

## **CAPÍTULO I – INTRODUÇÃO.**

Este trabalho tem por objetivo permitir ao leitor uma visão panorâmica da evolução do Estado Democrático de Direito, formulando o que se deve entender pelo termo “Constituição”, termo este focado no objetivo de atender ao anseio da sociedade que clama por prestações particulares em um Estado no qual o direito subjetivo tem ganhado preponderância, até mesmo nos conflitos em que participa o princípio da supremacia do interesse público.

Será verificada a aplicabilidade das normas constitucionais, e, neste ponto será definido cada conceito: existência, validade, eficácia, aplicabilidade e vigência. Todavia, será discutida a questão da existência ou não de um mínimo de eficácia das normas constitucionais e os critérios de classificação da norma constitucional.

O princípio jurídico ganhou muita relevância no último século, principalmente pela sua proteção aos direitos fundamentais. Por esse motivo, foi destinado capítulo específico para o estudo dos princípios e dos direitos fundamentais, analisando-se a fundamentalidade, a eficácia imediata, dada especial atenção ao princípio fundamental da isonomia e o princípio implícito da segurança jurídica.

A interpretação constitucional é conteúdo essencial para investigação dos fenômenos constitucionais, influenciando e dinamizando toda a relação entre a Constituição e a sociedade. Não há como estudar o tema “controle de constitucionalidade” sem estudar os princípios da supremacia das leis constitucionais e sua presunção, e seu reflexo limitador sobre os poderes públicos e, por fim, a resolução do conflito entre princípios, a qual só pode ser intermediada pelo princípio da ponderação de interesses.

Abordaremos o controle de constitucionalidade com o fito de assegurar o conhecimento básico ao leitor deste trabalho acerca do surgimento e do desenvolvimento histórico do controle difuso de constitucionalidade em comparação com o controle concentrado, dando-se ênfase aos movimentos ocorridos no direito comparado.

Após uma visão panorâmica, discorreremos sobre a análise do controle difuso no Brasil, verificando quais as suas características e demonstrando a relação entre Supremo Tribunal Federal e o Senado Federal, alvo de muito debate pela doutrina e jurisprudência nacionais.

No penúltimo capítulo, analisaremos a questão extremamente polêmica da possibilidade de o Supremo Tribunal Federal determinar a mutação constitucional, e se esse fenômeno fere a separação dos poderes, podendo até mesmo desfragmentar toda a Teoria do Poder Constituinte.

Concluindo-se o debate, analisaremos o papel da Súmula Vinculante num novo contexto jurídico de novas diretrizes do controle difuso de constitucionalidade, verificando se há ou não espaço para utilização desse instrumento processual.

## **CAPÍTULO II - ESTADO E CONSTITUIÇÃO.**

### **1 Evolução histórica.**

A liberdade individual e o respeito aos direitos humanos entram em conflito com a realidade estatal em seu conteúdo histórico e sua evolução ideológica, desde as mudanças inicialmente implementadas pelas idéias iluministas, até o moderno estado social, sobretudo quando se adota uma hermenêutica constitucional atualizada.

Desde o século XVIII, a definição de forma de Estado vem alterando-se pelas profundas transformações ideológicas motivadas pelas inconstâncias sociais nas estruturas do poder. As idéias iluministas romperam com o Estado Absolutista, abrindo caminho ao Estado Liberal, fundado no Liberalismo Econômico, e nas idéias de Adam Smith. Este último, em seu intitulado livro “A Riqueza das Nações – investigação sobre sua natureza e suas causas” , reforça o quanto exposto ao defender a não intervenção estatal na economia.

Neste contexto histórico, uma Europa mergulhada em crise com o feudalismo, torna crítica a insatisfação do povo com um absolutismo tão preocupado somente em continuar proporcionando a manutenção do Reino e dos senhores feudais. Destarte, tendo-se um momento histórico caracterizado como época de mudanças direcionadas a uma centralização do poder, surge à necessidade de proteção do cidadão contra o poder excessivo Estado<sup>1</sup>.

O Iluminismo erigiu à racionalização do poder que se traduzia na necessidade de consolidação dos direitos fundamentais e da tripartição das funções estatais. Nesse contexto de positivação dos direitos e garantias protetores dos indivíduos contra as

---

<sup>1</sup> SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro : Ed. Lúmen Júris. 2004, p. 21.

arbitrariedades do Estado, surge o constitucionalismo clássico, responsável pela inclusão das liberdades públicas<sup>2</sup>.

Determina a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu artigo 16: *“toda sociedade, na qual a garantia dos direitos não é assegurada nem a separação dos poderes determinada, não tem constituição.”*. Não é uma carta declarada como defesa do cidadão francês, mas garantidora dos direitos de qualquer cidadão, pois trata do ser humano, e não da vestimenta dada pelo Estado aos nacionais em sua classificação com base em critérios de nacionalidade.

As cartas constitucionais asseguravam as denominadas liberdades negativas contra o Estado, elevando-o a categoria de Estado com mínima interferência na vida particular dos cidadãos. O Estado Absolutista exercia influência direta sobre a vida dos cidadãos, violando suas liberdades. Através do Liberalismo, busca a Burguesia a teoria da mínima interferência proporcionando uma abertura dos mercados e abrindo caminho para sua ascensão.

O liberalismo então vigente representa a transformação do modo absolutista de monarquia para o de uma monarquia constitucional, na qual há uma transferência do poder absolutista à burguesia emergente, a qual passou a cuidar do poder como um lobo, sendo porta-voz de um rebanho de ovelhas, representadas pelo povo, a saber:

(...) sob a influência das idéias marxistas, eclode a Revolução Russa em 1917, e, cerca de 40 anos depois, um terço da humanidade estava vivendo em regimes diretamente derivados do modelo soviético, de apropriação coletiva dos meios de produção. O medo de que processos revolucionários semelhantes pudessem acontecer nos países do capitalismo evoluído, certamente diminuiu as resistências na transição do Estado Liberal para o *Welfare State*.<sup>3</sup>

Diversos fatos históricos fizeram a sociedade perceber a insuficiência dos limites impostos ao poder do Estado sob uma perspectiva exclusivamente subjetiva. Tornava-

---

<sup>2</sup>SILVA NETO, Manoel Jorge e. Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro : Ed. Lúmen Júris. 2006, p.39.

<sup>3</sup>SARMENTO. Direitos Fundamentais. cit. p.33.

se imprescindível realizar o interesse da coletividade, originando uma nova leitura das constituições a modificar-se a idéia de liberalismo excessivo e aceitar-se a intervenção do Estado com o fim de assegurar os direitos sociais.

A Carta do México é a primeira a tratar de direito político-social no mundo. Era denominada “supraconstitucionalidade autogenerativa”, que expressava a dívida social e o compromisso quanto ao seu resgate. Direcionava à realidade social. É válida para demonstrar o comprometimento do constituinte mexicano com o programa social do Estado, em virtude das determinantes sociais, de modo impositivo, desempenhava a única solução viável daquele momento histórico: elevação das normas de direito social ao status de garantia constitucional outorgada, dando início ao constitucionalismo social<sup>4</sup>.

O Estado Social surge a partir da idéia da necessidade de atuação do Poder Público, o qual passou a assumir uma posição mais ativa perante a sociedade, com os ideais de liberdade e bem-estar do cidadão, estando presente também na economia.

Nesse sentido, Daniel Sarmiento afirma que a crise do *Welfare State*, esse dirigismo estatal, gerado pela necessidade de o Estado assumir a prestação de direitos sociais, torna-o “burocrático e obeso” pela dificuldade de assegurar, em um primeiro momento, a toda população as garantias e direitos sociais.

O Estado Social sofre nova evolução para o “Estado Social dos direitos fundamentais”, armado de preceitos que, através da juridicidade, garantem os direitos declarados<sup>5</sup>.

De fato, a Constituição Brasileira, mantém de um lado o Estado Liberal e do outro o Estado Social Intervencionista, ante esse debate entre intervencionismo e liberdade privada, institutos assegurados pelo nosso legislador constitucional, tendo como tarefa assegurar o Bem-Estar.

---

<sup>4</sup>SILVA NETO, Manoel Jorge e. Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro : Ed. Lúmen Júris. 2006, p.49.

<sup>5</sup>BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. São Paulo : Malheiros. 2001, p. 29.

As mudanças trazidas pelas reformas de cunho neoliberal fizeram surgir um novel modelo de Estado preocupado com a justiça social e a igualdade substantiva, e ao mesmo tempo, possuidor de uma postura moderada diante do mercado. É uma tendência mundial, o surgimento de um modelo de Estado que não deve ser rotulado de neoliberal por não se ausentar da esfera econômico-social, representando um novo paradigma em construção a partir da crise do *Welfare State*, e o se denomina Estado pós-social<sup>6</sup>.

## **2 Constituição.**

A origem do constitucionalismo está ligada à Constituição escrita e rígida dos Estados Unidos da América de 1787, após independência das 13 colônias, e da França em 1789, com a revolução francesa<sup>7</sup>. Existem dois traços marcantes: organização do estado e a proteção aos direitos fundamentais

Apesar da idéia de constituição parecer definida, os constitucionalistas não havia se indagado sobre o sentido do termo “constituição”. Qual a diferença entre a Constituição e a Lei?

Ferdinand Lassalle afirma que tanto a Constituição como a lei tem uma essência genérica comum, a aprovação legislativa. A Constituição é mais do que uma simples lei, pois torna complexo o processo de alterações constantes em seu corpo, evitando sua desnaturação.

A essência da constituição é a soma das forças reais do poder de uma determinada sociedade. O Processo segue a seguinte cronologia: juntam-se os fatores reais de poder, se verifica os seus interesses, transcrevendo-os numa folha de papel. Forma-se então às instituições jurídicas como retrato dos interesses dos diversos fatores reais de poder a ocupar o âmago de uma dada sociedade.

---

<sup>6</sup>SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais. cit. p. 51.

<sup>7</sup> MIRANDA, Jorge. Manual de Direito constitucional. 4 ed. Coimbra : Coimbra Editora. T.1. p.138.

Ferdinand Lassalle identifica ser o processo de conformação social formado de baixo para cima, ou seja, quando a constituição não retratar os interesses dos fatores reais de poder, ela será mera folha de papel.<sup>8</sup>

Konrad Hesse, no intuito de combater a idéia de Lassalle, afirma a capacidade da Constituição de sempre submeter-se a realidade fático-social. Assevera estar o constitucionalismo histórico marcado pelo isolamento entre a norma e a realidade.

Na opinião de Konrad Hesse: “A constituição adquire força normativa na luta pela conformação social”<sup>9</sup>. Ora, pensar que a Constituição deve modificar a realidade social com base em sua forma normativa é afirmar que se deve tentar evitar a conversão de questões constitucionais em questões de poder.

As propostas defendidas por Lassalle e Hesse não são contraditórias, mas sim complementares, formando um círculo de influência “sociedade-constituição” e “constituição-sociedade”, justifica-se porém pensar que a realidade social influencia as normas constitucionais e recebe da Constituição uma força ordenadora de conformação das condutas sociais. Trata-se de sistema dinâmico, e, como todo sistema, possui falhas em decorrência do não reconhecimento das normas constitucionais no seio da sociedade, reputando-as ilegítimas e ocasionando a sua ineficácia<sup>10</sup>. De outro lado, as normas constitucionais construídas nem sempre traduzem o bem comum e mesmo assim, a sociedade condiciona-se a aceitar, como, por exemplo, no caso de impostos declarados constitucionais por interpretação eminentemente política.

---

<sup>8</sup> LASSALLE, Ferdinand. A Essência da Constituição. 6ª ed., Rio de Janeiro : Ed. Lúmen Juris, 2001, p. 14-40.

<sup>9</sup> HESSE, Força Normativa da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, cit. p. 14-56.

<sup>10</sup> Veremos em tópico próprio ser essa ineficácia apenas social, perdurando a eficácia jurídica, o que possibilita ao Estado, mesmo após o desuso pela sociedade, sua aplicação, restando daí um exemplo de mínimo de eficácia presente em toda norma constitucional.

### 3 Interesse público e interesse privado.

A tradição brasileira tem colocado o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado. O axioma no tradicional direito histórico brasileiro consolidou a supremacia do Direito Público, e sua prevalência sobre os interesses particulares. Faz-se necessário repensar um ordenamento constitucional capaz de garantir a existência de segurança jurídica na defesa dos interesses particulares, tendo parte da doutrina definindo os mesmos como o conjunto de direitos que têm os indivíduos considerados como membros de uma coletividade.<sup>11</sup>

Existe uma confusão entre a força do princípio da supremacia do interesse público com regras meramente pontuais, nas quais o legislador, numa pré-ponderação de valores, optou pela prevalência do interesse público sobre o interesse particular. Nota-se também, como bem asseverou Alexandre Santos Aragão <sup>12</sup>, que há, na Constituição Pátria, normas a proteger o interesse particular mesmo diante do interesse público e que ocorre por exemplo na inviolabilidade de domicílio, que apenas se rompe através de uma decisão judicial, não havendo como possibilitar a Administração Pública quebra das regras processuais em desatendimento ao procedimento constitucionalmente protegido sob pena de ocasionar um ato público de violação ao texto constitucional, o qual geraria a punição disciplinar do agente ou seu enquadramento em crime de responsabilidade.

Em nenhum momento no texto constitucional o legislador constituinte tem optado por o interesse público em detrimento do particular, não havendo de se falar em imposição de determinado princípio frente a outro. Os princípios e regras que tratam do interesse público e do interesse privado são, sim, abstratos, e só podem ser analisados diante do

---

<sup>11</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo : Malheiros, 2003, p. 60.

<sup>12</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de, A “Supremacia do Interesse Público” no advento do Estado de Direito a na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo. INTERESSES PÚBLICOS versus INTERESSES PRIVADOS: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro : Lumen Júris, 2005, p. 4.



caso concreto, no qual se utilizará a ponderação dos interesses à luz de valores constitucionais.

Vale diferir que o interesse público ainda se desdobra em: os interesses particulares do Estado, pessoa jurídica; e os interesses gerais da coletividade, traduzidos em cada indivíduo componente da mesma.

O argumento da supremacia do interesse público sem verificação do caso concreto torna-se mero argumento de arbitrariedade, havendo uma tradicional inversão de valores em desrespeito à noção de racionalidade, ou seja, o Estado nasce para realizar os interesses do homem e não o contrário. Aceitar a submissão do homem ao interesse do Estado é retroceder aos tempos do Absolutismo e da irracionalidade, retirando a grande conquista do ser humano, seu livre arbítrio.<sup>13</sup>

Daniel Sarmiento<sup>14</sup> assevera:

“O princípio em discussão baseia-se numa idéia equivocada da relação entre pessoa humana e Estado, francamente incompatível com o *leitmotiv* do Estado Democrático de Direito, de que as pessoas não existem para servir aos poderes públicos ou à sociedade política, mas, ao contrário, estes é que se justificam como meios para proteção e promoção dos direitos humanos.”

A supremacia do interesse público inviolável deve ser reavaliada após o surgimento do poder limitador da atuação estatal. Eventos como a separação dos poderes são apontados como marcos da superação do antigo regime absolutista, em um novo modelo em que ganha destaque uma Carta Magna como lei suprema e, conseqüentemente, limitadora dos “poderes constituídos”.

---

<sup>13</sup> SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. INTERESSES PÚBLICOS versus INTERESSES PRIVADOS: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro : Lumen Júris, 2005, p. 26.

<sup>14</sup> SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses Privados. cit. p. 27.

Dessa nova ótica, ganha relevo o princípio da separação dos poderes, elegendo-se o parlamento como veículo de expressão da vontade popular através da elaboração de normas jurídicas e limitando-se a atuação dos demais poderes. Neste sentido Gustavo Binbenbojm<sup>15</sup>:

**Tal história seria esclarecedora, e até mesmo louvável, não fosse falsa. Descendo-se da superfície dos exemplos genéricos às profundezas dos detalhes, verifica-se que a história da origem e do desenvolvimento do direito administrativo é bem outra. (...) O surgimento do Direito Administrativo, e de suas categorias jurídicas peculiares (supremacia do interesse público, prerrogativas da Administração, discricionariedade, insindicabilidade do mérito administrativo, dentre outras), representou antes uma forma de reprodução e sobrevivência das práticas administrativas do Antigo Regime que a sua superação. A juridicização embrionária da Administração Pública não logrou subordiná-la ao direito; serviu-lhe apenas de revestimento e aparato retórico para sua perpetuação fora da esfera de controle dos cidadãos.**

A administração era responsável por editar e julgar as questões pertinentes a legislação administrativa. Como “julgar a administração é administrar”, surge o direito processual administrativo, consagrador das regras de privilégio em favor da administração, acabando com a isonomia existente entre o interesse público e o interesse particular. Gustavo Binbenbojm acertadamente declara: “se algum sentido garantístico norteou e inspirou o surgimento e desenvolvimento da dogmática administrativa, este foi em favor da Administração, e não dos cidadãos”<sup>16</sup>.

Renato Alessi divide o interesse do público em: interesse público primário, conjunto de interesses que os indivíduos têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade, representando os interesses gerais da coletividade, merecedores da histórica supremacia; e interesse público secundário, como meros interesses particulares do Estado enquanto pessoa jurídica, desvinculados da representação direta

---

<sup>15</sup> BINENBOJM, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um novo Paradigma para o Direito Administrativo. INTERESSES PÚBLICOS versus INTERESSES PRIVADOS: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro : Lumen Júris, 2005, p. 119.

<sup>16</sup> BINENBOJM, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um novo paradigma para o Direito Administrativo. INTERESSES PÚBLICOS versus INTERESSES PRIVADOS: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro : Lumen Júris, 2005, p. 123.

da vontade coletiva<sup>17</sup>. Nem todo interesse do Estado é o interesse da coletividade. Em se pensando na hipótese de um novo abono ao servidor público federal, pergunta-se: em um país com dificuldade de implementação de políticas públicas por “falta” de verba, qual o benefício desse aumento de gastos para a massa desfavorecida?

Os interesses prevalecentes em uma sociedade devem estar obrigatoriamente vinculados ao respeito à Constituição, e, conseqüentemente, aos direitos humanos, há de ser verificado então, caso a caso, quando o interesse particular do cidadão, membro da coletividade, deve ceder espaço ao interesse público.

Como pode-se observar, o Estado Moderno tem por objetivo proporcionar a estabilidade social, que será alcançada através do controle das relações privadas, mas também, da postura assistencialista a ser adotada pelo Estado como defensor do desenvolvimento nacional e bem-estar econômico<sup>18</sup>, e o fomentador de prestações que tenham por motivação o desenvolvimento de sua responsabilidade social, vez que, como versa o preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil, é ele “representante do povo brasileiro” e deve servir a seu povo de maneira a satisfazer os fins almejados por ele<sup>19</sup>.

O povo detém o poder e a ele deve servir o Estado e seus agentes políticos, devendo o Estado não ser protetor das relações econômicas privadas contra o mercado externo, protegendo, nesse instante, uma coletividade privilegiada, mas deve o Estado, em especial, proporcionar proteção às relações privadas dos cidadãos, que em certos momentos aparecem como consumidores de bens e, em outros, como titulares de direito subjetivo público como aquele atinente ao meio ambiente, entres outros direitos difusos, produzindo com essa atitude melhor qualidade de vida para população.

---

<sup>17</sup> SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. INTERESSES PÚBLICOS versus INTERESSES PRIVADOS: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro : Lumen Júris, 2005 p. 23-24.

<sup>18</sup> Tema será amplamente debatido em capítulos específicos.

<sup>19</sup> Os fins almejados pelo o povo no momento em que constituíram os poderes aos agentes políticos.

Infelizmente, os agentes políticos em geral esquecem dos compromissos prestados em campanhas eleitorais, e ao assumirem seus cargos deixam o interesse da sociedade em segundo plano. O Estado é, e sempre deverá ser, um agente realizador da vontade coletiva e garantidor dos direitos humanos fundamentais.

O interesse público só deve prevalecer em qualquer sociedade, quando for para beneficiar o interesse da coletividade <sup>20</sup>. Neste ponto, Emmanuel Sièyes: “O que é vontade de uma nação? É o resultado das vontades individuais, como a nação é a reunião dos indivíduos”. O judiciário tem o dever de analisar o caso concreto antes de aplicar a supremacia do interesse público sobre o interesse privado, respeitando tanto o princípio da dignidade da pessoa humana, quanto os direitos fundamentais.

#### **4 Direito objetivo e direito subjetivo.**

Como explica Tércio Sampaio Ferraz Jr., a dicotomia entre o direito objetivo e subjetivo surge como uma maneira de afirmar que o direito é um fenômeno objetivo porque não pertence a ninguém socialmente, sendo um dado cultural, nessa esteira é também um fenômeno subjetivo “no sentido de que faz , dos sujeitos, titulares de poderes, obrigações faculdades, estabelecendo entre eles relações”<sup>21</sup>.

Não existe um conceito elaborado pelos juristas de direito subjetivo. Essa expressão tem “carga valorativa positiva: direito subjetivo significa que a situação é considerada da perspectiva de um sujeito a quem ela favorece. Em segundo lugar, via de regra, essa situação favorável surge em face de normas que restringem o comportamento dos outros.”<sup>22</sup>. Numa terceira situação, implica faculdade ou poder, sendo faculdade o exercício do direito no momento em que se verifique adequado seu titular; e poder, enquanto se tem a possibilidade de submeter os outros a um dado direito próprio.

---

<sup>20</sup> SIEYÈS, Emmanuel Joseph . Qu'est-ce que l'Être État? . Editora Lumen Júris. Rio de Janeiro : 2001, p. 69.

<sup>21</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação – 2 ed. São Paulo : Atlas, 1994, p. 148.

<sup>22</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação – 2 ed. São Paulo : Atlas, 1994, p. 152.

Em lição de Edvaldo Brito na qual cita Teran: “os conceitos jurídico-positivos somente são aplicáveis à esfera de validade determinada quanto ao espaço e ao tempo, em sentido histórico...”<sup>23</sup>. Ora, o conceito de direito subjetivo deve ser refletido e adequado às novas condições históricas em que vivemos, vez que os valores sociais estão em constante mutação. Como pensar na possibilidade de um conceito jurídico-positivo formulado há duzentos anos atrás ser parâmetro para a interpretação da expressão “direito subjetivo”? Frise-se que não devemos desprezar os conceitos formados anteriormente, embora temos por obrigação torná-los o mais efetivo quanto possível afim de resguardar o arbítrio conformador presente no texto constitucional de 1988, que é o de assegurar uma sociedade democrática na qual deve predominar a Justiça Social.

Não devemos confundir direito subjetivo público com o termo direito público subjetivo, já que a primeira expressão “se presta a designar os direitos outorgados pela Constituição e oponíveis a qualquer órgão estatal. O direito público subjetivo, é o direito outorgado pelo ordenamento jurídico ao Estado nas suas relações de ordem pública”<sup>24</sup>.

Hoje o indivíduo não precisa se afirmar diante do Estado, pois o mesmo é a figura que representa a comunidade de indivíduos. Não representa o Estado a figura do Rei, mas sim do povo, não sendo possível alegar direito público subjetivo contra seu povo, ou seja, em interesses próprios, em razão de ser o Estado uma ficção jurídica, e, por isso, impossível ser sujeito desses interesses.

Direito subjetivo é assim a faculdade que o titular “deve”<sup>25</sup> exercer para proteção do poder expresso em normas constitucionais de direitos fundamentais as quais estão alicerçadas no princípio fundamental do Bem-estar social, essenciais para ser

---

<sup>23</sup> BRITO, Edvaldo. Limites da Revisão constitucional. Porto Alegre : Sergio Antônio Fabris Editor, 1993, p. 27.

<sup>24</sup> MEREILLES, Ana Cristina N.º. P. C. As normas programáticas de direitos sociais e de direitos subjetivos. Tese defendida em Mestrado da Universidade Federal da Bahia, p. 233.

<sup>25</sup> Vale ressaltar que nos casos de direito subjetivo coletivo apesar da locução a ser utilizada circunscreve-se com “poder”, entendemos ser dever de qualquer cidadão preservar os interesses coletivos subjetivos dentro de uma sociedade democrática.

assegurado o Estado Democrático de Direito. A reafirmação do direito subjetivo, tanto público quanto privado, tem sido um grande paradigma para o Estado, pois garantir os direitos da sociedade é muitas vezes garantir a vontade individual (particular) de seus componentes.

## **5 Frustração constitucional.**

O sistema Constitucional brasileiro no decorrer da história foi extremamente fragmentado em razão do grande número de Constituições e principalmente, do grande número de emendas realizadas em cada uma delas.

A Carta Magna atual, sob a égide da acidentada trajetória institucional, já sofreu mais de meia centena de emendas, antes mesmo de completar a maioria. Alberga assim, a esdrúxula estatística de cerca de duas emendas e meia por ano, cujo produto inevitavelmente depreciativo e de inutilidades gera incerteza, afastando-se dos eixos principais em torno do qual deve gravitar um Estado de Direito: a segurança, a estabilidade das relações políticas, jurídicas e sociais<sup>26</sup>.

Sob uma perspectiva sociológica, as conseqüências funestas giram em torno da impossibilidade de cristalização do sentimento constitucional, destruindo a crença na Constituição, já rara em nosso país, em razão de ter sido, e talvez continue a ser, um regimento instrumentalizado para a luta pelo poder dos grupos abastados.

Obviamente, o ideal constitucional clama por uma Carta possível e passível de provocar mudanças sociais, criando assim um liame de identidade, em que passa a figurar, a Constituição, como um canal aberto na relação entre o cidadão e a pátria mãe.

A Carta Constitucional, como bem leciona o professor Luiz Roberto Barroso, em última análise, tem dado a mesma dignidade ao principal e ao acessório, e, como

---

<sup>26</sup> BARROSO. Luis Roberto. O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas. 8 ed. Atua. São Paulo : Renovar p.47.

conseqüência dessa excessiva casuística, provocado a depreciação do que, de fato, é relevante.<sup>27</sup>

Conjugar a inflação dos textos de curta duração e a crônica instabilidade de regimes que conformam a história do constitucionalismo brasileiro, dando a essa continuação uma sustentação jurídica, reflete a frustração do constitucionalismo no Brasil.

Observa-se a ocorrência freqüente de “Constituições” que invocam o que não está presente, afirmam o que não é verdade e prometem o que não será cumprido<sup>28</sup>, seja por ineficácia “congenita”, ou em função da resistência dos setores econômica e politicamente influentes.

Na primeira hipótese, o preceito já nasce condenado a não produzir efeitos e, sendo o texto deficiente ou estando ausentes quaisquer condições materiais para o seu cumprimento, não logra êxito ao tentar juridicizar o fato social, núcleo do bem ou interesse protegido.

Na hipótese de deixar, a Constituição, de ser cumprida em razão de determinadas forças atuantes, transforma-se, esta, num complexo de promessas que não serão cumpridas. Embora se logre êxito na elaboração legislativa, numa aparente derrota dos interesses escusos, não são honradas, quando da sua aplicação, as diretrizes de cunho social e ideologicamente prenehe. A Lei Maior termina por transforma-se em um mito, em *“mero instrumento de dominação ideológica”*<sup>29</sup>.

Luís Roberto Barroso<sup>30</sup>, ao simular, sobre o mesmo, uma visão ingênua dos usos e costumes, no que tange à ordem Econômica e Social, diz:

---

<sup>27</sup> BARROSO. Luis Roberto. O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas. 8 ed. Atua. São Paulo : Renovar p. 56.

<sup>28</sup> BARROSO. Luis Roberto. O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas. 8 ed. Atua. São Paulo : Renovar p. 61.

<sup>29</sup> GRAU, Eros Roberto. A Constituinte e a Constituição que teremos. 1985, p. 44.

<sup>30</sup> BARROSO. Luis Roberto. O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas. 8 ed. Atua. São Paulo : Renovar. p. 63-64.

Convencer-se-ia, à vista do texto constitucional, que o principal vetor da nossa ordem econômica e social, ao lado do desenvolvimento, é a justiça social (art. 160, *caput*); que o trabalho é mais valorizado que o capital (art. 160, II); que a propriedade tem uma função social (art. 160, III); e, pois, inexistem latifúndios rurais, especulação imobiliária urbana; que existe repressão ao abuso do poder econômico (art. 160, V); que os trabalhadores percebem salário mínimo capaz de satisfazer as suas necessidades e às de sua família (art. 165, I), bem como participarem regidamente dos lucros das empresas (art. 165, V). Sem falar em colônias de férias e clínicas de repouso (art. 165, XVIII).

E o ideário constitucional, diante da ineficácia latente no dia-a-dia de cada cidadão, torna-se um conto literário ideal, vazio e vão. O direito Constitucional, por sua vez, constitui o enquadramento jurídico das relações e dos fenômenos políticos. O Direito, como um todo, é político, vez que suas fontes materiais se ordenam em função das relações de poder.

Ademais, há de se advertir que tal enquadramento jurídico de variáveis políticas não é capaz de sobrepor, por meio da técnica jurídica, a subjetividade e sensibilidade humanas que definem, a cada tempo, o bem maior pretendido. A efetividade da constituição deve se dar muito além de debates meramente políticos, mas sim, e sempre, na busca de valores que alicerçaram o texto constitucional, no intuito de garantir direito da sociedade e das suas minorias.

A fiscalização da constitucionalidade das leis deve pautar-se na busca incessante pela supremacia das normas constitucionais e numa interpretação mais próxima possível da autêntica, sob pena de desvirtuar instrumento tão sábio e útil, nos tempos modernos.



## **CAPÍTULO III - APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS.**

### **1 Sistema de normas constitucionais.**

Não há como estudar as normas constitucionais sem analisar a eficácia das normas dentro do ordenamento jurídico. Não é possível estudar a eficácia das normas constitucionais fora do sistema, tendo-se em conta que o direito não é um sistema, mas sim, uma ciência jurídica que pode ser analisada sistematicamente, de modo a facilitar seu conhecimento e aplicabilidade<sup>31</sup>. Começaremos caracterizando os conceitos de: existência, validade, vigência, eficácia e aplicabilidade; apreciando a inter-relação entre eles, no intuito de discutir o fenômeno da inconstitucionalidade e os limites impostos pelas normas constitucionais aos Poderes Constituídos (Executivo, Legislativo e Judiciário), mesmo quando o Legislativo atua como expressão do Poder “Constituído” Derivado.

#### **1.1 Existência.**

O processo legislativo descritos pela Constituição tanto para norma infraconstitucionais como para norma constitucionais é composto de três fases: fase introdutória, é a necessária iniciativa de produção da lei, na qual o ordenamento faculta a alguém ou a algum órgão estatal a possibilidade de apresentar projetos de lei ou proposta de emenda ao Poder Legislativo; fase constitutiva, é quando o projeto irá para votação sobre a matéria nas duas Casas, Senado e Câmara, em decorrência de nosso sistema bicameral, podendo ser aprovado ou rejeitado; e, por fim, a fase complementar, na qual o projeto de lei aprovado pelas casas é submetido à apreciação pelo Chefe do Executivo, para promulgação e publicação da lei. A promulgação é o atestado de que a lei existe, e conseqüentemente, deverá ser cumprida. Seria a mera confirmação da existência da lei<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> DINIZ, Maria Helena. Norma Constitucional e seus efeitos. – 7ed. Atualizada - São Paulo : Saraiva, 2007, p. 21.

<sup>32</sup> MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 19. ed. São Paulo : Atlas, 2006, p. 580-596.

A norma passa a existir no mundo jurídico com a promulgação, ou seja, última etapa do processo legislativo constitucional, ao qual toda e qualquer norma jurídica deve respeito, sob pena de ser extirpada do sistema pela violação das diretrizes traçadas pelo legislador constituinte.

A publicação consiste em tornar pública a existência da lei promulgada, vez que versa o artigo 5º da Constituição Federal em seu inciso II que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei", e ainda o art. 3º da LICC<sup>33</sup>: "Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece". A lei passa a existir no mundo social após sua publicação, apesar de já existir no mundo jurídico.

## 1.2 Validade.

Paulo de Barros atribui à validade o *status* de relação, vínculo estabelecido entre a proposição normativa, norma constitucional, e o sistema posto, Constituição<sup>34</sup>. Concordamos ser o requisito da validade verificável diante do sistema em que está integrado; contudo, preferimos ir mais além nesse estudo. Existem requisitos de ordem objetiva, subjetiva e material para configuração da validade de um enunciado normativo, sendo eles: a observância do processo legislativo, o atendimento às normas organizativas e, por fim, a não contrariedade do conteúdo das normas constitucionais pelo dispositivo legal. A norma é válida independentemente da sua aplicabilidade ante a situação concreta. A validade não implica em eficácia da lei e nem a eficácia implica em validade<sup>35</sup>.

Celso Antônio Bandeira de Melo explica ser a validade adequação do ato com as exigências do ordenamento jurídico. O ato eficaz ocorre quando está apto à produção de seus efeitos típicos sem qualquer dependência a evento posterior. Conclui ser a

---

<sup>33</sup> Lei de Introdução ao Código Civil. Decreto-lei nº 4657/42.

<sup>34</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário. 18. ed. Ver. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2007 p. 82.

<sup>35</sup> No mesmo sentido: Silva Neto, Manoel Jorge e. Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro : Ed. Lúmen Júris. 2006, p.114.

eficácia, “situação atual de disponibilidade para produção dos efeitos típicos, próprios, do ato (...).”<sup>36</sup>

A validade constitucional está intimamente ligada à eficácia constitucional, sendo considerada válida a norma que respeita os ditames e procedimentos prescritos no texto constitucional. A validade formal, técnico-jurídica, na visão de Maria Helena Diniz, significa dizer que foi elaborada seguindo os procedimentos legais e através do órgão competente<sup>37</sup>.

Válida, é assim, toda a norma constitucional criada obedecendo à competência para legislar, os procedimentos a serem seguidos como: iniciativa, quorum, e o quanto ao seu conteúdo, o respeito aos princípios e regras constantes no texto constitucional. A publicação gera a presunção de validade, devendo a lei ser considerada válida, só podendo ser declarada inválida por conta da violação dos preceitos constitucionais dispostos.

### 1.3 Eficácia.

Paulo de Barros Carvalho divide a eficácia da norma em três espécies: jurídica, técnica e social. Eficácia jurídica não é o atributo da norma, mas do fato; ocorrendo o fato conseqüentemente ocorrerão seus efeitos. Já a eficácia técnica é “a condição que a norma jurídica ostenta, no sentido de descrever acontecimentos que, uma vez ocorridos no plano do real-social, tenham o condão de irradiar efeitos jurídicos, já removidos os obstáculos de ordem material que impedem tal propagação”. Acontece quando a norma perde a sua aplicabilidade pelo consenso da sociedade em respeitá-la. A eficácia social ou efetividade é o respeito da comunidade a norma jurídica posta<sup>38</sup>. Para efeito de normas constitucionais, discutiremos a eficácia dividida em: eficácia social, a qual será

---

<sup>36</sup> Bandeira de Mello, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. São Paulo : Malheiros, 2003, p.

<sup>37</sup> Diniz, Maria Helena. Norma Constitucional e seus efeitos. – 7ed. Atualizada - São Paulo : Saraiva, 2007, p. 25

<sup>38</sup> Carvalho, Paulo de Barros. Curso de direito tributário. 18. ed. Ver. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2007 p. 82-84.

tratada como “eficácia”, e a eficácia jurídica, que trataremos como “aplicabilidade” em tópico próprio. A eficácia da norma ocorre quando a mesma está produzindo seus efeitos ou potencialmente pronta para produzi-los<sup>39</sup>.

Para Manoel Jorge e Silva Neto, norma eficaz “é aquela que se encontra apta ao desencadeamento dos efeitos que lhe são ínsitos, próprios”<sup>40</sup>. A eficácia não se confunde com a aplicabilidade, cujo significado é qualidade do que é aplicável, podendo-se dizer que eficácia seria a potencialidade e a aplicabilidade a realizabilidade. A eficácia é a possibilidade à realização de seus efeitos no mundo jurídico, o que não é o mesmo que dizer estar ela produzindo tais efeitos, mas apenas há possibilidade de produzi-los<sup>41</sup>.

#### 1.4 Aplicabilidade.

Aplicabilidade é a produção dos efeitos de uma norma eficaz num determinado caso concreto. É a aplicação da hipótese normativa a um determinado caso previsto abstratamente nessa norma, em conseqüência da sua ineficácia social.

Verificamos que, nas normas de conduta, a relação entre eficácia (eficácia social) e aplicabilidade (eficácia jurídica) é relação de causa-conseqüência, ou seja, a sua não observância viola os efeitos coercitivos da prescrição legal, sendo necessária a atuação do Estado, para, com o uso da força, dar-lhe aplicabilidade impondo ao cidadão o cumprimento da coação prevista.

---

<sup>39</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro : Ed. Lúmen Júris. 2006, p.116-117.

<sup>40</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro : Ed. Lúmen Júris. 2006, p.115.

<sup>41</sup> Divergente dessa teoria o posicionamento de Maria Helena Diniz: “A eficácia vem a ser a qualidade do texto normativo vivente de produzir, ou irradiar, no seio da coletividade, efeitos jurídicos concretos, supondo, portanto, não só a questão de sua condição técnica de aplicação, observância, ou não pelas pessoas a quem dirige, mas também de sua adequação em face da realidade social, por ele disciplinada, e aos valores na sociedade, o que conduziria ao seu sucesso”. Norma Constitucional e seus efeitos. – 7ed. Atualizada - São Paulo : Saraiva, 2007, p.30.

Quanto às normas de competência, entendemos, no caso das omissões legislativas, não haver um instrumento adequado no ordenamento para dar a máxima efetividade e assegurar os direitos individuais violados pelas omissões do Poder Legislativo<sup>42</sup>.

### 1.5 Vigência.

A vigência ocupa dois sentidos em nosso ordenamento: sentido amplo, não é a vigência uma qualidade da própria norma, pois ela depende da relação com o sistema jurídico; e sentido estrito, também denominado de vigência temporal é a qualidade da norma em determinado lapso temporal de produzir, concretamente, a eficácia e aplicabilidade<sup>43</sup>.

O ordenamento pode determinar um lapso temporal para que um preceito normativo válido venha a integrá-lo. É o prazo necessário, em termos já que atribuído pelo legislador, para que a sociedade tome conhecimento do novo dispositivo, evitando sua transgressão em razão do desconhecimento. Existem casos em que a vigência é determinada dentro do próprio preceito normativo, estando prevista a expressão “Esta lei entra em vigor...”. A lei não “entra em vigor”, mas sim, “entra em vigência”. Aqui cabe a diferenciação entre vigor e vigência. Vigor é a força vinculante do preceito normativo<sup>44</sup>. Todo aquele momento em que a norma for utilizada para dar eficácia jurídica a um caso concreto será denominado “vigor”. Durante a vigência teremos vários momentos em que a norma vai impor sua força vinculante, entrando em vigor.

Manoel Jorge e Silva Neto explica ser a vigência diferente da validade, “pois o período a mediar a publicação e o início da entrada em vigor da norma - a conhecida *vacatio legis* - bem denota a dessemelhança entre validade e vigência”<sup>45</sup>. A vacância paralisa a entrada da lei em vigência, não podendo ser aplicada. A lei pode ser válida e ainda não

---

<sup>42</sup> Não aprofundaremos no tema das omissões legislativas por tratar-se de questão complexa, o que demandaria um estudo profundo, e não cabível na abordagem dada a este trabalho.

<sup>43</sup> DINIZ, Maria Helena. Norma Constitucional e seus efeitos. – 7ed. Atualizada - São Paulo : Saraiva, 2007, p. 28.

<sup>44</sup> DINIZ, Maria Helena. Norma Constitucional e seus efeitos. – 7ed. Atualizada - São Paulo : Saraiva, 2007, p. 28.

<sup>45</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro : Ed. Lúmen Júris. 2006, p. 120.

estar vigente, e pode estar vigente sem ser válida, como ocorre nos casos de declaração da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, pois, como já dito, toda lei tem presunção de validade. Ter “presunção de validade” é diferente de ser “válida”.

Quanto à diferenciação entre vigência e eficácia, uma lei pode ser eficaz ainda que não vigente. Manoel Jorge e Silva Neto<sup>46</sup> esclarece bem a questão:

**“A norma pode ser socialmente eficaz antes mesmo de entrar em vigência? A resposta é afirmativa. Se os indivíduos, no plano da realidade, passam a conformar as suas condutas de acordo com o previsto em norma que ainda não vigora (por não transcorrido ainda, por exemplo, o período da *vacatio legis*), tudo para conduzir a melhor convivência social, parece clara a hipótese de lei vigente, contudo portadora de eficácia social.”**

Contudo, geralmente acontece o contrário, ou seja, uma norma está vigente mas não adquire eficácia em razão da não aceitabilidade da mesma pela cultura de determinada sociedade.

## **2 Teoria da Bipolaridade.**

A Teoria da Bipolaridade divide a eficácia constitucional em positiva e negativa. A eficácia positiva, por sua vez, divide-se em: total, quando se tem a eficácia político-normativa, a atuação dos poderes constituídos em harmonia com os valores assegurados, realizando as atitudes descritas no texto constitucional; já na parcial, tem-se que os efeitos das normas constitucionais são postergados ou suspensos por questões políticas, instaurando uma lacuna técnica, e sendo conhecida sua desobediência pelo destinatário, o qual não observa seu comando, ao omitir-se de regulamentar<sup>47</sup>.

Já a eficácia negativa divide-se, por seu turno, em total, no caso de criação de nova carta política em decorrência da vontade popular ou de uma revolução; e parcial,

---

<sup>46</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro : Ed. Lúmen Júris. 2006, p.120.

<sup>47</sup> Norma Constitucional e seus efeitos. – 7ed. Atualizada - São Paulo : Saraiva, 2007, p.67.

quando se estabelece um costume negativo ou ocorre o desuso, que prevalecerão sobre a norma positiva já existente.

### **3 Constituição e eficácia das normas.**

Não há norma constitucional sem um mínimo de eficácia. Nesse sentido Kelsen: “Uma norma que nunca e em parte alguma é aplicada e respeitada, uma norma que não é eficaz em certa medida, não será considerada como norma válida. Um mínimo de eficácia é a condição de sua vigência”<sup>48</sup>. Ora, é ilógico se pensar que uma norma possa permanecer no mundo jurídico se não pode ter aplicabilidade, mostrando-se eficaz, a dada situação concreta.

E aqui vale lembrar os ensinamentos de Ferdinand Lassalle: “Onde não tiver a constituição escrita esta correspondência, a folha de papel sucumbira à constituição real”<sup>49</sup>. Assim, entende-se que nos lugares onde a Constituição escrita não refletir os interesses da sociedade, ela deve ser considerada uma folha de papel, inútil. Da mesma forma, esse conceito aplicar-se-á às normas constitucionais que não possuem um mínimo de eficácia, devendo ser consideradas como mero preceito normativo morto, pois não reflete nenhum anseio social, não regulamentando nenhuma situação jurídica.

Bobbio<sup>50</sup> salienta que a eficácia da norma jurídico-constitucional a partir da sua interação com o ordenamento jurídico, ou seja, sistema de normas que regulam as condutas e competências em uma dada sociedade.

### **4 Classificação das normas constitucionais.**

As normas jurídicas são distintas, determinando uma ação, conduta positiva, ou uma omissão, conduta negativa: denominando-se as primeiras preceptivas, e as outras proibitivas<sup>51</sup>.

---

<sup>48</sup> KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 6.ed., São Paulo : Martins Fontes, 1999, p. 79-85

<sup>49</sup> A Essência da Constituição. 6ª ed., Rio de Janeiro : Ed. Lúmen Juirs, 2001, p.1.

<sup>50</sup> BOBBIO, Noberto. Ordenamento jurídico. P. 22 e 23.

Maria Helena Diniz propõe a seguinte classificação para as normas constitucionais:

- 4.1 normas com eficácia absoluta;
- 4.2 normas com eficácia plena;
- 4.3 normas com eficácia relativa restringível; e,
- 4.4 normas com eficácia relativa complementável ou dependentes de complementação.

#### 4.1 normas com eficácia absoluta.

As normas com eficácia absoluta são aquelas às quais é vedada qualquer modificação, até mesmo por emenda constitucional. Atribui-se a elas uma eficácia paralisante em relação às normas que tendem a contrariá-las<sup>52</sup>. Podemos considerá-las normas que possuem eficácia positiva total irretratável.

#### 4.2 normas com eficácia plena.

As normas com eficácia plena são aquelas aptas a serem aplicadas desde o momento da sua entrada em vigor, não necessitando de qualquer procedimento para adquirirem eficácia total. São consideradas normas de eficácia positiva retratável, pois permitem limitação pelo legislador Constitucional. José Afonso da Silva caracteriza as normas de eficácia plena como: diretas, incidindo diretamente sobre os interesses constitucionais amparados pelo legislador como preceito normativo; imediatas, dotadas de todos os elementos necessários á sua imposição, e auto-aplicáveis, não dependendo de futura regulamentação para adquirirem eficácia.<sup>53</sup> São normas que podem ser aplicadas imediatamente:

---

<sup>51</sup> SILVA, José Afonso da Silva. Aplicabilidade das normas constitucionais.- 7 ed. – São Paulo : Malheiros Editores Ltda, 2007, p. 67.

<sup>52</sup> DINIZ, Maria Helena. Norma Constitucional e seus efeitos. – 7ed. Atualizada - São Paulo : Saraiva, 2007, p. 112/113.

<sup>53</sup> SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 7ª ed. São Paulo : Malheiro, 2007, p. 101 e 102



O constituinte emitiu essas normas suficientes, pois incidem diretamente sobre os interesses, objeto de sua regulamentação jurídica, criando direitos subjetivos, desde logo exigíveis, uma vez que se pode saber, com precisão, qual o comportamento a seguir.<sup>54</sup>

#### 4.3 normas de eficácia relativa restringível.

As normas de eficácia relativa restringível<sup>55</sup>, também denominadas de normas de eficácia contida por José Afonso da Silva, têm eficácia imediata, entretanto podem ter sua eficácia restringida nos casos previstos em lei; têm seu alcance diminuído pelo Poder Legislativo. Surgem como normas constitucionais de eficácia positiva total, cabendo ao legislador ordinário realizar a limitação de seu alcance. São normas constitucionais que têm dentro da própria estrutura a previsão de uma possível limitação posterior pela atividade legislativa, senão vejamos:

São normas passíveis de restrição. Independente para sua aplicabilidade da interferência do legislador, pois não requerem norma futura, visto serem de aplicação imediata, mas prevêm meios destinados a restringi-las. Logo, enquanto não vier a legislação restritiva, o direito nelas contemplado será pleno. Têm possibilidade de produzir todos os efeitos jurídicos queridos, apesar de sujeitas a restrições nelas previstas ou dependente de regulamentação ulterior que reduza sua aplicabilidade<sup>56</sup>.

#### 4.4 normas com eficácia relativa complementável ou dependente de complementação legislativa.

As normas com eficácia relativa complementável ou dependente de complementação legislativa, são aquelas de aplicação mediata, dependentes de lei complementar ou lei ordinária para adquirirem eficácia. São as normas constitucionais de eficácia positiva parcial, dependendo da atividade legislativa ordinária para alcance dos ser efeitos plenos. Maria Helena Diniz leciona que, enquanto não for promulgada lei complementar ou ordinária tais normas “não produzirão efeitos positivos, mas terão eficácia

<sup>54</sup> DINIZ, Maria Helena. Norma Constitucional e seus efeitos. – 7ed. Atualizada - São Paulo : Saraiva, 2007, p.110. E ainda: Silva, José Afonso da Silva. Aplicabilidade, cit., p. 76,81, 91-6.

<sup>55</sup> DINIZ, Maria Helena. Norma Constitucional e seus efeitos. – 7ed. Atualizada - São Paulo : Saraiva, 2007, p. p.110. E Ainda: Silva. José Afonso da. Aplicabilidade, p. 76, 81, 91-6.

<sup>56</sup> DINIZ, Maria Helena. Norma Constitucional e seus efeitos. – 7ed. Atualizada - São Paulo : Saraiva, 2007, p. 111.

paralisante de precedentes de normas precedentes incompatíveis e impeditiva de qualquer conduta contrária ao que estabelece”<sup>57</sup>.

José Afonso da Silva<sup>58</sup> classifica as normas constitucionais de eficácia relativa em: normas de princípio institutivo, dependentes de lei para dar corpo às instituições, pessoas, órgãos, nela previstos; normas programáticas, que comandam o próprio procedimento legislativo, por estabelecerem de programas constitucionais a serem desenvolvidos mediante legislação a partir da vontade do constituinte.

a) normas de princípios institutivos.

Para que as normas de princípios institutivos adquiram aplicabilidade plena, deve o Poder Legislativo, através de lei ordinária ou complementar, elaborar esquemas gerais de estruturação e atribuições dos órgãos.

b) normas programáticas.

As normas programáticas traçam princípios a serem cumpridos pelos poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário; entenda-se como “programas” como aqueles cujo intuito é o de promover políticas públicas em face aos fins sociais buscados.

São elas “de aplicação diferida, e não de aplicação ou execução imediata; mais do que comandos-regras; explicitam comandos-valores; (...), pelo que pode haver quem afirme que os direitos que delas constam, máxime os direitos sociais (...)”<sup>59</sup>.

Manoel Jorge e Silva Neto leciona:

“As normas programáticas constituem a elevada reserva do propósito do Estado, sendo defeso aos órgãos constituídos tanto reduzir o complexo

---

<sup>57</sup> DINIZ, Maria Helena. Norma Constitucional e seus efeitos. – 7ed. Atualizada - São Paulo : Saraiva, 2007, p. cit. p. 112.

<sup>58</sup> SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 7ª ed. São Paulo : Malheiros. p. 101 e 102.

<sup>59</sup> MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Rio de Janeiro : Forense, 2000, t 1, p. 218.

de metas inserto na constituição como relegar ao obvio as cláusulas consagradoras do programa estatal, tornando-se indiferentes a tais dispositivos mediante a adoção de tese de não-vigência dos preceitos programáticos por força de sua dependência aos fatores de compostura econômica, política, social ou até cultural, como sói ser divulgado aqui ou ali”.

Maria Helena Diniz assegura a eficácia jurídica das normas programáticas conforme as seguintes justificativas: impedem que o legislador comum edite normas em sentido oposto ao direito assegurado pelo constituinte, antes mesmo da possível legislação integrativa que lhes dá plena aplicabilidade, condicionando assim a futura legislação com conseqüência de ser inconstitucional; impõem um dever político ao órgão com competência normativa; informam a concepção estatal ao indicar suas finalidades e os valores objetivados pela sociedade; condicionam a atividade discricionária da administração e do judiciário; servem de diretrizes teleológicas para a interpretação e aplicação jurídica (subsunção, integração e correção); estabelecem direitos subjetivos por impedirem comportamentos antagônicos a ela.<sup>60</sup>

---

<sup>60</sup> DINIZ, Maria Helena. Norma Constitucional e seus efeitos. – 7ed. Atualizada - São Paulo : Saraiva, 2007, p. 112.

## **CAPÍTULO IV - PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.**

No Brasil a cultura constitucional dos princípios vem desenvolvendo-se, embora muito lentamente, no intuito de suprir os objetivos desses institutos jurídicos, tais objetivos constituem: preservação da “vontade da constituição”, a efetivação de todos os princípios e normas constitucionais, e a disseminação do respeito ao texto constitucional.

### **1 Princípios e regras.**

As normas constitucionais podem ser divididas em duas espécies: as regras e os princípios, ambos dotados de aplicabilidade. Apesar do maior grau de abstração e abertura desta última, Ronald Dworkin chega a tratar os princípios como *standards*. Os princípios se diferem das regras quanto à dimensão do peso ou importância, no qual os princípios têm a obrigatoriedade de observar a incidência dos demais, enquanto a regra pode ser suplantada por outra; e conclui afirmando que “Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida, A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo-se a consideração que está além das próprias regras”<sup>61</sup>.

Os princípios diferem-se das regras quanto à dimensão do peso ou importância, no qual os princípios têm a obrigatoriedade de observar a incidência dos demais, enquanto a regra pode ser suplantada por outra, e conclui “Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida, A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo-se a consideração que está além das próprias regras”<sup>62</sup>.

---

<sup>61</sup> Levando os direitos a sério. Tradução e notas Nelson Boeira. – São Paulo : Martins fontes, 2002, p 42-43.

<sup>62</sup> Levando os direitos a sério. Tradução e notas Nelson Boeira. – São Paulo : Martins fontes, 2002, p 42-43.

Conclui José Afonso da Silva

Preceitos fundamentais não é sinônimo de princípios fundamentais. É mais ampla, abrange a estes e todas as prescrições que dão sentido básico ao regime constitucional, como são, por exemplo, as que apontam para a autonomia dos Estados, do Distrito Federal e especialmente as designativas de direitos e garantias fundamentais (Tít. II)<sup>63</sup>.

O princípio seria o início do ordenamento jurídico, o fundamento de toda a criação normativa. As normas estariam obrigatoriamente pautadas nos princípios fundantes, e como aqui se discute o aspecto constitucional, eles servem de base para toda a criação e harmonização da Constituição.

Princípio é a diretriz nuclear do ordenamento jurídico, e, por isso, há a sua reflexão em diversas normas, servindo de critério para a compreensão do texto constitucional, definindo a sua lógica e a racionalidade. Ele exerce a importante função de fundamentar a ordem jurídica na qual foi inserido, irradiando-se para toda e qualquer a relação jurídica.

## **2 A multifuncionalidade dos direitos fundamentais.**

A multifuncionalidade traduz-se na possibilidade de uma norma de direito fundamental pode ter várias funções. Existem diversas classificações importantes quanto à funcionalidade das normas de direitos fundamentais, valendo ressaltar as classificações elaboradas por Alexy, Canotilho e Ingo Wolfgang Sarlet. Os direitos fundamentais, em todas elas, são divididos em direitos de defesa e direitos a prestações.

Para J. J. Gomes Canotilho, os direitos a prestações são divididos em direito originário a prestações, que ocorrem quando existe a garantia constitucional de certos direitos, o *dever do Estado na criação* dos pressupostos indispensáveis ao seu exercício e gera para o cidadão a faculdade de exigir as prestações constitutivas desses dos mesmos; já

---

<sup>63</sup> Curso de Direito Constitucional Positivo, 24ª ed. ver. e atual. p. 530.

direitos derivados a prestações, que se resumem ao direito de igual acesso, obtenção e utilização de todas as instituições públicas *criadas* pelos poderes públicos<sup>64</sup>. O direito derivado à prestação do acesso à justiça ao cidadão deve ser proporcionado pelo Judiciário com a apreciação do caso concreto, individualizando-se a atividade jurisdicional.

Alexy divide assim os “direitos a prestações”: em “direitos a prestações em sentido amplo”, os quais subdividem-se em direitos à proteção e direitos à organização e ao procedimento; e “direitos a prestações em sentido estrito”, relacionados aos direitos a prestações sociais. Ensina ser “todo direito a um ato positivo” um “direito à prestação”, enquanto todo “direito de defesa”, é aquele sobre o qual recai uma ação negativa, ou seja, uma omissão por parte do Estado. Os direitos às prestações traduzem-se em direitos a prestações normativas, como a proteção por meio de normas ou a edição de normas de organização e de procedimentos<sup>65</sup>. O direito à organização e ao procedimento obriga os poderes estatais a agirem, ou omitirem-se, dentro dos limites traçados pela Constituição Formal na contenção do Poder.

Ingo Sarlet classifica a funcionalidade em: direitos à proteção, direitos à participação na organização e procedimento e direitos a prestações em sentido estrito, posicionando-se destarte os direitos à prestações ao lado dos direitos de defesa. Sarlet explica que o indivíduo não possui somente direito de impedir a violação das suas liberdades individuais, mas também o direito de exigir ações positivas de proteção por parte do Estado<sup>66</sup>. O direito subjetivo público do cidadão impõe-se ao Estado tanto como garantia das liberdades negativas, a proteção aos direitos sociais, como às prestações positivas, resguardando-se os direitos sociais.

---

<sup>64</sup> Direito constitucional e teoria da constituição. 6ª ed. Coimbra : Almedina, s/a., p 542-547.

<sup>65</sup> ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 419-442.

<sup>66</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais, 6 ed., Porto Alegre : Livraria do Advogado. p. 195-200.

### **3 Da imediata aplicabilidade do princípio da igualdade.**

As clássicas garantias fundamentais são consideradas “direitos fundamentais”, embora sejam classificadas com essa denominação devido ao caráter instrumental de proteção aos direitos. É através das garantias que ora os cidadãos exigem o cumprimento dos seus direitos pelos poderes públicos, ora normatizam os meios processuais adequados à proteção dos mesmos<sup>67</sup>. A característica do direito fundamental é a mesma da garantia fundamental, a fundamentabilidade, ou seja, o poder de conformar a estrutura do Estado.

O § 1º, do art. 5 da Constituição Federal versa: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. A mesma Constituição, em seu art. 5º, §2º, institui um sistema constitucional aberto à fundamentalidade material. A fundamentalidade está intrinsecamente ligada ao caráter basilar da norma, ao conteúdo essencial que a torna especial e lhe confere tal característica ante a relevância social que assume perante a realidade.

A importância da fundamentalidade em nosso sistema jurídico é a conformação da estrutura do mesmo, as regras e princípios fundamentais descritas no Texto Constitucional. Daí conclui-se que: são normas fundamentais todas aquelas normas constitucionais de caráter principiológico aliadas à fundamentalidade, ou melhor, normas constitucionais consagradoras de direitos, liberdades e garantias.

### **4 Direito Fundamental à Igualdade Formal.**

#### **4.1 Histórico.**

O fato dos direitos e garantias fundamentais terem aplicação imediata não pressupõe que sejam eles absolutos. É característica dos princípios fundamentais é a relatividade.

---

<sup>67</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 6ª ed. Coimbra : Almedina, s/a p. 520

As normas constitucionais que asseguram direitos fundamentais, conforme já visto, têm aplicabilidade imediata, podendo ser consideradas de eficácia plena, ou até mesmo de eficácia absoluta.

Destarte, as normas fundamentais são de aplicação imediata, e, por essa razão, são eficazes desde a sua entrada em vigor por *via direta* do Texto Constitucional, independentemente de atividade legislativa ou regulamentar. Mesmo assim, não há uma implicação de forma automática, pois a sua realização depende apenas dos operadores de direito, os quais têm por obrigação de assegurar os preceitos disciplinados na Constituição.

A igualdade formal foi Declaração Universal do Homem e do Cidadão em disposição no seu art. 1º trata cada ser humano individualmente, surgindo como um direito negativo do indivíduo, ao qual o Estado de Direito não poderia superar, exigindo uma conduta omissiva.

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, em seu art. 5º, *caput*, prevê:

**Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...].**

Em seu discurso, intitulado *Oração aos Moços*, Rui Barbosa assevera<sup>68</sup>:

**A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.**

Hoje já é pacífico ser a igualdade entendida em suas múltiplas facetas, impondo ora ao Estado um comportamento de omissão, no intuito de respeitar as liberdades individuais, ora de forma positiva, por meio de ação, não permitindo até mesmo que omissões

---

<sup>68</sup> BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. Martin Claret: São Paulo, 2003, p.19.



legislativas gerem violações a direitos sociais descritos em normas programáticas, conforme nossa interpretação, deve ter uma eficácia mínima reconhecida, para não ocasionar o perecimento do próprio cidadão.

Roberto Bobbio<sup>69</sup> afirma que a igualdade perante a lei vai além da afirmação, devendo ser considerada a lei igual para todos. Esse princípio se identifica com o conceito clássico de isonomia, ilustrado da seguinte forma:

**nada mais funesto para a cidade do que um tirano. Antes de mais nada, não existem leis gerais para todos e um só homem detém o poder; fazendo ele mesmo e para si mesmo a lei; e não há de modo algum igualdade. Ao contrário, quando existem leis escritas, o pobre e o rico têm iguais direitos (As suplicantes 429-34).**

Explica Bobbio que houve a modificação do entendimento do princípio ao ser aplicado pelo judiciário, tomando a conotação de igualdade na lei. O intérprete, seja ele legislador, seja ele juiz, deve afastar qualquer conotação arbitrária que cause discriminação, sendo aquela sem justificação<sup>70</sup>.

Não entraremos no embate entre igualdade de direito e igualdade perante a lei, e nem qualquer outro tipo de igualdade abordado por Bobbio pelo fato da discussão gerar em torno do princípio da igualdade formal, ou seja, igualdade de aplicação da mesma lei pelo judiciário a casos semelhantes.

#### 4.2 Igualdade e justiça.

É muito comum tentar-se unir num os conceitos de igualdade e justiça. Para Bobbio<sup>71</sup>, um homem é justo não só porque observa a lei, mas também porque é equânime, assim como, por outro lado, que uma lei é justa não só porque é igualitária, mas

---

<sup>69</sup> BOBBIO, Roberto. Igualdade e Liberdade. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 3. ed. Rio de Janeiro : Ediouro, 1997, p.25.

<sup>70</sup> BOBBIO, Roberto. Igualdade e Liberdade. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 3. ed. Rio de Janeiro : Ediouro, 1997, p.26-28.

<sup>71</sup> BOBBIO, Roberto. Igualdade e Liberdade. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 3. ed. Rio de Janeiro : Ediouro, 1997, p.14.

também porque é conforme a uma lei superior. Pode ele obedecer à lei, e até mesmo à Constituição, e ser injusto, como a história já nos mostrou na Alemanha Nazista.

A justiça Social pregada em um Estado do Bem-Estar deve ser entendida como a possibilidade de todos terem acessos a bens e direitos considerados essenciais em uma determinada sociedade. A igualdade será um dos critérios possíveis de distribuição de justiça.

#### 4.3 Princípio da igualdade segundo Celso Antônio Bandeira de Mello.

O Estado pode conceder tratamento desigual desde que o faça justificadamente, levando-se em consideração as diferenças entre situações e pessoas. Porém, é necessário refletir sobre as discriminações aplicáveis a determinadas situações, com o fito de afastar qualquer agressão ao princípio fundamental à igualdade.

Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>72</sup> faz uma análise completa sobre todos os fatores determinantes do *discrímen*. São dois requisitos necessários para apreciação da relação entre a isonomia e os fatores de discriminação. A lei não pode impor critérios de diferenciação que apresentem elementos específicos ou singulares, de modo absoluto, com objetivo de tratar peculiarmente. O segundo determina que o traço diferenciador adotado em relação à pessoa, coisa ou situação a ser discriminada, não pode ser utilizado como base para sujeitá-las a regimes diferentes elementos que não sejam próprios delas.

O princípio da igualdade tem duplo objetivo. Inicialmente, teria o condão de propiciar garantia individual e, por isso, impõe uma abstenção Estatal, e por outro lado, tem como finalidade tolher preferências infundadas e favoritismos, obrigando o Estado a uma prestação positiva: legislar de forma geral sem benefício de grupos ou pessoas em particular.

---

<sup>72</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2006,

O fator neutro em relação às situações determinantes nunca será válido ou idôneo para produzir diferenças entre pessoas ou coisas. Não poderá o fator comum ser objeto do *discrímen*, pois não fundamentaria racionalmente nenhum tipo de discriminação positiva. Nesse ponto conclui Celso Antônio Bandeira de Mello: “o que autoriza discriminar é a diferença que as coisas possuam em si e a correlação entre o tratamento desequiparador e os dados diferenciais radicados nas coisas”.<sup>73</sup>

A regra geral é a da igualdade entre as pessoas, porém, de forma excepcional e justificadamente, a lei poderá determinar um tratamento desigual, em decorrência de situações concretas. É impossível a utilização de fatores aleatórios, sendo necessário se conjugar “elementos discriminatórios” e “finalidade”. Assim, uma regra está em respeito ao princípio da isonomia, quando houver uma correlação lógica entre o fator utilizado e a discriminação legal produzida em função deste.

A isonomia formal só pode ser afastada por decisão motivada dos poderes públicos, não havendo espaço para critérios de conveniência e oportunidade sob a conseqüência de tornar vazio o princípio da igualdade e desconfigurar-se o Estado Democrático de Direito.

#### 4.4 Isonomia formal à decisão judicial.

O princípio da isonomia formal significa que todos são iguais perante a lei, logo, a lei deve a todos tratar de modo uniforme e, assim, também devem fazer os tribunais, decidindo de forma igual casos idênticos, num mesmo momento histórico. Ora, se os casos concretos são sempre diferentes, porquê aplicar a mesma decisão? Existem questões de direito que aplicam-se a qualquer cidadão que esteja em determinada situação jurídica. Por exemplo: a inconstitucionalidade de uma lei municipal tributária, que disciplinasse inconstitucionalmente um tributo, acaso fosse julgada inconstitucional,

---

<sup>73</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2006,

quantos contribuintes poderiam ser beneficiados com a edição da Súmula Vinculante, vez que não chega ao conhecimento da maior parte da população seus direitos solidários, mas sim, e somente, seus deveres?

Alf Ross chama a atenção: “O Requisito de igualdade encerra unicamente a exigência de que ninguém, de forma arbitrária e sem razão suficiente para isso, seja submetido a um tratamento que difere daquele que se dá a qualquer pessoa”<sup>74</sup>.

Chegamos assim à conclusão de que o juiz tem a obrigatoriedade de aplicação da lei e da Constituição proporcionando a isonomia aos casos com mesmo conteúdo jurídico. As decisões contraditórias têm como conseqüência minar o Estado Democrático de Direito, com descrédito à atuação do poder Judiciário.

## **5 Princípio da Segurança jurídica.**

A Segurança Jurídica é um dos valores basilares do direito enquanto ciência positivada, chegando, aparentemente, a disputar, em importância, com os ideais superiores de justiça. Não constituem o fim último do Direito que tem na justiça o seu valor fundante, mas o instrumento que lhe garante.

É inerente ao direito positivo o aparente conflito entre a segurança jurídica e o ideal de justiça. Enquanto este reflete uma realidade dinâmica que brota da sociedade, a segurança exige a positividade – direito positivo – como uma incondicional validade e obrigatoriedade, independentemente de sua justiça.

A segurança do direito manifesta-se na exigência de positividade, ponto em que se aproxima da Constituição, como fundamento de validade do direito positivo; e do ideal de justiça, tendo como meta garantir a eficácia do princípio da dignidade da pessoa humana, núcleo de onde emana qualquer manifestação dos direitos fundamentais.

---

<sup>74</sup> ROSS, Alf. Direito e Justiça. – tradução Edson Bini – revisão técnica Alysson Leandro Mascaro – Bauru, SP : EDIPRO, 1 reimpressão, 2003,

A idéia de segurança do direito não pressupõe, por si só, a idéia de justiça, porém, inegavelmente, a ausência dela traz em si a noção de injustiça, vez que não há garantias contra arbitrariedades. O direito-segurança só se legitima, portanto, quando condicionado à idéia de justiça, como meio de sua realização:

**Direito seguro legítimo só o é quando o seja para todos, quando essa segurança não seja apenas uma garantia de tranqüilidade das classes dominantes, mas o seja igualmente e na mesma proporção uma garantia de vida digna para as classes menos favorecidas.**<sup>75</sup>

O ideal de segurança passa a emanar do indivíduo e não mais do Estado, revelando o direito ao não retrocesso, à preservação dos direitos já reconhecidos institucionalmente, ao universalismo atemporal dos direitos. Uma maior preocupação, enfim, com o ser humano enquanto fonte do poder estatal, em detrimento das instituições desumanizadas de outrora.

**O princípio da dignidade humana e o reconhecimento do ser humano como fim e não como meio impõem o comprometimento com o direito à segurança de direitos, em detrimento da segurança a despeito dos direitos, seja no âmbito dos direitos civis e políticos, seja no âmbito dos direitos sociais, econômicos e culturais.**<sup>76</sup>

“A aceitação da existência de direitos públicos subjetivos dos cidadãos, oponíveis ao próprio Estado, é uma das mais expressivas conquistas dos tempos modernos”.<sup>77</sup>

Direitos subjetivos que perpassam, obrigatoriamente, pelo aspecto da eficácia e efetividade, como pressupostos da segurança jurídica. A possibilidade que tem o cidadão de confiar na eficácia e, sobretudo, na efetividade dos direitos que lhe são assegurados pela ordem jurídica, pressupõe um direito à segurança.<sup>78</sup>

<sup>75</sup> SILVA, José Afonso da. Constituição e Segurança Jurídica. Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 17.

<sup>76</sup> PIOVESAN, Flavia e Ikawa, Daniela. Segurança Jurídica e Direitos Humanos: o direito à segurança de direitos. Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 81.

<sup>77</sup> CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 22ª ed. – São Paulo: Malheiros. 2006,p.383

<sup>78</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, Belo Horizonte: Fórum, 2005, p.87.

O direito aparece então como elemento constitutivo do modo de produção social, servindo de base ideológica e sendo moldado na sua formulação o “Estado põe o direito – direito que dele emana – que até então era uma relação jurídica interior à sociedade civil. Mas essa relação jurídica que preexistia, como *direito pressuposto*, quando o Estado põe a lei torna-se *direito posto* (direito positivo).”<sup>79</sup>

A positivação do direito pressuposto consiste, portanto, na descoberta dos princípios gerais de direitos de uma determinada sociedade; princípios imanentes e em estado de latência que, uma vez reconhecidos, a legitimam a sociedade e se mostram efetivos com os “braços” que lhe emprestam a segurança jurídica.

---

<sup>79</sup> GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito. 3 ed. – São Paulo Malheiros. 2005, p. 142.

## **CAPÍTULO V - PRINCÍPIOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL.**

Os princípios constitucionais devem obrigatoriamente ser ponto de partida para qualquer intérprete, haja vista representarem o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus afins. São os princípios as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que se institui.

A atividade interpretativa deve ser iniciada com a identificação dos princípios constitucionais que regem a matéria, além de descer em minúcias do mais genérico ao mais específico, até chegar à regra concreta que vai reger a espécie.

Deve-se partir da premissa de que a Constituição é um sistema de normas jurídicas, composta por normas-princípio e normas-disposição – ambas espécies do gênero normas jurídicas<sup>80</sup> –, em que os princípios representam a síntese dos valores mais relevantes da ordem jurídica, há de se haver portanto uma harmonia que ultrapasse o simples agrupamento de preceitos que se justapõem, mas num todo conforme e sem atritos, deve-se ter em conta a existência de valores superiores e diretrizes fundamentais responsáveis por, irradiando-se em cada parte do ordenamento jurídico, dar unidade ao sistema normativo, indicando o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos na atividade interpretativa.

### **1 Princípios constitucionais: fundamentais, gerais e setoriais.**

Os princípios atuam de forma diferenciada, variando na amplitude de aplicação que possuem e, conseqüentemente, na influência que exercem. Para José Afonso da

---

<sup>80</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição : Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora.* - 6ª ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2004, p.151

Silva<sup>81</sup>, os princípios fundamentais, também denominados de político-constitucionais, são normas fundamentais a explicitar as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte, contendo as decisões políticas fundamentais; já os princípios gerais, chamados jurídico-constitucionais, formam temas de uma teoria geral do Direito Constitucional, por envolver conceitos gerais, relações, objetos, que podem ter seu estudo destacado da dogmática jurídico-constitucional.

Para Luís Roberto Barroso os princípios constitucionais dividem-se em princípios fundamentais, princípios gerais e princípios setoriais ou especiais. Os primeiros contêm as decisões políticas estruturais do Estado, são princípios constitucionais de organização, constituindo o núcleo imodificável do sistema, servindo de limites às mutações constitucionais. Os princípios constitucionais gerais possuem menor grau de abstração, esmiuçando os princípios fundamentais e aproximando-os da casuística ao definir direitos. Setoriais, por sua vez, são os que sofrem limitações de ordem temática, restringindo-se a matérias específicas.

Deve ficar claro então o papel desempenhado pelos princípios no ordenamento jurídico constitucional. Além de embasar as decisões políticas fundamentais do legislador constituinte e refletir os valores inspiradores da criação e reorganização do Estado, têm a função de liame entre os diferentes segmentos do texto Constitucional. Assim, empresta-lhe unidade e, sobretudo, condiciona a atuação dos poderes públicos, ajustando a interpretação e aplicação de todas as normas jurídicas vigentes.

## **2 Da supremacia da constituição.**

O direito constitucional é composto de normas jurídicas cuja finalidade é a organização básica do estado e consecução dos interesses de uma dada coletividade. O conjunto dessas normas é denominado de Constituição. Mas para ser determinado com precisão o direito constitucional é necessário estabelecer a noção de norma; para Kelsen, a norma jurídica é o real objeto do direito, ficando a conduta humana com um caráter de

---

<sup>81</sup> Curso de Direito Constitucional Positivo, 24ª ed. ver. e atual. p. 95.



pressuposto material da norma, apenas configurando objeto de estudo da ciência jurídica quando constitui relação jurídica previamente prevista em norma.

O Direito é uma ciência normativa, pois seu objeto são normas que indicam um “dever-ser”, uma predeterminação de conduta, não tendo, nesse aspecto, nenhuma relação com o “ser” da imutabilidade da natureza.

José Afonso da Silva conceitua Constituição como “o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado”<sup>82</sup>. As normas impõem aos poderes públicos uma limitação quanto ao agir, só devendo praticar atos previstos na lei. Não pode o poder público praticar atos meramente morais, religiosos, ou quaisquer outros sem o amparo da lei. As normas constitucionais são pré-determinação de condutas a serem seguidas tanto pelo Estado como pelos cidadãos com um destaque, ao cidadão é legal a realização de qualquer conduta salvo proibido por lei, como pode ser observado do art. 5, inciso II da Constituição Federal.

A Constituição norte-americana representou o nascimento das denominadas Constituições “rígidas”, contrapostas às já existentes Constituições “flexíveis”. A característica que diferencia a constituição: rígida da flexível, é que na primeira é necessário um processo legislativo solene, complexo, para modificação das normas constitucionais enquanto na flexível as normas constitucionais podem ser mudadas ou derogadas por processo legislativo menos complexo, ou sejam através de leis ordinárias<sup>83</sup>.

A supremacia Constitucional deriva do patamar de superioridade na qual a Constituição é colocada frente às demais normas do ordenamento jurídico. Ocupa a Constituição o vértice, exercendo sobre todo o ordenamento influência legitimadora, sendo legítimas

---

<sup>82</sup> Curso de Direito Constitucional Positivo, 24ª ed. ver. e atual. p.37-38.

<sup>83</sup> CAPPELLETTI. Mauro. O Controle Judicial de constitucionalidade das Leis no Direito Comparado. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre, Fabris, 1984. 2ª ed.- Reimpressão. P. 46

apenas as normas infraconstitucionais que não violem os princípios e regras constitucionais<sup>84</sup>

Quanto à violação da Constituição por leis infraconstitucionais, Mauro Cappelletti<sup>85</sup> explica:

**Ou a Constituição é uma lei fundamental, superior e não mutável pelos meios ordinários ou ela é colocada no mesmo nível dos atos legislativos ordinários e, como estes pode ser alterada ao gosto do poder legislativo. Se é correta a primeira alternativa, então é preciso concluir que um ato legislativo contrário à Constituição não é lei; se é correta, ou contrário, a segunda alternativa, então quer dizer que as Constituições escritas outra coisa não são que absurdas tentativas de limitar um poder que é, por sua natureza, ilimitável.**

Num Estado Social de Constituição Rígida, as normas de direito constitucional devem ser interpretadas como diretrizes das quais não se pode afastar sob pena de ter-se tal atitude como arbitrária.

### **3 Presunção de constitucionalidade das leis.**

A lei desempenha um papel fundamental em um Estado Democrático de Direito como é o Estado Federado Brasileiro, vez que somente em virtude de lei pode-se exigir condutas positivas ou negativas ou impor obrigações ou restrições aos direitos dos indivíduos.

Não só o indivíduo deve respeito aos preceitos legais, mas também, e sobretudo, o Poder Público, o qual deve pautar todas as suas condutas positivas ou omissivas no postulado da estrita legalidade.

Tendo em vista que “todo poder emana do povo que o exerce diretamente ou por meio de representantes”, as leis refletem a vontade geral, já que elaboradas por representantes eleitos pelo povo.

---

<sup>84</sup> BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição : Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. - 6ª ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2004,

<sup>85</sup> CAPPELLETTI. Mauro. O Controle Judicial de constitucionalidade das Leis no Direito Comparado. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre, Fabris, 1984. 2ª ed.- Reimpressão. P. 48

Sendo assim, conclusão lógica é a afirmação de que todos os atos normativos editados pela Administração Pública, em nome do povo, estão protegidos por uma presunção de legitimidade, isto é, há uma consequência lógica que é a presunção de constitucionalidade de tais atos.

Serão, portanto, legítimos todos os atos normativos, sendo considerados válidos e constitucionais até que venham a ser declarados inconstitucionais por um órgão competente para tanto. Enquanto não for formalmente atacada a sua constitucionalidade, gozarão de legitimidade, devendo ser cumpridos sob o manto da presunção de que o legislador agiu na mais perfeita sintonia com a Constituição.

Resta assim concluir-se ser a inconstitucionalidade de uma lei medida excepcional, tomada em última hipótese, exclusivamente por órgãos que tenham competência para tanto e quando não for possível, à norma impugnada, conferir uma interpretação que a compatibiliza com a Constituição.

#### **4 Ponderação de interesses.**

Os princípios ou regras que protegem direitos fundamentais, com já visto, podem encontrar-se em situação de contradição ante o caso concreto. Conforme o que foi exposto, não existe princípio ou regra de proteção a direito fundamental que tenha eficácia absoluta sobre as demais normas do ordenamento. Surge daí a necessidade de se apreciar no caso concreto qual dos princípios deve prevalecer. Ressalte-se que o princípio prevalente não elimina o outro princípio.

Pense-se na seguinte hipótese: numa situação jurídica, A, gestor público, alega que B violou o seu direito fundamental à intimidade através de entrevista na qual B, intitula A como sendo acusado da prática de crime contra o erário público por desvio de verbas. Ora, de um lado temos a intimidade de A, e do outro o direito à informação de toda a coletividade interessada no desempenho da função de mesmo gestor. Qual o direito

que deve prevalecer? Neste caso específico entendemos ser prevalente o interesse público sobre o interesse privado. Isso não quer dizer que em outra situação o direito à intimidade não possa prevalecer sobre o direito à informação.

Manoel Jorge e Silva Neto ensina ser a ponderação uma “técnica de decisão que se utiliza quando há colisão de princípios ou de direitos fundamentais, funcionando como uma alternativa à técnica tradicional da subsunção”<sup>86</sup>.

A aplicação da regra da ponderação é necessária pois a restrição a cada um dos interesses deve ser idônea para garantir a sobrevivência do outro. Como a ponderação só se dá no plano dos princípios e direitos fundamentais, o uso dessa regra deve manter o sistema estabilizado, corroborando para a unidade do mesmo. Não existe no ordenamento brasileiro a possibilidade de normas constitucionais originárias estarem em contradição com outras do mesmo patamar hierárquico no plano abstrato.

Em respeito à eficácia das normas constitucionais, na ponderação, uma das regras não pode eliminar a eficácia da outra regra, devendo o legislador manter mínimo de efetividade necessária à manutenção da norma no texto constitucional. Não há como determinar que uma norma do texto constitucional seja desprovida de eficácia.

O benefício conquistado pela aplicação da norma tem que ser suficiente à compensação do sacrifício imposto pela redução da eficácia de um princípio ou uma regra de proteção ao direito fundamental.

## **5 Da limitação dos poderes.**

O poder constituinte é responsável pela elaboração da Constituição. Os órgãos estatais possuem certa liberdade na elaboração, execução e aplicação dos preceitos constitucionais. Entretanto, todos devem respeitar os princípios constitucionais,

---

<sup>86</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro : Ed. Lúmen Júris. 2006, p. 97.

interpretando-os harmonicamente, conforme diz Kelsen, a constituição é a norma fundamental e deve ser interpretada de maneira una, não sendo possível existir antinomias entre as normas constitucionais.

Maria Helena Diniz denomina esse fato de auto-limitação jurídica, ou seja, é a impossibilidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ultrapassarem os limites positivos ou negativos impostos pelos preceitos constitucionais. Isso não quer dizer que as normas constitucionais não atribuam certa liberdade, e com isso discricionariedade, a forma de agir dos órgãos estatais. O que acontece é que essa liberdade deixa sempre um mínimo de discriminação o que leva à obediência ou não, por parte dos órgãos estatais.

## **6 Princípio da interpretação conforme à constituição.**

A noção de interpretação conforme margeia o princípio da presunção de constitucionalidade das normas jurídicas. Chega-se ao âmago do instituto, partindo-se da idéia de que uma norma não deve ser declarada inconstitucional quando esta não for manifesta, devendo prevalecer, na dúvida, em favor da sua preservação; o mesmo vale, sobretudo, para o que ocorre entre as interpretações plausíveis e alternativas, quando ao menos uma seja compatível com a constituição.

A interpretação da norma constitucional deve transcender à decorrente da leitura mais óbvia do dispositivo a ponto de fazer uma seleção na qual se busque excluir aquelas que transgridem substancialmente a Constituição, funcionando, num efeito reflexo, como controle de constitucionalidade da Lei Maior.

A função de controle deve, todavia, ser vista com cuidado. Deve-se estabelecer um limite em que a interpretação conforme não invada a independência e harmonia entre os poderes.

Seus efeitos positivos e, principalmente, os negativos, ao preservar determinada norma e invalidar possibilidades interpretativas, respectivamente, são potencialmente lesivos vez que podem produzir efeitos semelhantes a uma declaração de nulidade sem redução do texto.

Deve-se estar atento à função ontológica do instituto de mecanismo de auto limitação do Poder Judiciário no processo de revisão dos atos dos outros poderes, inclusive muito bem sintetizada por Luiz Roberto Barroso:

**Foi ao Poder Legislativo, que tem o batismo da representação popular, e não ao Judiciário, que a Constituição conferiu a função de criar o direito positivo e reger as relações sociais. Só por exceção – e em resguardo de inequívoca vontade constitucional – é que deverão juízes e tribunais superpor sua interpretação às decisões e avaliações dos legisladores.<sup>87</sup>**

No exercício da interpretação conforme, o Judiciário deve limitar-se a ratificar uma das possibilidades interpretativas prestigiadas pelo Legislativo. Não pode, portanto, transpor a vontade do Texto Constitucional, ir além do sentido escolhido pelo legislador.

Gilmar Ferreira Mendes defende “A interpretação conforme à Constituição é, por isso, apenas admissível se não configurar violência contra a expressão literal do texto e não alterar o significado do texto normativo, com mudança radical da própria concepção original do legislador”<sup>88</sup>.

---

<sup>87</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição : Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. - 6ª ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2004, p. 192.

<sup>88</sup> Transcrição de todo o pensamento do autor: “Segundo a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a interpretação conforme à Constituição conhece limites. Eles resultam tanto da expressão literal da lei quanto da chamada vontade do legislador. A interpretação conforme à Constituição é, por isso, apenas admissível se não configurar violência contra a expressão literal do texto e não alterar o significado do texto normativo, com mudança radical da própria concepção original do legislador. A prática demonstra que o Tribunal não confere maior significado à chamada intenção do legislador, ou evita investigá-la, se a interpretação conforme à Constituição se mostra possível dentro dos limites da expressão literal do texto”. Apud BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição : Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. - 6ª ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2004, p. 193. no mesmo sentido: *Jurisdição constitucional. : o controle abstrato das normas no Brasil e na Alemanha – 5. ed. – São Paulo : Saraiva, 2005, p.290-293.*

Devemos avaliar com muito cuidado o princípio da interpretação conforme. A Constituição deve ser interpretada em todo o seu contexto e não através da interpretação de uma norma isoladamente. O Poder Judiciário pode dar interpretação contrária à expressa em uma norma constitucional, desde que conforme as demais normas do sistema constitucional.

Entendemos ser a atividade judicial fonte criativa do direito, subordinando-se aos limites materiais impostos pelos signos lingüísticos, no qual nenhum intérprete deve ir além do bom-senso.

## **CAPÍTULO VI - NOÇÕES DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.**

### **1 Histórico do Controle Difuso.**

Nas eleições realizadas no final de 1800, nos EUA, o presidente John Adams e seus aliados federalistas foram derrotados pela oposição republicana, tanto para o legislativo como para o executivo. Thomas Jefferson viria a ser o novo Presidente.

No apagar das luzes de seu governo, Adams e o Congresso, no qual os federalistas ainda detinham a maioria, articularam-se para conservar sua influência política através do Poder judiciário. Fizeram aprovar, então, em 13 de fevereiro de 1801, uma lei de reorganização do Judiciário federal, por via da qual se reduzia o número de Ministros da Suprema Corte, para impedir uma nova nomeação pelo Presidente que entrava, além de criar-se dezesseis novos cargos de Juiz federal, todos preenchidos com federalistas aliados do presidente derrotado.

Em 27 de fevereiro de 1801, uma nova lei autorizou o Presidente a nomear quarenta e dois juízes de paz, tendo os nomes indicados sido confirmados pelo Senado em 3 de março, véspera da posse de Thomas Jefferson. Adams, assim, assinou os atos de investidura dos novos juízes no último dia de governo, ficando seu Secretário de Estado, John Marshall, encarregado de entregá-los aos nomeados. Tendo, contudo, um único dia para entregar os atos de investidura a todos os novos juízes de paz, Marshall não teve tempo de concluir a tarefa antes de se encerrar o governo, e alguns nomeados ficaram sem recebê-los.

Eis que Jefferson tomou posse e recusou-se a entregar os atos de investidura àqueles que não o haviam recebido. Entre os juízes de paz nomeados e não empossados estava William Malbury, o qual propôs ação judicial, em dezembro de 1801, para ver reconhecido seu direito ao cargo. Tal pedido foi formulado com base em uma lei de 1789, que havia atribuído à Suprema Corte competência originária para processar e julgar ações daquela natureza. A Corte designou a sessão de 1802 para apreciar o caso.



Sucedeu, porém, que o Congresso, já agora com maioria republicana, veio a revogar a lei de reorganização do Judiciário federal, extinguindo os cargos que haviam sido criados e destituindo seus ocupantes. Com o fito de impedir questionamentos a essa decisão perante a Suprema Corte, o Congresso suprimiu a sessão da corte em 1802, deixando-a sem se reunir de dezembro de 1801 até fevereiro de 1803.

Esse quadro era agravado por outros elementos de tensão, vez que Thomas Jefferson não considerava legítima qualquer decisão da corte que ordenasse ao governo a entrega dos atos de investidura, além do fato de em 1802 a Câmara ter deflagrado um processo de impeachment de um juiz federalista, em uma ação política que ameaçava estender-se até os Ministros da Suprema Corte. Neste ambiente hostil a Suprema Corte reuniu-se em 1803 para julgar *Marbury v. Madison*, sem poder notar que faria deste um dos mais célebres casos constitucionais de todos os tempos.

*Marbury v. Madison* foi a primeira decisão na qual a Suprema Corte afirmou o seu poder de exercer o controle de constitucionalidade, negando aplicação a leis que, de acordo com a sua interpretação, fossem inconstitucionais. A Constituição não conferia a ela ou a qualquer outro órgão judicial competência dessa natureza. Ao julgar o caso, a Corte procurou demonstrar que a atribuição decorria logicamente do sistema. É certo que a argumentação desenvolvida não era pioneira, pois havia precedentes identificáveis em períodos históricos diversos, mas foi neste caso concreto aqui explicitado que ela ganhou o mundo, enfrentando com êxito resistências políticas e doutrinárias.

Marshall, desenvolvendo o seu voto em favor de *Marbury*, afirmou que o demandante tinha direito à investidura no cargo. Além disso, explicitou que, se o mesmo tinha tal direito, deveria haver um remédio jurídico para assegurá-lo. Por fim, dedicou-se a questionar se o *writ of mandamus* seria a via própria e se a Suprema Corte era legitimada a concedê-lo.

Continuou seu argumento, afirmando que o writ era uma ordem para a prática de determinado ato. Examinou a possibilidade de se emitir uma determinação dessa natureza a um agente do Poder Executivo, sustentando que duas categorias de atos do Executivo não seriam passíveis de revisão judicial. Tais categorias seriam as dos atos de natureza política e aqueles aos quais a Constituição ou a lei houvessem atribuído a sua exclusiva discricionariedade. Estabeleceu, assim, que os atos do Executivo seriam passíveis de controle jurisdicional, tanto no que tange à sua constitucionalidade quanto em relação à legalidade.

Ao desenvolver a sua tese acerca da competência da Suprema Corte para expedir o writ, Marshall projetou-se na história do direito constitucional. Sustentou, então, que a lei judiciária de 1789, em seu § 13, ao criar uma hipótese de competência originária da Suprema Corte fora das que estavam previstas no artigo 3º da Constituição, incorria em uma inconstitucionalidade. Prosseguiu afirmando que uma lei ordinária não poderia outorgar uma nova competência originária à Corte, que não constasse do elenco constitucional. Questionou, então, se poderia a Suprema Corte deixar de aplicar, por inválida, uma lei inconstitucional.

Ao expor suas razões, Marshall explicitou três pilares que justificam o controle judicial de constitucionalidade. Seriam eles: a supremacia da Constituição, a nulidade da lei que contrarie a Constituição e, por fim, o Poder Judiciário como intérprete final da Constituição.

Na seqüência histórica, a Suprema Corte estabeleceu sua competência para exercer também o controle sobre atos, leis e decisões estaduais em face da Constituição e das leis federais, conhecendo de recursos contra pronunciamentos dos tribunais dos Estados.

Marbury v. Madison foi, portanto, a decisão que inaugurou o controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno, assentando, dessa forma, o princípio da supremacia da Constituição, da subordinação a ela de todos os poderes

estatais e da competência do Judiciário como seu intérprete final. Pode ser celebrada como o precedente que assentou a prevalência dos valores permanentes da Constituição sobre a vontade circunstancial das maiorias legislativas<sup>89</sup>.

## 2 Histórico do Controle Concentrado.

Nasceu, deste modo, no Direito austríaco, proveniente da Novelle de 1929, um sistema de controle de constitucionalidade, sob o aspecto “modal”, tendo um caráter híbrido<sup>90</sup>. Denominou-se controle de constitucionalidade concentrado. Foi elaborado por Hans Kelsen no projeto do governo Austríaco em 1920. A primeira grande diferença entre o controle concentrado e o sistema difuso-incidental da *judicial review* foi a instituição de um único órgão responsável por controlar a constitucionalidade das leis, ao contrário do outro sistema que permitia a qualquer juiz ou tribunal o controle da inconstitucionalidade.

Nesse modelo, os tribunais não decidiriam sobre a inconstitucionalidade das leis, cabendo a manifestação exclusiva da corte constitucional<sup>91</sup>, suspendendo os processos até o julgamento do controle abstrato, evitando a inconveniência de decisões contraditórias<sup>92</sup>.

---

<sup>89</sup> BARROSO. Luis Roberto. O controle de constitucionalidade no direito : exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. – 2 ed. ver. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2006, p. 1-9.

<sup>90</sup> CAPPELLETTI. Mauro. O Controle Judicial de constitucionalidade das Leis no Direito Comparado. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre, Fabris, 1984. 2ª ed.- Reimpressão. P. 106.

<sup>91</sup> Aqui se tem, assim, um verdadeiro dever daqueles dois órgãos superiores da justiça ordinária e administrativa de não se aplicar as leis, sobre cuja constitucionalidade eles estejam em dúvida, sem primeiro, terem ouvido a respeito o julgamento vinculatório da Corte Constitucional; e nenhuma lei está excluída desta possibilidade de controle. CAPPELLETTI. Mauro. O Controle Judicial de constitucionalidade das Leis no Direito Comparado. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre, Fabris, 1984. 2ª ed.- Reimpressão. p. 107.

<sup>92</sup> “Contudo, na Itália como na Alemanha, diferentemente da Áustria, todos os juízes comuns, mesmo aqueles inferiores, encontrando-se diante de uma lei que eles considerem contrária à Constituição, em vez de serem passivamente obrigados a aplicá-la, têm, ao contrário, o poder (e o dever) de submeter-se a questão da constitucionalidade à Corte Constitucional, a fim de que seja decidida por esta, com eficácia vinculatória”. CAPPELLETTI. Mauro. O Controle Judicial de constitucionalidade das Leis no Direito Comparado. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre, Fabris, 1984. 2ª ed.- Reimpressão. p. 108.

Dirley Cunha Júnior explica que as diferenças entre o controle difuso e o controle concentrado das normas são os seguintes:

- 1- subjetiva - quanto ao órgão que realiza o controle de constitucionalidade - na via difusa como já foi informado, qualquer juiz ou tribunal pode realizá-lo. Já no sistema concentrado apenas o tribunal constitucional pode realizar o controle de constitucionalidade;
- 2- modal – quando as questões de inconstitucionalidade forem suscitadas ou argüidas perante qualquer juiz ou tribunal, temos no controle difuso a via incidental, ou seja, indireta, na qual a questão de inconstitucionalidade levantada é questão prejudicial, sendo o mérito um direito subjetivo. Já o controle concentrado prepondera à via de ação direta, na qual o Tribunal Constitucional está preocupado com o direito objetivo, ou seja, em retirar do ordenamento a norma inconstitucional que viola a Constituição. Não gera direitos subjetivos.
- 3- funcional – os efeitos que produz a decisão de inconstitucionalidade – No sistema difuso os efeitos são *ex tunc*, ou seja, retroativos, voltam para desfazer todas as situações jurídicas formadas sob a vigência da lei inconstitucional, declarando a nulidade do ato normativo. Já no sistema concentrado, os efeitos são operados *ex nunc* (prospectivos), não retroativos, e causam apenas a anulabilidade da lei<sup>93</sup>.

Um primeiro problema a ser abordado dentro do controle concentrado é a questão da constitucionalidade das leis. Somente por aqueles órgãos, não judiciários, mas políticos, que estavam indicados na Constituição, isto é, pelo Governo Federal (Bundesregierung) pode-se argüir a inconstitucionalidade das leis, “tratando-se de pedir o controle da legitimidade constitucional de leis dos Lander (Landesgesetze), pelos

---

<sup>93</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da, 1969. Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática - Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 61-80.

Governos dos Lander (Landesregierungen) tratando-se de controle de leis federais”.<sup>94</sup> Verifica um problema de extrema limitação dos legitimados, tornando o controle de constitucionalidade das leis instrumento a ser utilizado por poucos. Em contrapartida o controle difuso abre margem à insegurança jurídica proporcionada por decisões contraditórias.

Quanto aos interesses protegidos, verifica-se ser o controle difuso de constitucionalidade muito mais democrático, possibilitando a qualquer cidadão requerer a apreciação da constitucionalidade no seu caso concreto. Veja o entendimento abaixo transcrito<sup>95</sup>:

**O controle difuso valoriza, portanto, o sujeito constitucional, a soberania popular, a cidadania e a democracia, já que cumpre o papel de inclusão no espaço constitucional de todos os destinatários de seus princípios e regras, e impede que o constitucionalismo se torne algo privado, que possa ser apropriado autoritariamente por uns poucos detentores do poder.**

### **3 Da inconstitucionalidade da lei.**

O controle de constitucionalidade é um dos mecanismos de correção destinado a restabelecer a harmonia do ordenamento jurídico. E tal controle, talvez o mais importante dos mecanismos existentes, consiste exatamente em verificar-se a compatibilidade entre a lei, ou qualquer outro ato normativo infraconstitucional, e a própria Constituição.

Havendo contraste, o sistema prevê um conjunto de medidas que visam à sua restauração. A declaração de inconstitucionalidade consiste exatamente no reconhecimento da invalidade de uma norma e tem por finalidade paralisar a sua eficácia.

---

<sup>94</sup> CAPPELLETTI, Mauro. O Controle Judicial de constitucionalidade das Leis no Direito Comparado. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre, Fabris, 1984. 2ª ed.- Reimpressão. P.105.

<sup>95</sup>CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional. 11. ed., ver. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 272.

Pode-se dizer que em todo ato de concretização do direito infraconstitucional estará envolvida, explicitamente ou não, uma operação mental de controle de constitucionalidade. Tal controle possui duas premissas como necessárias, quais sejam a supremacia e a rigidez da Constituição. A primeira revela a posição hierárquica mais elevada da Constituição dentro do sistema, o qual se estrutura de forma escalonada e em diferentes níveis. A supremacia constitucional, então, é o fundamento de validade de todas as demais normas e torna insubsistente qualquer ato normativo que esteja em desconformidade com a Constituição. A rigidez constitucional, por sua vez, é também um pressuposto do controle de constitucionalidade.

Para que possa figurar como parâmetro a outros atos normativos, a norma constitucional precisa ter um processo de elaboração mais complexo e diverso do que aquele apto a gerar normas infraconstitucionais. Não houvesse tal rigidez, tal distinção formal, as leis infraconstitucionais seriam criadas da mesma forma que as constitucionais e, em caso de contrariedade, haveria revogação do ato anterior, mas não inconstitucionalidade.

### 3.1 Da declaração de nulidade e da cassação da lei inconstitucional.

No controle difuso de constitucionalidade, a Suprema Corte Americana afastou a lei, para o caso concreto, destruindo todos os efeitos gerados durante sua vigência, optando assim pela tese da nulidade. Verifica-se ter o controle difuso caráter declaratório, sendo a nulidade matéria de ordem pública, não podendo a Corte Constitucional diferir os efeitos da declaração, pois assim estaria determinando a prevalência de uma lei sobre a Constituição. A lei é declarada nula de pleno direito, atingindo sua validade.

Já no controle austríaco a Corte Constitucional não declara uma nulidade, mas anula, cassa. Até a publicação da decisão, a lei continua a fazer efeitos, sendo válida e eficaz perante os momentos ocorridos antes à mesma. Mauro Cappelletti informar ter o sistema austríaco caráter "constitutivo", e também, caráter "geral", ou seja, "dá origem a

uma nova anulação que, não obstante com eficácia não retroativa, mas *ex nunc* ou pro futuro, opera, porém, *erga omnes*, pelo que se fala, precisamente, de uma *Allgemeinwirkung* ("eficácia geral")<sup>96</sup>. Na cassação da lei a decisão é constitutiva, atingindo a vigência do preceito normativo inconstitucional.

#### **4 Espécies de inconstitucionalidade.**

A inconstitucionalidade pode ser entendida como qualquer comportamento decorrente da manifestação do Estado que desrespeite preceitos explícitos e implícitos da Constituição Federal, resultando de uma ação ou omissão do Poder Público, originando às denominadas inconstitucionalidade por ação (positiva) ou por omissão (negativa)<sup>97</sup>.

##### **4.1. Inconstitucionalidade formal e material.**

###### *4.1.1. inconstitucionalidade formal.*

A inobservância das normas constitucionais do processo legislativo tem como conseqüência a inconstitucionalidade formal da lei ou ato normativo produzido, dando ensejo ao pleno controle repressivo de constitucionalidade, realizado pelo poder judiciário, seja pelo método concentrado, seja pela via difusa.

O vício formal de constitucionalidade poderá consubstanciar-se em seu aspecto subjetivo ou no aspecto objetivo, a saber: aspecto subjetivo, a fase introdutória do processo legislativo envolve a fundamental questão da iniciativa da lei. Qualquer espécie normativa deve respeitar o processo de sua formação no que tange àquele que detém o poder de iniciativa legislativa, sob pena de flagrante vício de inconstitucionalidade; e no aspecto objetivo, por sua vez, a inconstitucionalidade formal propriamente dita faz referência às demais fases do processo legislativo que sujeitam

---

<sup>96</sup> CAPPELLETTI. Mauro. O Controle Judicial de constitucionalidade das Leis no Direito Comparado. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre, Fabris, 1984. 2ª ed.- Reimpressão. P. 118

<sup>97</sup> PIMENTA. Paulo Roberto Lyrio. Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade em Direito Tributário/ Paulo Roberto Lyrio Pimenta. – São Paulo : Dialética, 2002, p. 63.

às espécies legislativas, ao vício formal objetivo, caso não respeitem todo o trâmite constitucionalmente previsto.

#### *4.1. 2 inconstitucionalidade substancial ou material.*

Trata-se de verificar material da compatibilidade do objeto da espécie normativa com o conteúdo materialmente contido na Constituição Federal. O processo legislativo pode ter sido fielmente obedecido, mas pode acontecer de a matéria tratada ser incompatível com a Carta Magna.

#### 4.2 Inconstitucionalidade por ação e inconstitucionalidade por omissão.

##### *4.2.1 inconstitucionalidade por ação.*

A inconstitucionalidade por ação é decorrente de uma conduta comissiva, positiva do Estado em desrespeito à Constituição Federal, que poderá ter natureza formal ou material.

##### *4.2.2 inconstitucionalidade por omissão.*

Já a inconstitucionalidade por omissão corre quando existe violação à Constituição resultante de uma omissão do legislador em face de um preceito constitucional que determina seja editado certo ato normativo a regulamentar a matéria nele disposta. Acontece com relação às normas constitucionais de eficácia limitada que dependem de uma normatização infraconstitucional para tornar viável o exercício de determinado direito. Nesta hipótese, se o órgão legislativo permanece inerte, estará obstaculizando o exercício de um direito constitucionalmente assegurado, dando margem à declaração da inconstitucionalidade de sua inércia.



A) *omissão total* – A omissão total ocorre quando tendo o dever de atuar, o legislador abstém-se, deixando um vazio legal quanto ao conteúdo tratado pela matéria<sup>98</sup>.

B) *omissão parcial* – comporta duas espécies: omissão relativa, quando a lei exclui da sua hipótese de incidência, fato sobre determinada categoria, que nela deveria estar abrigada, privando de um benefício e violando, assim, a isonomia; e a omissão parcial propriamente dita, na qual o legislador atua sem afetar o princípio da isonomia, legislando apenas de forma parcial<sup>99</sup>.

## **5 Momentos do controle de constitucionalidade.**

### 5.1 Preventivo e repressivo.

#### *5.1.1 preventivo ou prévio.*

Tenta impedir que uma norma inconstitucional ingresse no Ordenamento, realizado, em regra, pelos poderes, executivo e legislativo.

A norma, ao adentrar no Ordenamento Jurídico deve ser submetida a todo o procedimento constitucionalmente previsto, no qual há duas hipóteses de controle: As Comissões de Constituição e Justiça e o Veto Jurídico.

a) atuação do poder legislativo e comissões de constituição e justiça.

As comissões permanentes de Constituição e Justiça têm a função precípua de analisar

---

<sup>98</sup> BARROSO, Luís Roberto. Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência / Luís Roberto Barroso. – 2. ed. Ver. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2006, p. 35

<sup>99</sup> BARROSO, Luís Roberto. Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência / Luís Roberto Barroso. – 2. ed. Ver. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2006, 37-38

a compatibilidade do projeto de lei ou proposta de Emenda Constitucional com o texto da Carta Magna<sup>100</sup>.

Será exercido ainda pelo plenário da casa legislativa, na hipótese da rejeição do projeto de lei por inconstitucionalidade.

b) atuação do poder executivo e veto jurídico.

Tal hipótese ocorre no momento da participação do chefe do poder executivo no processo legislativo, que poderá vetar o projeto de lei aprovado pelo congresso nacional, caso entenda-o inconstitucional<sup>101</sup>.

c) atuação do poder judiciário e o mandado de segurança.

Existe a possibilidade jurisprudencial, criada pelo próprio STF, de parlamentar impetrar mandado de segurança para assegurar seu direito de não votar em projeto de lei reputado por si inconstitucional

#### *5.1.2. Repressivo ou posterior.*

É realizado sobre a lei, não mais sobre o projeto de lei, e busca retirar do Ordenamento Jurídico a norma editada em desrespeito à Constituição Federal<sup>102</sup>.

---

<sup>100</sup> Art. 58 da CF: O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação.

<sup>101</sup> Art. 66, § 1º da CF: Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará.

§ 1º - Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.

<sup>102</sup> b) controle sucessivo ou repressivo (ou a posteriori) que ocorre somente após a conclusão do processo de elaboração do ato, independentemente de encontrar-se o mesmo em vigor.

O Poder Judiciário possui tal competência, pois o Brasil adota o sistema de controle jurisdicional, embora não seja absoluto, admite, em algumas hipóteses, o controle político:

A despeito da prevalência do controle jurisdicional, tem-se admitido em certo tipo de controle político, exercido nas mesmas hipóteses do controle preventivo, ou seja, por meio dos pareceres, nos projetos de lei, das Comissões de Constituição e Justiça das Casas Legislativas, e por meio do veto jurídico-constitucional, em face de inconstitucionalidade, dos chefes de Poderes Executivos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Ademais pode ocorrer, outrossim, o controle político da constitucionalidade pelo Congresso Nacional, mas aqui já de forma sucessiva ou repressiva, no caso de sustação dos atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa (CF/88, art. 49, V), e no caso de rejeição das medidas provisórias (CF/88, art.62, § 5º).<sup>103</sup>

Há, todavia, os sistemas político e misto, onde, no primeiro, os órgãos que garantem a supremacia da Constituição sobre o Ordenamento são distintos dos demais poderes do Estado. Nesse sistema, adotado por países Europeus como Portugal e Espanha, as Cortes ou Tribunais Constitucionais cumprem essa função de controle. No sistema misto, por sua vez, a função é concorrente entre o Poder Judiciário e um órgão distinto dos três poderes estatais, sendo delimitada a atuação de cada um à espécie normativa. Algumas normas são submetidas ao controle político, enquanto outras sofrem o controle judicial.

## **6 Sistema e vias de controle judicial.**

Os Ordenamentos constitucionais prevêem, em geral, dois sistemas de controle de constitucionalidade, o controle difuso e o controle concentrado.

### **6.1 Controle concentrado.**

Nesse sistema, dito abstrato, de controle de constitucionalidade, a competência para realizar tal controle é restrita do órgão de cúpula do Poder Judiciário. É instaurada uma

---

<sup>103</sup> CUNHA JUNIOR, Dirley da. Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática - Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 95.

controvérsia sobre a constitucionalidade da lei em tese, com o fim de resguardar a harmonia do Ordenamento Jurídico<sup>104</sup>.

O provimento judicial visado consiste na compatibilidade ou não de determinada norma com as regras e princípios consagrados na Constituição. Não há uma lide inter-partes como pano de fundo; a inconstitucionalidade é o pedido principal da demanda; e, por fim, não se discute o direito subjetivo de alguém, mas o direito objetivo de eficácia *erga omnes*.

## 6.2 Controle difuso.

Também chamado de jurisdição constitucional difusa ou via incidental difusa é o que distribui a competência fiscalizatória da qualidade das leis a todos os órgãos do poder judiciário. Qualquer juiz ou Tribunal é fiscalizador e poderá realizar o controle de constitucionalidade das leis no caso concreto<sup>105</sup>.

Nessas hipóteses, a apreciação da inconstitucionalidade corresponde a um incidente processual no qual se visa afastar a aplicação da lei ao caso concreto de interesse das partes. A inconstitucionalidade alegada corresponde à causa de pedir da demanda pleiteada e os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, em regra, se restringem às partes.

---

<sup>104</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil, Lei n° 5.569, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565. – Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 29-30.

<sup>105</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil, Lei n° 5.569, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565. – Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 29-30.

## CAPÍTULO VII - CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO NO DIREITO BRASILEIRO.

### 1 Noções iniciais.

Lembrando lição de Mauro *Cappelletti*<sup>106</sup>: ““controle difuso” é aquele em que o poder de controle pertence a *todos os órgãos judiciários* de um dado ordenamento jurídico, que o exercitam incidentalmente, na ocasião das causas de sua competência”.

O controle difuso de constitucionalidade consiste no qual qualquer juiz ou tribunal estar apto a julgar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo em face da Constituição<sup>107</sup>. Luís Roberto Barroso conceitua o controle como difuso “quando se permite a todo juiz ou tribunal o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma e, conseqüentemente, sua não-aplicação ao caso concreto levado ao conhecimento da corte”<sup>108</sup>.

Daí se extrai a assertiva de que no Brasil todos os juízes, em todas as esferas judiciais; trabalhista, cível, criminal, entre outras, têm o dever de declarar inconstitucional lei ou ato normativo que viole o texto da nossa Carta Magna, retirando desde já a sua aplicabilidade. O controle difuso de constitucionalidade no Brasil é também incidental<sup>109</sup>, ou seja, deve ser realizado no curso de um caso concreto, sendo questão prejudicial,

---

<sup>106</sup> CAPPELLETTI, Mauro. O Controle Judicial de constitucionalidade das Leis no Direito Comparado. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre, Fabris, 1984. 2ª ed.- Reimpressão. P. 67. Neste sentido: TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 5ª ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2007 p. 217.

<sup>107</sup> No Brasil, o controle incidental (por via de exceção ou de defesa), concretamente realizado, é sempre um controle subjetivo, enquanto o controle principal (por via de ação direta) é, em princípio, objetivo”. P. 98. TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional / André Ramos Tavares. 5ª ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2007, p. 220.

<sup>108</sup> BARROSO, Luís Roberto. Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência / Luís Roberto Barroso. – 2. ed. Ver. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2006, p. 47.

<sup>109</sup> Vale ressaltar que o controle de constitucionalidade difuso não é por natureza incidental, ele pode vir a ser realizado por qualquer juiz ou tribunal por meio de ação direta. O legislador pátrio optou por copiar o controle difuso Americano, e, por isso, também determinou que este seria realizado através de um incidente no processo.

impedindo o julgamento do juiz ou tribunal da questão principal até a análise da inconstitucionalidade suscitada<sup>110</sup>.

Ocorre, por exemplo, da seguinte maneira: um contribuinte, ao verificar que dado tributo cobrado foi criado por espécie normativa imprópria resolve bater as portas do judiciário para reaver o que foi pago indevidamente em razão da inconstitucionalidade. O juiz, antes de decidir se o contribuinte tem direito à repetição do indébito, tem de analisar se a referida lei está violando o texto constitucional. Sem essa apreciação, impossível a decisão, sendo, por isso, denominada a inconstitucionalidade como incidente prejudicial ao julgamento da lide<sup>111</sup>.

Conclui Dirley da Cunha: “Ostenta a **natureza** de questão **prejudicial** (**pré**= antes; **judicial**= de julgar), na medida em que deve ser decidida pelo juiz ou tribunal antes de julgar a própria controvérsia e para poder, até mesmo, resolvê-la definitivamente”<sup>112</sup>. Tal fato ocorre pois, para assegurar o fundamento do direito pleiteado na ação judicial proposta no controle difuso, é necessário reconhecer a inconstitucionalidade. Sem a declaração da mesma, impossível julgar a ação procedente, recebendo a inconstitucionalidade, por esse motivo, a designação de questão prejudicial.

---

<sup>110</sup> Advertimos que, na via incidental, reitere-se, a inconstitucionalidade não é o pedido ou objeto da demanda, mas sua causa de pedir, seu fundamento jurídico. O controle incidental é sempre concreto, por envolver a resolução de um litígio ou de uma controvérsia real entre partes. Neste sentido: MENDES, Gilmar Ferreira, 1955 – Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade : estudos de direito constitucional – 3 ed. Ver. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2004, p.97.

<sup>111</sup> “No Brasil, o controle incidental de constitucionalidade dos atos e omissões do poder público pode operar-se – reafirmamos - no âmbito de qualquer demanda judicial, desde que exercido concretamente num processo inter partes, ao ensejo do desate de uma controvérsia, na defesa de direitos subjetivos. (...) O controle incidental ou incidenter tantum é provocado, no direito brasileiro, por via de exceção, entendendo-se, aqui, por exceção, não um meio de defesa indireta do processo, mas no sentido amplo que abrange qualquer defesa oposta a uma lesão ou ameaça de lesão a direito, pouco importando, hodiernamente, se essa defesa é realizada passivamente, ou seja, pelo interessado residindo no pólo passivo de alguma ação contra ele intentada, desde logo, o ato violador a direito seu, já praticado ou simplesmente ameaçado de ser praticado, com fundamento em lei ou ato normativo inconstitucional”. CUNHA JÚNIOR, Dirley da, 1969. Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 99-100.

<sup>112</sup> A decisão, “que não é feita sobre o objeto principal da lide, mas sim sobre questão previa, indispensável ao julgamento do mérito”,tem condão, apenas, de afastar a incidência da norma viciada. Neste sentido: CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição/ Dirley da Cunha Júnior. – São Paulo : Saraiva, 2004, P. 446.

Vale esclarecer que o controle difuso não está umbilicalmente ligado ao controle via indireta, ou seja, por exceção ou defesa<sup>113</sup>. Ele poderia ser difuso, embora a inconstitucionalidade ser discutida por via direta, ou seja, ser questão de mérito ao invés de ser prejudicial.

## **2 Legitimidade.**

O legitimado para obter o provimento final favorável tem a necessidade de ver reconhecida a questão prejudicial. Não busca o autor a declaração de inconstitucionalidade, mas sim, um direito que só subsistirá caso a nulidade seja declarada pelo órgão julgador. O controle difuso de constitucionalidade pode ser provocado não só pelo autor ou pelo réu, mas por qualquer juiz ou tribunal<sup>114</sup>, valendo ainda a provocação do Parquet quando atua como fiscal da lei.

## **3 Da cláusula de reserva de plenário.**

Reza o Art. 97 da Constituição da República: “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”.

A denominada Cláusula da Reserva de Plenário é regra aplicada tanto para o Controle Difuso como para o Controle Concentrado. Sendo assim, todo e qualquer tribunal, para declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo do Poder Público,

---

<sup>113</sup> BARROSO, Luís Roberto. Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência / Luís Roberto Barroso. – 2. ed. Ver. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2006, p. 50.

<sup>114</sup> Não se cuida mais, ou exclusivamente, de simples defesa contra a aplicação de um ato inconstitucional, tal como inicialmente definido por Lucio Bittencourt, ou de alegação de inconstitucionalidade emanada de pessoas cujos direitos tenham sido ofendidos pela lei, como preconizado por Buzaid. Ao revés, o controle de constitucionalidade difuso, concreto ou incidental caracteriza-se, fundamentalmente, também no Direito brasileiro, pela verificação de uma questão concreta de inconstitucionalidade, ou seja, de dúvida quanto a constitucionalidade de ato normativo a ser aplicado num caso submetido à apreciação do poder Judiciário. Anote-se que não se faz imprescindível a alegação dos litigantes, podendo o juiz ou o tribunal recusar-lhe aplicação, a despeito do silêncio das partes. MENDES, Gilmar Ferreira, 1955 – Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade : estudos de direito constitucional – 3 ed. Ver. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2004, p. 244-245.

reconhecê-la por maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial<sup>115</sup>. Maioria absoluta é o número inteiro após a divisão do número de membros do tribunal por dois, lembrando que não são os presentes, pois se o fosse seria maioria simples, mas dos membros que compõe o tribunal.

Como bem explica Kildare Gonçalves de Carvalho à cláusula da reserva de plenário tem origem no Direito norte-americano. Explica o autor ser a cláusula da reserva do plenário, também conhecida como *full bench*, “corolário do princípio da constitucionalidade das leis e visa precipuamente evitar que seja este princípio afetado por decisões que não traduzem a convicção do Tribunal, tomada pela maioria dos seus membros”. A reserva de plenário é regra que determina o quorum necessário para a eficácia da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo<sup>116</sup>.

Alguns tribunais resolvem criar um órgão especial para julgar a constitucionalidade pelo regimento interno. Quando inexistir órgão específico, a maioria de todos os membros componentes do tribunal deve ser quantificada, chegando assim ao quorum necessário para declaração da inconstitucionalidade. Em caso de existência de órgão especial deve-se computar a maioria de seus integrantes.

Essa cláusula da reserva de plenário é condição de eficácia da declaração de inconstitucionalidade<sup>117</sup>. Os juízes e tribunais não podem fugir do exame da constitucionalidade todas as vezes que essa tese se apresentar útil para resolução do conflito.

---

<sup>115</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, 1955 – Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade : estudos de direito constitucional – 3 ed. Ver. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2004, 256-257. “O julgamento da matéria exige quorum de oito ministros, somente podendo ser proclamada a constitucionalidade do preceito ou do ato impugnado se, num ou noutro sentido, se tiverem manifestado seis ministros”. No mesmo sentido “Os membros do tribunal, que votaram, em cognição da ação, ou de recurso, ou seus substitutos, têm de votar em maioria absoluta para que se possa decretar a nulidade da lei, ou do ato, por inconstitucionalidade. É o chamado mínimo para julgamento de inconstitucionalidade da regra jurídica. Miranda, pontes de. in Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969, 2ª ed., Revista dos Tribunais, v. III, p. 590.

<sup>116</sup> CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional. 11. ed., ver. e atual. Belo Horizonte : Del Rey, 2005,

<sup>117</sup> MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 19. ed. São Paulo : Atlas, 2006, p. 648.



O Supremo Tribunal Federal desenvolveu doutrinariamente exceção a cláusula da reserva de plenários no intuito de gerar celeridade processual e segurança jurídica as decisões dos demais Tribunais, são elas: quando existir pronunciamento de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, e quando existir no âmbito do tribunal *a quo*, decisão plenária que tenha apreciado a controvérsia constitucional, ainda que não declarada à inconstitucionalidade da lei.

O Ministro Ilmar Galvão proferiu o seguinte voto no RE 190.728:

**Fundamentada na esteira da orientação consagrada no art 101 do RI/STF, onde esta prescrito que a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, pronunciada por maioria qualificada, aplica-se aos novos feitos submetidos as Turmas ou ao Plenário – além de, por igual, não merecer a censura de ser afrontosa ao princípio insculpido no art. 97, CF, esta em perfeita consonância não apenas com o princípio da economia processual, mas também como o da segurança jurídica, merecendo por isso, todo encômio, como procedimento que vem ao encontro da tão desejada racionalização orgânica da instituição jurídica brasileira.**

A decisão do Ministro Marco Aurélio como Relator do AgRgAl168.1549 ao informar ser o julgamento instantâneo pelo órgão fracionado necessário para evitar a burocratização dos atos judiciais em respeito ao princípio da economia e a celeridade, e decorre de uma interpretação teleológica do artigo 97 da CF.

Observe que apenas a decisão de inconstitucionalidade tanto do STF como dos Tribunais é capaz de vincular a decisão do órgão fracionário, se o órgão fracionário for integrante do tribunal referido. Caso seja uma das turmas do STF, esse órgão fracionário ficará submetido apenas às decisões de inconstitucionalidade do pleno do STF. Ora, e se a decisão do pleno do STF ou do Tribunal decidir pela constitucionalidade da lei, fica o órgão fracionário vinculado? Não. A única decisão vinculante é a declaração de inconstitucionalidade<sup>118</sup>.

---

<sup>118</sup> “A decisão do Supremo Tribunal Federal, tal como colocada, antecipa o efeito vinculante de seus julgados em matéria de controle constitucionalidade incidental, permitindo que o órgão fracionário se desvincule do dever de observância da decisão do pleno ou do Órgão Especial do Tribunal a que se

Esta conclusão foi expressa pelo Ministro Sepúlveda Pertence quando relator do AgRegAI 149.478: “o acórdão do Plenário que, decidindo incidente suscitado em outro processo, já houver resolvido no mesmo sentido, a prejudicial de inconstitucionalidade é mero precedente de jurisprudência, que não integra, formalmente, porém, a decisão da câmara ou da Turma”.

No pleno ou no órgão especial, a apreciação da constitucionalidade é em abstrato, não se considerando o caso concreto, do qual resultou a arguição, decidindo apenas a questão pertinente à constitucionalidade, sendo responsável o órgão fracionário o julgamento das demais questões da causa<sup>119</sup>. Não pode o órgão fracionário utilizar voto proferido por relator do recurso extraordinário que tenha concedido liminar reconhecendo a inconstitucionalidade como fundamento para julgamento da questão prejudicial.

Leciona Gilmar Ferreira Mendes que:

**arguição de inconstitucionalidade poderá ser rejeitada, no órgão fracionário, por *inadmissível* ou *improcedente*: a) a questão há de envolver ato de natureza normativa a ser aplicada a decisão da causa, devendo ser rejeitada a arguição de inconstitucionalidade de ato que não tenha natureza normativa ou não seja oriundo do Poder Público; b) a questão de inconstitucionalidade há de ser relevante para o julgamento da causa, afigurando-se “ inadmissível a arguição impertinente, relativa a lei ou a outro ato normativo de que não dependa a decisão sobre o recurso ou a causa”;c) a arguição será improcedente, se o órgão fracionário, pela maioria de seus membros, rejeitar a alegação de desconformidade da lei com a norma constitucional<sup>120</sup>.**

Interessante notar ser essencial a força normativa *erga omnes* da espécie normativa contra a qual se venha pleitear o controle de constitucionalidade. Ora, a causa deve ser prejudicial, influenciar diretamente no julgamento da demanda. A constitucionalidade do

---

encontra vinculado”. MENDES, Gilmar Ferreira, 1955 – Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade : estudos de direito constitucional – 3 ed. Ver. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2004, p. 254.

<sup>119</sup> CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional. 11. ed., ver. e atual. Belo Horizonte : Del Rey, 2005, p. 276

<sup>120</sup> MENDES, Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade : estudos de direito constitucional – 3 ed. Ver. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2004 p. 249-250

preceito normativo gera a improcedência do pedido subjetivo, se o pedido estiver fundado apenas nessa causa de pedir, ou seja, na inconstitucionalidade do dispositivo.

Além disso, caso o órgão fracionário na análise do caso concreto julgue pela constitucionalidade da lei ou ato normativo supostamente inconstitucional não deverá submeter o processo a apreciação do pleno ou órgão especial. Declarada constitucional a norma, não há possibilidade de recurso. O mesmo acontece quando o órgão fracionário fundamentado em decisão do pleno do órgão especial ou de todos os membros do tribunal do qual é parte, ou, em decisão do pleno do Supremo Tribunal Federal, julgar a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo<sup>121</sup>.

A decisão do Plenário é irrecorrível, vinculando o órgão fracionário, no caso concreto. O órgão fracionário realiza atividade absolutamente vinculada quando o pleno já decidiu sobre a questão prejudicial alegada no bojo do processo in concreto, devendo juntar aos autos cópia da decisão e utilizar os mesmos fundamentos já decididos<sup>122</sup>.

#### **4 Efeitos da decisão.**

Os efeitos do controle difuso podem se operar de duas formas: quanto ao número de pessoas alcançadas pela decisão ou quanto ao momento temporal em que a decisão passa a fazer efeitos.

No controle difuso defende parte majoritária da doutrina que o efeito da declaração de inconstitucionalidade é em regra entre as partes da demanda<sup>123</sup>. O juiz ou tribunal

---

<sup>121</sup> “O pronunciamento do órgão fracionário, pela rejeição ou acolhimento da arguição de inconstitucionalidade, é irrecorrível. A arguição de inconstitucionalidade será acolhida de lograr reunir a maioria absoluta dos votos, pelo menos em relação a um dos vários fundamentos”.

<sup>122</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, 1955 – Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade : estudos de direito constitucional – 3 ed. Ver. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2004, A jurisprudência do Tribunal enfatiza não ser suficiente a transcrição do decidido pelo órgão especial ou pelo Plenário ou a juntada do voto condutor, portanto “e no acórdão do Plenário que se há de buscar a motivação da decisão recorrida, com respeito a arguição de inconstitucionalidade” BARROSO, Luís Roberto. Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência / Luís Roberto Barroso. – 2. ed. Ver. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2006,

<sup>123</sup> Afirma-se quase incontestavelmente, entre nós, que a pronuncia da inconstitucionalidade tem efeito de *ex tunc*, contendo a decisão judicial caráter eminentemente declaratório. MENDES, Gilmar Ferreira,

afasta a aplicação da lei ao caso concreto, destituindo a norma jurídica da eficácia jurídica.

Já o momento temporal do nascimento dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade opera-se *ex tunc*, ou seja, retroativo, já que adotamos a tese de que o que existe a declaração de inconstitucionalidade e não a desconstituição (cassação) da lei inconstitucional. Assim, devem todos os efeitos da lei inconstitucional ser afastados, voltando à aplicabilidade do *status quo* antes do surgimento do referido diploma inconstitucional.

## **5 O senado federal.**

Apesar de analisarmos o papel do senado na edição da resolução no controle difuso sob a égide da constituição atual, será investigada sua aplicação através de uma abordagem histórica, ficando os comentários sobre a aplicabilidade deste instituto em item posterior.

O Brasil implantou o controle difuso, sistema norte-americano, com a Constituição de 1891 e, em 1934, sofrendo influência européia, inseriu a participação do Senado Federal na suspensão final da lei declarada inconstitucional<sup>124</sup>. O Senado Federal é o órgão do legislativo representante dos estados enquanto a Câmara dos Deputados é o órgão que representa o povo<sup>125</sup>, sendo mais democrático atribuir a segunda a possibilidade de editar resolução atribuindo efeitos contra todos.

O controle difuso opera-se *inter partes*, só atingindo os envolvidos na demanda. Entretanto, para o controle difuso adquirir efeitos *erga omnes*, algumas constituições

---

1955 – Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade : estudos de direito constitucional – 3 ed. Ver. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2004, p. 259.

<sup>124</sup> BARROSO, Luís Roberto. Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência / Luís Roberto Barroso. – 2. ed. Ver. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2006, p. 145.

<sup>125</sup> BARROSO, Luís Roberto. Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência / Luís Roberto Barroso. – 2. ed. Ver. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2006, p. 149.

brasileiras introduziram a intervenção do Senado Federal. Essa decisão do Senado tem caráter eminentemente político<sup>126</sup>.

Seguindo a tradição constitucional, a Constituição da República Federativa do Brasil em seu art. 52, inciso X, determina ser competência privativa do Senado Federal a suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Este artigo foi inserido na Constituição de 1934, retratando a separação dos poderes, pois as decisões de constitucionalidade do STF só tinham força para afastar a aplicação da lei no caso concreto. Para suspender a execução da lei com eficácia genérica, era necessária a edição de resolução pelo Senado Federal<sup>127</sup>. Cabia assim, a um dos órgãos responsáveis na realização do processo legislativo, a decisão política sobre a suspensão ou não da lei federal, estadual, municipal ou distrital<sup>128</sup>.

A resolução só pode ser proveniente se for decorrente do controle difuso de constitucionalidade, sendo para isso necessária decisão que declare a

---

<sup>126</sup> Neste sentido: "A deliberação do Senado, consoante a doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é essencialmente política. Todavia, o Senado não revoga o ato declarado inconstitucional, mesmo porque não dispõe de competência para tanto. Trata-se de ato político que confere eficácia genérica (*erga omnes*) à decisão do STF prolatada incidentalmente, em face de um caso concreto". CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição/ Dirley da Cunha Júnior. – São Paulo : Saraiva, 2004, p. 472. E ainda: PIMENTA. Paulo Roberto Lyrio. Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade em Direito Tributário/ Paulo Roberto Lyrio Pimenta. – São Paulo : Dialética, 2002, p.92.

<sup>127</sup> O Supremo Tribunal Federal parece ter admitido que o ato do Senado empresta eficácia genérica a decisão definitiva. Assim a suspensão teria o condão de dar alcance normativo ao julgado pela Excelsa Corte. MENDES, Gilmar Ferreira, 1955 – Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade : estudos de direito constitucional – 3 ed. Ver. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2004, p. 258

<sup>128</sup> "Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de uma Emenda Constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão-somente para as partes? A única resposta plausível indica que o instituto da suspensão pelo Senado de execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo assentase hoje em razão de índole exclusivamente histórica". MENDES, Gilmar. O Controle de Constitucionalidade do Direito Estadual e Municipal na Constituição de 1988. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 1, 2001, Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 08.04.2007,

inconstitucionalidade do ato, em recurso extraordinário<sup>129</sup>. Se a decisão declarar a constitucionalidade da lei, pode haver resolução do Senado Federal? Não.<sup>130</sup>

Com a declaração de inconstitucionalidade, o presidente do STF poderia oficiar ao Senado Federal para que este editasse a resolução suspendendo os efeitos em todo ou em parte da lei. Ora, e se o presidente do STF não comunicasse? Poderia haver representação do Procurador-Geral da República ou projeto de resolução de iniciativa da comissão de constituição e justiça. A comunicação, representação ou projeto devem ser instruídos com o acórdão do STF<sup>131</sup>, parecer do Procurador-Geral da República, versão do registro taquigráfico do julgamento e texto da lei<sup>132</sup>.

Ocorria discussão sobre a discricionariedade ou não da edição da resolução pelo Senado Federal. Ao fazer uma análise do dispositivo desde sua criação, se conclui ser discricionária a edição da resolução, mesmo após a comunicação da decisão do controle difuso pelo Presidente do STF<sup>133</sup>.

Caso a interpretação fosse diversa, ou seja, da vinculação do Senado Federal a edição da Resolução após a comunicação do Supremo Tribunal Federal, isso geraria um conflito entre os poderes, pois o Senado, órgão do poder legislativo, estaria sendo subordinado ao órgão do Poder Judiciário<sup>134</sup>. Cabe então ao Senado Federal, verificar a

---

<sup>129</sup> Como visto acima, é necessário que o STF seja submetido a cláusula da reserva de plenário, ou seja, a declaração de inconstitucionalidade de uma lei só pode ser decretada pela maioria absoluta dos seus membros. (art. 97, CF e art.s 176 e 177 do RISTF). Neste mesmo sentido: BARROSO, Luís Roberto. Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência / Luís Roberto Barroso. – 2. ed. Ver. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2006 p.150.

<sup>130</sup> Este debate será abordado com mais profundidade no decorrer deste trabalho.

<sup>131</sup> CUNHA, JÚNIOR, Dirley da. Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição/ Dirley da Cunha Júnior. – São Paulo : Saraiva, 2004, p. 466

<sup>132</sup> MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 19. ed. São Paulo : Atlas, 2006, p. 649.

<sup>133</sup> A aplicabilidade deste dispositivo será questionada mais a frente.

<sup>134</sup> Segundo Barroso, os doutrinadores que defendem a obrigatoriedade da edição da resolução pelo Senado, pautados em C. A. Lúcio Bittencourt, devendo ser baixada sempre que se verificar a hipótese prevista na Constituição Federal: decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, justifica-se pois tem como objetivo apenas tornar pública decisão do Tribunal, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos. BARROSO, Luís Roberto. Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência / Luís Roberto Barroso. – 2. ed. Ver. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2006 p. 151.

conveniência dessa decisão, através da análise das conseqüências políticas, enquanto ao Supremo Tribunal Federal só seria possível a análise do ponto de vista jurídico<sup>135</sup>.

Ensina o professor Kildare Gonçalves de Carvalho:

**O Senado, portanto, não está obrigado a suspender a execução de lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal: trata-se de juízo de conveniência e oportunidade, que lhe foi deferido pelo constituinte.(...) Finalmente, é de se examinar o porquê da participação do Senado no controle da constitucionalidade das leis, considerando dois aspectos: o de ser discricionária sua atividade quanto à suspensão da lei inconstitucional, e a sua posição residual e dependente, como órgão político, do Poder Judiciário, no sistema jurisdicional de controle<sup>136</sup>.**

O Senado Federal tem discricionariedade para escolher o conteúdo da resolução que suspenderá toda a lei ou apenas parte dela? Não. O ato de edição do texto da resolução é discricionário, embora o conteúdo da mesma deve ser o mesmo conteúdo da decisão do STF. Vejamos, na apreciação pelo STF de lei composta de três artigos (1, 2 e 3), quantas decisões de inconstitucionalidade podem existir? A primeira decisão é a declaração total da inconstitucionalidade da lei, arts. 1, 2 e 3. A segunda é a inconstitucionalidade parcial de apenas dois dos artigos arts.: 1 e 2; 1 e 3; ou 2 e 3. E, por fim, temos a possibilidade da inconstitucionalidade de apenas um dispositivo: 1; ou 2; ou 3.

Decide o STF ser inconstitucional a variação 2 e 3. Não tem competência o Senado para publicar resolução só suspendendo o art. 2, ou suspendendo os arts. 1e 3, essa decisão é vinculativa, devendo o Senado se ater a mesma decisão tomada pelo STF no controle difuso de constitucionalidade. Do contrário, estaria se permitindo ao Senado escolher quais os dispositivos teriam ou não efeito *erga omnes*. O ato de editar a

---

<sup>135</sup> Essa questão já está pacificamente superada. A jurisdição constitucional é acima de um controle jurídico das leis e emendas frente à Constituição Federal, também responsável pela apreciação política gerada pela sua decisão. Assim, veja: A propósito, não se deve esquecer de que os critérios utilizados pelo Supremo Tribunal Federal nos julgados de matéria constitucional não são apenas técnicos, neutros ou imunes a valores, mesmo porque os seus membros não são necessariamente egressos da magistratura de carreira, mas escolhidos segundo os critérios fixados no artigo 101 da Constituição. p. 277.

<sup>136</sup> CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional. 11. ed., ver. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 276.

resolução era discricionário mas o conteúdo da resolução é vinculado. O que ocorre se a resolução violar o conteúdo da declaração de inconstitucionalidade? Ora, temos uma inconstitucionalidade formal em decorrência da violação do art. 52, inciso X, que não permite esse poder ao órgão componente do legislativo. Vale lembrar ser tarefa do Senado a verificação das formalidades da decisão, como por exemplo, o respeito à cláusula da reserva de plenário.

O senado pode suspender lei ou também tem poder para suspender ato normativo. Apesar do art. 52, X da CF só trazer a expressão “lei”, deve-se entender como “lei” qualquer espécie normativa<sup>137</sup>: lei ordinária, lei complementar, lei delegada, decreto legislativo, decreto executivos, entre outras<sup>138</sup>.

Editada a resolução essa produzirá efeitos *erga omnes*, mas qual o momento temporal desses efeitos? Tem a resolução efeitos *ex nunc*, ou seja, não retroativos, a vigorarem a partir da publicação da referida execução.

Os efeitos *ex tunc* só podem ser aplicados às partes envolvidas no caso concreto, não cabendo a ampliação para todos. Segundo Dirley da Cunha Jr. a doutrina e jurisprudência aceitam pacificamente que o efeito *ex nunc* da resolução pode ser prospectivo, começar a correr simultaneamente com a publicação da decisão que

---

<sup>137</sup> Nesse mesmo sentido: “Embora a Constituição de 1988 refira-se apenas à lei, o melhor entendimento é aquele que advoga a tese no sentido de que a “expressão lei residente no art.52, X, da Constituição sintoniza com o ato normativo de qualquer categoria (lei formal ou material) declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”. CUNHA, Júnior, Dirley da. Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição/ Dirley da Cunha Júnior. – São Paulo : Saraiva, 2004, p. 472.

<sup>138</sup> Deve-se observar que a competência do Senado abrange não só a lei no sentido formal, cabendo-lhe a função de suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer modalidade normativa (v.g., decreto, tratado internacional) sendo ainda abrangente de atos normativos federais, estaduais, distritais e municipais, à consideração de ser o Senado órgão da federação. CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional. 11. ed., ver. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2005 p. 274. Ou, ainda que isso se afigure possível, em hipóteses excepcionalíssimas, não produzira nenhum efeito à revisão da jurisprudência, após a publicação da resolução suspensiva pelo Senado Federal. É este ato que, segundo a concepção dominante, atribui eficácia geral a declaração de inconstitucionalidade. Neste sentido: BARROSO, Luís Roberto. Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. – 2. ed. Ver. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2006, p. 146.



declarou a inconstitucionalidade, ou em momento futuro posterior, cabendo ao STF decidir qual a data após a publicação na qual os efeitos se iniciaram<sup>139</sup>.

Entretanto, quais as conseqüências jurídicas da edição da resolução? A edição da resolução suspende a lei em sua totalidade ou parcialidade através da declaração de constitucionalidade difusa e incidental, exaurindo a competência constitucional do STF para apreciar a disciplina. Assim, não tem o Supremo Tribunal Federal poderes para mudar o entendimento, vez que não existe possibilidade de modificar o entendimento da resolução pelo necessário respeito ao princípio da separação dos poderes<sup>140</sup>.

Neste sentido cabe colocar a observação de Dirley da Cunha Júnior<sup>141</sup>:

**Segundo posição do Supremo Tribunal Federal, a resolução suspensiva do Senado é irrevogável, uma vez que ele esgota a sua competência no momento em que delibera pela suspensão. Por outro lado tem-se estendido que o Senado, não obstante, pode ficar aquém dessa decisão, podendo suspender apenas uma parte da lei ou ato normativo inteiramente declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.**

Não concordamos com o posicionamento acima referido, não sendo possível ao Senado Federal o poder de decidir se suspende parte da lei ou a lei inteira. Não há margem para qualquer tipo de discricionariedade por parte do Senado sob pena de usurpar a competência do STF. Ora, é o Supremo Tribunal Federal o guardião da Constituição, e somente a ele é designada a tarefa de interpretar o conflito entre normas infraconstitucionais e as normas presentes no corpo da mesma.

---

<sup>139</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. – São Paulo : Saraiva, 2004, p. 472.

<sup>140</sup> Neste sentido: Promulgada, contudo, a resolução suspensiva da lei declarada inconstitucional, o Senado exaure sua competência, não podendo depois, a pretexto de melhor interpretar a decisão judicial proferida pelo Supremo Tribunal Federal, modificar-lhe o sentido ou restringir-lhe os efeitos. A resolução suspensiva é irrevogável, salvo se o Supremo Tribunal julgar procedente ação declaratória de constitucionalidade da lei cuja execução fora suspensa pelo Senado Federal. CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional. 11. ed., ver. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2005 p. 278.

<sup>141</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição/ Dirley da Cunha Júnior. – São Paulo : Saraiva, 2004, p. 471

## CAPÍTULO VIII – DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NO CONTROLE DIFUSO.

### 1 A teoria do poder constituinte.

Não podemos esquecer que é uma das conquistas do Direito Político Moderno a realização da idéia pura do Estado implícito no reconhecimento da Soberania do Povo, enquanto definida a soberania como Poder supremo para declarar a norma jurídica e fazer adquirir eficácia mediante o Estado e seus órgãos<sup>142</sup>.

No livro “Qu’est-ce que lê Tiera État?”, Emmanuel Joseph Sieyès assegura que o Terceiro Estado abrange tudo que pertence à nação. E o que seria a nação? “Um corpo de associados que vivem sob uma lei geral e representado pela mesma legislatura”<sup>143</sup>. Nestes termos cabe assegurar que todo poder tem como fim o Povo. Mas de onde ele emana? Da Assembléia Nacional, órgão estatal responsável pela produção da lei geral, que deveria ser composto pelo povo, decidindo sobre o interesse comum<sup>144</sup>. Daí surge à noção de poder constituinte.

Poder constituinte é o poder de fato configurado pela formação da Assembléia Constituinte no intuito de dar origem a nação, considerando-se a “organização jurídica fundamental”<sup>145</sup>.

As características do Poder Constituinte Originário são: Inicial, não existe nenhum outro poder acima; Autônomo, cabe ao seu titular decidir acerca do valor jurídico a conformar a estrutura do Estado, Incondicional, máxime, pois não se subordina a qualquer regra.

<sup>142</sup> Salvo melhor interpretação e paráfrase. Posada, Adolfo. La idea pura del Estado. Primera edición: Editorial revista de direito privado. – Madri : 1936. p. 52.

<sup>143</sup> SIEYÈS, Emmanuel Joseph . Qu’est-ce que lê Tiera État? . Editora Lúmen Júris. Rio de Janeiro : 2001, P. 7-8

<sup>144</sup> SIEYÈS, Emmanuel Joseph . Qu’est-ce que lê Tiera État? . Editora Lúmen Júris. Rio de Janeiro : 2001 p. 69.72

<sup>145</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curo de direito constitucional. – 33. ed. Ver. e atual.- São Paulo : Saraiva, 2007, p. 22. Silva Neto, Manoel Jorge e. Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro : Ed. Lúmen Júris. 2006, p. 17-18. Moraes, Alexandre de. Direito Constitucional. 19. ed. São Paulo : Atlas, 2006, p.24. BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. - 18 ed. atual. São Paulo : Malheiros Editores Ltda. 2006, p. 186-200.

Originário, surge anteriormente a constituição, ilimitado, pois inexistem limites jurídicos para a sua criação.

A Constituição conferiu ao Congresso Nacional a competência para elaborar emendas a ela; o próprio poder constituinte originário, ao estabelecer a Constituição, instituiu um poder constituinte reformador. Por esse método, o Poder Constituinte Derivado<sup>146</sup> atua em segundo grau, de modo indireto, pela outorga de competência, para, proceder às modificações na Constituição, que a realidade exige<sup>147</sup>.

O próprio Poder Constituinte Derivado<sup>148</sup> possui limites temporais, circunstanciais, procedimentais e materiais. O limite temporal é o lapso temporal máximo determinado pelo Legislativo Constituinte para a modificação do texto constitucional.

Já os limites circunstanciais vedam a alteração constitucional em certos momentos, como o estado de sítio, estado de defesa, vez que a nação encontra-se em instabilidade social, o que pode gerar um impulso legislativo a produção de normas constitucionais que violem os direitos e garantias fundamentais e a própria estrutura do estado.

Os limites procedimentais, como o próprio nome já traduz, é o procedimento necessário a ser observado para a elaboração das emendas ou da revisão, ou seja, para alteração do texto constitucional. E, por fim,, os limites materiais, imposto pela interpretação das próprias regras e princípios constitucionais, vedando ao legislador a violação de seus conteúdos sob pena de serem as emendas, ou a própria revisão, declaradas

---

<sup>146</sup> Termo aceito majoritariamente na doutrina brasileira.

<sup>147</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. – 33. ed. Ver. e atual.- São Paulo : Saraiva, 2007, p. 22. SILVA NETO, Manoel Jorge e. Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro : Ed. Lúmen Júris. 2006, p. 17-18. MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 19. ed. São Paulo : Atlas, 2006, p.24. BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. - 18 ed. atual. São Paulo : Malheiros Editores Ltda. 2006, p. 186-200.

<sup>148</sup> Não concordamos com esta expressão.

inconstitucionais. Elaboradas as noções básicas de Poder Constituinte Originário e Derivado, entraremos no âmago da questão<sup>149</sup>.

Na visão de Edvaldo Brito, o Poder Constituinte Originário é o denominado fundacional, porque inaugura uma ordem constitucional, ou instaura outra ordem, completamente nova ao acionar a sua eficácia atual.<sup>150</sup>

É, pois, resultado do conjunto de forças reais de poder que operam simultânea e constantemente, e que transcendem o texto constitucional em reflexo à voz emitida pela vontade coletiva, nas suas formas sociais e culturais, institucionalizada em uma ordem jurídica inaugural.

Explica “por ser potência, o poder constituinte tem atribuições diferentes dos entes que competência, v.g. o legislador que *emenda* e o que revisa a Constituição *jurídica*.”<sup>151</sup> Não há o exercício do Poder Constituinte ao se emendar ou reformar a Constituição.

O Poder Constituinte é livre ao criar a nova ordem, assim como para criar as condições de reforma e emenda do documento que lhe manifesta – a Constituição Jurídica –, traduzidas na competência para modificar exclusivamente matéria determinada, e outorgada sob o prisma de um procedimento específico. Assim, “quando se procede a alterações da Constituição *jurídica* não se está exercitando potência; exercita-se *competência*, seja de modo formal, seja informal”.<sup>152</sup>

Está no processo modificativo não-formal a contribuição do Poder Judiciário através de uma Corte Suprema investida de um controle ao desrespeito ao poder enquanto potência, enquanto aspiração essencial constitucional, a saber:

---

<sup>149</sup> Ainda sobre o tema: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. – 33. ed. Ver. e atual.- São Paulo : Saraiva, 2007, p. 22. SILVA NETO, Manoel Jorge e. Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro : Ed. Lúmen Júris. 2006, p. 17-18. MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 19. ed. São Paulo : Atlas, 2006, p.24. BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. - 18 ed. atual. São Paulo : Malheiros Editores Ltda. 2006, p. 186-200.

<sup>150</sup> BRITO, Edvaldo. Limites da Revisão Constitucional., p.71.

<sup>151</sup> BRITO, Edvaldo. Limites da Revisão Constitucional., p.75-76.

<sup>152</sup> BRITO, Edvaldo. Limites da Revisão Constitucional., p. 81.

Essas mudanças são próprias da vida livre e, qualquer que seja o sistema jurídico, por ser objeto cultural, há de refleti-las nas peculiaridades do seu contexto. A fonte dessas mudanças está nas forças reais de poder que são dinâmicas, por isso os valores superiores ditados pela *Constituição* (essência) devem ser preservados na interpretação do texto representativo da constituição jurídica porque esta deve ser mantida sempre em consonância com “as forças políticas reais que se movem segundo suas próprias normas, com independência de toda formalidade jurídica”, daí que, embora não seja técnica infalível, tem-se deferido a entes específicos a função de guardiões desses valores.<sup>153</sup>

Não tanto quanto no *common law* em que os pratica, a suprema corte, como atos integrativos de mudança não-formal. No sistema Continental Europeu do império do positivismo rígido, sofrem necessários rigorismos os atos jurisdicionais, em desígnio inibidor de mutações inconstitucionais. Verifica-se assim, que tanto o Poder Legislativo, como o próprio Poder Judiciário deve respeito e submissão às normas constitucionais, não cabendo deturpar o sentido promovido pela Assembléia Constituinte.

Isso não quer dizer que as limitações materiais vedem toda e qualquer reforma ou modificação das matérias previstas explícita ou implicitamente no texto originário. Na verdade essas limitações visam proteger um núcleo material irreduzível, evitando a abolição de temas e a desfragmentação do espírito constitucional<sup>154</sup>.

Por outro lado, os poderes são responsáveis por implantarem novos contornos as suas funções com o objetivo de servir melhor ao Estado, sem que tal tarefa venha a ferir o equilíbrio entre os poderes e a própria Constituição. O formalismo excessivo gera a imobilização do direito, não se coagulando com a nova tarefa a ser exercida pelo judiciário, ou seja, a de criador do direito, e não mero aplicador da lei.

---

<sup>153</sup> BRITO, Edvaldo. Limites da Revisão Constitucional, p. 86.

<sup>154</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de direito constitucional - Salvador: JusPODIVM, 2007, p. 241-243.

## **2 A separação dos poderes e o sistema dos freios e contrapesos .**

Uma das características elementares da Constituição é a distribuição de poderes nacionais entre três departamentos que são dados independência constitucional e política. A independência vai além da distribuição das funções.

Além de separar funções e independência política e constitucional considerável, cada função tem instrumentos para fiscalizar a atuação do outros poderes. As Cortes responsáveis por interpretarem as leis têm seus membros escolhidos pelo Presidente e pelo Senado, selecionam os juizes.

Os constituintes temeram a concentração dos poderes em uma única função. A separação dos poderes e teoria dos freios e dos contrapesos era desejável para impedir a tirania oficial, imposta quando um único segmento da minoria da população ganha o controle completo do governo. Esperou-se que fazendo cada função acessível aos grupos diferentes, uma variedade dos interesses estivesse refletida. Daqui os compromissos e equilíbrio dos interesses resultariam.

O poder judicial é dado às Cortes e ninguém mais deve exercitar este poder e por sua vez as Cortes devem exercitar somente o poder judicial. Similarmente, ao Congresso é dada a atividade legislativa e o que a Constituição dá ao Congresso, o Congresso não deve dispor.

Nos Estados Unidos da América, a separação constitucional dos poderes foi alterada por dois desenvolvimentos: o crescimento dos partidos políticos nacionais e a influência legislativa aumentada do presidente. Os partidos nacionais, entretanto, são tais instrumentos políticos frouxamente organizados que mesmo quando o presidente e uma maioria do Congresso pertencem ao mesmo partido, eles são freqüentemente dispositivos sem efetividade para coordenar a ação governamental.

A separação dos poderes é da importância especial a independência do judiciário federal. Porém, como nós anotaremos presentemente, esta independência é relativa, os constituintes fizeram exame de precauções especiais para isolar o judiciário da influência executiva e legislativa. A independência relativa dos juizes das influências políticas tem um significado adicional porque eles têm o poder importante da revisão judicial<sup>155</sup>.

O controle de constitucionalidade tem evoluído para transformar a idéia de direito, e conseqüentemente de separação dos poderes, principalmente nos sistemas adeptos ao *Civil Law*, que tem como triste identificação do “direito” como “lei”. O direito vai além da lei, e o poder judiciário também exerce funções normativas. O exercício desse novo papel não desconfigura o princípio da separação dos poderes, apenas nos leva dinamizar um conceito que deve acompanhar as modificações da sociedade.

Como bem explica Dirley da Cunha Júnior<sup>156</sup>:

**Por isso, o velho dogma da separação dos poderes está fadado, mais cedo ou mais tarde, a perder o seu lugar de destaque na teoria constitucional, de tal modo que, no constitucionalismo contemporâneo, não mais se fala em separação dos poderes, mas sim em equilíbrio entre Poderes.**

Concordamos com o autor pois entendemos já está totalmente desfragmentada a Teoria da Separação dos Poderes nos novos estados democráticos. O sistema de freios e contrapesos não elimina a forte separação das funções de cada um dos poderes, até mesmo porque a sociedade impõe a cada dia uma especificação mais detalhada das funções, inclusive das funções desempenhadas pelos poderes constituídos.

Frente esse novo papel do poder judiciário, e mais especificamente das cortes constitucionais, o Poder Judiciário ganha força como Poder de defesa da supremacia

---

<sup>155</sup> PEALTASON, Edward S. Corwin and Jack W. Uderstanding the Constitution? New York. p. 22-25

<sup>156</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de direito constitucional - Salvador: JusPODIVM, 2007, p. 197.

constitucional, ocasionando uma releitura de suas funções no intuito de dar efetividade as normas constitucionais.

### **3 Limitações na revisão judicial - a doutrina dos questionamentos políticos.**

A origem da limitação na revisão judicial com a exclusão da apreciação de questões puramente políticas surge quando John Marshall afirmou em *Marbury v. Madison* que as questões constitucionais são jurídicas. Todavia, seu sucessor, Chefe de Justiça Roger B. Taney, estabeleceu a doutrina que algumas questões constitucionais são políticas para não serem respondidas pelas Cortes. As questões políticas como aquelas que a Constituição dirige claramente o Congresso ou o Presidente, que faltam leque judicial para resolver, que são impossíveis se de decidir sem uma determinação inicial da política de um tipo de discricionariedade não judicial, que seriam impossíveis para que uma corte segure sem expressar a falta do respeito devido ao Congresso ou ao Presidente, que envolvem uma necessária aderência inquestionável a uma decisão política feita já, ou que poderia criar o critério conduzido a opor pronunciamentos por Congresso, pelo Presidente e pelas Cortes.

Desde que a Corte Suprema decida, quais são jurídicas e quais são as questões políticas, esta limitação da autoridade das cortes é auto-imposta. Finalmente em *Baker v. Carr* a Corte Suprema traçou esquemas para determinar os limites à legislatura de estados e levantar questões jurídicas sob a cláusula da igual proteção da décima quarta emenda. Desde então ela tem instruído Cortes federais para aceitar a jurisdição para considerar outros tipos de arranjos eleitorais. *Baker v. Carr* tem tido já um impacto importante na natureza das políticas americanas<sup>157</sup>.

O sistema de fiscalização norte americano como no sistema de fiscalização pátrio, as decisões tem caráter político, não havendo possibilidade de desvinculá-las dos princípios constitucionais necessários a fundamentação da decisão judicial sobre pena de se ter uma decisão inconstitucional, como se verificará em capítulo próprio.

---

<sup>157</sup> PEALTASON, Edward S. Corwin and Jack W. Uderstanding the Constitution?. New York. p. 25-27.



#### **4 Da supressão do inciso X, art. 52 da Constituição Federal através da mutação constitucional.**

A doutrina tem se inspirado no intuito dar maior efetividade ao Controle Difuso de Constitucionalidade frente à imensa utilização do Controle Concentrado Direto de Constitucionalidade pelas mais diversas razões: proporciona julgamento mais célere, iniciando-se diretamente no STF; mais democrático, permitindo num mesmo processo a participação do *amicus curis*; menos burocrático, não dependente de apreciação de cada etapa anterior para admissibilidade da ação; entre outras. A diferença entre controle concreto e abstrato “assenta-se, basicamente, nos pressupostos de admissibilidade”<sup>158</sup>.

Gilmar Ferreira Mendes alerta, ao comparar o controle difuso com o concentrado, “que o controle e o julgamento levados a efeito pelo tribunal estão plenamente desvinculados do processo originário, tendo, por isso, conseqüências jurídicas idênticas”.

Tradicionalmente, o controle difuso não tem as mesmas conseqüências do controle concentrado, pois, no primeiro, a declaração de inconstitucionalidade tem efeitos *inter partes*, retroativos e só permite ao tribunal constitucional que afaste a aplicação da lei àquele caso concreto analisado, enquanto no segundo, os efeitos são erga omnes, vinculantes e pode ser realizada a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade.

O motivo dessa separação é que a doutrina pátria resolveu aplicar as influências do *Comon Law* ao controle difuso e do Civil Law ao controle concentrado, o que ocasionou a criação de institutos com finalidades e efeitos bem diferentes num mesmo sistema de fiscalização, organizada por um mesmo órgão, o Supremo Tribunal Federal. Ressalte-se o atual movimento mundial de aproximação entre os efeitos do controle difuso de

---

<sup>158</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, 1955 – Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade : estudos de direito constitucional – 3 ed. Ver. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2004, P. 245.

constitucionalidade norte-americano e do modelo continental-europeu no intuito de dar maior efetividade à fiscalização de constitucionalidade.

#### 4.1 Do *Civil Law* X *Comon Law*

Existem algumas diferenças fundamentais entre os Sistemas de fiscalização constitucional de *Civil Law* para *Comon Law*. A primeira diferença está na estrutura e organização do *Civil Law* existe uma dicotomia de cortes supremas e a cada uma delas é composta por um grande número de juízes o que tem por consequência o enfraquecimento da própria autoridade do tribunal, diferente do *Comon Law*, no qual existe apenas um tribunal com um número reduzido de juízes<sup>159</sup>.

No Brasil verifica-se esse problema apenas nas questões que não envolvem a fiscalização realizada pela Jurisdição Constitucional, ou seja, pelo próprio Supremo Tribunal Federal. Nesse ponto copiamos o sistema norte-americano composto por uma suprema corte com estrutura unitária, sendo formada por nove juízes.

Outro problema é a existência, no *Civil Law*, de princípio que determina a impossibilidade dos tribunais superiores recusarem-se a decidir todos os recursos regularmente levado a sua apreciação, selecionando apenas parte deles que tenham maior relevância. Isso comprometia a atuação do tribunal superior em razão do grande número de processos não permitir uma apreciação mais minuciosa da lide<sup>160</sup>.

No sistema pátrio já se deu o primeiro passo para resolução desse problema com a nova sistemática adotada para admissibilidade do recurso extraordinário, no intuito de evitar uma enorme quantidade de demandas tratando do mesmo objeto.

---

<sup>159</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira – Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre, 1993. Reimpressão/1999, p. 116-117.

<sup>160</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira – Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre, 1993. Reimpressão/1999, p. 117-119.

A terceira diferença entre os sistemas de *Civil Law* e *Comon Law* está na diferença entre os tipos de juízes que compõe tais tribunais. O juiz do *Civil Law* não gosta de se colocar em evidência, aplicando a criatividade das decisões no intuito de acompanhar a tendência coletiva, mais do que a individual, ao contrário do *Comon Law*, no qual os juízes são eleitos através de escolha política que premia uma personalidade de destacado relevo, ocasionando um maior uso da criatividade no intuito de se diferenciar dos demais. Nesse ponto os juízes brasileiros são provenientes do *Civil Law*.

Outra diferença que não se verifica mais na grande maioria dos sistemas do *Civil Law* é a regra do *Stare Decisis*, após a criação do efeito vinculante das decisões da corte suprema, ponto a ser tratado em tópico específico.

A última diferença é que no sistema *Civil Law* o direito é identificado como a lei, não podendo o juiz aplicar o direito separado de qualquer lei que o ampare, enquanto no *Comon Law* a lei é vista como fonte excepcional do direito, sendo o direito instrumento para regulamentar as relações sociais, estando completamente afastado da existência de lei que legitime a decisões judiciárias. Nesse ponto Mauro Cappelletti afirma que os sistemas têm caminhado por uma mesma trilha, apresentando efeitos iguais, quanto a criatividade judicial.

O controle difuso de constitucionalidade brasileiro tem raízes histórico-culturais no sistema *Como Law*, controle difuso americano, extraído como fundamento de validade à linguagem verbalizada formal, expressa na Constituição Escrita<sup>161</sup>. A declaração de inconstitucionalidade no nosso sistema de fiscalização sempre teve efeitos retroativos, ou seja, *ex tunc*. A decisão de inconstitucionalidade é declaratória, e não constitutiva, tornando a norma nula, e suspendendo sua aplicabilidade durante todo o período que assumiu a presunção de validade.

Claro que existem diferenças entre o controle difuso brasileiro e o norte-americano, vez que o último tem como alicerce ao seu ordenamento jurídico o *Common Law*, sendo a

---

<sup>161</sup> BRITO, Edvaldo. Limites da Revisão Constitucional. p. 85

jurisprudência fonte primária do direito, e o Poder Judiciário participa ativamente no preenchimento das lacunas existentes, tomando decisões que alcançam a normatização geral das condutas disciplinadas. Entretanto, como visto, não há mais possibilidade de se separar os efeitos das decisões judiciais no controle de constitucionalidade proveniente do *Civil Law* do *Comon Law*.

A jurisdição constitucional no Brasil ao adotar o controle concentrado de constitucionalidade, derivado do *Civil Law*, sem avaliar previamente a sua compatibilidade com as noções já enraizadas no ordenamento local corroborou para a incompatibilidade dos efeitos entre o controle difuso e concentrado, dentro de um mesmo sistema de fiscalização. Esse fato tem provocado enorme discussão doutrinária sobre a dispensabilidade da atuação do Senado Federal como órgão responsável por dar efeito erga omnes e vinculativo às decisões de inconstitucionalidade no controle difuso. Não seria necessário criar um sistema de fiscalização constitucional que apresentasse características similares entre os instrumentos utilizáveis para essa tarefa?

#### 4.2. Da dispensabilidade do Senado

Resta se fazer a seguinte indagação: o STF continua a depender do Senado Federal para atribuir eficácia contra todos a sua decisão? Continuam iguais os efeitos da decisão no controle difuso de constitucionalidade?

A suspensão quando feita pelo STF no controle concentrado tem poderes que vão muito além da revogação, pois, desconstitui as situações constituídas enquanto vigorou o ato derogado, efeito esse que a revogação não consegue ter. A revogação apenas cessa o efeito do ato, sem anular as situações jurídicas formadas sob sua égide. A suspensão torna o ato inconstitucional natimorto, a partir do momento da edição da Resolução para as demais pessoas não envolvidas na decisão do controle difuso.

Essa questão vem sendo amplamente discutida na Reclamação 4335-5/AC, podendo modificar toda a sistemática do controle difuso de constitucionalidade. Nesta reclamação asseverou o Ministro Eros Grau:

**passamos em verdade de um texto [pelo qual] compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, a outro texto: "compete privativamente ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo"<sup>162</sup>.**

Antes de ser relator dessa Reclamação, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes já vinha defendendo: 1- a não necessidade de resolução do Senado Federal para a decisão no controle difuso de constitucionalidade adquirir efeitos: *erga omnes* e vinculante<sup>163</sup>; 2- obrigatoriedade da publicação da decisão do STF no controle difuso pelo Senado Federal.

Com a edição da Constituição de 1988, começa a se verificar a decadência do controle difuso, vez que as decisões eram muito morosas em razão do número de recursos, atos, decisões a serem percorridos até alcançar a instância suprema. Veio ganhando relevo o controle concentrado, até mesmo pelo fato do julgamento das ações diretas gerarem eficácia geral, e principalmente, ao poder dado ao Supremo Tribunal Federal de manipular os efeitos da declaração da inconstitucionalidade, assumindo de uma vez por todas, seu caráter político, preponderante nos dias atuais.

O papel do Senado Federal tem seu ápice de críticas no momento que se perceber que a resolução não é suficiente para tratar de decisões no controle difuso, entre elas: a

<sup>162</sup> STRECK, Lenio Luiz; Oliveira, Marcelo Andrade Cattoni de et al. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n°. 1498, 8 ago. 2007, Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10253>>. Acesso em: 11 ago. 2007

<sup>163</sup> Ressalte-se que a própria suspensão de execução pelo Senado, tal como compreendida e praticada no âmbito federal, dá sinais evidentes de superação ou obsolescência. MENDES, Gilmar. O Controle de Constitucionalidade do Direito Estadual e Municipal na Constituição de 1988. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n°. 1, 2001, Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 08.04.2007,

declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto; interpretação conforme a constituição; entre outros tipos de interpretação que não evidenciam a inconstitucionalidade da norma, seja alínea, inciso, parágrafo, artigo ou a própria lei por inteiro. Outro problema é a inaplicabilidade quando o Tribunal limita-se a rejeitar a arguição de inconstitucionalidade<sup>164</sup>.

Asseverou parte dos ministros do STF na Reclamação de nº. 4335/AC, ter sido esta função retirada do Senado Federal pela modificação do art. 52, X, da CF, em decorrência de mutação constitucional.

Karl Loewenstein conceitua a mutação constitucional como uma transformação na realidade na configuração do poder político ou da estrutura social, sem que seja necessária modificação do texto constitucional permanecendo intacto. E conclui: “Este tipo de mutación constitucional se da en todos los estados dotados de una constitución escrita y són mucho más frecuentes que lãs reformas constitucionales formales”.<sup>165</sup>

A mutação constitucional repousa na idéia de que o estado é um processo, está em continua alteração, não sendo capaz, o Poder Legislativo, de acompanhar as necessidades, ao ponto de evitar o conflito. As mutações constitucionais têm que levar em consideração as modificações ocorridas no seio de uma sociedade, não podendo operar-se desligada da realidade e dos anseios populares, no intuito de realizar o sentimento constitucional.

Não é, a mutação, mero procedimento de modificação material das normas constitucionais, mas sim, um fator de que impulsiona o Estado para suprir uma lacuna normativa constitucional surgida pelo não acompanhamento do texto escrito ao fim colimado pela sociedade. Feita as seguintes colocações, podemos ingressar no tema proposto, aprofundando o diálogo crítico-jurídico .

---

<sup>164</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, 1955. Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes – 3. ed. rev. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2004, P. 266-267.

<sup>165</sup> Téoria de la constitución?. Barcelona : Ariel Dir echo, 1986. p. 259.

Segundo Manoel Jorge e Silva Neto <sup>166</sup> a mutação constitucional acontece quando o texto constitucional é modificado sem a realização do processo formal, por razões de “natureza econômica, política, social, cultural ou antropológica”. Houve modificação da realidade brasileira que tenha legitimado o Supremo Tribunal Federal a excluir a sentença constante no art. 52, X, ou seja, participação do senado como órgão responsável pela atribuição de efeito *erga omnes* e vinculativo as decisões prolatadas no controle de constitucionalidade difuso?

Sim. A realidade da sociedade brasileira pela extrema importância adquirida pela Jurisdição Constitucional no Estado Democrático surgido após a edição da Constituição de 1988. Houve modificação quanto à organização dos poderes políticos, adquirindo suma importância à atividade judiciária, principalmente, assegurando os direitos das minorias frente os interesses majoritários.

Qual o sentido do termo “interpretar”? Humberto Ávila resolve essa questão informando que na interpretação, o intérprete “não só constrói, mas reconstrói sentido, tendo em vista a existência de significados incorporados ao uso lingüístico e construídos na comunidade do discurso. Interpretar é construir a partir de algo, por isso significa reconstruir”<sup>167</sup>.

A interpretação jurídica prevista na decisão judicial é criação do direito, diferenciando-se da atividade legislativa pelo menor grau de generalidade e do modo de criar o próprio direito. O legislador tem uma liberdade maior de criação do direito, ficando para o magistrado a função de criar a norma a partir do conflito de interesses. Como bem ressaltar Dirley da Cunha Júnior “não há monopólio legislativo na formulação do direito.

---

<sup>166</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro : Ed. Lúmen Júris. 2006, p. 21-22.

<sup>167</sup> ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios : Da definição a aplicação dos princípios jurídicos. 5ed. ver. e amp. São Paulo :Malheiros, 2006, p. 33.

Se não se reconhecesse ao juiz essa função de criar o direito, não pode ele cumprir a sua função, que é a de compor os conflitos”<sup>168</sup>.

O próprio Ministro Eros Grau se pergunta se o Relator ao proceder tal interpretação não teria "excedido a moldura do texto, de sorte a exercer a criatividade própria à interpretação para além do que ao intérprete incumbe. Até que ponto o intérprete pode caminhar, para além do texto que o vincula? Onde termina o legítimo desdobramento do texto e passa ele, o texto, a ser subvertido?"<sup>169</sup>. Estaria o STF caminhando além do texto ou subvertendo o texto do qual é guardião? Acreditamos que não. O controle de constitucionalidade precisa ganhar contornos mais dinâmicos e nada mais seguro do que o Supremo Tribunal Federal criar-los. Não há lógica em manter os efeitos da decisão de (in) constitucionalidade diferentes no controle difuso e concentrado quando emanada pelo mesmo órgão máximo.

Parte dos Doutrinadores não aceita a dispensabilidade da ratificação do Senado, em razão de entender que a participação desse órgão no controle difuso de constitucionalidade traduz a defesa dos interesses democráticos, e ao mesmo tempo, obrigar este órgão legislativo a publicar a decisão “significa, por fim, retirar do processo de controle difuso qualquer possibilidade de chancela dos representantes do povo deste referido processo, o que não parece ser sequer sugerido pela Constituição da República de 1988”<sup>170</sup>.

---

<sup>168</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de direito constitucional - Salvador: JusPODIVM, 2007, p. 194

<sup>169</sup> Chega o Ministro a conclusão sobre a possibilidade de interpretação e modificação através da mutação constitucional Apud STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade cattoni de et al. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n.º 1498, 8 ago. 2007, Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10253>>. Acesso em: 11 ago. 2007,

<sup>170</sup> Neste sentido “Mas o modelo de participação democrática no controle difuso também se dá, de forma indireta, pela atribuição constitucional deixada ao Senado Federal. Excluir a competência do Senado Federal – ou conferir-lhe apenas um caráter de tornar público o entendimento do Supremo Tribunal Federal – significa reduzir as atribuições do Senado Federal à de uma secretaria de divulgação intra-legislativa das decisões do Supremo Tribunal Federal; significa, por fim, retirar do processo de controle difuso qualquer possibilidade de chancela dos representantes do povo deste referido processo, o que não parece ser sequer sugerido pela Constituição da República de 1988”. STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de et al. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n.º 1498, 8 ago. 2007, Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10253>>. Acesso em: 11 ago. 2007



O Senado Federal não é o representante dos interesses do povo, mas sim, constitucionalmente designado a defender os interesses dos Estados. A Participação do Senado é justificada pela Teoria dos freios e contrapesos, princípio do novo Estado Democrático de Direito, que impõe a fiscalização recíproca entre os poderes.

Alguns autores asseveram existirem violações aos direitos fundamentais: devido processo legal, ampla defesa e contraditório; na aplicação dos efeitos do controle concentrado ao controle difuso, pela submissão dos indivíduos à decisão, sem, ao menos, ter participado do processo que, conseqüentemente, os afetará<sup>171</sup>. Neste ponto vale lembrar a lição de Mauro Cappelletti:

**A tese de Shapiro, no entanto, revela certamente um núcleo de verdade; e a história da sociedade e das instituições, efetivamente, aí está para demonstrar que não raramente certos grupos (raciais, religiosos, econômicos etc.) encontram justamente nos tribunais o acesso e a proteção, sem os quais teriam permanecido inteiramente ou pelo menos por mais tempo, marginalizados da vida de determinado país.<sup>172</sup>**

O acesso à justiça, a ampla defesa, ao contraditório, e ao próprio julgamento individualizado da demanda, procurando adequar o direito as peculiaridades de cada caso, é importante instrumento para legitimação do poder Judiciário frente a grupos sociais afastados dos poderes políticos, protegendo a inclusão dessas pessoas no contexto social ao assegurar seus direitos individuais, amplamente violados por decisões políticas.

Isso é facilmente resolvido permitindo dentro do processo concreto, na fiscalização difusa, a figura do *amicus curis*, evitando a não apreciação dos argumentos utilizados

---

<sup>171</sup> “Dito de outro modo, atribuir eficácia erga omnes e efeito vinculante às decisões do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade é ferir os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório (art. 5.º, LIV e LV, da Constituição da República), pois assim se pretende atingir aqueles que não tiveram garantido o seu direito constitucional de participação nos processos de tomada da decisão que os afetará. STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de et al. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n.º 1498, 8 ago. 2007, Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10253>>. Acesso em: 1 ago. 2007

<sup>172</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira – Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre, 1993. Reimpressão/1999, p. 100

em outro processo em que se discuta a mesma questão prejudicial. Possibilitando a participação dos interessados, possibilitará o acesso à justiça e o respeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

Neste sentido Octavio Campos Fischer chama a atenção para a injustiça gerada pela Resolução do Senado que atribui a decisão do STF em controle difuso de constitucionalidade efeitos não retroativos, pois, os mais desafortunados que só ingressaram com o processo no controle difuso após a resolução do Senado não poderão pleitear efeitos retroativo, vez que a resolução suspendeu a lei<sup>173</sup>.

Toda decisão judicial controversa tratando de casos concretos análogos gera um descrédito do Poder Judiciário, pois este necessita manter a isonomia e previsibilidade de suas decisões para efetiva o princípio da segurança jurídica. Não há mais espaço para diferir os efeitos do controle difuso do controle concentrado pois esse fato ocasionaria violação do direito à igualdade formal.

Em regra, os efeitos do controle difuso ou concentrado continuam a ser retroativos, caso não haja expressa declaração do STF que atribua outros efeitos temporais. André Tavares Ramos<sup>174</sup> defende esse posicionamento:

**A única ressalva a ser feita é à tendência, evidenciada com o julgamento do HC 82959/SP (da progressão de regimes no caso de cumprimento de pena por crime hediondo), de o S.T.F., na decisão em controle difuso-concreto, pressupor efeito diverso (de certa forma superando a arcaica mais vigente regra do art). 52, X, da Constituição do Brasil.**

Aderimos nesse ponto ao posicionamento de Luís Roberto Barroso que defende ser a melhor opção a de atribuir ao STF competência para determinar o efeito *erga omnes* no controle de constitucionalidade difuso, excluindo o Senado<sup>175</sup>. Assim, tanto no controle difuso como concentrado, a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal

---

<sup>173</sup> Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no Direito Tributário Brasileiro – Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 188.

<sup>174</sup> TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional / André Ramos Tavares. 5ª ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2007, p. 221.

<sup>175</sup> Idem.

Federal seria suficiente para gerar efeitos: retroativo (em regra), vinculante e *erga omnes*.

Concordamos ser a submissão do Supremo Tribunal Federal a Resolução do Senado procedimento arcaico e que deva ser superado. O Poder Judiciário deve superar regras jurídicas no intuito de proporcionar uma maior efetividade à decisão judicial e estabilidade às relações levadas para sua apreciação.

Como então submeter o cidadão a um processo de constitucionalidade difuso no qual pudesse receber provimento decisório diferente, não ocasionando violação à isonomia e a segurança jurídica, princípios fundantes do Estado Democrática?

Não há razão num novo Estado Democrático de Direito para a aplicação de decisões diferentes aos cidadãos encontrados em situações iguais. Vale ressaltar ser a declaração de (in) constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal no controle difuso: *erga omnes* e vinculativa, pois é o guardião da constituição. Já os julgamentos dos demais órgãos do judiciário no controle difuso mantêm as mesmas características, ou seja: *inter partes*, *ex tunc* e não vinculativo. Explica-se.

Não podemos perder de vista que uma decisão judicial que declare a inconstitucionalidade de uma lei em primeiro ou segundo grau não pode ter efeito sobre os demais órgãos do judiciário, vez que existem diversos outros órgãos na mesma hierarquia. Só cabe ao órgão judicial suspender a aplicabilidade da lei. Assim, apenas a corte máxima tem autoridade para determinar qual a interpretação última, da qual não é possibilitado nenhum tipo de recurso, nem a própria ação rescisória.

Ao atribuir a declaração de (in) constitucionalidade efeitos *erga omnes* e vinculativo assegura-se o princípio da isonomia, permitindo a resolução de diversos problemas do controle difuso, como por exemplo, quando uma decisão transita em julgado, sem ser apreciada pela suprema corte, por não interposição dos recursos de apelação ou do próprio recurso ordinário. Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal aprecia a

matéria, através de recurso extraordinário, e declara a inconstitucionalidade da lei. Pode existir coisa julgada material de norma julgada inconstitucional? Sim. A declaração de inconstitucionalidade retroativa não tem poder para desconstituir a coisa julgada material.

Contudo, houve a relativização da coisa julgada material quando a sentença for condenatória, tornando-se o título inexigível após a declaração de inconstitucionalidade pelo STF, conforme se verifica no texto inserido pelo art. 741 do Código de Processo Civil que versa:

**Na execução fundada em título judicial, os embargos só poderão versar sobre:**

**II- inexigibilidade do título;**

**Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal. (grifos nossos)**

Entendemos que qualquer decisão de inconstitucionalidade, seja no controle difuso ou concentrado, tem força para desconstituir o título judicial proveniente de lei ou ato manifestamente inconstitucional<sup>176</sup>.

Como visto acima, o controle de constitucionalidade está em constantes transformações no intuito de alcançar as necessidades supervenientes surgidas no seio da sociedade. Assim, concluímos ser legítima a mutação constitucional operada e conseqüentemente a supressão tácita do inciso X do artigo 52 da Constituição Federal por entender ser a participação do Senado desnecessária tanto ao interesse das minorias, como também ao interesse do próprio Estado Democrático de Direito.

---

<sup>176</sup> ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. O controle da coisa julgada inconstitucional. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2006, p. 205-208.

## CAPÍTULO IX – DA SÚMULA VINCULANTE COMO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA.

### 1 Noções iniciais.

O Supremo Tribunal Federal com o advento da Emenda Constitucional nº. 45 passou a ter a possibilidade de aprovar súmula com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal<sup>177</sup>. Os demais tribunais continuaram a criar súmula sem efeito vinculante. Alerta André Tavares Ramos<sup>178</sup>:

**A possibilidade de que o S.T.F. possa vir a editar súmulas desse jaez, vale dizer, supostamente destoantes do Direito positivo, é risco natural e insuperável decorrente da necessidade de que haja um órgão último na aplicação do Direito. Na realidade, por esse prisma, a súmula constitui um instituto que busca a eliminação das antinomias do sistema. Objetiva-se, em outras palavras, alcançar a coerência, que deve haver no Direito.**

O que não está sendo observado em alguns casos, é que a súmula só poderá ser aprovada após, reiteradas decisões sobre matéria constitucional. Ora, se as decisões são sobre matéria constitucional, é evidente a possibilidade deste instrumento ter efeitos refletidos sobre a fiscalização constitucional de lei ou ato normativo. A Súmula Vinculante é menos abrangente do que a lei, e do que o próprio controle concentrado, o qual possui eficácia contra todos<sup>179</sup>.

---

<sup>177</sup> Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) e mesma redação do art. 2º da Lei nº 11.417, de 19 de Dezembro de 2006.

<sup>178</sup> TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional / André Ramos Tavares. 5ª ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2007, p. 364.

<sup>179</sup> Entendemos já ter nascido a Súmula Vinculante menos abrangente que a lei. Opinião diversa: “É imprescindível, por outro lado, que a Súmula Vinculante seja menos abrangente do que a lei e deve ser redigida de molde a gerar menos dúvidas interpretativas, principalmente quanto à sua incidência”. WAMBIER, Luiz Rodrigues. Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil, 3: Leis 11.382/2006, 11.417/2006, 11.418/2006, 11.341/2006, 11.419/2006, 11.441/2007 e 11.448/2007/ Luiz Rodrigues; Wambier, Teresa Arruda Alvim; Wambier, José Miguel Garcia Medina. – São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 260.

Um dos motivos da edição de Súmula Vinculante é a tentativa de evitar a multiplicação dos processos judiciais julgados pelo Supremo Tribunal Federal. Vejamos o que concluiu a Ministra Ellen Gracie:

**Alinho-me entre os que acreditam que a maioria das questões trazidas ao foro, especialmente ao foro federal, são causas repetitivas, onde, diversas as partes e seus patronos, a *lide jurídica é sempre a mesma*. São causas que se contam aos milhares em todo o país e que dizem respeito a matéria exaustiva e muito pacificada pela jurisprudência. Como, por exemplo, as devoluções de empréstimos compulsórios (...)**<sup>180</sup>

É extremamente custoso manter o STF atravancado com matérias já pacificamente decididas, servindo de saída para a protelação das causas e desestimulando futuras lides. Além disso, ocupar o Supremo com número tão elevado de processos evita uma melhor reflexão e atividade criativa por parte dos magistrados para as questões que têm maior atualidade e complexidade<sup>181</sup>. No mais, a súmula serve como mais um sinalizador da trajetória a ser trilhada pelo juiz no momento de aplicação do direito, em respeito aos princípios constitucionais da unidade e da segurança jurídica.

Uma das formas de se evitar problemas de aplicação da súmula pelos juizes e tribunais é a formulação de conceitos mais específicos, não dando grande margem a interpretação por parte dos demais órgãos do judiciário<sup>182</sup>. A edição da Súmula Vinculante deve conter conceitos determinados, evitando a desconfiguração do instituto proporcionada pela “Interpretação à Interpretação” , pois se houver qualquer tipo de

---

<sup>180</sup> Reforma do Judiciário: Primeiros ensaios críticos sobre a emenda constitucional nº 45/2004, Coordenação Tereza Arruda Alvim...(et al). Artigo: Repercussão geral e Súmula Vinculante/ Luiz Rodrigues WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, José Miguel Garcia Medina. – São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 2005, p. 385.

<sup>181</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues. Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil, 3: Leis 11.382/2006, 11.417/2006, 11.418/2006, 11.341/2006, 11.419/2006, 11.441/2007 e 11.448/2007/ Luiz Rodrigues wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier, José Miguel Garcia Medina. – São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 259.

<sup>182</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues. Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil, 3: Leis 11.382/2006, 11.417/2006, 11.418/2006, 11.341/2006, 11.419/2006, 11.441/2007 e 11.448/2007/ Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier, José Miguel Garcia Medina. – São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 2007,p. 260

sentido ambíguo, atuaram os órgãos inferiores interpretando à interpretação da norma realizada pelo STF.

O Art. 103-A da CF apenas permitiu ao STF, quando decidir questão constitucional, editar súmula com *efeito vinculante*. Ora, o efeito vinculante já existia e vinha sendo aplicado desde a emenda constitucional n.º 3/93 para o controle concentrado de constitucionalidade. Não há inovação na inserção do efeito vinculante por si só.

## 2 Legitimidade para propositura.

A Constituição Federal no art. 103-A determina que a Súmula Vinculante será formulada de ofício ou por provocação dos legitimados para a ação direta de constitucionalidade<sup>183</sup>. Se for de ofício então cabe ao próprio Supremo Tribunal Federal editar a súmula<sup>184</sup>. A Lei n.º Lei n.º 11.417/2006, em seu art. 3º, tra z o rol de legitimados para propositura da Súmula Vinculante perante o STF, sendo eles:

- I - o Presidente da República;**
- II - a Mesa do Senado Federal;**
- III - a Mesa da Câmara dos Deputados;**
- IV - o Procurador-Geral da República;**
- V - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;**
- VI - o Defensor Público-Geral da União;**
- VII - partido político com representação no Congresso Nacional;**
- VIII - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional;**
- IX - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;**
- X - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;**
- XI - os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares<sup>185</sup>.**

<sup>183</sup> CF, Art. 103, § 2º: Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

<sup>184</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues. Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil, 3: Leis 11.382/2006, 11.417/2006, 11.418/2006, 11.341/2006, 11.419/2006, 11.441/2007 e 11.448/2007/ Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier, José Miguel Garcia Medina. – São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 2007, P. 270.

<sup>185</sup> Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004)

I - o Presidente da República;  
II - a Mesa do Senado Federal;

A lei acrescenta mais dois legitimados aos já descritos no art. 103 para propositura da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade: o Defensor Público-Geral da União e os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares. Essa posição de incluir os tribunais no controle de constitucionalidade já era defendida por Otto Bachof<sup>186</sup> :

**Aos tribunais constitucionais também compete o controle da constitucionalidade de normas da Constituição. A isto corresponde a obrigação de todos os restantes tribunais de provocarem uma decisão do tribunal constitucional competente, sempre que pretendam recusar a validade a uma norma da Constituição.**

Vale lembrar que são legitimados a propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado, e não apenas sua propositura. Segundo o art. 10 da referida lei a edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula com efeito vinculante obedecerá a procedimento subsidiário previsto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

### **3 Stare Decisis x efeito vinculante.**

Muito se têm debatido, se o efeito vinculante veio para substituir a falta da regra do *Stare Decisis*<sup>187</sup> existente no controle difuso de constitucionalidade norte-americano que impõe as decisões da Corte Suprema a todos os demais órgãos do Judiciário. Os

---

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa;

V - o Governador de Estado;

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

<sup>186</sup> BACHOF. Normas constitucionais inconstitucionais?. Tradução José Manuel M Cardoso da Costa. Reimpressão. Coimbra : 1994. p. 31.

<sup>187</sup> Salvo melhor interpretação: "mantenha-se a decisão".



precedentes no *Stare Decisis* não são aplicados de forma automática, já que caberá a análise de questões concretas para sua aplicabilidade<sup>188</sup>.

Luís Roberto Barroso explica ser diferente os efeitos da regra *Stare Decisis* e do efeito vinculante já que no primeiro existe um caso concreto, ou seja, apreciação de um real conflito de interesses, daí “convém distinguir o holding, que é a parte do julgamento na qual o juiz aplica a regra de direito e onde deve haver uma regra lógica de causa e efeito entre os motivos invocados no processo e a regra aplicada”<sup>189</sup>. Mais que isso, a regra *Stare Decisis* é aplicada tanto a questões constitucionais e não constitucionais, enquanto até agora, o efeito vinculante só deverá ser aplicado em questões constitucionais.

Alf Ross os precedentes ressalta a importância que os casos análogos devem gerar decisões idênticas e gerais. O juiz, segundo o autor, e nos concordamos com sua opinião, jamais terá limitada sua força criadora, por duas razões: primeiro, porque um precedente só atinge a *ratio decidendi*, razão de decidir vinculada a causa; quando o juiz não quiser decidir a *ratio decidendi* sempre existe a possibilidade de distinguir os casos concretos, pois nunca as circunstâncias são as mesmas<sup>190</sup>.

Enquanto o *Stare Decisis* constitui instrumento aplicável apenas no âmbito do judiciário em pleno sinal de manutenção da hierarquia judicial entre a Suprema Corte e os demais tribunais e juízes norte-americanos, o efeito vinculante extrapola a esfera do Poder Judiciário e alcança a esfera executiva atingindo todos os órgãos da administração pública direta e indireta no âmbito federal, estadual e municipal<sup>191</sup>.

---

<sup>188</sup> PALU, Oswaldo Luiz. Controle de Constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos. – 2. ed. Ver., ampl. E atual. de acordo com as Leis 9.868 e 9.882/99 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p.262.

<sup>189</sup> BARROSO, Luís Roberto. Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência / Luís Roberto Barroso. – 2. ed. Ver. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2006, p. 260.

<sup>190</sup> ROSS, Alf. Direito e Justiça. – tradução Edson Bini – revisão técnica Alysson Leandro Mascaro – Bauru, SP : EDIPRO, 1 reimpressão, 2003, p. 115

<sup>191</sup> LEAL, Roger Stiefelmann°. O efeito vinculante na jurisdição constitucional. – São Paulo : Saraiva, 2006, p. 128.

Conclui Alf Ross<sup>192</sup>:

**“Por conseguinte, a doutrina de *Stare Decisis* não passa, na realidade, de uma ilusão. Trata-se de uma ideologia mantida por certas razões com o intuito de ocultar o emprego aos seus propugnadores e aos demais a livre função criadora de direito detida pelos juízes, e transmitir a impressão falaciosa de que estes apenas aplicam o direito existente, o qual pode ser determinado em virtude de um conjunto de regras objetivas como indica a doutrina do *Stare Decisis*”.**

Alexy<sup>193</sup> seguindo a mesma idéia de não ser possível se limitar a criatividade judicial assegura não existirem limites para o discurso jurídico, sendo que o caso especial, como todo o ordenamento, possuem espaços a serem preenchidos com discurso jurídico.

Quanto à obrigatoriedade de observância, o efeito vinculante impõe obrigatoriedade, enquanto a regra do *Stare Decisis* embora trate de vinculação dos precedentes dentro do Poder Judiciário permite aos juízes inferiores um mecanismo para superação do precedente denominado “*overruling*”<sup>194</sup>.

Vale citar as palavras de Ugo Mattei: “o *Stare Decisis* norte-americano tolera uma verdadeira revolução copernicana em que uma corte de ínfimo grau de hierarquia abertamente desatende um precedente da Suprema Corte”<sup>195</sup>. Sempre haverá espaço, para diante do caso concreto, o juiz julgar não ser possível a aplicação do precedente por impossibilidade de conceituar as situações como similares.

---

<sup>192</sup> ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. – tradução Edson Bini – revisão técnica Alysso Leandro Mascaro – Bauru, SP : EDIPRO, 1 reimpressão, 2003,

<sup>193</sup> *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*; tradução Zilda Hutchinson Schild. – 2. ed. – São Paulo: Landy Editora, 2005, p. 312-313.

<sup>194</sup> LEAL, Roger Stiefelmann°. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. – São Paulo : Saraiva, 2006, p. 128.

<sup>195</sup> LEAL, Roger Stiefelmann°. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. – São Paulo : Saraiva, 2006, p. 129.

#### 4 Efeito vinculante x efeito *erga omnes*.

O efeito vinculante foi inspirado na denominada *Bindungswirkung* do direito germânico (§ 31, I, da Lei da Corte Constitucional alemã)<sup>196</sup>. Esse efeito foi introduzido na Constituição Brasileira pela Emenda Constitucional nº 3/1993, versando: "as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo"<sup>197</sup>.

A Súmula Vinculante tem efeito vinculativo, tornando obrigatória sua observação pelos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Esse conceito veio esclarecer os estabelecidos pelas leis específicas que tratam sobre as ações diretas de constitucionalidade, controle concentrado.

A Lei nº. 9882/99 § 3º, versa: "A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente **aos demais órgãos do Poder Público**"(grifo nosso). As casas do Congresso Nacional como órgãos integrantes do Poder Público estariam vinculadas pelas decisões do STF no controle concreto de constitucionalidade? Caso essa fosse a interpretação dada ao dispositivo normativo, ocasionaríamos a violação do princípio da separação dos poderes, traduzindo-se as decisões do STF em verdadeiros limites materiais à atividade legislativa. Já a Lei nº. 9868/99, art. 28, parágrafo único, "têm eficácia contra todos e efeito vinculante **em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal**" (grifo nosso). Apesar de não alcançar o Poder Legislativo, a interpretação literal vedaria o próprio STF de reapreciar as questões decididas no controle concentrado de constitucionalidade, immobilizando a

---

<sup>196</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, nº 43, jul. 2000, Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=108>>. Acesso em: 10 ago. 2007,

<sup>197</sup> CF, art. art. 102, § 2º, antes da emenda 45/2004,

criatividade judicial e a própria evolução social. O legislador acertou ao produzir norma que traduz a interpretação autêntica dos poderes submetidos a tal efeito.

Interessante questão a ser questionada é quais os órgãos dos poderes estatais estão submetidos ao efeito vinculante atualmente?

De plano, vale afirmar que o efeito vinculante não impede o Supremo Tribunal Federal de reapreciar a inconstitucionalidade, ou constitucionalidade, julgada. O 103 da CF versa: "terá efeito vinculante **em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário** e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal"(Grifo nosso). Ao determinar os demais órgãos automaticamente exclui o órgão que prolatou a decisão judicial.

Restam vinculados todos os demais órgãos do judiciário, exceto o STF, e da administração direta e indireta nas esferas federais, estaduais e municipais. Os órgãos estatais brasileiros, envolvidos no processo, têm obrigatoriedade tanto de executar o resultado da decisão como de não permitir a ocorrência de inconstitucionalidade evidenciada, sob pena de reclamação constitucional, e até responsabilização em crime de responsabilidade, ficando os órgãos. A não-observância da decisão caracteriza grave violação de dever funcional, seja por parte das autoridades administrativas, seja por parte do magistrado<sup>198</sup>.

Ora, porque os órgãos do Legislativo não se submetem ao efeito vinculante? Como anteriormente advertido, acontece pelo respeito ao princípio da separação dos poderes que não permite a interferência do judiciário na atividade típica que é legislar normas gerais, impessoais e objetivas, podendo mesmo editar lei já julgada inconstitucional, sem que haja nenhuma consequência para os membros componentes destes órgãos.

---

<sup>198</sup> Art. 133 - Responderá por perdas e danos o juiz, quando: I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude. Posição compartilhada por Gilmar Ferreira Mendes em: O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas . Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n.º 43, jul. 2000, Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=108>>. Acesso em: 10 ago. 2007,

Alguns doutrinadores defendem a possibilidade de aplicação do efeito vinculante aos órgãos do Poder Legislativo, evitando assim que uma lei inconstitucional possa ser reeditada em flagrante confronto com o texto constitucional. Essa não é a postura adotada por nossa suprema corte. Entendemos que a reedição exata de norma declarada inconstitucional deve ser evitada, devendo-se criar instrumentos para coibir o legislador a não realizar esta conduta sob pena de responsabilidade.

Passemos a diferenciar o efeito vinculativo do efeito *erga omnes*. Veja o art. 102, § 3º:

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade **produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário** e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Em que se traduz o termo “efeito vinculante”? Esta questão se desmembra em duas indagações: “o que se torna vinculante na decisão” e “quem está vinculado a ela”.

A decisão judicial está submetida a três elementos: Relatório, Fundamentação e Dispositivo<sup>199</sup>. Ora, o relatório identificará as partes, os pedidos, entre outras questões. A parte dispositiva adquirir força de lei “nos limites da lide” e das questões decididas, não fazendo, por isso, eficácia geral<sup>200</sup>. Entretanto, os fundamentos ou motivos da decisão não fazem coisa julgada<sup>201</sup>.

---

<sup>199</sup> Art. 458 - São requisitos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem.

<sup>200</sup> Art. 468 – A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas

<sup>201</sup> Art. 469 - Não fazem coisa julgada:

I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;

II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença;

III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.

Esse fato possibilitava que mesmo declarada à inconstitucionalidade de lei estadual “A” em controle abstrato, com eficácia contra todos, pudesse vir a ser apreciado novamente em lide cuja lei estadual “B” tivesse o mesmo conteúdo, já que apenas a parte dispositiva se tornaria imutável, para as partes envolvidas no processo. Abria-se margem para realização de um novo controle de constitucionalidade da lei “B”. Para evitar a apreciação constante de demandas com o mesmo conteúdo, criou-se o efeito vinculante, evitando a propositura de ação direta para declarar a inconstitucionalidade de lei com os mesmos fundamentos em outra anteriormente já declarada inconstitucional.

Transcrevemos parte do Projeto de Emenda Constitucional apresentado pelo Deputado Roberto Campos (PEC nº. 130/1992) na tentativa de esclarecer o significado de efeito vinculante:

"Além de conferir **eficácia erga omnes** às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade, a presente proposta de emenda constitucional introduz no direito brasileiro o conceito de **efeito vinculante** em relação aos órgãos e agentes públicos. **TRATA-SE DE INSTITUTO JURÍDICO DESENVOLVIDO NO DIREITO PROCESSUAL ALEMÃO, QUE TEM POR OBJETIVO OUTORGAR MAIOR EFICÁCIA ÀS DECISÕES PROFERIDAS POR AQUELA CORTE CONSTITUCIONAL, ASSEGURANDO FORÇA VINCULANTE NÃO APENAS À PARTE DISPOSITIVA DA DECISÃO, MAS TAMBÉM AOS CHAMADOS FUNDAMENTOS OU MOTIVOS DETERMINANTES (TRAGENDE GRÜNDE).** A declaração de nulidade de uma lei não obsta à sua reedição, ou seja, a repetição de seu conteúdo em outro diploma legal. Tanto a coisa julgada quanto a força de lei (eficácia *erga omnes*) não lograriam evitar esse fato. Todavia, o efeito vinculante, que deflui dos fundamentos determinantes (*tragende Gründe*) da decisão, obriga o legislador a observar estritamente a interpretação que o tribunal conferiu à Constituição. Conseqüência semelhante se tem quanto às chamadas normas paralelas. Se o tribunal declarar a inconstitucionalidade de uma Lei do Estado A, o efeito vinculante terá o condão de impedir a aplicação de norma de conteúdo semelhante do Estado B ou C (Cf. Christian Pestalozza, comentário ao § 31, I, da Lei do Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz*) in: *Direito Processual Constitucional (Verfassungsprozessrecht)*, 2ª edição, Verlag C.H. Beck, Munique, 1982, pp. 170/171, que explica o efeito vinculante, suas conseqüências e a diferença entre ele e a eficácia seja *inter partes* ou *erga omnes*)<sup>202</sup> (grifo nosso).

---

<sup>202</sup> Apud MENDES, Gilmar Ferreira. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, nº. 43, jul. 2000, Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=108>>. Acesso em: 10 ago. 2007,

Extrai-se do projeto que o objetivo do efeito vinculante é assegurar força vinculante aos fundamentos das decisões de constitucionalidade no intuito de evitar que novas demandas com o mesmo conteúdo sejam levadas a apreciação do Tribunal Constitucional.

Gilmar Ferreira Mendes informa que “a intenção do legislador era ampliar os limites da coisa julgada, vinculando órgãos e autoridades que não haviam integrado o processo, obrigando-os a adaptar sua ação futura à orientação nela contida”<sup>203</sup>.

Já Roger Stiefelmann Leal informar ser função do efeito impedir a “reiteração material do vício de inconstitucionalidade apontado mediante a sucessão de atos com a mesma estatura hierárquica”<sup>204</sup>. Aqui, o efeito vinculante teria aplicabilidade apenas às questões de direito, o que proporciona uma segurança jurídica a sociedade<sup>205</sup>.

As funções primordiais do efeito vinculante, em nossa opinião, são:

a) impedir à aplicação de lei ou ato normativo já declarado inconstitucional gerando decisões contraditórias tomadas pelos tribunais e juízes de instancia inferior violando assim a isonomia e segurança jurídica que deve nortear as decisões judiciais e assegurar certa previsibilidade<sup>206</sup>;

---

<sup>203</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas . Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n° 43, jul. 2000, Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=108>>. Acesso em: 10 ago. 2007,

<sup>204</sup> LEAL, Roger Stiefelmann°. O efeito vinculante na jurisdição constitucional. – São Paulo : Saraiva, 2006, p. 151.

<sup>205</sup> PALU, Oswaldo Luiz. Controle de Constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos. – 2. ed. Ver., ampl. E atual. de acordo comas Leis 9.868 e 9.882/99 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, 261.

<sup>206</sup> “Em verdade, o efeito vinculante decorre do particular papel político-institucional desempenhado pela Corte ou pelo Tribunal Constitucional, que deve zelar pela observância estrita da Constituição nos processos especiais concebidos para solver determinadas e específicas controvérsias constitucionais” MENDES, Gilmar Ferreira. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas . Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n° 43, jul. 2000, Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=108>>. Acesso em: 10 ago. 2007,

<sup>206</sup> LEAL, Roger Stiefelmann°. O efeito vinculante na jurisdição constitucional. – São Paulo : Saraiva, 2006, p. 115.

b) impedir à apreciação de grande número de demandas tratando de tema já declarado inconstitucional, corroborando para análise superficial das mesmas em razão do imenso número de processos e onerosidade no deslocamento de materiais: humano; tecnológico; entre outros, para resolução da lide.

A amplitude do efeito vinculante, na Alemanha, para os órgãos estatais que integraram o processo, é a seguinte:

(1) obriga-os a executarem o julgado, “devendo empreender todas as medidas necessárias ao restabelecimento de um estado de legitimidade, exigências essas que não decorrem diretamente da coisa julgada material”<sup>207</sup>; e ainda;

(2) vinculam-se “à orientação estabelecida pelo Tribunal no que diz respeito à conduta futura, de modo que do efeito vinculante decorre – tal como da coisa julgada material – uma proibição de repetição ou de reiteração”<sup>208</sup>.

O que é efeito *erga omnes*? Porque o legislador deixou de inseri-lo no âmbito da Súmula Vinculante?

Gilmar Ferreira Mendes explica ser o efeito *erga omnes* a eficácia contra todos, ou seja, decisão com força de lei. Mas não que dizer que a decisão *erga omnes* seja lei, “significava apenas que a decisão produziria efeitos semelhantes aos de uma lei (*gesetzähnlich*)”, não podendo ser ela considerada lei nem no aspecto formal, pois não supera aspectos procedimentais descritos no texto constitucional, como: espécie legislativa, conteúdo, iniciativa, quorum, e nem no aspecto material, pois lei é atividade típica do poder legislativo não podendo se emanada por outro Poder, sem prévia

---

<sup>207</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n.º 43, jul. 2000, Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=108>>. Acesso em: 10 ago. 2007,

<sup>208</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n.º 43, jul. 2000, Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=108>>. Acesso em: 10 ago. 2007



autorização e nos casos previstos na Constituição, sob pena de violação da separação dos poderes<sup>209</sup>.

É a decisão *erga omnes* que gera a coisa julgada material e impede que o STF venha a apreciar nova demanda que trate sobre o mesmo assunto no controle de constitucionalidade. Atualmente, pacífico está que esse efeito pode ocorrer no controle abstrato de constitucionalidade<sup>210</sup>. Contudo, vale lembrar que o STF pode vir a apreciar objeto idêntico nas ações diretas de constitucionalidade, mesmo após o julgamento com efeitos *erga omnes*. Isso acontece pois não se pode tornar imutável as decisões judiciais porque as relações sociais são extremamente dinâmicas.

Concordamos com o posicionamento de Gilmar Ferreira Mendes quando a possibilidade do Supremo Tribunal Federal vir a reapreciar lei ou ato normativo declarado inconstitucional desde que presente a modificação das circunstâncias fáticas ou mesmo a relevante alteração das concepções jurídicas dominantes<sup>211</sup>. Não pode o judiciário ficar eternamente impossibilitado de rever suas decisões, engessando o direito, e conseqüentemente, sendo incapaz de suprimir os conflitos.

## **5 A modulação de efeitos do controle difuso.**

Mauro Cappelletti explica que os graves inconvenientes práticos gerados pelo controle difuso de constitucionalidade pelas sérias conseqüências de incerteza foram evitados na Suíça, atribuindo-se a Corte Suprema um poder de decisão que é “susceptível de se estender, também, além do caso concreto e de anular, com eficácia *erga omnes*, a lei considera inconstitucional”<sup>212</sup>.

---

<sup>209</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n.º 43, jul. 2000, Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=108>>. Acesso em: 10 ago. 2007,

<sup>210</sup> A questão do controle difuso não necessitar mais do Senado Federal para atribuir eficácia contra todos é ponto de extrema discussão doutrinária atualmente.

<sup>211</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. – Arguição de descumprimento de preceito fundamental : comentários à Lei n. 9.882, de 3.12.1999. – São Paulo : Saraiva, 2007, p. 183.

<sup>212</sup> CAPPELLETTI, Mauro. O Controle Judicial de constitucionalidade das Leis no Direito Comparado. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre, Fabris, 1984. 2ª ed.- Reimpressão, p. 79

Gilmar Ferreira Mendes defende ser possível o STF atribuir efeitos modulares (*ex tunc*, *ex nunc*: prospectivos ou futuros), efeito vinculante e *erga omnes* no controle difuso de constitucionalidade, excluindo a participação do Senado em razão da mutação constitucional, fundamentando não existirem diferenças significativas entre o controle difuso e o concentrado no Brasil<sup>213</sup>. Para nós, a solução não é tão simples.

Perelman ensina ser o raciocínio formal resultante de um processo de simplificação que só é possível em condições particulares, no interior de sistemas isolados e circunscritos. Os argumentos quase-lógicos tiram atualmente sua força persuasiva de sua aproximação desses modos de raciocínio incontestados. Ao igualar o controle difuso pátrio ao controle difuso norte-americano, sem a apreciação mais profunda de cada um dos controles individualmente, é decidir de forma superficial uma decisão extremamente séria e de conseqüências inimagináveis. Assim, vale perquirir as similitudes sob pena de se aceitar um argumento quase-lógico<sup>214</sup>.

No presente caso, deve-se utilizar um processo de dissociação, que são técnicas de ruptura com o objetivo de dissociar, de separar, de desunir elementos considerados um todo, ou pelo menos um conjunto solidário dentro de um mesmo sistema de pensamento. A dissociação terá o efeito de modificar tal sistema ao modificar algumas das noções que constituem suas peças mestras. Por isso, o processo de dissociação é característico de todo pensamento filosófico original<sup>215</sup>. Assim, cabe dissociação entre o controle difuso, proveniente do *common law*, e do controle difuso adotado em nosso país que privilegia o sistema *civil law*.

No sistema *common law*, direito costumeiro, não há qualquer tipo de procedimento para o controle de constitucionalidade ou a modificação de seus efeitos no controle difuso. É

---

<sup>213</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição constitucional. : o controle abstrato das normas no Brasil e na Alemanha – 5. ed. – São Paulo : Saraiva, 2005, p. 397-401.

<sup>214</sup> PERELMAN, Tratado da argumentação (A nova retórica). São Paulo : Martins Fontes, 2002, p. 219.

<sup>215</sup> PERELMAN, Chaim. Tratado da argumentação (A nova retórica). São Paulo : Martins Fontes, 2002, p. 215.

atividade exclusivamente doutrinária a criação do procedimento e efeitos no controle difuso de constitucionalidade norte-americano. Alerta para esse fato Mauro Cappelletti<sup>216</sup>:

**Com isto quero dizer que a Corte Suprema americana e, igualmente, os órgãos judiciários supremos dos outros sistemas “difusos” de *judicial review* não são absolutamente órgãos judiciários com funções exclusivamente constitucionais e judicantes como consequência de um procedimento especial *ad hoc*, como são, ao invés, os órgãos judiciários europeus, a pouco mencionados. Ao contrário, “a regra fundamental” daquele sistema é que não existe qualquer tipo especial de procedimento – assim como não existe um órgão especial competente – para as questões constitucionais, as quais “se deciden según surgen em cada caso determinado, cualquiera que sea la naturaleza de los derechos em cuestión, o de los recursos que se promueven”.**

Como se verifica, a regra fundamental do *judicial review* é que não existe qualquer tipo especial de procedimento para as questões constitucionais, ficando responsável a Corte Suprema por legislar positivamente, no intuito de estabelecer os efeitos no controle difuso de constitucionalidade. Explica Otto Bachof<sup>217</sup>:

**Esta vinculação jurídica do poder de decisão do legislador constituinte atua num duplo sentido: por um lado, toda e qualquer Constituição encontra uma barreira à sua eficácia em determinados princípios jurídicos intangíveis, que tanto justificam como limitam o ato constituinte (Legitimidade da actuação constituinte); por outro lado, o ato de nascimento da Constituição, sempre que se não esteja perante uma decisão constituinte puramente revolucionária, tem de observar as regras processuais estabelecidas em leis pré-constitucionais para o ato de legislação constitucional (Legalidade da actuação constituinte.)**

Já na fiscalização de constitucionalidade é una, ou seja, o órgão responsável por atuar tem autonomia para traçar os procedimentos necessários a retirada da norma inconstitucional. Isso não quer dizer que a Constituição não possa traçar esses procedimentos, pois bem como já explanado, o Poder Constituinte é livre para escolher o melhor procedimento para retirar a norma inconstitucional com o menor impacto sobre o ordenamento. No caso brasileiro, a Constituição não prevê qualquer tipo de

<sup>216</sup> CAPPELLETTI, Mauro. O Controle Judicial de constitucionalidade das Leis no Direito Comparado. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre, Fabris, 1984. 2ª ed.- Reimpressão, p. 86.

<sup>217</sup> BACHOF, Otto. Normas constitucionais inconstitucionais?. Tradução José Manuel M Cardoso da Costa. Reimpressão. Coimbra : 1994, p. 31.

procedimento no controle difuso de constitucionalidade, cabendo essa tarefa ao Supremo Tribunal Federal.

A tese da modulação dos efeitos na declaração de inconstitucionalidade no controle difuso, surge a partir do RE 197.917/SP, publicado em 06.06.2002, no qual o Ministro Gilmar Ferreira Mendes utilizou a fundamentação de que como o controle difuso de constitucionalidade brasileiro deriva do controle norte-americano, e como a jurisprudência firmada na Suprema Corte Americana aceita a tese da modulação de efeitos, essa mesma mitigação poderia tranquilamente ser aplicada aqui.

Um das diferenças do controle difuso brasileiro do controle difuso norte-americano é a seguinte: no controle pátrio às decisões do STF são impostas aos demais tribunais e órgãos da administração pública através de efeito vinculante, enquanto no controle alienígena, o *stare decisis* é utilizado para vincular as decisões da Suprema Corte apenas aos órgãos do poder judiciário<sup>218</sup>.

Insistindo na igualdade entre o sistema difuso e concentrado no Brasil, parte da doutrina defende ser aplicável o art. 27 da lei n.º 9.868/99 ao controle difuso de constitucionalidade. Este artigo reza:

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

Ora, num primeiro momento parece totalmente aplicável o referido dispositivo legal ao controle difuso de constitucionalidade, pelas seguintes razões: tanto o controle difuso como o concentrado são prolatados pelo STF, tanto o controle difuso como o concentrado são utilizados para declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo. Porque o controle difuso não pode ter seus efeitos temporais mitigados pelo art. 27 da lei 9868/99?

---

<sup>218</sup> PERELMAN, Tratado da argumentação (A nova retórica). São Paulo : Martins Fontes, 2002, p. 219.

Muito simples, a Lei nº. 9.868/99 trata de matéria específica, conforme pode ser lido em seu art. 1º. “Esta Lei dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal”. Ao atribuir aplicabilidade dessa lei específica do controle concentrado de constitucionalidade ao controle difuso de constitucionalidade não estaria o STF atuando como legislador positivo? Será que a expressão “ao declarar a inconstitucionalidade é suficiente para autorizar o STF a aplicar essa regra ao controle difuso? E ainda: será que o art. 27 da lei nº. 9868 /99 pode ser interpretado de forma dissociada aos demais dispositivos da referida lei?

Antes de responder, observe a possibilidade do uso do mesmo argumento para transformar os efeitos do controle difuso em *erga omnes* e vinculado, pela aplicabilidade do art. 102, § 2º da CF que versa:

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

Caso sejam observados os artigos acima transcritos, se verificará tratar de dispositivos expressamente previstos para integrar os efeitos do controle concentrado de constitucionalidade, e ainda, mais especificamente, aplicáveis, apenas as ações: “direta de inconstitucionalidade” e “declaratória de constitucionalidade”.

Foi necessário ao legislador editar a lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, um mês após a edição da lei nº. 9.868/99, para regulamentar a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), determinando os legitimados e todos os procedimentos do referido instrumento, inclusive a possibilidade de mitigação dos seus efeitos em razão da segurança jurídica ou excepcional interesse social, sob pena de não aplicabilidade deste instrumento processual.

Ocorre que a ADPF é ação específica do controle concentrado de constitucionalidade. Ora, se dada ação específica do referido controle não pode ser aplicado o art. 27 da lei nº. 9.868/99, e muito menos do art. 102, §2º, da Constituição Federal, porque pode ser aplicado ao controle difuso, excluindo-o da completude legislativa necessária em decorrência do sistema romanista?

Antes de começar o debate será analisado o posicionamento tomado pelo próprio Supremo Tribunal Federal em julgamento no controle de constitucionalidade para verificar qual o raciocínio histórico da indagação. A ADI 3459/RS julgada em 24.08.2005 pelo plenário do STF teve a seguinte decisão:

**CARÊNCIA DA AÇÃO - PROCESSO OBJETIVO - PEDIDO DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - CONSEQÜÊNCIA - SURGIMENTO DE NORMATIZAÇÃO.** Uma vez surgindo, como conseqüência do pedido formulado na ação direta de inconstitucionalidade, normatização estranha ao crivo da Casa Legislativa, forçoso é concluir pela impossibilidade jurídica

O resultado do acórdão deu-se principalmente pelo voto do ministro Marco Aurélio que reconheceu a tradição do STF de desempenhar atividade estrita de legislador negativo, recusando, em diversas decisões, a pronuncia sobre o pedido na inicial da ação direta de inconstitucionalidade sob pena de violar essa função.

O Ministro Nelson Jobim, presidente, sustentou ser a iniciativa do Executivo e não deslocou, a expressão *“observada a iniciativa privativa em cada caso”*, colocada pelo constituinte no meio da frase. Constatou assim, ser da iniciativa privativa do governador, ou seja, do Poder Executivo. Impossível o STF criar uma norma para resolver uma questão política que deve ser suprida no âmbito legislativo específico.

Em pesquisa ao Direito Comparado, vale ressaltar posicionamento descrito em “Memoria del Presidente del Tribunal Constitucional, Dr. Guillermo Rey Terry”, no qual chega a constatação da função primordial do Poder Judiciário em um Estado de Direito atuar como legislador negativo:

**Dentro del Estado de derecho la función de un Tribunal Constitucional es esencial ya que significa la posibilidad de actuar como un legislador negativo esto es arrancar del ordenamiento legal una norma que a juicio del Tribunal, supremo interprete de la Constitución, desborda la ley de leyes en alguno de sus aspectos<sup>219</sup>.**

Mesmo posicionamento é encontrado no livro “Las omisiones Legislativas y su control Constitucional” de André Vicente Pires Rosa: “Pero siempre bajo la perspectiva de que la actuación del órgano de control de constitucionalidad debe siempre evitar una actuación semejante a la de *legislador positivo*”<sup>220</sup>.

Surgi daí algumas indagações: existe dispositivo legal que permita a modulação dos efeitos no controle difuso de constitucionalidade? O Judiciário atua como legislador negativo ou positivo? Existem limites para essa aplicação?

Não existe dispositivo legal amparando a modulação de efeitos no controle difuso de constitucionalidade, e também não é imprescindível sua existência para a aplicação da referida mitigação.

É necessário alcançar a estabilidade do sistema. Em alguns casos fica difícil pensar em torna o sistema estável aplicando a decisão sobre a constitucionalidade efeitos meramente retroativos, ocasionando grave lesão ao ordenamento jurídico e as relações sociais. Se pensarmos no STF como guardião da Constituição, e, por isso, do próprio ordenamento podemos extrair do texto constitucional o fundamento jurídico para a aplicabilidade da modulação temporal aos efeitos do controle difuso de constitucionalidade.

O sistema de fiscalização constitucional precisa criar instrumentos para manter a calibração, ou seja, unidade e congruência do ordenamento, no intuito de estabilizar o conflito de normas. Existem diversas regras de calibração utilizadas para regular o

---

<sup>219</sup> Disponível em: <http://www.tc.gob.pe/audiencias/memoria.html>. Acesso em: 13.07.2007.

<sup>220</sup> Las omisiones Legislativas y su control Constitucional / Rio de janeiro : Renovar, 2006, p. 226-227.

sistema como por exemplo a jurisprudência, costumes, doutrina, entre outros<sup>221</sup>. Aqui ganha especial relevo as decisões do Supremo Tribunal Federal, órgão supremo do poder judiciário, responsável por realizar a calibração do sistema infraconstitucional frente à Constituição da República, mesmo sem qualquer tipo de norma constitucional, ou infraconstitucional permitindo essa ação.

A própria supremacia das normas constitucionais é princípio implícito de qualquer constituição rígida, não sendo necessária a sua explicitação para aplicabilidade do controle de constitucionalidade. É consequência do conceito “Constituição Rígida”, sem o qual não há como diferenciar os conceitos, “rígida” e “flexível”, das constituições.

É plenamente lógico que o STF como instrumento legítimo de calibração do sistema constitucional a utilização de modulação de efeitos no controle difuso no intuito de estabilizar os conflitos sociais gerados pela antinomia entre normas constitucionais e infraconstitucionais.

Ao determinar a modulação de efeitos não está o STF atuando como legislador positivo. O STF não atua como legislador, mas sim como órgão do judiciário responsável por solucionar o conflito com base na Constituição. O Judiciário tem como função criar o direito, haja vista a insuficiência normativa dos preceitos originados pelo Poder Legislativo quando confrontados com caso concreto. A atitude do STF em dinamizar o controle difuso de constitucionalidade modulando os efeitos de suas decisões tem como papel fundamental a efetividade do princípio da supremacia da constituição. Como bem ensina Dirley da Cunha Júnior, a terminologia “juízes legisladores” quer apenas asseverar o termo “juízes criadores do direito”.<sup>222</sup>

É imprescindível reconhecer que existe diferença entre o termo “lei” e o termo “direito”. É bem verdade que a lei é fonte primária do direito, mas isso acontece pela necessidade de assegurar limites, evitando decisões arbitrárias, amparadas meramente

---

<sup>221</sup> PIMENTA. Paulo Roberto Lyrio. Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade em Direito Tributário/ Paulo Roberto Lyrio Pimenta. – São Paulo : Dialética, 2002, p. 23.

<sup>222</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de direito constitucional - Salvador: JusPODIVM, 2007, p. 198-199.



na vontade dos julgadores. A criação de signos lingüísticos mais objetivos, ajudou na evolução do direito e na própria formação das democracias atuais.

Todavia, surge no novo século um novo desafio: o de conseguir expressar nas decisões judiciais o retrato de uma análise minuciosa do fato ao ponto de tornar cada uma delas única, evidenciando o verdadeiro direito subjetivo do legitimado; e por outro lado, aplicar o mesmo direito criado para um caso específico a todos àqueles similares, pelo surgimento não apenas da sociedade de massa, mas sim, e principalmente dos “litígios em massa” surgidos em decorrência da rapidez com a qual a informação chega aos cidadãos modernos.

Adentraremos agora nos limites existentes para relativização dos efeitos retroativos no controle difuso. Na modulação de efeitos a lei é declarada inconstitucional desde a origem, entretanto a suspensão da sua vigência só ocorre em momento posterior, ou seja, com a declaração da sua inconstitucionalidade. A lei nula, é lei que é invalidade, não tem validade. Todavia, até a decisão judicial o princípio da presunção de constitucionalidade a torna vigente e aplicável. Por isso, ao aplicar os efeitos *ex nunc*, não retroativos, e a partir do momento da declaração, e não de momento posterior, data futura, está o dispositivo protegido pelo manto desse instrumento de calibração.

Vale frisar que a modulação de efeitos é mais apropriada até no controle difuso do que no concentrado. Será ao analisar o caso concreto que o Judiciário verificará a isonomia e a própria segurança jurídica das decisões, o que no nível abstrato fica mais difícil de se verificar. Octavio Campos Fischer vai além ao afirmar que da decisão do STF no controle abstrato pode o lesionado buscar no controle difuso a não aplicabilidade da restrição de direitos<sup>223</sup>. Concordamos com esse posicionamento, pois, o Judiciário deve privilegiar o direito subjetivo do cidadão e analisar a questão minuciosamente, podendo descaracterizar a situação peculiar.

---

<sup>223</sup> FISCHER, Octavio Campos. Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no Direito Tributário Brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 306-307.

Entretanto, aqui cabe um questionamento: é legítima a manutenção de uma lei declarada inconstitucional no sistema sem uma limitação de prazo certo, conforme acontece quando o STF decide a partir de que data futura a lei inconstitucional terá sua vigência suspensa?

Difícil concluir pela legitimidade do tribunal para manter uma lei inconstitucional no ordenamento após a declaração de inconstitucionalidade, pois até a decisão existia o princípio da presunção de validade da norma, que só se esvai prolatada a decisão que reconhece a sua inconstitucionalidade. Octavio Campos Fischer não admite de forma alguma que os efeitos possam ser mantidos até data futura posterior a decisão afirmando que “em situações de extrema gravidade, não se deve olhar sempre para a benevolência da sociedade em aceitar os erros do poder público, mas, antes, deve-se exigir uma maior racionalidade para não cometê-los em momentos de maior sensibilidade social ou econômica”<sup>224</sup>.

Concluimos assim pela ilegitimidade da aplicabilidade da modulação de efeitos a partir de data futura, pois seria permitir a aplicação de norma declarada inconstitucional, o que veda explicitamente o princípio da supremacia constitucional, já que afastado o princípio da presunção de validade das normas jurídicas e da sua conformidade com o texto constitucional.

Diante desses contornos, como definir as limitações impostas pelas leis ns. 9.868/99 e 9.882/99 a decisão de (in) constitucionalidade do STF já que a própria constituição não impôs qualquer tipo de restrição ao controle difuso?

A primeira crítica é quanto ao quorum de 2/3 estabelecido na lei n°. 9.868/99 para determinar a modulação de efeitos no controle difuso. Ora, como o legislador ordinário poderia estabelecer um quorum mínimo necessário à modulação no controle de constitucionalidade se a própria constituição no art. 102, § 2º em nada limitou?

---

<sup>224</sup> FISCHER, Octavio Campos. Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no Direito Tributário Brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 257.

Temos que ser coerentes nesse sentido e afirmar a impossibilidade de lei ordinária limitar a atuação do STF na modulação dos efeitos, tanto no controle difuso como no concentrado. Defender o contrário é então aceitar a tese de que a competência do STF como guardião da Constituição pode sofrer limitações pelo legislador ordinário, e assim por outro poder, o que violaria a separação dos poderes, desencadeando um possível desequilíbrio na organização dos poderes.

Já o artigo 11 da lei nº 9.882/99, determina que a o declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. Como se observa além de ter um limite para atribuição do efeito diferido ainda tem que fundamentar a decisão tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

Ora, não é apenas a decisão em ADPF que necessita de fundamentação mas qualquer decisão do Supremo Tribunal Federal , como veremos a seguir. Trata-se de dispositivo flagrantemente inconstitucional já que limita ainda mais a atuação do órgão supremo no controle de constitucionalidade. Como escolher a analogia de artigo 27 se podemos também utilizar o artigo 11, supra-referidos? Impossível.

Assim, a modulação no controle difuso é plenamente possível pela supremacia das normas constitucionais e da própria competência do Supremo Tribunal Federal como guardião da constituição e órgão responsável pela calibração do sistema.

### **5.1 Da fundamentação da decisão do STF e da ponderação de interesses.**

Luís Roberto Barroso responde com maestria que os tribunais estão submetidos aos autênticos fundamentos que motivarão a decisão prolatada, desenvolvendo cada fase

de raciocínio<sup>225</sup>. Essas decisões devem ser baseadas em princípios constitucionais que direcionam todo o ordenamento jurídico fundamental, resultante de “critérios que podem ser formulados e postos à prova em um exercício de dialética, e que obedecem somente a um desígnio da vontade”, ou melhor dizendo de arbitrariedade.

Qualquer decisão que declare a constitucionalidade ou inconstitucionalidade deve ser fundamentada sob pena da decisão ser reputada nula. Assim disciplina a Constituição em seu art. 93, inciso IX:

**Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação (Grifo Nosso);**

Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário, incluindo do próprio julgamento do Supremo Tribunal Federal serão públicos, e suas decisões fundamentadas sobre pena de nulidade. Assim, qualquer decisão declaratória de (in)constitucionalidade deve ser fundamentada em princípios constitucionais.

Segundo Octavio Campos Ficher a decisão de modulação de efeitos deve ser duplamente fundamentada, a primeira pela utilização da modulação de efeitos, e a segunda explicando porque foi escolhido determinado momento, dentre outros possíveis<sup>226</sup>. É assim necessário demonstrar quais os problemas ocasionados pela utilização retroativa, dentre as possibilidades futuras, qual a explicação para a data futura.

---

<sup>225</sup> “Exatamente por isso a atividade de interpretação traduz melhor uma atividade de reconstrução: o intérprete deve interpretar os dispositivos constitucionais de modo a explicar suas versões de significado de acordo com os fins e os valores entremostrados na linguagem constitucional. ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios : Da definição a aplicação dos princípios jurídicos. 5ed. ver. e amp. São Paulo :Malheiros, 2006, p. 35.

<sup>226</sup> FISCHER, Octavio Campos. Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no Direito Tributário Brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 259

Apesar de defendermos a impossibilidade de manutenção da vigência da lei após a declaração de inconstitucionalidade, entendemos que em alguns casos seria impossível não continuar aplicando a referida lei inconstitucional, seja pelo excepcional interesse público, seja pela segurança jurídica, ou qualquer outro princípio fundamental no intuito de garantir direitos fundamentais dos cidadãos.

O princípio da ponderação de interesses deve ser aplicado também no controle de constitucionalidade tendo como fundamento qualquer princípio constitucional explícito ou implícito, em respeito aos princípios da segurança jurídica e da própria isonomia. Não é possível por exemplo a lei conceder benefício a certo grupo excluindo outros seguimentos em violação ao princípio da isonomia. Gilmar Ferreira Mendes conceitua como “exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade” propondo alguma das seguintes soluções: pela supressão do próprio benefício; pela inclusão dos membros dos grupos discriminados; entre outras. E assevera o autor: “O tribunal não está autorizado, salvo situações excepcionais, a proferir a declaração de inconstitucionalidade de eventual cláusula de exclusão, em virtude de repercussões orçamentárias, inevitavelmente, da concessão de benefícios”<sup>227</sup>.

É fundamental para o equilíbrio do sistema o respeito ao princípio da isonomia, sendo de suma importância sua efetivação dentro do controle difuso de constitucionalidade, pois a aplicação de decisões diferentes a casos análogos fere a própria essência da Justiça.

## **5.2 Papel da súmula vinculante no controle difuso.**

Muito já foi debatido a respeito das divergências doutrinárias e jurisprudenciais que circundam o tema “Controle Difuso e Senado Federal”. Alguns doutrinadores afirmam

---

<sup>227</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, 1955 – Arguição de descumprimento de preceito fundamental : comentários à Lei n. 9.882, de 3.12.1999. – São Paulo : Saraiva, 2007, p. 233-235.

ser a Súmula Vinculante instrumento hábil a acabar com a dependência do Supremo Tribunal Federal para transformar os efeitos das decisões no controle difuso de constitucionalidade, pois em regra, era não vinculativo, *inter partes* e retroativos.

Segundo o art. 2º, § 1º, da lei nº. 11.417 de 2006: “O enunciado da súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas (...)”. Ao dispor sobre a interpretação das normas constitucionais frente a outras leis ou atos normativos, a Súmula Vinculante passa a ter reflexo direto na fiscalização de constitucionalidade. Vale ressaltar que a análise de validade e eficácia de determinada norma constitucional isoladamente não tem reflexo direto na fiscalização de constitucionalidade.

A Súmula Vinculante nasceu para debater assuntos constitucionais. Vejamos o conteúdo da Súmula Vinculante de nº. 1: “**Ofende a garantia constitucional do ato jurídico perfeito a decisão que, sem ponderar as circunstâncias do caso concreto, desconsidera a validade e a eficácia de acordo constante de termo de adesão instituído pela lei complementar 110/2001**”. Qualquer decisão que, sem ponderar as circunstâncias do caso concreto desconsiderar a validade constante do termo de adesão instituído pela LC 110/2001 ferirá à Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, inciso XXXVI. Enumera como precedentes: RE 418918; RE 427801 AgR-ED; RE 431363 AgR. O conteúdo da súmula é o conteúdo constante em decisões do controle difuso de constitucionalidade, já que derivada de recursos extraordinários.

Já a Súmula Vinculante 2 versa: “**É inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias**”. Qualquer lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias, viola a Constituição Federal de 1988 em seu art. 22, inciso XX.

A Súmula Vinculante 3 reza:

**Nos processos perante o tribunal de contas da união asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.**

Viola o texto constitucional em seu art. 5º, incisos LIV e LV, os processos do Tribunal de Contas da União nos quais a decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão, devendo ser assegurados a ampla defesa e o contraditório sob pena de serem reputados inconstitucionais.

As Súmulas Vinculantes disciplinaram matérias que caso não observadas possibilitariam a fiscalização de constitucionalidade dos atos normativos ou das leis estaduais, seja através do controle difuso ou do controle concentrado. No caso da súmula 2, os efeitos da decisão nas ADIs: 2847, 3147, 2996, 2690, 3183, 3277; não geraria efeitos erga omnes e vinculativo (quanto aos fundamentos), por serem instrumentos do controle concentrado? Porque editar uma súmula?

Ademais, o controle difuso de constitucionalidade não já possui efeitos erga omnes e vinculativo? Para que súmula determinando a inconstitucionalidade por ofensa ao ato jurídico perfeito e ao contraditório se já existem decisões declarando inconstitucionais esses atos normativos em casos semelhantes? Os efeitos das declarações de inconstitucionalidade não irradiam para todo o ordenamento e sua observação não é obrigatória aos demais órgãos do poder judiciário e da administração pública direta e indireta em todas as esferas?

A Súmula Vinculante é na realidade mero ato de publicidade quando disciplina a interpretação de lei ou ato normativo perante a Constituição. Não se pode perde de vista que a Súmula Vinculante é instrumento proveniente da emenda constitucional nº. 45/2004, retratando norma constitucional de criação do Poder Constituinte Derivado, ou seja, do Poder Legislativo, através do Congresso Nacional.

Ora, a Súmula Vinculante não é instrumento hábil para inserir o efeito vinculativo a decisão de constitucionalidade no controle difuso. Neste controle, o STF já decide sobre o efeito vinculante, *erga omnes* e com a modulação temporal dos efeitos, não havendo necessidade da edição de uma súmula. Pensar de outra maneira conseqüentemente ocasionará em um processo de *autofagia*<sup>228</sup> do controle difuso de constitucionalidade, conduzindo a sua futura destruição.

A Súmula Vinculante é ato de publicidade que assegura a observância de seu conteúdo a todos os demais órgãos do poder judiciário e da administração pública direta e indireta, no intuito de evitar o desconhecimento das decisões de constitucionalidade e o respeito ao princípio fundamental da isonomia.

É público e notório, que decisões contrárias sobre casos concretos análogos violam o princípio fundamental da segurança jurídica refletido na previsibilidade e isonomia das decisões, e conseqüentemente, geram um descrédito para o próprio Poder Judiciário.<sup>229</sup>

A efetividade inerente à segurança significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social, que representa a materialização, no mundo dos fatos,

---

<sup>228</sup> Neste sentido Perelman denomina autofagia, a generalização de uma regra, sua aplicação sem exceção, conduziria ao impedimento de sua aplicação, à sua destruição. PERELMAN, Chaim. Tratado da argumentação (A nova retórica). São Paulo : Martins Fontes, 2002, p. 231.

<sup>229</sup> “Poderiam, certamente, formar-se verdadeiros “contrastos de tendências” entre órgãos judiciários de tipo diverso – que se manifestam, por exemplo, em perigosos contrastes entre os órgãos da justiça ordinária e da justiça administrativa (27), - ou em entre órgãos judiciários de diverso grau: por exemplo, uma maior inclinação dos órgãos judiciários inferiores, compostos usualmente de juizes mais jovens e, portanto, menos ligados a um certo passado, a declarar inconstitucionalidade de leis que os juizes superiores (e mais velhos) tendem, ao contrario, a julgar validas, como, exatamente, se verificou com notoriedade na Itália, no período de 1948 – 1956, e como, pelo o que leio, continua a se verificar, de maneira impressionante, no Japão (28). A conseqüência, extremamente perigosa, de tudo isto poderia ser uma grave situação de conflito entre órgãos de incerteza do direito, situação perniciosa quer para os indivíduos como para coletividade e o Estado. Tampouco a não aplicação, menos reiterada, de uma lei pro parte do órgão supremo da justiça poderia impedir o comportamento contrário de qualquer outro órgão do ordenamento judiciário, nem, muito menos, uma mudança de opinião do órgão supremo.” CAPPELLETTI. Mauro. O Controle Judicial de constitucionalidade das Leis no Direito Comparado. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre, Fabris, 1984. 2ª ed.- Reimpressão. P. 77. E ainda: Juizes legisladores? Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira – Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre, 1993. Reimpressão/1999, p. 117



dos preceitos legais, simbolizando a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social.<sup>230</sup>

A normatização do direito, e das decisões judiciais é necessária para assegurar o direito subjetivo público dos cidadãos a terem suas lides individualizadas, e ao mesmo tempo, ter aplicado de maneira análoga o mesmo direito de caso similar em que era sujeito processual seu semelhante<sup>231</sup>.

Não estamos defendendo ser a súmula a opção ideal. Como bem ressalva André Ramos Tavares há alguns inconvenientes no sistema de precedentes judiciais, sendo eles:

- a) eliminação da flexibilidade e capacidade de evolução;
- b) vinculação mais enérgica que a lei;
- c) afastamento de uma compreensão ampla das instituições, por apego ao caso concreto;
- d) produção de um conhecimento complexo; e
- e) possibilidade de perpetuação do erro.

A Súmula Vinculante serve para dar publicidade às decisões do Supremo Tribunal Federal retratando o poder normativo das decisões judiciais. Ela pode ser instrumento eficiente para suprir crise da relação judiciário-sociedade, frente a uma mídia de massa a exigir do Poder Judiciário “a ponderação entre valores aparentemente de difícil conciliação: a liberdade de informação e imprensa, o esclarecimento do povo e a

---

<sup>230</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. – 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2004, p. 248.

<sup>231</sup> Neste Sentido: “Que juízes isolados ou tribunais continuem a ter o direito de divergir, no exercício de suas funções, da decisão da última instância (S.T. F), apenas gera: (i) falência generalizada da capacidade pacificadora do Direito; (ii) descrédito do S.T. F enquanto Corte máxima; (iii) aumento do volume de processos do tempo necessário para alcançar a decisão, mesmo sabendo-se estar esta previamente determinada pelo S.T. F”. TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional / André Ramos Tavares*. 5ª ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2007, p. 372.

tranqüilidade e imparcialidade necessária ao julgamento”, frente ao número de legitimados para sua propositura <sup>232</sup>.

Concluimos que a Súmula Vinculante não imobiliza os avanços da jurisprudência pois, sempre será possível aos juízes “proceder a uma operação mental de verificação do cabimento da súmula ao caso concreto que tenham perante si, bem como das normas aplicáveis a ele”. Como já foi exposto, súmula como um ato normativo estará sujeita à interpretação, abrindo caminho a uma leitura “subjetiva” ou diversificada” <sup>233</sup>.

Tem a súmula papel importante para dar efetivação ao princípio da isonomia e da segurança jurídica, servindo como meio de publicidade das decisões proferidas em controle de constitucionalidade, bem como dinamização da validade, efetividade e interpretação das normas constitucionais.

---

<sup>232</sup> SIFUENTES, Mônica. Súmula Vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais / Mônica Sifuentes São Paulo : Saraiva 2005, p.285.

<sup>233</sup> TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional / André Ramos Tavares. 5ª ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2007, p.366

## CAPÍTULO X – CONCLUSÕES.

1. A declaração de (in) constitucionalidade no controle difuso de constitucionalidade brasileiro prolatada pelo Supremo Tribunal Federal tem os mesmos efeitos do da declaração no controle concentrado de constitucionalidade, existindo a necessidade de unificação das características de ambos os controles de fiscalização pelo próprio princípio da unidade e coerência das normas constitucionais, ou seja, *erga omnes*, vinculante e retroativo (em regra), permitindo à modulação dos efeitos.
2. O controle difuso realizado pelos demais órgãos do poder judiciário continuam a ter efeitos retroativos, *inter partes* e não vinculativo. Desde já, cabe ao STF modificar os efeitos das decisões nas instâncias inferiores, podendo aplicar a referida modulação.
3. A Constituição Federal sofreu mutação constitucional suprimindo o inciso X do art. 52, não sendo necessária qualquer participação do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade. A interpretação constitucional de que o Senado deve realizar o ato de publicidade das decisões em controle difuso é burocratizar ainda mais a fiscalização concreta, deturpando a validade da publicidade dada pelo Diário Oficial do Judiciário. Ora, se é suficiente para as decisões no controle concentrado porque não seria para o controle difuso? Incoerente a diferenciação.
4. A interpretação criativa acima referida em nada viola o princípio da separação dos poderes, já que só tende a tornar as decisões judiciais mais seguras, corroborando para uma aproximação entre a sociedade e o poder judiciário, diálogo necessário nessa nova fase de evolução do direito nos Estados Democráticos.

5. A Súmula Vinculante proporcionará um diálogo jurídico entre o Poder Judiciário e a sociedade em decorrência da ampliação do rol de legitimados, assegurando o princípio do pluralismo político;
6. Existem diversos fundamentos para aceitarmos a idéia da Súmula Vinculante, desde a impossibilidade do ordenamento limitar a liberdade judicial das decisões, até a própria essência do instituto, ou seja, evitar decisões contraditórias, efetivando o princípio da isonomia formal.
7. A Súmula Vinculante quando aplicada ao controle de constitucionalidade, tanto difuso como concentrado, é mero ato de publicidade. Quando se tratar de fiscalização constitucional, o único ponto favorável da Súmula Vinculante frente os instrumentos de controles, difuso ou concentrado, é a possibilidade do Supremo Tribunal Federal modificar o entendimento sem necessidade da existência de novo caso concreto, o que permite uma dinamização da jurisprudência.
8. Assim, acreditamos ser a Súmula Vinculante instrumento hábil a assegurar dentro do controle de constitucionalidade a isonomia das decisões quanto às questões puramente de direitos, sem anular as discussões do caso concreto, individualizado, subjetivo.

**BIBLIOGRAFIA.**

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**, Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

\_\_\_\_\_. **Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**; tradução Zilda Hutchinson Schild. – 2. ed. – São Paulo: Landy Editora, 2005.

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. **O controle da coisa julgada inconstitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2006.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **A “Supremacia do Interesse Público” no advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo. INTERESSES PÚBLICOS versus INTERESSES PRIVADOS: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro : Lumen Júris, 2005.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 5ª edição – São Paulo: Revista Ampliada: Malheiros, 2006.

BACHOF Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?**. Tradução José Manuel M Cardoso da Costa. Reimpressão. Coimbra : 1994.

BANDEIRA de Mello, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 22 ed. 2007.

\_\_\_\_\_. **O Conteúdo Jurídico do princípio da Igualdade**. São Paulo: Malheiros, e ed. 2006.

BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. Martin Claret: São Paulo, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. – 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. 8 ed. Atua. São Paulo : Renovar.

\_\_\_\_\_. **Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência** / Luís Roberto Barroso. – 2. ed. Ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2006.

BINENBOJM. **Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um novo Paradigma para o Direito Administrativo**. INTERESSES PÚBLICOS versus INTERESSES PRIVADOS: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro : Lumen Júris, 2005.

BOAVENTURA, Edivaldo M. **Metodologia da Pesquisa: monografia, dissertação, tese**. 1 ed. São Paulo. 2004.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**; apresentação. Tércio Sampaio Ferraz Junior, trad. Maria Celeste C. J. Santos; ver. téc. Cláudio de Cicco. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 7ª ed., 1996.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 3. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo : Malheiros. 2001.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional**. 18 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRITO, Edivaldo. **Limites da Revisão constitucional**. Porto Alegre : Sergio Antônio Fabris Editor, 1993.

CANOTILHO. J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6ª ed. Coimbra : Almedina, s/a.

CAPPELLETTI. Mauro. **O Controle Judicial de constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre, Fabris, 1984. 2ª ed.- Reimpressão.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 22ª ed. – São Paulo: Malheiros. 2006.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional / 11. ed., ver. e atual**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 18. ed. Ver. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2007.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. \_ Salvador: JusPODIVM, 2006.

\_\_\_\_\_. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição/ Dirley da Cunha Júnior**. – São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional** - Salvador: JusPODIVM, 2007,

DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e seus efeitos**. – 7ed. Atualizada - São Paulo : Saraiva, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. – São Paulo : Martins fontes, 2002.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação** – 2 ed. São Paulo : Atlas, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. – 33. ed. Ver. e atual.- São Paulo : Saraiva, 2007.

FISCHER, Octavio Campos. **Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no Direito Tributário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar , 2004

GRAU, Eros Roberto. **A Constituinte e a Constituição que teremos**. 1985.

\_\_\_\_\_. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 3ª ed. – São Paulo: Malheiros. 2005.

HESSE, Conrad. **Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6.ed., São Paulo : Martins Fontes, 1999.

LASSALLE. **A Essência da Constituição**. 6ª ed., Rio de Janeiro : Ed. Lúmen Juris, 2001.

LEAL, Roger Stiefelmannº. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. – São Paulo: Saraiva, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira, 1955 – **Argüição de descumprimento de preceito fundamental : comentários à Lei n. 9.882, de 3.12.1999**. – São Paulo : Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional** – 3 ed. Ver. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional : o controle abstrato das normas no Brasil e na Alemanha** – 5. ed. – São Paulo : Saraiva, 2005

MEREILLES, Ana Cristina Nº. P. C. **As normas programáticas de direitos sociais e de direitos subjetivos**. Tese defendida em Mestrado da Universidade Federal da Bahia.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito constitucional**. 4 ed. Coimbra : Coimbra Editora. T.1

\_\_\_\_\_. **Teoria do Estado e da Constituição**. – Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MIRANDA, Pontes de. in **Comentários à Constituição** de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969, 2ª ed., Revista dos Tribunais, v. III.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo : Atlas, 2006.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº. 5.569, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565**. – Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos**. – 2. ed. Ver., ampl. E atual. de acordo com as Leis 9.868 e 9.882/99 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

PEALTASON, Edward S. Corwin and Jack W. **Understanding the Constitution**. New York.

PERELMAN, Chaim. **Tratado da argumentação (A nova retórica)**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade em Direito Tributário**. – São Paulo: Dialética, 2002.

POSADA, Adolfo. **La idea pura del Estado**. Primera edición°. Editorial revista de direito privado. – Madri : 1936. p. 52.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.) **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed., ver. E ampl. Elo horizonte: Fórum, 2005.

ROSA, André Vicente Pires. **Las omisiones Legislativas y su control Constitucional** / Rio de janeiro : Renovar, 2006.

ROSS. Alf. **Direito e Justiça**. – tradução Edson Bini – revisão técnica Alysson Leandro Mascaro – Bauru, SP : EDIPRO, 1 reimpressão, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, 6 ed., Porto Alegre : Livraria do Advogado.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro : Ed. Lumen Júris. 2004.

\_\_\_\_\_. **Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. INTERESSES PÚBLICOS versus INTERESSES PRIVADOS: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro : Lumen Júris, 2005.



SIEYÈS , Emmanuel Joseph . **Qu'est-ce que lê Tiera État?** . Editora Lúmen Júris. Rio de Janeiro: 2001.

SIFUENTES, Mônica. **Súmula Vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais** / Mônica Sifuentes. São Paulo : Saraiva 2005.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** - 7 ed. – São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2007.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 24ª ed. ver. e atual.

SILVA NETO, Manuel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional.** Rio de Janeiro : Ed. Lúmen Júris. 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 6. ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional** / André Ramos Tavares. 5ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil**, 3: Leis 11.382/2006, 11.417/2006, 11.418/2006, 11.341/2006, 11.419/2006, 11.441/2007 e 11.448/2007/ Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier, José Miguel Garcia Medina. – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

## REFÊRENCIA ELETRONICA

MENDES, Gilmar Ferreira. **O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas** . Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n.º 43, jul. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=108>>. Acesso em: 10 ago. 2007.

MENDES, Gilmar. **O Controle de Constitucionalidade do Direito Estadual e Municipal na Constituição de 1988.** Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n.º 1, 2001. Disponível em:<<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 08.04.2007.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de et al. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional.** Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n.º 1498, 8 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10253>>. Acesso em: 11 ago. 2007

Terry, Guillermo Rey. **Memoria del Presidente del Tribunal Constitucional**, <http://www.tc.gob.pe/audiencias/memoria.html>. Acesso em: 13.07.2007.