldes anteriormente revelados, o procedimento difuso de constitucionalidade no Brasil baseou-se na doutrina norte-americana, pela qual o ato contrário à constituição é nulo, de modo que não gera efeitos. Sendo a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo retroativa à origem do ato, reportando-se, desde então, como nulo.

Alfredo Buzaid⁴² bem sintetiza o entendimento brasileiro pela nulidade do ato inconstitucional dispondo que “sempre se entendeu entre nós, de conformidade com a lição dos constitucionalistas norte-americanos, que toda lei, adversa à Constituição, é absolutamente nula; não simplesmente anulável”.

No controle concentrado a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade é observada nas Leis nº 9.868 e nº 9.882, ambas de 1999. Donde se abstrai que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade poderão ser moldados, ou poder-se-á decidir pela limitação da eficácia para apenas após o trânsito em julgado, ou em outro momento pelo Supremo fixado, por razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social, em qualquer caso, sempre pela maioria de dois terços dos membros da Corte.

No que toca ao procedimento difuso de constitucionalidade o *leading case* ocorreu com o julgamento do HC nº 82.959, por meio do qual se declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei Federal nº 8.072/1990, contudo, utilizou-se do art. 27 da Lei nº 9.868/1999, lei da ADIN e ADC, para conferir a essa declaração eficácia não retroativa, ou *ex nunc*. Ou seja, deu-se a uma decisão em controle difuso de constitucionalidade efeitos eminentes daquelas em controle concentrado de constitucionalidade.

⁴² BUZAID. Alfredo. **Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1958. p. 128-130.

Observa-se que o posicionamento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal no sentido de possibilitar a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em controle concreto contribui para a objetivação dele, destacando nesse processo a importância do cidadão que tem possibilidade de interferir qualitativamente na decisão do Supremo, vindo a conferir efeitos vinculativos, modulados no tempo, tal qual ocorre com o processo concentrado de constitucionalidade.

É certo que o acesso à justiça é gradativamente fortalecido na medida em que aproxima o cidadão comum de procedimento processual com características de análise constitucional objetiva, capacitando-o a interferir em decisão que, embora vinculada à questão *sub judice*, sobrepõe-se a ela, intervindo em outras situações jurídicas estranhas à relação processual da qual derivou o incidente constitucional.

12. EMERGÊNCIA DA SÚMULA VINCULANTE.

Ao derredor do festejado posicionamento do Supremo, aproximando-se de Corte Constitucional, e relacionada aos efeitos transcendentais das decisões de inconstitucionalidade, destaca-se a súmula vinculante, a qual, embora não possua efeitos gerais, vincula o Poder Judiciário e o Poder Executivo em suas decisões⁴³, representando mais um elemento do processo de dessubjetivação e de acesso à justiça no que toca aos efeitos objetivos do controle difuso de constitucionalidade.

A súmula vinculante foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro por meio do art.103-A, acrescentado pela EC nº 45, de 08 de dezembro de 2004. Tal dispositivo possibilitou ao Supremo Tribunal Federal, mediante decisão de dois terços de seus membros, de ofício ou por provocação, depois de reiteradas decisões sobre a matéria constitucional, aprovar súmula que terá efeito vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta nas três esferas federais, podendo também proceder à revisão ou cancelamento da súmula nos termos estipulados na Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006.

Gilmar Ferreira Mendes⁴⁴ destaca que esse tipo de enunciado do Supremo “conferirá interpretação vinculante à decisão que declara a inconstitucionalidade sem que a lei declarada

⁴³ 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.

⁴⁴ MENDES; COELHO; BRANCO, *op cit.*, p. 1032 a 1037.

inconstitucional tenha sido eliminada formalmente do ordenamento jurídico”, assim, mesmo que falte eficácia *erga omnes* à decisão — uma vez que não foi eliminada formalmente do ordenamento jurídico— ela terá eficácia vinculante contra todos.

Desse modo, resta claro que a emergência da súmula vinculante representa mais um importante passo no sentido de objetivação do controle difuso de constitucionalidade e, conseqüentemente, de robustecimento do acesso à justiça de forma qualificada.

13. CONCLUSÃO

Portanto, observa-se que objetivação/dessubjetivação do procedimento difuso de controle de constitucionalidade no Brasil é fator de relevante destaque na qualificação do acesso à justiça, em razão das conseqüências sociais e jurídicas advindas da releitura do atual procedimento concreto de constitucionalidade.

A objetivação do controle difuso de constitucionalidade enquanto instrumento possibilitador do qualificado acesso à justiça é identificado, principalmente, no processo de gradativa definição do Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional por meio dos processos de: atribuição de efeitos gerais às decisões em controle difuso de constitucionalidade, em sede de recurso extraordinário; da transcendência dos motivos determinantes das decisões em controle difuso de constitucionalidade; da causa de pedir aberta em recurso extraordinário; da modulação dos efeitos da declaração de constitucionalidade nas decisões em controle difuso de constitucionalidade; da emergência da súmula vinculante; e, da exigência da repercussão geral como requisito intrínseco de admissibilidade do recurso extraordinário.

Todos os fatores reconceituais do procedimento difuso de constitucionalidade são essenciais qualificadores do acesso à justiça. Permitindo a efetivação máxima do princípio da soberania popular e da cidadania, no momento em que possibilitam a concessão de efeitos gerais e eficácia *erga omnes* às decisões proferidas em recursos extraordinários.

Desse modo, tem-se que a verificada objetivação do procedimento concreto do controle de constitucionalidade, culmina em implacável redefinição conceitual desse procedimento, ao excluir o elemento da subjetividade como característica fundamental do controle difuso, vindo a conferir efeito vinculante e eficácia *erga omnes* às decisões do Supremo, nos termos acima expostos.

O incidente de inconstitucionalidade, responsável pelo recurso extraordinário e pelas causas repetitivas, continua nascendo subjetivo, ainda que ao chegar ao Supremo assuma

feição objetiva a fim de transcender às partes da relação processual no que toca aos efeitos e eficácia da decisão.

Assim, muito embora verificada aproximação entre os institutos de controle concreto/difuso e abstrato/concentrado, demonstrou-se que a legitimidade para o incidente processual de inconstitucionalidade, ou procedimento difuso de inconstitucionalidade, mantém-se com aqueles que integram a relação judicial em questão, o que, evidentemente, revela a extrema importância do acesso do cidadão comum ao Supremo, qualificando-o ao ponto de emitir decisões com eficácia contra todos e efeitos vinculantes aos Poderes Judiciário e Executivo.

Todo o processo de qualificação do acesso à justiça, em especial no Supremo Tribunal Federal por meio do Recurso Extraordinário, implementa em grau máximo os princípios da soberania popular e da cidadania possibilitando a guarda da Constituição Federal.

13. REFERÊNCIAS

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**. Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 1997.

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.

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.

BEZERRA, Paulo César Santos. **Acesso à justiça. Um problema ético-social no plano da realização do direito**. São Paulo: Renovar, 2001.

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. **O Controle Jurisdicional de constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1949.

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

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.

CARVALHO, Camilo de Oliveira. **Acesso à Justiça e Tutela Coletiva dos Direitos Individuais Homogêneos: A Inconstitucionalidade do parágrafo único, art.1º, da Lei de Ação Civil Pública**. In Anais do Conselho Nacional de pesquisa e pós graduação em Direito - CONPEDI. XIX Encontro Nacional do CONPEDI - Fortaleza: Data: 9, 10, 11, 12 de junho de 1010. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/4201.pdf>. Acesso em: 01 abril 2012.

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

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

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**. 3.v. 5 ed.. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008.

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

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da constituição**. São Paulo: Celso Bastos: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

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.

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

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.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. São Paulo: Saraiva, 1996.

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.

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

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

RT, 2001.