

Jurisdição Constitucional pela Via Difusa: uma análise do quadro constitucional brasileiro

Diffuse Constitutional Jurisdiction: an analysis of Brazilian constitutional framework

Marcus Firmino Santiago¹

Sumário: Introdução; 1. Formação do sistema jurisdicional de controle de constitucionalidade brasileiro; 2. Surgimento e expansão do modelo de controle concentrado de constitucionalidade; 3. Jurisdição constitucional entre o paradigma ampliativo do neoconstitucionalismo e a realidade reducionista; 4. O Supremo Tribunal Federal como artífice de um redesenho da jurisdição constitucional; Conclusão; Referências.

Resumo: O presente artigo trata dos sistemas jurisdicionais de controle de constitucionalidade que convivem no cenário institucional brasileiro, destacando o processo em curso nas últimas décadas por meio do qual amplia-se o modelo concentrado em detrimento de seu equivalente difuso. Atualmente tem-se vivido uma experiência de esvaziamento das vias difusas para exercício da jurisdição constitucional, cada vez mais concentrada no Supremo Tribunal Federal e dependente de suas manifestações. Este processo se dá tanto por força de alterações legislativas e constitucionais quanto como consequência de uma postura ativa adotada pela Corte, que vem ampliando a força vinculante de suas decisões. Se, por um lado, esta tendência permite uma maior estabilidade para as questões constitucionais, por outro reduz os espaços de debate que o modelo difuso sempre proporcionou, restringindo as possibilidades de se consolidar uma democracia constitucional.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional; Ativismo judicial; Supremo Tribunal Federal.

Abstract: This article deals with the judicial systems of judicial review that coexist in the Brazilian institutional setting, highlighting the ongoing process in recent decades through which extends the concentrate model to the detriment of diffuse model. Currently we have lived an experience of emptiness of diffuse pathways for constitutional exercise of jurisdiction, increasingly concentrated in the Supreme Court and its manifestations. This process gives both by virtue of constitutional and legislative changes as a result of an active posture adopted by the Court, which has been increasing the binding force of their decisions. If, on the one hand, this trend allows greater stability for constitutional issues, on the other hand reduces the debate that the diffuse model has always provided, restricting the possibilities to consolidate a constitutional democracy.

Key-words: Judicial review; Judicial activism; Federal Supreme Court.

Introdução

O controle difuso de constitucionalidade compõe, desde o advento da República, uma tradição inscrita no constitucionalismo nacional, conferindo a qualquer órgão jurisdicional a tarefa de, à luz de problemas concretos, analisar a validade de leis face à Constituição. É uma forma de expressão de um projeto de organização estatal que se funda na tentativa de garantir o equilíbrio entre os poderes públicos, permitindo que as atividades legislativas sejam controladas, com o que se restringe o risco de excessos e se assegura a submissão de todos aos ditames constitucionais. Presente em todas as Constituições nacionais republicanas, o controle jurisdicional de constitucionalidade pela via difusa tem sido utilizado em inúmeros momentos, fornecendo, ao lado de outros mecanismos de controle interinstitucional, instrumental eficiente para combate a abusos no exercício do poder.

Por várias décadas o sistema jurisdicional difuso subsistiu absoluto. Sua importância, contudo, a partir de meados dos anos 1960, começou a se reduzir, ganhando espaço o modelo de controle concentrado. Seu traço distintivo reside na centralização em único órgão (no caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal) da capacidade de, mediante o exercício de função tipicamente jurisdicional, analisar a validade de leis face à Constituição e interpretar seu texto. Com isso, nega a possibilidade de outras instâncias julgadoras, fora aquela revestida desta especial competência, realizarem tal tarefa, além de restringir largamente a capacidade das primeiras de interpretar e aplicar dispositivos da Lei maior.

A inscrição do modelo concentrado na ordem jurídica brasileira não representou o afastamento do difuso, mas a necessidade de acomodá-los logo provocou uma retração do segundo, fato que se tem ampliado em décadas recentes, especialmente após o advento da Constituição de 1988. Normalmente com esteio em um discurso de fundamentação que realça problemas práticos (em especial a quantidade de processos que acabam chegando, por via recursal, à instância máxima do Judiciário nacional), várias medidas têm sido adotadas nos últimos anos mirando o sistema difuso, cujas potencialidades se veem gradualmente tolhidas por sucessivas alterações legislativas (inclusive no texto constitucional) e por uma ativa construção jurisprudencial da Corte Suprema. São medidas que concentram tarefas no Supremo Tribunal Federal e garantem uma larga vinculação de todos os órgãos jurisdicionais às decisões por este proferidas.

Embora esta realidade, cada vez mais consolidada, usualmente seja apresentada como algo positivo, a redução dos espaços reconhecidos ao exercício da jurisdição constitucional pela via difusa implica em perdas para a democracia constitucional.

Na medida em que esta via se fecha, reduz-se a possibilidade de problemas concretos referentes à interpretação e à aplicação de dispositivos e direitos fundamentais constitucionais serem debatidos, afastando um pouco mais a Constituição da sociedade. Isto porque, no modelo concentrado, somente a alguns entes é dado chegar à Corte Suprema, permitindo-lhes falar em nome de toda a coletividade, que se vê submetida a uma única e definitiva decisão. O debate social sobre temas que dizem respeito ao dia-a-dia das pessoas, a direitos fundamentais concretamente considerados, acaba limitado e não raro retirado das mãos dos verdadeiros interessados.

Valorizar as vias difusas, por outro lado, abre espaço para que qualquer indivíduo ou grupo social, independentemente de sua capacidade de articulação política, possa levar suas reivindicações a órgãos estatais, funcionando o processo judicial como um canal de comunicação que permite articular vontades diferentes. Afinal, reclamar a tutela de direitos fundamentais, garantindo a presença da Constituição na vida cotidiana, é algo que demanda a existência de instâncias mediadoras entre indivíduos e poderes públicos e a jurisdição constitucional exercida pela via difusa pode assumir esta tarefa.

O presente estudo se propõe a analisar a trajetória formativa do sistema jurisdicional de controle de constitucionalidade brasileiro, destacando suas raízes e as transformações experimentadas em décadas recentes. Para tanto, essencial deitar os olhos para a atividade do Supremo Tribunal Federal, em especial nos últimos cinco anos passados, momento no qual, assumindo postura francamente ativista, a Corte reviu alguns posicionamentos há anos sedimentados. E em diversas ocasiões, as mudanças de cunho decisório foram acompanhadas por alterações procedimentais, que reforçam o caráter centralizador da jurisdição constitucional contemporânea, fortalecendo seu papel cimeiro na estrutura judiciária.

1. Formação do sistema jurisdicional de controle de constitucionalidade brasileiro

O sistema de controle de constitucionalidade pela via difusa está presente na ordem jurídica nacional desde o advento da Constituição de 1891, compondo a tradição constitucional brasileira. Primeiramente previsto no Decreto 848, de 11 de outubro de 1890, e, logo em seguida, na Constituição Republicana de 1891, o modelo brasileiro de controle de constitucionalidade foi ordenado de forma a permitir a manifestação dos juízes a qualquer tempo, no curso dos procedimentos judiciais ordinários, mediante provocação das partes interessadas.

A inspiração norte-americana na definição de seus contornos nunca foi negada, sendo conhecida a influência decisiva que Rui Barbosa exerceu na transposição deste modelo para o Brasil (BARBOSA, 1893: 30).² Em fins do Século XIX, os Estados Unidos da América já se apresentavam ao mundo como um modelo de organização política e social, uma nação que, sem passar pelas instabilidades que tanto afligiram a França no período pós-revolucionário, conseguiu firmar-se em torno de instituições políticas sólidas e razoavelmente estáveis.

No momento em que o Brasil rompeu com o regime monárquico, foi com relativa naturalidade que seus olhos se voltaram para o exemplo norte-americano, uma nação igualmente jovem que se houvera libertado do jugo colonizador, preferindo-o aos referenciais europeus, notadamente a monarquia inglesa e a recente e titubeante república francesa. O projeto norte-americano de organização estatal pautado na ideia de soberania constitucional e na coexistência de poderes equilibrados, dotados de estruturas capazes de permitir um efetivo controle recíproco, foi largamente copiado, resultando em um modelo republicano, federativo e presidencialista (CAVALCANTI, 2002: 8-10; BALEEIRO, 2001: 34-37).

Dentre os mecanismos de controle do poder estatal, especialmente da capacidade legislativa, encontrava-se o sistema de controle difuso de constitucionalidade, incorporado ao texto constitucional de 1891 em seu artigo 59, § 1º, 'b', onde foi tratado da mesma forma sintética como toda a Constituição foi redigida.³ Em linhas gerais, estabeleceu-se a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, nos moldes da Suprema Corte norte-americana, analisar, em grau recursal, decisões judiciais que tivessem por objeto questionamento acerca da validade de leis face à Constituição, além de abrir espaço para solucionar conflitos de competência entre leis estaduais e federais. Segundo Pedro Lessa, tais disposições em muito se assemelhavam ao *Judiciary act*, de 1789, na parte em que este tratava do *writ of error*, espécie de recurso que, da mesma forma como o Recurso Extraordinário brasileiro, permitia levar semelhantes questões à análise da Corte Suprema (LESSA, 2002: 110).

Tal possibilidade representou uma clara inovação no sistema jurídico brasileiro que, sob o regime de 1824, não conhecia mecanismo jurisdicional capaz de invalidar leis contrárias à Constituição. Há que se destacar que o ingresso deste sistema não pode ser creditado apenas ao interesse em se importar soluções norte-americanas. Naturalmente, a realidade vivenciada no Brasil ao final do regime imperial indicava a necessidade de reformular amplamente as instituições políticas estatais, fato que certamente contribuiu na tentativa de fortalecer o Judiciário. Neste sentido é o comentário de João Barbalho ao texto de 1891⁴ (2002: 222):

O dever do liberalismo no passado (...) foi opor um limite ao poder violento dos reis; o dever do liberalismo na época atual é opor um limite ao poder ilimitado dos parlamentos. Essa missão histórica incumbe sem dúvida, ao poder judiciário, tal como o arquitetam poucos povos contemporâneos e se acha consagrado no presente decreto.

Tal qual nos Estados Unidos da América, também no Brasil se pretendia, naquele instante, fazer do Judiciário um poder capaz de confrontar Executivo e Legislativo, sem, contudo, a eles se sobrepor, de modo a “(...) manter o equilíbrio, a regularidade e a própria independência dos outros poderes, assegurando ao mesmo tempo o livre exercício dos direitos do cidadão.” (CAVALCANTI, 2002: 222) Neste sentido, o instituto do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis, na medida em que confere àquele poder a prerrogativa de analisar a validade de atos praticados pelos demais, apresenta-se como elemento essencial para permitir ao Judiciário colocar-se em posição de equilíbrio, dotando-o de uma capacidade fiscalizadora.⁵ Não se pode esquecer, ainda, a preocupação que se fazia presente, na mesma linha da teoria constitucional norte-americana, em afirmar o papel soberano ostentado pela Constituição face ao sistema normativo, donde a necessidade de colocar seu texto a salvo de indevidas ingerências que pudessem tolher sua força.⁶

Entregue esta tarefa ao Judiciário, restaria delinear sua forma de atuação. A escolha do modelo norte-americano de controle de constitucionalidade exercido pela via difusa (segundo a qual todos os órgãos jurisdicionais, diante da necessidade de resolver um caso concreto que envolva a aplicação de norma reputada atentatória à Constituição, podem reconhecer a nulidade da lei) foi uma opção natural. Isso se deve ao simples fato de que, nas últimas décadas do Século XIX, esta era a única experiência de controle jurisdicional que efetivamente funcionava.⁷ Ademais, atendia às demandas formuladas pelo pensamento jurídico de então: fortalecer o poder Judiciário, contribuindo para criar um ambiente onde houvesse maior equilíbrio entre as instituições estatais e efetivo respeito à Constituição.

Ainda em seu nascedouro, registrou Rui Barbosa algumas das perplexidades causadas pelo modelo adotado. Para alguns, seu pecado era refutar crenças fortemente arraigadas na dogmática jurídica, especialmente no que tange à relação de forças entre os poderes instituídos, buscando fundamentos no projeto político constitucional de um país muito jovem e que ainda não consistia em referencial para os brasileiros. Já outros destacavam que, da forma como inicialmente implementado, não apresentava saídas para alguns problemas conceituais e práticos que logo se mostraram evidentes. (BARBOSA, 1893: 28-29)

As primeiras questões enfrentadas pelo Judiciário brasileiro e, em especial, pelo Supremo Tribunal Federal nos anos iniciais da República se ligavam intimamente à instabilidade política nacional, a ensejar sucessivas revoltas em diversos Estados e reações arbitrárias por parte do poder central. Neste sentido, durante um bom tempo as maiores atenções foram concentradas em torno da defesa das liberdades individuais, frequentemente atingidas pelos atos de força dos governos. E o Supremo Tribunal, nas palavras de Emília Viotti da Costa (2006: 23), o tempo todo funcionou (como ainda funciona) como uma “(...) caixa de ressonância que registra os ritmos agitados da história nacional.” Isto, contudo, levou a que as discussões acerca das bases conceituais ou da própria razão de existir da jurisdição constitucional não ocupassem os primeiros lugares no rol de prioridades nacionais, o que não implica em dizer que as discussões teóricas que acompanharam seu nascimento tivessem sido esquecidas.

Com o suceder das décadas, o regime de controle difuso de constitucionalidade foi mantido íntegro, sobreviveu à grande reforma constitucional de 1926 e apenas com a fugaz Constituição de 1934 sofreu suas primeiras alterações. Neste momento, foram incorporadas a regra de reserva de plenário, segundo a qual a declaração de inconstitucionalidade das leis somente poderia ser proferida pela maioria dos juízes de um Tribunal (art. 179), e a prerrogativa de o Senado Federal suspender a execução de lei declarada nula (art. 91, IV).⁸ Com estas medidas, buscava-se conferir maior estabilidade às decisões, minimizando os riscos inerentes à coexistência de sentenças conflitantes originadas em juízos diversos, além de criar um mecanismo que permitia conferir eficácia geral à declaração de inconstitucionalidade.

Estas dificuldades haviam sido vislumbradas décadas antes, quando do surgimento do sistema de controle difuso no Brasil. Já naquela ocasião ficou evidente que o modelo jurídico brasileiro não permitiria o recurso à regra do *stare decisis*, presente no *common law*, que garante a vinculação geral aos precedentes firmados pelos tribunais. A falta de semelhante sistema abria espaço para que sucessivas decisões fossem proferidas acerca de um mesmo dispositivo legal, ora afirmando sua constitucionalidade, ora negando. Como explica Ronaldo Poletti (2001: 50-51), “A ausência da regra do *stare decisis* implica que os juízes não estão obrigados a deixar de aplicar a lei, declarada inconstitucional pelo Supremo. A solução da Constituição [de 1934] permitia dar efeitos *erga omnes* a uma decisão num caso concreto.”

2. Surgimento e expansão do modelo de controle concentrado de constitucionalidade

As tentativas de aperfeiçoar o sistema de jurisdição constitucional pela via difusa, contudo, em vários momentos se depararam com propostas que pretendiam trazer ao Brasil um novo modelo forjado na Europa dos anos 1920 e que prometia por fim à preocupação em se garantir a plena autoridade das decisões da Corte Suprema: o controle concentrado em uma Corte Constitucional, idealizado por Hans Kelsen e pela primeira vez implantado na Constituição austríaca de 1920. Relata Gilmar Ferreira Mendes (2004: 194) que já na Assembleia Constituinte que deu origem ao texto de 1934 foi proposta, sem êxito, a criação de uma Corte especializada que concentraria a prerrogativa de dizer da constitucionalidade das leis, segundo o modelo europeu Kelseniano.⁹

Vários anos se passaram, entretanto, até que esta aspiração se concretizasse. Apenas com o advento da Emenda Constitucional n.º 16, de 26 de novembro de 1965, ao texto promulgado em 1946, ocorreu a implementação de efetivo mecanismo de controle concentrado de constitucionalidade, que passou a coexistir com o tradicional modelo difuso (sendo certo que a *representação interventiva* não possuía, em essência, tal natureza, em que pese as feições que lhe foram atribuídas pela prática¹⁰). O controle de constitucionalidade concentrado, a permitir a provocação direta do Supremo Tribunal a fim de que este, em pronunciamento dotado de eficácia geral, dissesse da validade de uma lei, entrou em cena em um cenário político onde prevalecia o autoritarismo de um regime militar recém implantado no Brasil. Não substituiu, contudo, o sistema difuso, vindo a ele se somar.

A entrega de tamanho poder ao Supremo Tribunal Federal, conferindo-lhe uma prerrogativa que nunca tivera - de invalidar leis em decisões vinculantes e com efeitos *erga omnes* - poderia indicar um fortalecimento do Judiciário, permitindo-lhe fazer frente ao Executivo forte e centralizador que se configurou com o regime militar. Tal interpretação, contudo, é questionável. Em verdade, as circunstâncias vividas pelo país à época permitem sustentar que o controle concentrado surgiu com o propósito de enfraquecer a resistência que poderia ser oposta pelo Judiciário às medidas de exceção adotadas. E o fez entregando a um Supremo Tribunal, desfigurado e expurgado de notáveis lideranças, a capacidade de se sobrepor às manifestações dos demais órgãos jurisdicionais,¹¹ na medida em que, ao se pronunciar, em sede de controle concentrado, sobre a constitucionalidade de uma lei, sua decisão passava a vincular a todos, impedindo que sentenças destoantes fossem proferidas.

Menos de dois anos depois, com a promulgação da Constituição de 1967,¹² foi este sistema misto ratificado, subsistindo a coexistência entre os controles difuso (realizado por qualquer órgão jurisdicional diante de um caso concreto, com eficácia restrita às partes litigantes) e concentrado de constitucionalidade (praticado diretamente perante o STF por

meio da Representação de Inconstitucionalidade, a qual somente podia ser manejada pelo Procurador-Geral da República, e cuja sentença possuía efeitos vinculantes e eficácia geral).¹³ Deste momento em diante, todos os olhos se voltaram para o novo (no modelo brasileiro) sistema, visto frequentemente como a melhor maneira de se otimizar a prestação jurisdicional, reduzindo a pluralidade de decisões típica ao sistema difuso e mesmo de processos judiciais versando sobre idênticos temas, tudo como decorrência da força vinculante das decisões proferidas no controle concentrado.

Mesmo em vista de sua clara vinculação a um projeto autoritário que tinha por propósito afastar a jurisdição constitucional da sociedade, reduzindo a possibilidade de os conflitos sociais (especialmente aqueles envolvendo a tutela de direitos fundamentais) serem levados ao conhecimento do Estado, via poder Judiciário, e fortalecendo uma instância por longos anos sujeita aos caprichos do poder Executivo, o modelo de controle concentrado foi e segue sendo bastante festejado pela comunidade jurídica. Tanto é fato que restou francamente ampliado com o advento da Constituição de 1988, a ponto de pensadores do constitucionalismo atual enxergarem o esgotamento do sistema difuso que com ele insiste em dividir os holofotes (MENDES, 2005).¹⁴

Segundo Gilmar Mendes: “A amplitude conferida pela Constituição de 1988 ao controle abstrato de normas contribuiu para tornar visíveis as inadequações ou insuficiências do modelo difuso de controle de constitucionalidade.” (MENDES *et alli*, 2010: 1254) Tais insuficiências, combinadas com a expansão do sistema concentrado por obra do novo desenho constitucional surgido em 1988, estariam levando a jurisdição constitucional brasileira a uma transição, num movimento que claramente aponta para a redução do papel desempenhado por instrumentos típicos do sistema difuso e o crescimento do modelo concentrado, que toma seu lugar.

O alargamento do rol de legitimados para propositura de ações diretas, assim como a previsão de novas modalidades procedimentais para controle em abstrato da validade das leis, são marcantes indícios da prioridade conferida ao arquétipo que concentra no Supremo Tribunal Federal a prerrogativa de analisar a constitucionalidade das normas jurídicas. Esta tendência, iniciada com o advento da atual Constituição, representaria, sob este prisma, o movimento inicial que poderá culminar com o definitivo abandono do sistema difuso (MENDES *et alli*, 2010: 1247).¹⁵

3. Jurisdição constitucional entre o paradigma ampliativo do neoconstitucionalismo e a realidade reducionista

Nestes quase vinte anos de vigência da Constituição de 1988, é perceptível o crescimento da jurisdição constitucional como um todo, adquirindo as manifestações estatais, exprimidas por esta via, cada vez maior relevo nos cenários jurídico e político. O aumento na importância atribuída a este instituto é algo típico do modelo constitucional implementado no Brasil a partir de 1988, momento em que se põe em marcha substancial alteração no cenário jurídico nacional, escorada em um novo paradigma constitucional que se alinha com as tendências lançadas na Europa no período pós-Segunda Guerra mundial.

Nos anos que se seguiram ao fim do conflito, o universo constitucional começou a caminhar rumo a um novo patamar, no qual os direitos fundamentais são identificados como alicerces da ordem jurídica e fundamento de validade primeiro para todos os atos estatais. Sua inscrição, em largas pautas, nos textos constitucionais os impregnou de uma força normativa até então pouco admitida, passando a vincular a elaboração, a interpretação e a aplicação de qualquer regra legal. Mais ainda: gradualmente se lhes reconheceu a capacidade de regular diretamente situações concretas, o que implicou na certeza de que normas constitucionais estão presentes nos problemas cotidianos e precisam ser consideradas na solução dos litígios.

Semelhantes dados, colhidos pela teoria que se propõe a explicar este novo desenho constitucional - correntemente denominada de *neoconstitucionalismo* - influenciam de forma decisiva a atuação jurisdicional. Afinal, se durante várias décadas as Constituições foram reconhecidas como um diploma político, cuja finalidade maior era reger a organização e as relações estatais, ao longo da segunda metade do Século XX elas passam a assumir novas tarefas, apresentando-se a tutela dos interesses individuais e coletivos em primeiro plano. Nesta medida, a jurisdição constitucional se vê forçada a abandonar sua exclusiva posição de guardião do texto maior contra indevidas ingerências legislativas, permitindo que a esta se some o dever de aplicar a Constituição e seus direitos fundamentais aos problemas cotidianos (SANCHÍS, 2003: 101-107; 112-125).

Assim é que a jurisdição constitucional ganha impulso e se afirma como um dos principais instrumentos a favor do constitucionalismo e dos direitos fundamentais, figurando como um canal para que o denso conteúdo material das Constituições possa se projetar sobre o ordenamento jurídico, transportando-o para a vida dos cidadãos. Essa relação estreita entre direitos fundamentais constitucionais e relações sociais faz com que os órgãos jurisdicionais ordinários se vejam obrigados a manusear a Constituição regularmente, interpretando e aplicando seus comandos. Isto tende a valorizar o exercício da jurisdição constitucional pela via difusa, a qual passa a se apresentar como um espaço de debates apto a acolher as mais

variadas reivindicações sociais, quer elas provenham de grupos organizados, quer de indivíduos isolados (SANCHÍS, 2003: 139).

Acreditando na força da jurisdição constitucional como motor para assegurar que as promessas em seu texto inscritas não ficassem restritas a um plano ideal, o Congresso Constituinte cuidou de fortalecer os mecanismos procedimentais da nova Constituição brasileira. Preferiu, contudo, apostar suas fichas no modelo concentrado, conquanto tenha permitido a sobrevivência do sistema difuso. E desde a promulgação da atual Constituição, este último modelo de controle de constitucionalidade vem perdendo espaço e tendo sua eficácia contestada, sendo sucessivamente atacado em diversas frentes. De um lado, encontra-se todo um conjunto de novas leis (e, com o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, também de novos dispositivos constitucionais) que cuidam de fortalecer a autoridade do Supremo Tribunal Federal, reduzindo o espaço para discussões perante os demais órgãos jurisdicionais. De outro, uma postura claramente ativista da Corte Suprema nacional, que, nos últimos anos, tem buscado afirmar sua preponderância por intermédio de sucessivos julgados com os quais amplia a vinculação de todos às suas decisões.

Na seara legislativa, o processo de fortalecimento das decisões do STF se iniciou com a edição da Lei 8.038/1990, por cujo intermédio foram regulamentados os procedimentos de vários incidentes perante esta Corte e o Superior Tribunal de Justiça. Pelo seu artigo 38 foi conferida ao relator designado para conduzir o processo a prerrogativa de, em decisão monocrática, negar seguimento a recurso que defenda tese contrária à jurisprudência do Tribunal (STF ou STJ).¹⁶ Este poder foi posteriormente ampliado e entregue a todos os juízes com competência para apreciar a admissibilidade de recursos, comando que se encontra inscrito no artigo 557 do Código de Processo Civil por força de alteração trazida com a Lei 9.756/1998. E esta Lei foi além, acrescentando o parágrafo 1º-A ao mesmo artigo com o propósito de permitir a estes juízes, mais do que negar seguimento a recursos, acolhê-los monocraticamente, alterando as decisões impugnadas quando estas conflitarem com precedentes de Tribunais Superiores.¹⁷

Tal mecanismo permite que os entendimentos do Supremo Tribunal Federal sejam quase automaticamente aplicados aos processos em andamento, estendendo de forma geral os efeitos das decisões da Corte (MENDES *et alli*, 2010: 1250). Seu consequente fortalecimento se dá na medida em que é reduzida a possibilidade de se contestar um julgado acorde com precedentes do STF, inibindo juízes de se manifestarem contrariamente a estes, o que se afirma como uma forma de otimizar a atuação jurisdicional pela redução de decisões contrastantes e de processos repetitivos. Alcança-se, assim, uma forma de vincular os órgãos

jurisdicionais à Corte Suprema, garantindo que sua compreensão do texto constitucional será seguida por todos, sem grandes contestações.

Com a edição da Emenda n. 45/2004 à Constituição de 1988, outros procedimentos entraram em cena, todos igualmente voltados a instituir um sistema de vinculação geral às decisões do STF, com o que se vem restringindo mais um pouco a possibilidade de ter na jurisdição constitucional pela via difusa um espaço democrático de debates.

O processo de reforma da Constituição identificou como principal obstáculo à efetividade da jurisdição constitucional o excesso de processos que chegam aos escaninhos da Suprema Corte, o que levou boa parte da comunidade jurídica a identificar os problemas procedimentais enfrentados pelo modelo de atuação difusa como questões que afetariam a própria validade do sistema.

Seguindo esta linha, o mais expressivo instituto trazido pela Emenda Constitucional é a *súmula vinculante*, que permite às manifestações do STF adquirir eficácia geral, de sorte que as interpretações firmadas em sede de controle difuso passam a ser revestidas de efeito vinculante no instante em que sumuladas (MENDES *et alli*, 2010: 1251).¹⁸ Isto abre espaço para que se coloque por terra uma das principais diferenças entre as decisões proferidas em via concentrada e difusa: a não vinculação, no segundo caso, das partes que não estejam envolvidas no processo judicial. Regulamentada pela Lei 11.417/2006 e já colocada em prática, a edição de uma súmula vinculante impõe a todos os órgãos judiciais, além dos administrativos, observar a interpretação adotada pelo STF para determinada norma jurídica, constitucional ou infraconstitucional.¹⁹

A consequência inevitável disto é a quase impossibilidade de uma questão decidida pela Corte Suprema ser rediscutida, da compreensão firmada acerca de algum dispositivo constitucional ser revista, a não ser que o próprio Tribunal assim o decida. A situação assume ares preocupantes quando se verifica o modo por vezes empregado para edição de uma Súmula Vinculante. Marcante é o caso da Súmula Vinculante n. 11.

4. O Supremo Tribunal Federal como artífice de um redesenho da jurisdição constitucional

Na sessão plenária do dia 13 de agosto de 2008, foi debatida a redação final conferida a este verbete sumular²⁰, momento em que se debruçou o Tribunal sobre os precedentes que orientavam sua manifestação. E é neste ponto que se situa o problema: em

verdade, a dita Súmula foi embasada em apenas dois julgados, o Habeas Corpus 91.952, relatado pelo Ministro Marco Aurélio, e o Habeas Corpus 89.429, Ministra Carmen Lucia.

De fato, ao concluir o julgamento do HC 91.952, na sessão do dia 07 de agosto de 2008, foi proposta pelos Ministros Gilmar Mendes - então presidente da Corte - e Cezar Peluso que daquela decisão adviesse uma Súmula Vinculante, já que, nas palavras do primeiro, seria recomendável ir além da situação discutida (a manutenção do acusado algemado durante sessão de julgamento em plenário de júri), buscando deixar claro que o entendimento do Tribunal acerca das hipóteses de utilização de algemas ultrapassava a questão do júri.²¹

A inexistência de uma cadeia de precedentes que sustente e justifique a edição da Súmula Vinculante n. 11 é evidente e demonstrável a partir da análise de dois elementos. Primeiramente, a apreciação dos votos inscritos nos dois julgados referidos indica que, antes destes casos, somente em duas ocasiões o STF se manifestara sobre o assunto: em 1994, no HC 71.195, e em 1978, no HC 56.465.²² Nas duas vezes, não houve uma preocupação em adentrar no debate sobre a constitucionalidade do uso das algemas como meio legítimo para conter presos durante sessão de julgamento. Em verdade, só se encontra a afirmação de que, sendo a medida “(...) justificada à vista da necessidade de garantir segurança ao juiz presidente e ao promotor de justiça (...)”, não há qualquer ilegalidade no uso das algemas.²³

O segundo aspecto que chama a atenção é a distância entre os precedentes: 1978, 1994, 2006 e 2008. Pode parecer um dado menor, mas não se pode deixar de relevar que questões candentes, socialmente relevantes a ponto de merecerem tratamento diferenciado pelo STF, não costumam permanecer tanto tempo longe do Tribunal.

De fato, o que se percebe é que o debate sobre o assunto, com sua repercussão constitucional, somente se iniciou em 2006, por ocasião do julgamento do HC 89.429, na Primeira Turma do STF, e apenas em 2008, por força do HC 91.952, o Tribunal Pleno pode discutir o problema do uso de algemas sob o prisma da interpretação e aplicação de direitos fundamentais (especificamente, os dispostos nos incisos III e XLIX, do art. 5º, CF).

Praticamente toda massa crítica utilizada como justificativa para a edição da Súmula Vinculante n. 11 foi formada no julgamento do HC 91.952, que se deu em sessão realizada *seis dias* antes da votação do texto final. Que debate público pode ocorrer neste tão curto intervalo? Qual argumento jurídico já tinha o STF construído que permitisse uma apreciação mais cuidadosa de sua maneira de compreender o texto constitucional (por parte da comunidade jurídica ao menos!)? Como afirmar que as restrições e sanções estabelecidas pela

Corte refletem o produto final de um debate público, aberto à participação e ao controle social?²⁴

Naturalmente, todas estas dúvidas não afastam o positivo aspecto da progressiva redução de casos que chegam ao STF, o que tende a elevar ainda mais a qualidade de suas decisões. De um modo corrente, ainda, sustenta-se que a menor possibilidade de decisões contraditórias serem proferidas por variados juízes seria um fator de segurança jurídica. Estes benefícios, porém, em algumas ocasiões, se fazem acompanhar de consequências bastante negativas. Em verdade, uma análise mais cuidadosa desta tendência é capaz de demonstrar sua capacidade de colocar em risco a *democracia constitucional*, pois representa o fechamento de uma instância de debates apta a acolher as mais variadas reivindicações sociais, formuladas por qualquer pessoa diante dos concretos problemas do cotidiano regulados pelas normas constitucionais.

O ponto de vista que aqui se começa a enunciar, contudo, certamente não encontra muito eco no Supremo Tribunal Federal. De fato, a recente jurisprudência da Corte tem firmado uma clara tendência a robustecer o controle concentrado, erigindo novas formas de vincular os demais órgãos jurisdicionais a suas decisões.²⁵

Exemplo marcante desta tendência pode ser identificado nas manifestações proferidas pelos Ministros Gilmar Mendes (relator) e Eros Grau na Reclamação 4.335/AC, ajuizada em maio de 2006.²⁶ Mesmo não seguindo uma linha argumentativa comum, ambos apontam seus votos para o mesmo norte: conferir eficácia geral a uma decisão proferida em controle difuso de constitucionalidade, valendo-se do instituto da Reclamação para assegurar a autoridade de sua manifestação perante os demais órgãos jurisdicionais.²⁷

Neste julgamento, Gilmar Mendes colocou em prática algumas ideias que já há tempos defende, cuja base reside em uma releitura da eficácia possível às decisões proferidas em controle difuso de constitucionalidade. No ano de 2004, este autor já houvera publicado artigo sustentando a desnecessidade de o Senado Federal se manifestar com o propósito de suspender a execução de lei considerada inconstitucional. Ao seu entendimento, a invalidade da norma decorreria da própria decisão do Supremo Tribunal, mesmo se proferida na via difusa, de sorte que a função da Casa Legislativa seria de tão somente tornar pública a nulidade (MENDES, 2004: 149-168).²⁸

Segundo o autor, quando a intervenção do Senado Federal (hoje tratada no artigo 52, X, da Constituição Federal²⁹) foi concebida no Brasil, em 1934, ainda se encontrava em fase de consolidação o poder do Supremo Tribunal e o delineamento do controle de constitucionalidade. Dúvidas que então subsistiam acerca da amplitude das decisões da Corte

ou da natureza da declaração de inconstitucionalidade impunham o recurso a institutos como este. No momento presente, contudo, “A exigência de que a eficácia geral da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal fique a depender de uma decisão do Senado Federal (...) perdeu grande parte do seu significado com a introdução do controle abstrato de normas.” (MENDES, 2004: 157)³⁰

A partir desta premissa, sustenta ter a preponderância conferida pela nova ordem constitucional aos mecanismos de controle concentrado de constitucionalidade levado à ampliação da eficácia de todas as decisões proferidas pelo STF, não mais se limitando, sua abrangência, às partes envolvidas nos processos (MENDES *et alli*, 2010: 1087). Consequência deste entendimento que aos poucos o Tribunal cuida de colocar em prática é o fechamento das vias ordinárias para rediscussão de matérias já conhecidas pela instância máxima, independentemente da forma como lá chegaram, se após ampla discussão em variados processos ou se por atalhos processuais que permitem um acesso quase direto ao último grau de jurisdição.

Em outro caso deste mesmo período, o STF, ao decidir Mandados de Injunção nos quais se pleiteava a regulamentação do direito de greve para servidores públicos, determinou que a decisão proferida naqueles procedimentos se aplicaria a *todos* os servidores públicos, e não apenas aos que se encontrassem representados pelas entidades que ajuizaram as demandas. Ao resolver desta maneira a questão, o Tribunal subverteu um dado a respeito do Mandado de Injunção que, até aqui, não houvera sido objeto de controvérsia doutrinária: a eficácia *inter partes* da decisão.³¹

Exemplos como estes, além da instituição de mecanismos processuais como a *repercussão geral* nos Recursos Extraordinários, exprimem a prática de um fenômeno correntemente denominado de *objetivação* do processo de controle de constitucionalidade. Estendendo mecanismos processuais típicos do sistema de controle concentrado de constitucionalidade a procedimentos por cujo intermédio se realiza o controle difuso, estes se aproximam dos primeiros, assumindo algumas características típicas daqueles. O termo *objetivação* é empregado porque, no controle pela via concentrada, são utilizados procedimentos (ADIn, ADO, ADC, ADPF) chamados *objetivos*. Tal denominação se deve ao fato de não haver, na relação processual formada, partes em pólos antagônicos defendendo direitos subjetivos. Haveria, em verdade, apenas o interesse em preservar a integridade da ordem jurídica, colocada em risco sempre que paire dúvida acerca da validade, formal ou material, de uma norma infraconstitucional.

No instante em que alguns mecanismos típicos dos processos *objetivos* são transportados, por construção jurisprudencial, para processos *subjetivos* (por cujo intermédio se realiza o controle de constitucionalidade diante de um litígio concreto, entre dois ou mais sujeitos), fala-se em *objetivação* destes últimos. Isso acontece, por exemplo, quando se admite estender a eficácia de uma declaração de (in)constitucionalidade de uma lei estadual ou municipal proferida em controle concentrado para outras situações semelhantes, valendo-se, para tanto, de Reclamação,³² ou quando se afirma a eficácia *erga omnes* de decisão proferida em controle difuso (como no já comentado caso da progressão de regime em crimes hediondos), ao argumento da relevância ou grande repercussão da matéria.³³

Várias destas ideias e práticas, tanto jurisprudenciais quanto legislativas, são bastante interessantes e válidas, especialmente quando se elege por prioridade reduzir a quantidade de causas que chegam ao Supremo Tribunal. De fato, na medida em que suas decisões se impõem aos demais órgãos julgadores, afastando a possibilidade destes se manifestarem de forma conflitante com entendimentos previamente firmados na Corte Suprema, o número de processos e recursos tem que diminuir. As questões que se colocam, contudo, são: será este o melhor caminho para afirmar a autoridade do Tribunal? Será que as perdas decorrentes da crescente restrição às possibilidades criadoras da jurisdição constitucional exercida pela via difusa não suplantariam os ganhos em produtividade? Não haveria outras maneiras de reduzir a carga de trabalho do STF sem necessariamente estrangular o sistema difuso?

A jurisdição constitucional pela via difusa não pode ser tratada como uma vilã, ao contrário. Em verdade, no cenário do atual constitucionalismo, diante da crescente imbricação entre o horizonte constitucional e a vida social, a demandar uma constante preocupação em conferir efetividade aos direitos fundamentais constitucionais, instâncias procedimentais como aquelas encontradas no Poder Judiciário não podem ser restritas. A necessidade de oferecer à sociedade mais e melhores mecanismos por meio dos quais esta possa formular suas manifestações, debatendo publicamente suas carências quanto à tutela de direitos fundamentais, indica que instâncias mediadoras como a que se identifica no processo judicial precisam ser valorizadas. A realidade do constitucionalismo nos dias presentes demanda a ampliação do acesso à jurisdição constitucional, de modo a aproximá-la da sociedade, com o que se permite transformar em realidade a ideia de supremacia constitucional, além de facilitar a expressão das potencialidades transformadoras desta lei tão especial.

Por óbvio o acontecer da democracia constitucional não depende apenas de juízes dispostos a realizar, no dia-a-dia de sua atuação, uma atividade jurisdicional preocupada em

garantir efetividade, em máximo grau, a direitos fundamentais, assegurando a participação dos indivíduos neste espaço de debates que se identifica no processo judicial. Mas, mesmo não sendo possível depositar todas as esperanças nesta instância, também é certo que dela não se pode prescindir, pois é capaz de funcionar como um excelente espaço onde se encontram e se complementam constitucionalismo e democracia.

Conclusão

A atividade interpretativa desempenhada pelos chamados juízes ordinários (aqueles que não detêm com exclusividade a competência de realizar o controle de constitucionalidade), em conjunto com o trabalho dos demais atores que dão forma aos processos judiciais, ganha vulto no cenário atual, apresentando-se como elemento essencial ao acontecer das Constituições. Isto porque estes personagens encontram-se obrigados a analisar os problemas cotidianos que demandam a busca por soluções na normativa constitucional, na interpretação e aplicação de dispositivos que materializam direitos fundamentais, habilitando-os a regular efetivamente os problemas sociais e dar respostas às reivindicações dos indivíduos.

A partir desta realidade, que se vem construindo no universo constitucional há algumas décadas, notadamente após 1945 (e que desembarca no Brasil com a Constituição de 1988), passa a ser possível identificar para a jurisdição constitucional uma nova tarefa, que se soma à tradicional de analisar a validade de leis face à Constituição: garantir a aplicação dos comandos nesta inscritos às situações concretas da vida, permitindo que o plano normativo lá traçado penetre definitivamente na realidade social.

Para que isto aconteça, contudo, é preciso que a jurisdição constitucional esteja próxima e acessível aos cidadãos, pronta a receber suas reivindicações, independentemente da capacidade de articulação política dos indivíduos, sob pena das necessidades concretas da vida jamais chegarem aos ouvidos do Estado, frustrando a efetividade dos direitos constitucionais. Esta característica exalta a insuficiência dos modelos de controle exclusivamente concentrado de constitucionalidade, nos quais o acesso aos órgãos dotados desta competência é sempre restrito a situações e pessoas específicas, a demandar grande capacidade de organização política dos grupos sociais para alcançarem tal instância.

Referências

AGRA, Walber de Moura. *A Reconstrução da Legitimidade do Supremo Tribunal Federal*. Densificação da jurisdição constitucional brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

AZEVEDO, José Afonso de Mendonça. *Elaborando a Constituição Nacional*. ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2002.

BALEEIRO, Aliomar. *Constituições Brasileiras: 1891*. Brasília: Senado Federal, 2001.

BARBOSA, Rui. *Os Actos Inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*. Capital Federal: Companhia Impressora, 1893.

BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

CAVALCANTI, João Barbalho Uchoa. *Constituição Federal Brasileira (1891)*. ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2002.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do Controle da Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a Construção da Cidadania*. 2. ed. São Paulo: UNESP, 2006

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O Papel da Jurisdição Constitucional na Realização do Estado Social*. Disponível em <http://www.ihj.org.br>. Acesso em 10 mai. 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Da Necessidade de Transformação do Supremo Tribunal Federal em Corte Constitucional*. Disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 13 mai. 2005.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Belo Horizonte: Líder, 2003.

LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. Estudos de Direito Constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal. n. 162, abr./jun. 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. Considerações sobre o papel do Procurador-Geral da República no controle abstrato de normas sob a Constituição de 1967/69: proposta de releitura. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal. n. 135, jul./set. 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira. *O Controle Incidental de Normas no Direito Brasileiro*. Disponível em: <http://www.idp.org.br>. Acesso em: 11 mar. 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional*. O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

POLETTI, Ronaldo. *Constituições Brasileiras: 1934*. Brasília: Senado Federal, 2001.

POLETTI, Ronaldo. *Controle da Constitucionalidade das Leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

ROURE, Agenor de. *A Constituinte Republicana*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1918, V. II.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. *O Fahrenheidt Sumular do Brasil: o controle panóptico da justiça*. Disponível em <http://www.leniostreck.com.br>. Acesso em 29 out. 2007.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. *A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso*. Mutações constitucionais e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. Disponível em <http://www.leniostreck.com.br>. Acesso em 10 jan. 2008.

¹ Doutor em Direito do Estado – UGF/RJ. Professor do Curso de Mestrado em Direito do IDP.

² É o próprio quem afirma: “Os autores de nossa Constituição, em cujo nome tenho algum direito de falar, não eram alunos políticos de Rousseau e Mably, (...) eram discípulos de Madison e Hamilton.” (BARBOSA, 1893: 30)

³ Art. 59. Ao Supremo Tribunal Federal compete:

§ 1º. Das sentenças das justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.

⁴ O mesmo já dizia Rui Barbosa (1893: 27-28).

⁵ A possibilidade de o Judiciário pronunciar a nulidade dos atos que violassem a Constituição é vista por João Barbalho como algo “(...) de magno alcance e de utilíssimas consequências para a efetividade do regime político adotado, como cerceamento às demasias do poder que faz e do que executa as leis, e como garantia dos cidadãos, de suas liberdades, de seus direitos.” (CAVALCANTI, 2002: 223) O risco de excessos por parte especialmente do Legislativo foi antevisto no momento de fundação nacional dos Estados Unidos. O alerta inscrito no Federalista acerca da necessidade de se implementar mecanismos concretos capazes de controlar esses riscos é claro: “Porventura, será bastante para esse fim que os limites dos poderes sejam marcados com precisão e clareza na Constituição – e poder-se-ia esperar que estas trincheras de papel tenham força suficiente para prevenir as

usurpações? (...) O corpo legislativo estende por toda parte a esfera de sua atividade e engole todos os poderes no seu turbilhão impetuoso.” (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003: 305)

⁶ Sobre o tema, afirmava Rui Barbosa (1893: 18): “(...) a Constituição fortificou-se entre as suas próprias disposições, estendendo e levantando por toda a sua circunferência o poder judicial como um dique de rochas, onde não se penetra senão por certas comportas, predispostas para esse efeito e solidamente defendidas contra as monções passageiras da política ou da multidão.” No mesmo sentido é a lição de João Barbalho. (CAVALCANTI, 2002: 224)

⁷ E já tinha influenciado outros países que, antes do Brasil, implementaram modelos semelhantes de jurisdição constitucional. Agenor de Roure (1918: 67-68), comentando o processo legislativo que culminou na Constituição de 1891, faz referência às experiências suíça, mexicana e argentina, além da norte-americana por óbvio, como exemplos de sistemas semelhantes ao brasileiro.

⁸ Art. 91. Compete ao Senado Federal:

IV. suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário;

Art. 179. Só por maioria absoluta dos votos da totalidade dos seus juízes, poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Poder Público.

⁹ Completo estudo sobre os anais da Assembleia Constituinte de 1932/1933 pode ser encontrado em AZEVEDO (2002).

¹⁰ Ao analisar o tema à luz da Constituição de 1946, Themístocles Cavalcanti (1966: 102-107) aproxima o controle de constitucionalidade realizado por intermédio da representação interventiva a um controle concentrado e abstrato, ideia que autores contemporâneos, como Gilmar Mendes (1997), refutam.

¹¹ Narra Emília Viotti da Costa (2006: 167): “(...) a 27 de outubro de 1965, o presidente Castelo Branco emitiu o Ato Institucional n. 2, que veio atingir diretamente o Supremo tribunal Federal, alterando a sua composição. O número de ministros foi aumentado de onze para dezesseis, tendo sido nomeados cinco ministros com militância partidária na UDN, mais adequados, portanto, à política do momento.”

¹² Diploma normativo que Paulo Bonavides e Paes de Andrade entendem ser *promulgado* apenas por uma questão formal, já que, em verdade, seu projeto foi imposto a um Congresso francamente coagido que só tinha por opção acolhê-lo, sob pena de ver a *Constituição do Executivo* ser outorgada após o decurso do prazo de 40 dias que lhe fora dado para a cancelar. Dentro do projeto, cujo objetivo maior era constitucionalizar os atos institucionais até aquele instante impostos, havia diversos dispositivos *não-emendáveis*, ou seja, de análise vedada ao Legislativo. Por estes e outros motivos afirmam os autores que em 1967 “não houve propriamente uma tarefa constituinte, mas uma farsa constituinte.” (BONAVIDES; ANDRADE, 1991: 432-433)

¹³ Art. 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal:

I. processar e julgar originariamente:

l) a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade ou para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual;

.....

III. julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais, quando a decisão recorrida:

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

¹⁴ A se ressaltar que gritos isolados ainda podem ser ouvidos em defesa do sistema de controle pela via difusa, reputado, com a grandiloquência peculiar a este autor, como “(...) o melhor modelo de controle de constitucionalidade de leis do mundo”. (COUTINHO, 2005)

¹⁵ Interessante notar que em Portugal, país que compartilha com o Brasil um sistema misto de jurisdição constitucional, convivendo modelos difuso e concentrado, igual tendência é verificada por Carlos Blanco de Moraes (2005: 989-1000), encontrando-se em sua obra longa análise acerca das possíveis causas e um alerta quanto às potenciais consequências decorrentes do abandono do modelo difuso.

¹⁶ Art. 38. O relator, no Supremo Tribunal Federal ou no superior Tribunal de Justiça, decidirá o pedido ou o recurso que haja perdido seu objeto, bem como negará seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou improcedente, ou, ainda, que contrariar, nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo Tribunal.

¹⁷ Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

§ 1º-A. Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

¹⁸ Não se pode esquecer, ainda, do instituto da *repercussão geral*, forjado na mesma Emenda Constitucional n. 45/2004 e regulado pela Lei 11.418/2006. Segundo a definição legal, a repercussão geral está presente quando a questão discutida no Recurso Extraordinário ultrapasse os limites subjetivos da causa, afetando interesses

econômicos, políticos, sociais ou jurídicos da coletividade. Assim, somente serão apreciados pelo STF os Recursos Extraordinários cuja solução implique em consequências para a sociedade, na se prestando o recurso apenas para a satisfação de interesses privados dos litigantes. Sobre o tema, veja-se Marinoni e Mitidiero (2007).

¹⁹ Até o mês de fevereiro de 2011, trinta e uma súmulas vinculantes foram editadas pelo Tribunal. Seu teor pode ser visto no endereço <http://www.stf.gov.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante> Contra a adoção das súmulas vinculantes várias vezes se levantaram durante o processo de debate legislativo que antecedeu a edição da Emenda Constitucional n. 45/2004. Tema comum às críticas era a certeza de que as súmulas restringiriam excessivamente o debate democrático que pode ser desenvolvido nas diversas instâncias judiciárias, as diferentes interpretações que podem ser construídas em torno dos textos legislativos. Lenio Streck (2007) é um dos autores que questionaram enfaticamente a tendência a se implementar um regime de *pensamento único*, que transforma o STF em única voz capaz de exprimir o que o texto constitucional tem a dizer.

²⁰ Súmula Vinculante n. 11. “Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”.

²¹ HC 91.952. Rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgado em 07.08.2008. HC 89.429. Rel. Min. Carmen Lucia. 1ª Turma. Julgado em 22.08.2006.

²² HC 71.195. Rel. Min. Francisco Rezek. 2ª Turma. Julgado em 25.10.1994. HC 56.465. Rel. Min. Cordeiro Guerra. 2ª Turma. Julgado em 05.09.1978.

²³ HC 71.195. Voto proferido pelo Ministro Relator, Francisco Rezek.

²⁴ Cumpre mencionar que, na mesma sessão em que restou aprovada a Súmula n. 11, quando do debate do verbete seguinte, o Ministro Eros Grau ressalta sua preocupação com a rapidez como as Súmulas estavam sendo elaboradas: “Quero fazer uma observação do ponto de vista da minha posição na Corte. É breve. Hoje fico muito preocupado com o fato de da repercussão geral chegarmos diretamente à súmula. Porque há casos e casos. E hoje julgamos uma porção de recursos extraordinários, entre os quais seguramente há casos inteiramente distintos um do outro. Só queria anotar essa minha preocupação.” E completa: “Senhor Presidente, não tenho nenhum inconformismo, eu só quis registrar e lembrar. A Constituição diz ‘... após reiteradas decisões ...’.”

STF. Tribunal Pleno. Sessão de julgamento de 18 de agosto de 2008. Diário de Justiça eletrônico n. 214/2008, publicado em 12 de novembro de 2008. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/DJE_11.11.2008.pdf. Acesso em 01 jul. 2009.

²⁵ Com esta postura o Tribunal caminha no mesmo sentido indicado por autores como Walber de Moura Agra (2005: 277-279), para quem a jurisdição constitucional brasileira só será de fato eficiente quando o STF for transformado em Corte Constitucional, nos moldes do padrão europeu, passando a realizar exclusivamente um controle concentrado de constitucionalidade, submetendo a todos a suas decisões.

²⁶ Neste caso, a Defensoria Pública da União ajuizou Reclamação contra a Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco, Acre, com o objetivo de obrigar este juízo a seguir a orientação firmada pelo STF no julgamento do Habeas Corpus n. 82.959/SP, ocasião em que o Tribunal afirmou, pela primeira vez, a inconstitucionalidade do disposto no artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, que trata da impossibilidade de progressão de regime de cumprimento de pena a condenados pela prática de crimes hediondos. Este diploma legal foi alterado em 2007, pela Lei 11.464, que conferiu nova redação a dispositivos referentes ao cumprimento de pena, conformando-os aos parâmetros ditados pela Corte Suprema.

O voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, relator, está disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=164&dataPublicacaoDj=25/08/2006&numProcesso=4335&siglaClasse=Rcl&codRecurso=0&tipoJulgamento=M&codCapitulo=6&numMateria=118&odMateria=2>. Acesso em 02 jul. 2008.

²⁷ Ressalte-se que, com a edição da referida Lei 11.464/2007, deverá a Reclamação 4.335 ter reconhecida a perda do seu objeto, não se colhendo, por conseguinte, manifestação de todos os Ministros. Além dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, que acolheram o pedido formulado, proferiram voto os Ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa, que indeferiram o pleito ao argumento de este ultrapassar o objeto possível à Reclamação. Na sessão de 14.04.2007, pediu vista dos autos o Min. Lewandowski, com eles permanecendo até 10.02.2011. Informação disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2381551>. Acesso em 28 fev. 2012.

²⁸ E no voto proferido na Reclamação 4335/AC o Ministro Gilmar Mendes sustenta: “Assim, parece legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Desta forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso.”

²⁹ Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

.....

X. suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

³⁰ Posição oposta, sustentada nas ideias solidificadas no pensamento jurídico brasileiro, pode ser encontrada, entre outros, em POLETTI (2001: 151-155). Crítica à postura adotada por Gilmar Mendes na referida Reclamação 4335/AC é formulada por Lenio Luiz Streck, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Martonio Mont'Alverne Barreto Lima (2008).

³¹ Tratam-se, no caso, dos Mandados de Injunção 670/ES e 712/PA. O primeiro foi ajuizado pelo Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Estado do Espírito Santo e teve como relator para acórdão o Ministro Gilmar Mendes, julgamento que se encerrou em outubro de 2007. Já o segundo foi ajuizado pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará e relatado pelo Ministro Eros Grau. Seu julgamento foi concluído em conjunto com o MI 670. Curiosamente, ao decidir o MI 721/DF (relator Min. Marco Aurélio, julgado em 30.08.2007), sobre o direito a aposentadoria especial para servidores públicos que trabalham em condições insalubres, o Tribunal restringiu a eficácia da decisão à servidora impetrante. Na doutrina, a defesa da eficácia *inter partes* das decisões em Mandado de Injunção pode ser encontrada em Luis Roberto Barroso (2006: 124).

³² Hipótese relatada por Gilmar Mendes: “Nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade de lei municipais, o Supremo Tribunal Federal tem adotado uma postura significativamente ousada, conferindo efeito vinculante não só à parte dispositiva, da decisão de inconstitucionalidade, mas também aos próprios fundamentos determinantes.” Assim, “(...) tem-se considerado dispensável, no caso de modelos legais idênticos [leis de diferentes municípios que versem sobre o mesmo tema], a submissão da questão ao Plenário.” (MENDES *et alli*, 2010: 1088)

³³ Este movimento, que recentemente tem tomado notável impulso no STF, não se limita, contudo, aos assentos dos Tribunais. Em verdade, já há cerca de uma década a legislação processual vem promovendo gradual aproximação entre os sistemas vigentes de controle de constitucionalidade, implementando medidas que permeiam os processos que se desenvolvem pela via difusa com características típicas dos processos *objetivos*. Assim é a regra do art. 481, parágrafo único, do Código de Processo Civil, que dispensa a repetição do julgamento dos incidentes de inconstitucionalidade quando haja precedente firmado no Tribunal, ou a admissão de *amicus curiae* neste mesmo incidente (art. 482, parágrafo 3º, CPC), disposições inseridas pela Lei 9.756, de 17.12.1998.