

OBJETIVAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE.

RELEITURA CONCEITUAL DO CONTROLE DIFUSO NO BRASIL.

OBJECTIFICATION OF JUDICIAL REVIEW OF LEGISLATION.

REREADING CONCEPT OF JUDICIAL REVIEW OF LEGISLATION IN BRAZIL.

Carliane De Oliveira Carvalho.

RESUMO

Com a emergência do constitucionalismo liberal ou clássico, quatro novos conceitos e necessidades sócio-jurídicos tornaram-se evidentes: supremacia da Constituição, garantia jurisdicional, garantia dos direitos individuais e separação de poderes.

Por conseguinte, a Lei Maior, instituidora do estado de direito, passa a receber atenção jurídica, no sentido de se estabelecer meios de proteção da Constituição do Estado Democrático de Direito. Sistemas de defesa constitucional foram criados, em destaque o sistema austríaco, ou concentrado de controle de constitucionalidade, e o sistema americano, ou da *judicial review of legislation*, ou sistema difuso.

No Brasil, a Constituição da República Federativa de 1988 instituiu um estado regido por constituição democrática, suprema e rígida. E, no intuito de resguardar 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, 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.

Diante de narrada situação jurídica, o presente trabalho de pesquisa surge da necessidade de identificar e qualificar os pontos de aproximação entre os mecanismos de controle de constitucionalidade objetivo/principal e subjetivo/incidental, especificamente, demonstrando a dessubjetivação ou objetivação do controle incidental de constitucionalidade,

no que respeita, destacadamente, aos efeitos sociais e consequências jurídicas. Busca-se, assim, a releitura do atual conceito do controle difuso de constitucionalidade no Brasil, apresentando os aspectos que melhor identificam a contemporânea configuração do controle difuso de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro.

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

ABSTRACT

With the emergence of liberal constitutionalism or classic, four new concepts and socio-legal needs became apparent: the supremacy of the constitution, court security, protection of individual rights and separation of powers.

Therefore, the highest law, instituting the rule of law, shall receive legal attention, in order to provide a means of protecting the constitution of the democratic state of law. Constitutional defense systems were created, especially in the Austrian system, or concentrated control of constitutionality, and the American system, or judicial review of Legislation, or fuzzy system.

In Brazil, the Federal Constitution of 1988 established a state governed by democratic constitution, supreme and rigid. And in order to protect the instrument creating the new law, the Supreme Law of 1988 listed out legal means to protect the efficiency and effectiveness of the Federal Constitution, the objective process / procedure abstract and subjective / fuzzy 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 desubjectivation diffuse control of constitutionality, resulting in consequences ranging from the scope of the social 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.

Before narrated legal situation, the present research arises from the need to identify and describe the points of rapprochement between the mechanisms of judicial review / objective and subjective primary / incidental, specifically demonstrating the desubjectivation objectification or incidental control of constitutionality, with regard, notably, with the social and legal consequences. The aim is thus a rereading of the current concept of diffuse control of

constitutionality in Brazil, demonstrating the aspects that best represent the contemporary setting of diffuse control of constitutionality in the Brazilian legal system.

KEYWORDS: *Judicial Review Of Legislation*; Objectification; General Impact; *Erga Omnes* Effect; Constitutional Court.

1. INTRODUÇÃO

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.

Por conseguinte, a Lei Maior, instituidora do estado de direito, passa a receber atenção jurídica, no sentido de se estabelecer meios de proteção da Constituição do Estado Democrático de Direito, nessa envergadura, sistemas de defesa constitucional foram criados, em destaque o sistema austríaco, ou concentrado de controle de constitucionalidade, e o sistema americano, ou 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 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

¹ 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.

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

representantes das 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.

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 resguardar 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.

Não obstante tenha a Constituição Federal de 1988 elencado mecanismos distintos de autoproteção, 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, ou objetivação, do controle difuso de constitucionalidade, implicando em conseqüências que vão desde o alcance social dos efeitos das decisões em controle incidental de constitucionalidade, até mesmo ao tempo e modo de validade das decisões, incluindo, nesse ponto, a eficácia dos fundamentos da decisão concreta de constitucionalidade.

Diante de narrada situação jurídica, o presente trabalho de pesquisa surge da necessidade de identificar e qualificar os pontos de aproximação entre os mecanismos de controle de constitucionalidade objetivo/principal e subjetivo/incidental, especificamente, demonstrando a dessubjetivação ou objetivação do controle incidental de constitucionalidade, no que respeita, destacadamente, aos efeitos sociais e conseqüências jurídicas, bem como, pontuar de que maneira a modificação, e até mesmo a mutação, da interpretação constitucional face aos meios de controle de constitucionalidade tem interferido no ambiente sócio-jurídico, e como citada influência altera o proteção dispensada à Constituição Federal do Brasil de 1988.

Almeja-se, portanto, a sistematização histórico-jurisprudencial e doutrinária do controle subjetivo/incidental de constitucionalidade, identificando a gradativa aproximação dele ao controle objetivo/concentrado de constitucionalidade, a fim de subsidiar a reconstrução conceitual do meio subjetivo incidental de controle de constitucionalidade e delinear o alcance sócio-jurídico de suas conseqüências, fazendo, nessa linha, a releitura do

conceito contemporâneo de controle difuso de constitucionalidade no Brasil.

Para tanto, o texto apresentará detalhadamente a mutação sofrida no procedimento subjetivo de constitucionalidade demonstrando a defendida objetivação por meio: da gradativa definição do Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional; da 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 reinterpretação da função do Senado Federal na concessão de efeitos gerais às decisões em controle difuso de constitucionalidade; da dispensabilidade do procedimento do art. 97 da Constituição Federal do Brasil de 1988; 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.

Contudo, antes de aprofundar no estudo da atual situação jurídica do controle de constitucionalidade, faz-se imperioso pincelar características originais dos controles difuso e concentrado de constitucionalidade.

2. 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 Enterría⁴, é corolário de todo o ordenamento constitucional daquele país, considerada 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,

⁴ ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3 ed. reimp., Madrid: Civitas, 2001, p. 51.

entabulada no artigo VI, cláusula 2^a, 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 desses⁵.

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 normativo do poder 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 ressaltar, 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. Deste modo, trata-se apenas de uma coincidência e escolha do sistema jurídico norte-americano em vincular o meio incidental de apreciação do controle

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

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.”⁶

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, quando 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 jurídica⁷.

Ademais, como bem destaca Dirley da Cunha Júnior⁸, 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 constitucionalidade ou inconstitucionalidade. Ainda, determinar que o questionamento da constitucionalidade de leis ou atos normativos do Poder

⁶ BITTENCOURT, C. A. Lúcio. **O Controle Jurisdicional de constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1949, p.23-24.

⁷ 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 órgão judiciários ficam vinculados às decisões da Suprema Corte. Cf. JÚNIOR, *op.cit.*, p. 237-334.

⁸ JÚNIOR, *op. cit.*, p. 278-279.

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, uma vez diante da possibilidade de inexistência de caso concreto a desafiá-las⁹, ou, até mesmo, casos extremos de criação de demandas fictícias a fim de forçar o Poder Judiciário a manifestar-se.

3. 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 Kelsen¹⁰ 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 ele 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 ele a análise de constitucionalidade das normas, daí chamar-se sistema concentrado.

Por meio da Corte Constitucional, 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 de lei ou ato público

⁹ 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 .

¹⁰ KELSEN, Hans. *Quién debe ser el defensor de La Constitución*. Trad. Roberto J. Brie. Madrid: Tecnos, 1931, p. 54.

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, 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 Júnior¹¹, 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 de constitucionalidade de norma pública, 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.

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

Isso pois, no momento em que se extrai do controle concentrado a exigência de uma ação exclusiva para a declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade de ato do poder público, com legitimidade ativa limitada e órgão de julgamento específico, impede-se 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 competente¹².

¹¹ JÚNIOR, *op. cit.*, p. 281.

¹² *Idem, ibidem*, p. 278.

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

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 constitucionalidade¹³.

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 Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, observa-se que o modelo de controle concentrado de constitucionalidade 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 argüição 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.

¹³ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. Exposição Sistemática da Doutrina e Análise Crítica da Jurisprudência.** São Paulo: Saraiva, 2008.

Já no que se refere ao controle difuso, é exercido por todo e qualquer juiz ou tribunal, com base, necessariamente, em uma questão subjetiva, o que implica em ser uma demanda 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, Inocência Mártires Coelho e Paulo Gonet Branco¹⁴, 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 dessubjetivação¹⁵ ou objetivação do controle concreto de constitucionalidade.

Destarte, gradativamente, após a promulgação da Constituição Federal do Brasil de 1988, o controle difuso tem se aproximado do controle concentrado de constitucionalidade, modificando o conceito original do sistema norte americano, ou sistema difuso de controle de constitucionalidade.

Essa mudança conceitual, e, portanto, instrumental, ocorre de forma progressiva e ainda está em processo de modificação. 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 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 reinterpretção da função do Senado Federal na concessão de efeitos gerais às decisões em controle difuso de constitucionalidade; a dispensabilidade do procedimento do art. 97 da Constituição Federal do

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocência Mártires. BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1038.

¹⁵ André Ramos Tavares batiza citado evento de “objetivação”. Cf. TAVARES, André Ramos. **Curso de direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 272.

Brasil de 1988; 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 exigência da repercussão geral como requisito intrínseco de admissibilidade do recurso extraordinário.

Verificadas todas as elencadas alterações doutrinárias e jurisprudenciais, faz-se mister efetuar a releitura do conceito do controle difuso de constitucionalidade pós Constituição Federal do Brasil de 1988.

5. 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 Constitucional¹⁶. 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 distintas manifestações do Supremo Tribunal Federal no sentido de consolidar a própria identificação como tribunal constitucional destaca-se, segundo Luiz Manoel Gomes Júnior¹⁷, a exigência legal de repercussão geral como requisito intrínseco de admissibilidade do recurso extraordinário.

Victor Cesar Berland¹⁸, 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 Tribunal Federal na defesa da Constituição Federal: a dotação de repercussão geral às decisões tomadas em controle difuso de constitucionalidade; a conseqüente revisão conceitual

¹⁶ 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.

¹⁷ 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.

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

do inciso X do art. 52 da Constituição Federal; e, por fim, a aceitação da causa de pedir aberta como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário.

Os citados elementos responsáveis pelo fortalecimento do Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional, bem como outras situações jurídicas igualmente importantes para a redefinição conceitual do controle difuso de constitucionalidade no Brasil serão vistos especificamente adiante.

6. 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.

Considerando que o controle difuso de constitucionalidade por meio do recurso extraordinário é importante procedimento de guarda da Constituição Federal, a EC n. 45/2004 acrescentou o § 3º ao art. 102 da Constituição Federal do Brasil, fazendo constar a demonstração de repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário. Tal exigência é aferida no 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”. Deste modo a lei traz um elenco de situações para as quais já se entende existente a repercussão geral pela própria natureza das questões.

Somando-se, 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 Tribunal¹⁹.

¹⁹ DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil. Meios de**

Medina, Wambier e Wambier²⁰ fortalecem o 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, isso 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 Júnior²¹, 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, resta claro 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, fortalecendo o processo de dessubjetivação do controle difuso de constitucionalidade.

7. 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 Alvim²² que o recurso extraordinário sempre teve como finalidade, dentre outras, assegurar a inteireza do sistema jurídico, que deve ser submisso à Constituição Federal, e nesse diapasão vem se consolidado no Supremo Tribunal Federal a função do recurso extraordinário de uniformizar a jurisprudência nacional quanto à interpretação das normas constitucionais.

É desse modo que, no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, as decisões em recurso extraordinário despontam como paradigmáticas²³.

Impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 5ª ed.. Revista, ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 315.

²⁰ MEDINA, José Miguel Garcia, WAMBIER. Tereza Arruda Alvim, WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Breves Comentários à nova Sistemática Processual Civil.** 3ª ed. São Paulo: RT, 2005, p. 105.

²¹ GOMES JÚNIOR, *op. cit.*, p. 96.

²² 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.

²³ DIDIER JR.; CUNHA, *op. cit.*, p. 312.

Fredie Didier Júnior e Leonardo José Carneiro da Cunha²⁴ 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 conferência de efeitos gerais em controle concreto de constitucionalidade é um dos fatores preponderantes para a alteração do enquadramento do sistema difuso de controle de constitucionalidade como subjetivo. Isso porque 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 é, desde então, repetida nas constituições posteriores²⁵.

A possibilidade de conceder efeitos gerais para decisões do controle subjetivo de constitucionalidade por meio do inciso X, do art. 52 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.

Assim, a atribuição às decisões em controle difuso de constitucionalidade de efeitos gerais, por determinação do próprio Supremo Tribunal Federal, é medida em que confere a uma decisão do controle subjetivo efeito genuíno do controle abstrato de constitucionalidade, qual seja, eficácia geral independente de resolução do Senado, consolidando ainda mais a teoria de atual objetivação do controle difuso de constitucionalidade.

8. REINTERPRETAÇÃO DA FUNÇÃO DO SENADO FEDERAL NA CONCESSÃO DE EFEITOS GERAIS ÀS DECISÕES EM CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

Como pincelado no tópico anterior, o Senado Federal, consoante dispõe o inciso X, do art. 52 da Constituição Federal do Brasil, tem a função de “suspender a execução, no todo

²⁴ *Idem, ibidem*, p. 325.

²⁵ BARROSO, *op. cit.*, p.119.

ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”, ou seja, de conceder eficácia geral às decisões constitucionais em sede de controle difuso no Supremo Tribunal Federal.

Luís Roberto Barroso²⁶ enfatiza que a função dedicada ao Senado por meio do art. 52. X, da Constituição Federal “tornou-se um anacronismo”. Para tanto esclarece com perfeição a razão pela qual o Supremo Tribunal Federal reinterpreto 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 efeitos gerais²⁷.

Diante dessa situação jurídica, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes²⁸ lidera movimento no sentido de se atribuir eficácia “*erga omnes*” às decisões de inconstitucionalidade proferidas no controle incidental ou concreto, declarando a mutação da norma constitucional para conferir à resolução do Senado qualidade de instrumento de publicização das decisões do Supremo.

Referida mutação na interpretação da Constituição Federal do Brasil implica numa nova concepção dos efeitos das decisões em controle difuso de constitucionalidade, qual seja: as decisões tomadas em seu bojo, no Supremo Tribunal Federal, têm repercussão geral.

Importante destacar que essa redefinição funcional de competência do Senado Federal é consequência direta e imediata do processo de concessão de efeitos gerais às decisões de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal no bojo de recurso extraordinário, como acima já exposto. São, portanto, duas vertentes do mesmo fato.

Destarte, o redelineamento da função do Senado Federal em face do controle difuso de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal acaba por fortalecer a aproximação do sistema difuso/incidental ao sistema concreto/concentrado de constitucionalidade, na medida em que as decisões do Supremo Tribunal Federal têm eficácia geral independente de ato posterior que lhe conceda tal situação, consolidando a objetivação/dessubjetivação do controle difuso de constitucionalidade.

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

²⁶ BARROSO, *op. cit.*, p. 122.

²⁷ DIDIER JR; CUNHA, *op. cit.*, p. 324.

²⁸ *Idem, ibidem*, p. 333.

Na mesma linha de posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, no que toca à reinterpretação do inciso X, do art. 52, da Constituição Federal, tem-se a teoria da 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 a deixar a decisão de inconstitucionalidade de ter eficácia geral tão só no que toca ao dispositivo para abranger os fundamentos determinantes da decisão²⁹, é a *ratio decidendi*.

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

Isso porque, quando o pleno do Supremo Tribunal Federal exige a repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, ele adjudica determinada objetividade ao julgamento, retirando a decisão sobre a lei da seara intrínseca do interesse das partes e concedendo-lhe repercussão geral³⁰, 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 da Corte, a fim de que não se configure apenas como mais uma instância recursal, entretantes, como Corte Constitucional. Em razão do novo momento histórico-jurídico do Supremo, inseriu-se no Código de processo Civil o art. 543-B³¹.

Nesse diapasão, o Supremo Tribunal Federal defende posição pela qual, em casos de modelos legais idênticos, é dispensável a submissão da questão constitucional ao plenário³², aproximando ainda mais o controle difuso ao concentrado de constitucionalidade.

Resta claro que, a aplicação da teoria dos motivos determinante às decisões em recurso extraordinário vem a fortalecer o processo de objetivação ou subjetivação do controle difuso de constitucionalidade, sendo mais um elemento vetorial da releitura dos contornos

²⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: RT, 2001. p. 135-136.

³⁰ DIDIER JR; CUNHA, *op. cit.*, p. 329.

³¹ 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.

³² MENDES; COELHO; BRANCO, *op. cit.*, p.1035.

conceituais dele.

10. DISPENSABILIDADE DO PROCEDIMENTO DO ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL DE 1988.

O art. 97 da Constituição Federal do Brasil de 1988 verbera que “somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público”.

Reproduzida disposição está presente no direito constitucional brasileiro desde a Constituição de 1934, e é conhecida como a regra da reserva de plenário. Consoante esclarece Dirley da Cunha Júnior³³, trata-se de condição de eficácia da decisão declaratória de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo do poder público.

Destaca-se que para declarar a constitucionalidade não há exigência de reserva de plenário, mas apenas para se declarar a inconstitucionalidade.

Muito embora a transcrita regra e sua presença no ordenamento brasileiro desde 1934, o Supremo Tribunal Federal adota posição pela qual só se exige a aplicação da reserva de plenário se a lei ou ato normativo do poder público ainda não foi declarado inconstitucional pelo Supremo, ou pelo próprio Tribunal em reserva de plenário, no bojo de controle incidental ou concentrado de constitucionalidade.

Assim, uma vez já tendo o Tribunal, por pleno ou órgão especial, se manifestado pela inconstitucionalidade de determinada regra, sendo ela novamente questionada em idêntica situação, não há exigência de aplicação do art. 97 da Constituição Federal.

Mantendo essa linha e fortalecendo ainda mais o processo de objetivação do controle difuso de constitucionalidade, destaca-se a importância da inserção pela Lei n.º 9.756/98, do parágrafo único ao art. 481 do Código de Processo Civil ao lado da dispensabilidade do procedimento previsto no art. 97 da Constituição Federal de 1988.

Por meio do parágrafo único do art. 481, do Código de Processo Civil, a arguição de inconstitucionalidade não será submetida ao plenário ou órgão especial pelos órgãos fracionados dos tribunais, quando já houver pronunciamento daqueles ou do pleno do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

Gilmar Ferreira Mendes³⁴ fortalece a teoria da dessubjetivação do controle difuso de

³³ JÚNIOR, *op. cit.*, p. 321.

³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. O controle incidental de normas no direito brasileiro. *In*: Meireles, Helly Lopes.

constitucionalidade ao destacar a dispensabilidade do procedimento do art. 97 da Constituição Federal do Brasil de 1988, ressaltando que é mais um caso em que se observa elementos objetivos no controle difuso de constitucionalidade.

11. 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 a causa de pedir fechada e determinada em seu bojo circundante à questão subjetiva. Contudo, o que se observa, 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 delimita da causa de pedir exposta em recurso.

Assim, por esse instrumento o Supremo Tribunal Federal não se limita à causa exposta pela parte recorrente, como de direito deveria ocorrer, uma vez tratar-se de procedimento subjetivo³⁵. 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 amarra aos fundamentos já apreciados pelo tribunal recorrido, podendo receber a causa com fundamento diverso. Assim, se a inconstitucionalidade existir, mas não se apoiar nos argumentos tratados no tribunal recorrido, o STF poderá conhecer do recurso com outros fundamentos, e, deste modo, alcançar a inconstitucionalidade, declarando-a. Exposta situação estaria afastada na eventualidade de a causa de pedir fosse adstrita a fundamentos fechados já tratados no tribunal.

A causa de pedir aberta implica na desvinculação do Supremo à causa de pedir arrazoada, o que o desvincilha, de certo modo, da demanda subjetiva principal concreta,

28. ed. 8. parte. **Mandado de Segurança**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 528-602.

³⁵ TAVARES, *op. cit.* p. 239.

conferindo objetividade a análise da questão constitucional³⁶, o que contribui sensivelmente para o posicionamento de objetivação do processo difuso de constitucionalidade.

12. 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 Buzaid³⁷ 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 que declara a 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 ter a eficácia limitada para apenas após o trânsito em julgado, ou em outro momento que o Supremo fixar, 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*. Em outras palavras, deu-se a uma decisão em controle difuso de constitucionalidade efeitos eminentes daquelas em controle concentrado de constitucionalidade.

³⁶ TAVARES, *op. cit.*, p. 239.

³⁷ 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 de constitucionalidade contribui para o processo de objetivação do controle difuso de constitucionalidade.

13. 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, que, embora não possua efeitos gerais, vincula o Poder Judiciário e o Poder Executivo em suas decisões³⁸, configurando como mais um elemento do processo de dessubjetivação 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 Mendes³⁹ destaca que a súmula vinculante “conferirá interpretação vinculante à decisão que declara a inconstitucionalidade sem que a lei declarada 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.

14. A RECLAMAÇÃO PARA RESGUARDAR A AUTORIDADE DA DECISÃO EM CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

³⁸ 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.

³⁹ MENDES; COELHO; BRANCO, *op cit.*, p. 1032 a 1037.

Diante de tantas manifestações do Supremo Tribunal Federal em conferir aspectos do processo objetivo de controle de constitucionalidade ao procedimento subjetivo, ao ponto de Victor Cesár Berland classificar o controle difuso como controle difuso-abstrato, vislumbra-se hoje a possibilidade de manejo do instituto da reclamação por desrespeito à decisão proferida pelo Supremo em controle concreto.

A alínea “I”, do inciso I, do art. 102 da Constituição Federal prevê a reclamação para a preservação da competência e garantia de autoridade das decisões do STF. Essa previsão coaduna-se com a existência de efeito vinculante nas decisões do Supremo Tribunal Federal, ou seja, obrigatoriedade no cumprimento das decisões.

Observando que as decisões em procedimento difuso de constitucionalidade no bojo do Supremo Tribunal Federal recentemente apresentam efeito vinculante, em especial no que toca à súmula vinculante e aos efeitos transcendentais dos motivos determinantes das decisões, possibilitou-se a terceiro ao caso concreto em que se proferiu a decisão de inconstitucionalidade utilizar-se da reclamação para ver garantido direito em respeito à autoridade da decisão do Supremo.

A ampliação de legitimados para propor reclamação constitucional demonstra importante consequência do processo de objetivação do controle difuso de constitucionalidade, representando a aproximação consequencial entre o controle subjetivo e o objetivo, ressaltando a objetivação, ou dessubjetivação, daquele.

15. CONCLUSÃO - RELEITURA DO CONCEITO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE PÓS CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL DE 1988.

Como demonstrado, o estudo da objetivação/dessubjetivação do procedimento difuso de controle de constitucionalidade no Brasil tem sido veementemente apontado e discutido por doutrinadores brasileiros, no que toca aos elementos legislativos e jurisprudenciais quanto ao reenquadramento e redefinição do procedimento difuso de controle de constitucionalidade contemporâneo.

Essa objetivação é verificada, principalmente, no processo de gradativa definição do Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional, e escorado na postura do STF seguem como elementos de destaque: a atribuição de efeitos gerais às decisões em controle difuso de constitucionalidade, em sede de recurso extraordinário; a transcendência dos motivos determinantes das decisões em controle difuso de constitucionalidade; a reinterpretção da

função do Senado Federal na concessão de efeitos gerais às decisões em controle difuso de constitucionalidade; a dispensabilidade do procedimento do art. 97 da Constituição Federal do Brasil de 1988; 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; e a exigência da repercussão geral como requisito intrínseco de admissibilidade do recurso extraordinário. Cada um desses fatores contribuiu vetorialmente para a defesa do uso do instituto da reclamação constitucional por desrespeito a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em controle concreto.

O que se tem em conclusão da análise dos efeitos e conseqüências do atual processamento do controle difuso de constitucionalidade é a necessária releitura desse procedimento não mais limitado a aspectos subjetivos como outrora.

Observa-se que os atuais fatores procedimentais e as conseqüências deles na aproximação do controle difuso de constitucionalidade ao abstrato acabaram reconfigurando a conceituação do procedimento difuso, de modo que, atualmente, tem-se como fator de relevância na diferenciação de ambos os procedimentos, destacadamente, a legitimidade para inaugurar a análise da constitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público.

Assim, tem-se que a alteração conceitual do controle difuso de constitucionalidade contemporâneo no Supremo Tribunal Federal, baseada na objetivação pós Constituição Federal do Brasil de 1988, dá-se de modo a excluir o elemento da subjetividade como característica genuína desse procedimento, passando a conferir efeito vinculante e eficácia *erga omnes* às decisões em controle difuso de constitucionalidade, nos termos acima expostos, extirpando os elementos primordiais de diferenciação entre os sistemas brasileiros de controle de constitucionalidade.

16. REFERÊNCIAS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
_____. **Do Estado liberal ao Estado social**. 8 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional**. 7ª ed. atualizada até a EC nº 55/07. São Paulo: Atlas, 2007.

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

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

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