



**JUSPODIVM**  
**FACULDADE BAIANA DE DIREITO**  
**CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

**FLAVIA PEIXOTO RIBEIRO**

**A TUTELA JURISDICIONAL DA CONSTITUIÇÃO: ASPECTOS  
PROCESSUAIS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

Salvador  
2010

**FLAVIA PEIXOTO RIBEIRO**

**A TUTELA JURISDICIONAL DA CONSTITUIÇÃO: ASPECTOS  
PROCESSUAIS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

Monografia apresentada ao Curso de Pós-graduação em Direito Processual Civil, Juspodivm, como requisito parcial para obtenção do grau de Especialista em Direito Processual Civil.

Salvador  
2010

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	<b>09</b>
<b>2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE</b>	<b>13</b>
2.1 CONSTITUIÇÃO E CONSTITUCIONALISMO	13
2.2 SUPREMACIA CONSTITUCIONAL	17
<b>3 O CONTROLE CONSTITUCIONAL BRASILEIRO</b>	<b>24</b>
3.1 A JURISDIÇÃO	24
3.2 A IMPLANTAÇÃO DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL NO SISTEMA POLÍTICO	29
<b>3.2.1 Da Constituição de 1824 à Constituição de 1969</b>	<b>34</b>
<b>3.2.2 A Constituição de 1988 e o atual Controle Brasileiro de Constitucionalidade</b>	<b>38</b>
3.3 O CONTROLE MISTO DE CONSTITUCIONALIDADE	41
<b>3.3.1 O controle difuso</b>	<b>41</b>
<b>3.3.2 O controle concentrado</b>	<b>45</b>
<b>4 A ATUAL JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA</b>	<b>52</b>
4.1 EFEITOS DO CONTROLE DIFUSO	52
4.2 EFEITOS NO CONTROLE CONCENTRADO	59
<b>4.2.1 Efeitos da ação direta de inconstitucionalidade</b>	<b>59</b>
<b>4.2.2 Efeitos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão</b>	<b>63</b>
<b>4.2.3 Efeitos da ação declaratória de constitucionalidade</b>	<b>65</b>
<b>4.2.4 Efeitos da ação direta de inconstitucionalidade interventiva</b>	<b>57</b>
<b>4.2.5 Efeitos da ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental</b>	<b>69</b>
4.3 POSSIBILIDADE DE REFORMA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: APERFEIÇOAMENTO DO STF X CRIAÇÃO DE UM TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	73
<b>5 CONCLUSÃO</b>	<b>82</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>84</b>

## **AGRADECIMENTOS**

Agradecimentos nunca seriam plenos diante da realização deste trabalho. A intenção é agradecer a todos que participaram da sua elaboração, pois felizmente não estive sozinha nesse desafio.

À amiga Raphaela Tolomei pelos questionamentos e passeios nas bibliotecas, pelo apoio e incentivo que foram fundamentais à conclusão desse estudo.

Ao amigo André Marques pelas infindáveis leituras, formatações, correções e sugestões.

E, finalmente, agradeço ao meu esposo - o meu amor, pela companhia e incentivo.

“Tente!  
E não diga  
Que a vitória está perdida  
Se é de batalhas  
Que se vive a vida”  
*Raul Seixas*

## RESUMO

Esta monografia tem como objetivo principal a análise do controle de constitucionalidade judicial repressivo do sistema brasileiro. Para tanto, ressalta-se, primeiro, a necessidade de compreender a palavra Constituição e os fatores que a configuraram tão qual é hoje. De igual importância se faz analisar a jurisdição constitucional e suas implicações. O atual controle de constitucionalidade Brasileiro é um dos mais complexos do cenário jurídico mundial, todavia é também dos mais polêmicos. Ao passo que a Constituição Federal de 1988 traçou um Estado Democrático de Direito, assegurador dos direitos e garantias fundamentais, a realidade constitucional mostra a dificuldade em alcançar e efetivar tal intuito constitucional. Portanto, a fim de concretizar a vontade da Constituição, estuda-se a possibilidade de uma reforma da jurisdição constitucional.

**Palavras-chave:** jurisdição constitucional; controle repressivo de constitucionalidade; efeitos das decisões de jurisdição constitucional; aspectos processuais do controle de constitucionalidade.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI/ADIN	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
art.	artigo
CF/88	Constituição Federal da República
CPC	Código de Processo Civil
STF	Supremo Tribunal Federal

## 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem o intuito de analisar os mais importantes aspectos do controle misto de constitucionalidade brasileiro, inclusive os processuais, apresentando as polêmicas doutrinárias e jurisprudenciais que o envolvem.

O controle de constitucionalidade é sem dúvida um importante tema do Direito. É instrumento utilizado para assegurar a rigidez constitucional e, como consequência, a supremacia da Constituição e a proteção dos preceitos nela salvaguardados.

Controlar a constitucionalidade de uma lei significa verificar se essa norma está ou não de acordo com a Constituição da qual fará ou faz parte, com a ordem e requisitos constitucionalmente exigidos.

Fazendo-se um breve apanhado histórico, é possível apontar três principais modelos de jurisdição constitucional.

O modelo americano, a partir do célebre caso *Marbury v. Madison*, permitiu a declaração da supremacia da norma constitucional por qualquer órgão do Poder Judiciário mediante casos concretos postos em juízo. O controle é, portanto, difuso e por via incidental.

Além desse, há o modelo austríaco, idealizado por Hans Kelsen, que indica a criação de um Tribunal Constitucional com competência exclusiva para decidir matéria constitucional. No entanto, ao contrário do modelo americano, o controle é exercido pela via direta. A matéria constitucional é o objeto principal da ação. O controle é direto e concentrado em um Tribunal Constitucional.

Por fim, há o modelo Francês. O controle é preventivo, o que vale dizer que é realizado antes da norma ser promulgada. Uma questão constitucional é, então, analisada pelo Conselho Constitucional antes da norma ser editada.

Os modelos norte americanos e austríacos caracterizam o controle repressivo – a análise de não correspondência com a Carta Magna é feita em norma já promulgada, ato normativo perfeito – ao passo que o modelo francês caracteriza o controle preventivo – antes da lei ser promulgada, ato normativo imperfeito.

A jurisdição constitucional brasileira pode ser exercida pelo Poder Judiciário sob duas formas. A primeira é a preventiva - os parlamentares que se sentirem prejudicados durante o processo legislativo, em caso de desrespeito do referido processo legislativo previstos nos artigos 59 a 69 da Constituição de 1988,



podem ajuizar mandado de segurança. E a outra forma é a repressiva, quando através do controle difuso ou concentrado, busca-se expurgar do ordenamento norma já editada, porém desrespeitosa à Constituição.

Esse estudo tem o fito de analisar a jurisdição constitucional repressiva exercida tanto na via difusa quanto na via concentrada. A adoção pelo ordenamento brasileiro dessas duas modalidades de controle de constitucionalidade o classifica como uma jurisdição constitucional mista.

A forma concentrada ou por via de ação é aquela em que a matéria constitucional é o objeto principal da ação – o Poder Judiciário é suscitado originariamente para se manifestar em controvérsia constitucional. No Brasil, conforme previsão da própria Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal é o órgão que tem competência exclusiva para processar e julgar as ações decorrentes desse tipo de controle.

O controle concentrado foi introduzido no Brasil com a Emenda Constitucional número 16 de 1965, apesar de a Constituição de 1934 tratar da ação ou representação interventiva – ação que permite a intervenção da União nos Estados ou no Distrito Federal. Originariamente apenas o Procurador-Geral da República estava autorizado a arguir a inconstitucionalidade das leis, mas a Constituição de 1988 ampliou o rol de legitimados, conforme será mostrado no decorrer do estudo.

O controle difuso pode ser exercido por qualquer juiz ou Tribunal, mas somente tendo em vista o caso concreto. O Judiciário deverá decidir o litígio em juízo e incidentalmente irá analisar matéria constitucional posta em questão por uma das partes para própria defesa. A manifestação acerca da inconstitucionalidade da lei que se quer aplicar é importante para a solução do caso concreto, mas não é o objeto principal da ação. O Supremo Tribunal Federal poderá realizar o controle difuso tanto nas ações originárias quanto no exercício de sua competência recursal.

A forma de controle difusa ou incidental foi a primeira forma de controle adotada pelo Brasil, estando presente no ordenamento desde a primeira Constituição da República, a de 1891.

O objetivo desse estudo ao tratar dos controles de constitucionalidade é verificar a atuação do Supremo Tribunal Federal. O egrégio Tribunal está hodiernamente desempenhando um papel híbrido, qual seja o de órgão de cúpula do Poder Judiciário e o de Tribunal Constitucional.

A função de Tribunal Constitucional tem trazido muitas críticas à jurisdição constitucional brasileira. Questiona-se a legitimidade do Poder Judiciário para exercer o controle concentrado de constitucionalidade, pois cabe a este poder, através do Supremo Tribunal Federal, verificar a compatibilidade dos atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo em única e última instância.

Busca-se soluções para a jurisdição constitucional brasileira. Há quem defenda a criação de um Tribunal Constitucional brasileiro, há quem defenda o aperfeiçoamento do Supremo Tribunal Federal. Intenta-se saber qual a melhor maneira de se ter e se consolidar uma jurisdição constitucional democrática e asseguradora dos direitos e garantias fundamentais.

A análise da atual jurisdição constitucional, de estudar se essa atividade está sendo democrática e está efetivamente assegurando os direitos fundamentais constitucionalmente previstos se apresenta como o problema da pesquisa.

Para responder à proposta desse estudo, necessário se faz compreender o que é controle de constitucionalidade, como surgiu a atividade, como foi inserida no ordenamento brasileiro, como se aplica e qual a extensão de seus efeitos.

Assim, a pesquisa foi dividida em três partes. Num primeiro momento, estudou a Constituição e o constitucionalismo. O alicerce inicial do trabalho trata do Estado, das Constituições como forma de garanti-lo e do constitucionalismo como movimento que configurou as Constituições tal qual hoje se apresentam: tendo contidas em seu texto a organização e a limitação do exercício do poder e a garantia e proteção dos direitos fundamentais.

A seguir o estudo se reservou à supremacia constitucional, à necessidade de manter a Constituição como norma rígida e suprema para assegurar o que está nela previsto. Assim, a Constituição aparece como norma hierarquicamente superior e o controle de constitucionalidade é instrumento de assegurar a rigidez e, conseqüentemente, a supremacia constitucional.

Na segunda parte, estuda-se o controle de constitucionalidade brasileiro. Discute-se a legitimidade do Poder Judiciário para exercê-lo e a inserção e ampliação do controle no decorrer das Constituições brasileiras para, posteriormente, apresentar o controle misto de constitucionalidade, tema desse estudo.

Por fim, na terceira parte, o intento da pesquisa é estudar a atual jurisdição constitucional e o impacto que tem o seu exercício, decorrendo daí a análise da produção de efeitos no âmbito de cada uma das vias do controle misto. Objetiva,

desta forma, a reflexão acerca da possibilidade de reforma da jurisdição constitucional, de como a jurisdição pode vir a ser tratada para efetivamente ser democrática e assegurar a proteção dos preceitos fundamentais.

## 2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

### 2.1 CONSTITUIÇÃO E CONSTITUCIONALISMO

Utilizando o sentido do vocábulo Constituição, podemos definí-la como sendo corpo, estrutura daquilo que se pretende examinar. Assim, a Constituição define a estrutura de um Estado. Dito isto, importante se faz tratar da palavra Estado.

Defendem doutrinadores, como Eduard Meyer e Wilhelm Kopper, que o Estado, como a própria sociedade, sempre existiu, pois o homem sempre esteve integrado numa organização social dotada de poder para determinar o comportamento de todo o grupo. O Estado é elemento universal e unificador em toda sociedade, sendo, portanto, onipresente. Outros doutrinadores pregam que a sociedade existiu sem o Estado e que este surgiu para atender as necessidades dos grupos sociais, de acordo com as condições concretas de cada lugar. Marx e Engels, por exemplo, sustentam que o Estado teve origem econômica, sendo produto da sociedade ao alcançar determinado grau de desenvolvimento – o Estado seria instituição garantidora da ordem econômica conquistada. E, por fim, pensadores, como Karl Schmidt, Balladore Pallieri e Ataliba Nogueira, definem Estado como sociedade política dotada de características definidas. O conceito de Estado seria histórico e concreto, surgindo com a prática da soberania. (DALLARI, 1976).

Independentemente da teoria que se adote para definir Estado, percebe-se o seu papel de delinear uma estrutura que deve ser respeitada. Ensina Michel Temer (2005, p.17):

O Estado é sociedade. Pressupõe organização. Os preceitos organizativos corporificam o instrumento denominado Constituição. Portanto, a Constituição é o conjunto de preceitos imperativos fixadores de deveres e direitos e distribuidores de competência que dão a estrutura social [...]

A Constituição pode ser tratada em sentido sociológico, político e jurídico. Tratada no prisma sociológico a Constituição representa a harmonia entre o poder social e a vontade daqueles que titularizam o poder político. Segundo Ferdinand Lassale, defensor da Constituição em sentido social, citado por Michel Temer (2005, p.17): “A Constituição efetiva é o fato social que lhe dá alicerce”.

Em conceito político, cujo defensor é Carl Schmitt, a Constituição é ato posterior sobre forma de existência da unidade política. O poder constituinte regulará

todo o poder constituído, toda a forma de ser do Estado. Afirma Michel Temer (2005, p.18):

é conteúdo próprio da Constituição aquilo que diga respeito à forma de Estado, à de governo, aos órgãos do poder e à declaração dos direitos individuais. Tudo o mais - embora escrito na Constituição – é lei constitucional. A Constituição encontra seu fundamento de validade de uma decisão política que a antecede. Não da forma jurídica.

Nesse sentido ensina Paulo Bonavides (2003) que a Constituição se qualifica pelo adjetivo política, sendo conteúdo material tudo referente à composição e ao fundamento da ordem política (toda sociedade politicamente organizada possui estrutura mínima, logo, não há Estado sem Constituição) e conteúdo formal matéria trazida na Constituição que não faça referência aos elementos institucionais da organização política, mas que uma vez tratados como constitucionais exigem requisitos especiais para elaboração e reforma.

Em sentido jurídico, defendido por Konrad Hesse, a Constituição busca soluções que se sustentam no plano normativo, aquele do dever-ser, regulado pela vontade racional do homem. Coincide-se o sentido formal com o sentido material de Constituição. Ensina Alexandre de Moraes (2003, p.36):

Juridicamente Constituição deve ser entendida como lei fundamental e suprema do Estado, que contém normas referentes à estruturação do Estado, à formação dos poderes públicos, forma de governo, distribuição de competência, direitos, garantias e deveres dos cidadãos [...]

A idéia de constituição, então, regulava e garantia o Estado vigente. Verifica-se desde a Antigüidade a existência de leis que organizam o poder, fixando órgãos e estabelecendo atribuições que se resumem em uma única palavra, Constituição (FERREIRA FILHO, 2001).

Sempre se buscou a limitação do poder Estatal e o mínimo de proteção ao indivíduo exposto ao poder ilimitado. Por ser a Constituição norma suprema que define os fundamentos do Estado, passou-se a buscar nela limites ao poder estatal num movimento denominado constitucionalismo. Ensina Alexandre de Moraes (2000, p.32): “Já no Direito Romano, estabeleceu-se um complexo de mecanismos de interditos visando tutelar os direitos individuais em relação aos arbítrios estatais “. Atenta ainda o referido autor que na Idade Média se percebe o constitucionalismo com a idéia de limitação do poder estatal e a conseqüente proteção do indivíduo, não obstante a subordinação entre suserano e vassalos.

No entanto, o limite do poder estatal e a proteção do indivíduo precisavam ser garantidos, consagrados em documento escrito. “A Lei das XII Tábuas pode ser

considerada a origem dos textos escritos consagradores da liberdade da propriedade e da proteção aos direitos do cidadão” (MORAES, 2000, p.32). A noção de Constituição precede ao próprio constitucionalismo que, segundo a definição de Dirley da Cunha Junior (2006, p.21), é “movimento político constitucional que pregava a necessidade da elaboração de Constituições escritas que regulassem o fenômeno político e o exercício do poder em benefício de um regime de liberdades públicas”.

O constitucionalismo, como movimento, não se destinou a conferir Constituições aos Estados que já as possuíam, mas sim a fazer com que os Estados limitassem o poder estatal e assegurasse os direitos individuais.

Apointa-se assim, como características do constitucionalismo antigo, a não existência de um único texto codificado (Constituição) e o intuito de garantir o respeito dos direitos fundamentais com grande valorização dos textos componentes de uma Constituição não escrita (pactos – a exemplo do *Bill Of Rights*- forais, contratos de colonização, doutrinas contratualistas medievais e leis fundamentais do reino) — os textos eram elaborados por exigência do próprio povo (que na Idade Média se restringia aos nobres), garantindo maior respeitabilidade. Mas, por outro lado, não se verificava a eficácia do constitucionalismo, pois tanto o titular do poder quanto o parlamento, que foi criado para limitar o poder estatal como fonte criadora dos direitos fundamentais, eram irresponsáveis quando do desrespeito das normas constitucionais (MORAES, 2000).

A distinção entre documentos constitucionais e outros comuns e ordinários só veio a ser valorado a partir do século XVIII, na Europa Ocidental. Isto ocorreu com o propósito de limitar o poder, afirmando a existência de normas que seriam a ele anteriores e superiores. O termo Constituição passou a ser empregado para designar o corpo de regras que definem a organização fundamental do Estado. O homem podia alterar a organização política que os eventos históricos deram a determinados Estado, estabelecendo nova Constituição. A Constituição escrita apresenta como novidade fundamental a crença da possibilidade de por a parte a organização costumeira do Estado, dando ao mesmo estrutura racional inspirada num sistema pré-concebido (FERREIRA FILHO, 2001).

A partir das Constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América (14-9-1787) e da França (1791, após Revolução Francesa) teve origem o constitucionalismo moderno, que ao contrário do constitucionalismo antigo, até então tratado, limita todos os órgãos do poder político. Apresenta dois traços marcantes,

quais sejam, a organização do estado e a limitação do poder estatal, por meio da previsão de direitos e garantias fundamentais (MORAES, 2003).

Segundo J.J. Gomes Canotilho (1999, p.47), citando Matteuci, constitucionalismo é “ teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”, sendo nesse sentido que o constitucionalismo moderno representa técnica específica de limitação de poder com fins garantísticos.

Numa concepção histórica, o constitucionalismo moderno questiona nos planos, político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político. Pretende, portanto, opor-se ao conjunto de princípios escritos ou consuetudinários alicerçados da existência de direitos estamentais perante o monarca e limitadores de seu poder (CANOTILHO, 1999).

A idéia de Constituição estava ligada à doutrina liberal, logo designava a estrutura do Estado Liberal – era documento escrito e solene contra o Absolutismo. Toda sociedade, deveria, então, ter garantida a separação dos poderes visando os direitos do homem, pois, do contrário, não haveria que se falar em Constituição.

Num conceito moderno, a Constituição passa a ser ordenação jurídico-política firmada em texto escrito que apresenta e garante direitos fundamentais e organiza o poder de modo a torná-lo limitado e moderado. Essa definição deve ser vista com cautela, pois a um inglês, por exemplo, não faz sentido uma ordenação sistemática e racional da comunidade através de um único documento escrito. Deve-se entender Constituição em um conceito histórico, qual seja, um conjunto de regras escritas ou consuetudinárias, e de estruturas conformadas com uma respectiva ordem jurídico-política num determinado sistema social, atentando para o que pretendeu o constitucionalismo moderno: limitar o poder político e reconhecer e garantir os direitos individuais (CANOTILHO, 1999).

A Constituição deixa de ser concebida como simples manifesto político para ser entendida como norma jurídica fundamental e suprema, que além de garantir a ordem existente traz nortes para o Estado (CANOTILHO, citado por CUNHA JUNIOR, 2006).

A primeira Guerra Mundial trouxe profundas mudanças ao constitucionalismo. Ao mesmo tempo que os novos Estados, surgidos no pós-guerra, adotavam Constituições escritas, também a afastavam do liberalismo, trazendo preocupações econômicas e sociais. Acentua-se também a ciência jurídica

racionalizando o poder, fixando por meio de normas escritas os fundamentos da existência política, das leis fundamentais, com o intento de suprir por regras jurídicas a ausência de substrato econômico e social próprio de cada regime (FERREIRA FILHO, 2001).

As Constituições, então, passaram a delinear um novo modelo de Estado, o Social, Intervencionista e Programático, que adquiriu feição jurídica quando as Constituições passaram a tratá-lo sistematicamente, com o propósito de promover o desenvolvimento econômico e o bem estar social, o que teve início com a Constituição Mexicana de 1917. No Brasil, a Constituição de 1934, sob influência da Constituição Alemã de 1919, foi a primeira a tratar do Estado Social e na atual Constituição de 1988, nos artigos 170 e 193, encontram-se nortes do Estado dualista, Liberal e Social (CUNHA JUNIOR, 2006).

Anota-se que, “se as Constituições nasceram para alguma coisa, foi para regular os órgãos do Estado e disciplinar o exercício do poder político” (CANOTILHO, 1991, p.177).

## 2.2 SUPREMACIA CONSTITUCIONAL

O homem adota como modo de convívio a organização em sociedade. E para que a sociedade possa ser efetiva é necessário que existam normas, normas estas que devem ser organizadas de modo que venham a ser efetivadas com o respeito e cumprimento.

É através das normas que uma sociedade busca ter seus valores e princípios fundados e efetivados. Numa sociedade estatal, os preceitos que a regem costumam estar salvaguardados em normas supremas, em regra na Carta Magna. É na constituição que se busca garantir e efetivar o Estado e os princípios que o regem, é a materialização da norma hipotética fundamental, e suas vontades, anseios, é a materialização da opção política.

A Constituição aparece como norma suprema e na qual todas as demais normas devem buscar validade e fundamento. Ensina Regina Maria Macedo Nery Ferrari (2004, p.53):

Vivendo o homem em uma sociedade estatal, sua conduta encontra-se submetida a um conjunto de normas, normas estas que se acham escalonadas sistematicamente, de tal forma que, em determinado ordenamento jurídico, não possuem todas elas o mesmo valor, havendo uma hierarquia no sistema. Nesse sistema normativo, a Constituição de um Estado é a norma suprema, ou



seja, fundamental, pois é nela que buscamos a validade das normas existentes no ordenamento jurídico.

No intuito de explicar a hierarquia normativa, Hans Kelsen utiliza a figura geométrica da pirâmide, estando a Constituição no topo desta - acima da Constituição, a norma hipotética fundamental, a *Grundnorm*, que dá validade e eficácia a toda a estrutura.

Como norma mais elevada, ela tem de ser pressuposta, visto que não pode ser posta por uma autoridade, cuja competência teria que se fundar numa norma ainda mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento da sua validade já não pode ser posto em questão. Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental (*Grundnorm*) (KELSEN, 1997, p.217).

Assim, as normas buscam validade em uma norma superior, de modo que todas as normas buscam validade na mesma norma fundamental, formando uma ordem normativa - a Constituição além de ser a unidade do ordenamento normativo, é o fundamento de validade deste. Sanchez Viamonte, citado por Regina Maria Macedo Ferrari, explica (2004, p.54):

No Estado de Direito a ordem jurídica considerada em sua totalidade, apresenta-se em forma de círculos concêntricos e que, em primeiro lugar e como círculo máximo, que circunscreve e compreende toda a vida jurídica da nação, encontra-se a Constituição, que traça a órbita de juridicidade dentro da qual deve conter-se o ordenamento jurídico.

A Constituição é produto decorrente da própria sociedade e o fundamento da supremacia constitucional é a vontade política, é o idealismo político de determinado grupo social, que se materializa juridicamente hierarquizado em uma Norma Constitucional, a partir da qual deve se conduzir uma sociedade, num fundamento hipotético da supremacia constitucional.

A norma constitucional é diretiva ao órgão com competência normativa, portanto não rege todo e qualquer comportamento humano, nem mesmo aponta sua incidência ao cidadão comum. É da essência da Constituição ser limitadora do Poder Público - enfatizando os princípios da legalidade e da constitucionalidade, que não pode agir senão de acordo com a mesma, restringindo, portanto, o âmbito de atuação e apresentando preceitos da produção das demais normas, o que fica mais evidente em uma Constituição rígida (DINIZ, 1994).

A norma constitucional é suprema em sentido teórico por não existir outra norma acima dela, mas para que se efetive deve ser reconhecida pelos destinatários, seja pelo Poder Público, seja pelo povo, e, é o reconhecimento que autoriza o controle de constitucionalidade pelos agentes estatais. Se a Constituição exprimir o poder social, será efetiva. Ensina Maria Helena Diniz (1992, p.13):

A supremacia da Constituição se justificaria para manter a estabilidade social, bem como a imutabilidade relativa de seus preceitos, daí haver uma entidade encarregada da “guarda da Constituição”, para preservar sua essência e os princípios jurídicos. O órgão jurisdicional tem por função primacial controlar a constitucionalidade das leis verificando a correspondência do ato normativo diante do texto constitucional.

Segundo a doutrinadora supracitada “qualquer comunidade política supõe uma ordenação fundamental que a constitui e lhe dá sentido, garantindo sua sobrevivência, além de indicar os titulares do órgão do poder, assegurando-lhes melhor vinculação” (DINIZ, 1992, p.14).

Emmanuel Joseph Sieyès, o primeiro doutrinador a tratar do poder constituinte na obra, *Qu'est-ce que le Tiers État?*(O que é o terceiro Estado?), distingue duas ordens de poderes, o poder constituinte e o poder constituído. Ao primeiro cabe a elaboração da Constituição e aos poderes constituídos a legislação ordinária, sendo que a distinção entre os dois está auferida no corpo dos representantes que configura cada poder. O mesmo doutrinador aponta dois requisitos para a formação do poder constituinte: a especialização do órgão constituinte e a concepção do poder constituinte ilimitado, elemento exterior ao direito vigente, em qualquer de suas formas. O poder constituinte é, então, categoria autônoma, primária e incondicionada (SIEYÈS citado por HORTA, 1995).

Nas constituições rígidas, então, verifica-se a supremacia da norma constitucional criada pelo constituinte sobre aquelas elaboradas pelos demais órgãos do Poder Público. Nesse sentido ensina Paulo Bonavides (2003, p.296):

O sistema das Constituições rígidas assenta uma distinção primária entre poder constituinte e poderes constituídos. Disso resulta a superioridade da lei constitucional, obra do poder constituinte, sobre a lei ordinária, obra do poder constituído, um poder inferior, de competência limitada pela Constituição mesma.

O poder constituinte visa positivizar normas jurídicas de valor constitucional e, através dessas, almeja-se conformar ativa e conscientemente uma sociedade. Tratar da criação de normas constitucionais corresponde a uma necessidade de mudança e desenvolvimento político e jurídico, e diante de tal situação, deve buscar saber se é através de novas normas que intenta-se alterar a situação existente, que quando não leva ao exercício de um novo Poder Constituinte, conduz à reforma, revisão ou emenda constitucional. O Poder Constituinte é vontade política fundamental, capaz de declarar a Constituição que regerá um Estado. No caso do exercício de um novo Poder Constituinte, a concepção de uma nova ideologia política, confere legitimidade ao poder, que é capaz de manter-se por si próprio, pela força, pela autoridade e pela

vontade política. Entende-se que tanto em um novo Poder Constituinte quanto num poder modificador os órgão responsáveis não recebem um mandato para elaborar uma constituição ou modificá-la, mas sim para fazer emergir uma decisão política ou promover determinadas situações. Encerra seu pensamento Maurício Antônio Ribeiro Lopes (1993, p.25) com os seguintes dizeres:

O processo de ideologização do Poder Constituinte rompe o mito de incondicionalidade deste. Ao purismo do Direito é natural que essa ruptura seja tão ou mais radical do que o preconizado pela sacrílega tentativa de ideologização do Direito e do Poder Constituinte. Para outros, a incondicionalidade absoluta sempre soou falsa e que um certo condicionamento sempre existiu. Assim sendo, para explicitação dos conflitos da sociedade é muito melhor que exsurja um condicionamento com base nessa estrutura de poder e ideologia, que é na verdade a única forma justa e eficaz de superação dos conflitos.

A rigidez constitucional decorre do fato das demais normas buscarem na Constituição fundamento e validade, por ser essa norma magna que exprime as vontades e anseios políticos. Fora desse sistema não se vislumbra regra de direito.

A Constituição deve, então, estabelecer para alteração de suas normas um processo solene, repleto de formalismo, de forma a garantir os princípios e a supremacia constitucionais – a rigidez constitucional apresenta-se como requisito para o controle de constitucionalidade das leis (MOTA e LOVSKY, 1999).

Segundo o professor Godoffredo da Silva Telles Junior citado por Celso Basto Ribeiro (2001, p.397), “a juridicidade de cada norma é haurida da juridicidade da norma que a suspende”. Nesse sentido aponta André Ramos Tavares (2003, p.175) em sua obra:

A hierarquia das normas, por seu turno, remete a idéia de rigidez constitucional. Pressupõe-se, portanto, um sistema composto por uma Constituição que se encontra em posição de superioridade, supremacia constitucional, em relação às demais normas.

Uma norma quando não condizente com a norma que lhe é superior não deve ser aceita no ordenamento jurídico, deve ser dita inválida. Para Celso Bastos (2001) isso é uma contradição, por passar a idéia de que a norma existe quando nem ao menos existência lhe é conferida por ter desrespeitado as normas para sua criação. Nas palavras do doutrinador (2001, p.398): “a invalidade jurídica coincide com a inexistência de direito: com o nada jurídico, com a ausência de efeitos, com a nulidade”, então só pode-se afirmar a existência de leis constitucionais. Celso Bastos (2001, p.398) afirma:

Ao ascendermos a escala das normas jurídicas, deparamos num dado momento com um conjunto de normas que, ao contrário das demais, não vão buscar seu fundamento jurídico em outras regras de direito; fundam-se em si

mesmas. São as normas constitucionais. Elas fornecem os pressupostos mínimos para a existência do ordenamento jurídico.

A especificação de uma Constituição como rígida acentua a distinção entre uma norma ordinária e uma norma constitucional, portanto, clama-se, teórica e praticamente, por um instrumento capaz de defendê-la. É preciso reconhecer a permanência constitucional e a superioridade jurídica das leis constitucionais, então, a rigidez sugere o controle de constitucionalidade das leis, em que nem sempre as exigências da lógica jurídica ou da melhor doutrina são acolhidas na prática (HORTA, 1995).

Uma das conseqüências da rigidez é a idéia da supremacia constitucional. Ao conteúdo político das Constituições escritas, a rigidez acrescenta conteúdo jurídico, mas o próprio Raul Machado Horta (1995, p.139) atenta:

A idéia de Constituição ganhou maior substância com sua apresentação formal, que encerra um processo de defesa própria, no dizer de Pontes de Miranda. Por sua vez, a supremacia, que é noção inerente à idéia de Constituição, adquiriu impulso sistemático e ordenado na técnica da rigidez. A Constituição, costumeira ou escrita, rígida ou flexível, dizem Barthélemy et Duez, retira de seu próprio conteúdo determinada supremacia, pois os princípios nela inscritos despertam e encontram acatamento e respeito, que tanto maior será quanto mais arraigados forem na consciência jurídica, na cultura de um povo. É nesse sentido que Pontes de Miranda fala na rigidez extra-técnica da Constituição Britânica.

Controlar a constitucionalidade de uma norma significa verificar se essa norma está ou não de acordo com a Constituição a qual será submetida, consiste no exame de adequação, tanto do ponto de vista formal como material. E, o controle de constitucionalidade só é possível quando se faz corresponder à maior importância das leis constitucionais para a estruturação do Estado, uma superioridade destas sobre as demais (BASTOS, 2001).

A segurança da ordem política constitucional é interesse imemorial dos povos, a idéia difusa da defesa de lei ou instituições do Estado tem precedentes nos períodos históricos mais distantes, mas a idéia de defesa confiada a uma técnica adequada, tal qual é hoje, surge acanhada com o constitucionalismo do século XVIII, sendo o controle de constitucionalidade resultado do período constitucional.

Não há concomitância no tempo entre a técnica da rigidez constitucional e a prática do controle de constitucionalidade, por conta de razões históricas e políticas, “procurava-se preservar a vigência da constituição mediante o acatamento solene e reverencial ou mediante a estipulação de cláusulas e processos especiais, válidos para momentos excepcionais” (HORTA, 1995). Ainda segundo o Horta (1995, p.148):

O controle de constitucionalidade, embora sem concomitância e continuidade no tempo, é contemporâneo e ínsito ao constitucionalismo escrito e rígido. A princípio surge timidamente, na forma frustra e acanhada do controle político dos fins do século XVIII. Ganha em seguida força de criação e original e poderosa no controle judiciário da constitucionalidade das leis, obra da jurisprudência da Suprema Corte Norte Americana, que elaborou a universalmente famosa "American Doctrine of Judicial supremacy"

O controle de constitucionalidade apresenta-se como o corolário lógico da supremacia constitucional, requisito para que não se transforme em preceito moralmente platônico e a Constituição em programa político eticamente obrigatório e transparece a finalidade de transformar a Constituição na medida suprema da regularidade jurídica (BURDEAU e LAFERRIÈRE citado por HORTA, 1995).

A Constituição de um país expressa os poderes nele dominantes, questões constitucionais são questões originariamente políticas e não jurídicas, o poder intelectual é representado pela consciência e pela cultura gerais, o poder militar representado pelas forças armadas, o poder econômico pelas grandes indústrias, entre outros.

As relações fáticas resultantes da conjugação entre esses fatores constituem a força ativa das leis e instituições, a correlação de forças que resulta dos fatores reais do poder, dando origem a Constituição real de um Estado. A Constituição jurídica, então, nada mais é do que um pedaço de papel, visto que sua capacidade de ordenar está limitada a sua compatibilidade com a Constituição real. Uma Constituição escrita será boa e duradoura "quando essa constituição escrita corresponder à Constituição real e tiver suas raízes nos fatores do poder que regem o país" (LASSALE, 2001, p.33).

Constitui apenas um limite hipotético a condição de eficácia da Constituição jurídica a coincidência de realidade e norma, configurando-se uma situação de conflito em que a Constituição jurídica sucumbe em face da Constituição real. Se assim se pensasse, não se justificaria uma tentativa se guardar a Constituição, pois, ou as normas estariam em vigor, conformando-se com a realidade, ou estariam derogadas. Segundo Konrad Hesse (200, p.15):

A pretensão de eficácia de uma norma constitucional não se confunde com as condições de sua realização. A Constituição não se configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. A Constituição real e jurídica condicionam-se mutuamente, mas não dependem pura e simplesmente uma da outra.

A constituição jurídica terá força ativa se estiverem presentes, na consciência geral, não só a vontade de poder, mas também a vontade de Constituição, vontade que se baseia na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa que proteja o Estado, na compreensão de que essa ordem é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos e na consciência de que essa ordem não será eficaz sem a vontade humana (HESSE, 2001).

A força normativa da Constituição pressupõe os elementos sociais, políticos e espirituais do seu tempo, de forma a ter apoio e defesa da consciência geral. Walter Burckhardt citado por Konrad Hesse ensina (2001, p.22):

Aquilo que é identificado como vontade da Constituição deve ser honestamente preservado, mesmo que, para isso, tenhamos que renunciar a alguns benefícios, ou até a algumas vantagens justas. Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado Democrático. A estabilidade constitui condição fundamental da eficácia da Constituição.

Cabe, por assim dizer, que a Constituição não caracteriza simples folha de papel como definida por Ferdinand Lassale. Em que pese a Constituição não estar vinculada à realidade concreta de seu tempo, não está a essa condicionada, visto que em caso de conflito não deve ser considerada a parte mais fraca, ao contrário, devem existir pressupostos que permitam assegurar a força normativa da Constituição. Quando esses pressupostos não puderem ser satisfeitos, ocorrerá a conversão dos problemas constitucionais enquanto questões políticas. Encerra Konrad Hesse (2001, p.27) com os seguintes dizeres: “Compete ao Direito Constitucional realçar, despertar e preservar a vontade da Constituição, que, indubitavelmente, constitui a maior garantia de sua força normativa”.

A supremacia e rigidez constitucional e o conseqüente controle de constitucionalidade devem assegurar a democracia, os direitos e garantias fundamentais e os preceitos para a realização e efetivação desse modelo estatal. Em outras palavras, a “Constituição surge como um pacto celebrado por todos os cidadãos, comprometendo-se a respeitá-la e cumprí-la” (LIMA FILHO, 1997, p. 77).

Afirmar que as normas constitucionais tem força normativa é reconhecê-la não apenas como carta de intenções políticas, mas dotá-la, sobretudo de caráter jurídico imperativo. Se a constituição vale como lei, por lógico que as normas e princípios constitucionais devem obter normatividade, regulando jurídica e efetivamente as condutas (CANOTILHO, 2003).

### 3 O CONTROLE CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

#### 3.1 A JURISDIÇÃO

A jurisdição pode ser entendida como atuação estatal, terceiro, visando a aplicação do direito objetivo ao caso concreto, resolvendo-se com definitividade uma situação de crise jurídica e gerando com tal solução a pacificação social (NEVES, 2010).

Então, a jurisdição é a realização do direito em uma situação concreta, por meio de terceiro imparcial, com força autoritária e aptidão para tornar-se indiscutível (DIDIER JR, 2007).

Ensina Fredie Didier Junior (2007, p.65):

É preciso perceber que a jurisdição sempre atua em uma situação concreta; mesmo nos processos objetivos de controle de constitucionalidade há uma situação concreta, embora não relacionada a qualquer direito individual, submetida à apreciação do Supremo Tribunal Federal, em que se discute a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de algum específico ato normativo.

Fundamentalmente, a jurisdição, constitui uma das funções essenciais do Estado moderno, fazendo atuar o direito diante do caso concreto, com imparcialidade, servindo como meio de ordenação e pacificação social e reequilibrando as relações jurídicas de modo seguro (FREIRE, 2005).

Pode-se analisar a jurisdição sob três aspectos distintos: poder, função e atividade.

O poder jurisdicional é aquele que permite o exercício da função jurisdicional, é o poder do Estado de interferir no caso concreto, aplicando o direito objetivo na crise jurídica que o suscita.

É a manifestação do poder estatal que detém capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Alerta, Rodrigo da Cunha Lima Freire (2005, p.34): “É evidente que a jurisdição é simples manifestação de um poder estatal, não sendo das mais precisas a afirmação de que a jurisdição é poder”.

Por meio da atividade jurisdicional é que se concretiza o poder jurisdicional. Acrescenta, ainda, Daniel Amorim Assumpção Neves (2010,p.4):

Há tempos se compreende que poder jurisdicional não se limita a dizer o direito (*júris-dicção*), mas também de impor o direito (*júris-satisfação*). Realmente de nada adiantaria a jurisdição dizer o direito, mas não reunir condições para fazer valer esse direito concretamente. Note-se que a jurisdição como poder é algo que depende essencialmente de um Estado organizado e forte o suficiente para interferir concretamente na esfera jurídica de seus cidadãos.

E continua (2010,p.4):

Tradicionalmente a jurisdição (júrís-dicção) era entendida como a atuação da vontade concreta do direito objetivo (Chiovenda), sendo que a doutrina se dividia entre aqueles que entendiam essa atuação derivava da sentença fazer concreta a norma geral (Carnelutti) ou criar uma norma individual com base na regra geral(Kelsen).

É certo que hodiernamente essa concepção de jurisdição não mais atende aos anseios da expressão justiça, que indubitavelmente, materializa-se com a satisfação do direito material tutelado.

Revela-se, a jurisdição, como aplicadora da norma jurídica, produzida à luz dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais de justiça, ao caso concreto.

A Constituição Federal de 1988, como regra, atribui ao Poder Judiciário, a função jurisdicional.

Isto porque, excepcionalmente, atribui ao Poder Legislativo a função jurisdicional, a exemplo do processos de impeachment contra o Presidente da República, artigo 49, inciso IX, e artigo 52, I, da CF/88, e ao Poder Executivos nos processos administrativos e sindicâncias, artigo 41, parágrafo 1º, II, da CF/88 (NEVES, 2010).

A função jurisdicional se apresenta como o encargo que tem os órgãos estatais de promover a pacificação dos conflitos, mediante a realização do direito justo e através do processo (FREIRE, 2005).

No entanto, não são todos os doutrinadores que acompanham o entendimento dessa função jurisdicional excepcional dos Poderes Executivo e Legislativo.

Acreditam esses pensadores, a exemplo de (DIDIER JR,2007) que a autoridade da jurisdição é acompanhada da definitividade, da imutabilidade. Então, a partir do momento que as decisões construídas pelos Poderes Legislativo e Executivo, não possuem aptidão para se tornarem permanentes, não estão esses poderes revestidos de função jurisdicional.

O complexo de atos praticados pelo agente estatal investido de jurisdição no processo é a atividade jurisdicional. “A função jurisdicional se concretiza por meio do processo, forma que a lei criou para que tal exercício se fizesse possível”(NEVES, 2010, p.5).



No processo, o Estado- Juiz, por meio da prática dos atos processuais exerce o poder jurisdicional. É o complexo de atos do juiz do processo, exercendo o poder e função que lhe são conferidos por lei (FREIRE, 2005).

O processo deve estar apto – ser o instrumento – a tutelar o direito material, caminhando próximo a realidade social (efetivo acesso à justiça). Pode-se dizer que o complexo de atos desenvolvidos na atividade jurisdicional tem como principal objetivo o acesso à justiça (*júris-satisfação*).

Desta forma, através do controle de constitucionalidade, o processo coloca-se a serviço da Constituição – tutela processual da Constituição. Ao passo que a Constituição de igual forma também tutela o processo através dos princípios processuais constitucionais, a exemplo do devido processo legal, do direito de ação, entre outros. Denota-se que a relação entre o processo e a Constituição é uma via de mão dupla- dupla direção.

Portanto, o exercício da jurisdição (processo – atos processuais) revela seus escopos jurídico, social e político. O objetivo jurídico é o declarar da vontade do direito (norma jurídica), o social é o instrumento para promoção das políticas públicas, e, por fim, o político – pedagógico – é o exercício do poder do Estado cuja infrigência será reprimida.

Conforme a essência do Estado cujo poder leva a manifestar, a jurisdição terá fins sociais, políticos e propriamente jurídicos. A jurisdição ao aplicar uma norma, a fazendo produzir efeitos, afirma a vontade espelhada na norma de direito material, a qual deve traduzir – devendo estar de acordo com os fins do Estado – as normas constitucionais que revelam suas preocupações básicas (ARENHART; MARINONI, 2004).

O processo através da atividade jurisdicional, que reúne interesse, e, por isto, deve guardar princípios como cooperação, ao lado da Constituição veda o arbítrio Estatal e promove a mutação qualitativa dos direitos fundamentais, organizando um direito justo.

O formalismo valorativo do processo (OLIVEIRA; MITIDIERO, 2010) – instrumentalidade – coloca o processo como finalidade a tutela do direito material como justiça, organizado com valores constitucionais, como liberdade, participação, efetividade e segurança, dentre outras, que se realizam através do procedimento.

O processo no Estado Constitucional é aquele que se realiza através da idéia de processo justo que visa a tutela adequada, efetiva e tempestiva do direito

material. Isso só é possível, pois o processo justo é pensado no formalismo processual quem tem como raiz o procedimento que se dá com os atos processuais – atividade jurisdicional (OLIVEIRA; MITIDIERO, 2010).

O poder, a função e a atividade somente transparecem legitimamente através do processo devidamente estruturado. O processo – tutela jurisdicional - é a via pela qual o Estado realiza a jurisdição, face o exercício da ação (FREIRE, 2005).

A relação entre Constituição e processo pode ser feita de duas maneiras: direta e indireta. A maneira direta é quando a Constituição estabelece quais são os direitos e garantias processuais fundamentais, estruturando as instituições essenciais à realização da justiça e estabelecendo os mecanismos formais de controle de constitucionalidade. Finaliza Eduardo Cambi (2008, p.139):

Por outro lado, tal relação pode ser indireta, quando, tutelando diversamente determinado bem jurídico (por exemplo, os direitos da personalidade ou os direitos coletivos ou difusos) ou uma determinada categoria de sujeitos (crianças, adolescentes, idosos, consumidores etc), dá ensejo a que o legislador infraconstitucional preveja regras processuais específicas e para que o juiz concretize a norma jurídica no caso concreto.

O processo, assim, representa para a Constituição a sua efetividade, ao passo que o processo busca seus fundamentos de validade no texto supremo.

Depreende-se que a supremacia constitucional repulsa a neutralidade da jurisdição, mas não apenas isso, consagra-se um verdadeiro direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, justa, artigo 5º, XXXV, CF/88. O direito ao processo justo materializa a garantia fundamental da tutela jurisdicional efetiva.

O Estado para a realização da justiça, anseio jurídico, político e eminentemente social, utiliza-se, portanto, do processo, apresentado como instrumento democrático do poder jurisdicional (CAMBIA, 2008).

Ensina ainda Eduardo Cambia que “O grande desafio do legislador e do juiz, na concretização do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, célere e efetiva é a construção de técnicas processuais capazes de tutelarem os direitos materiais”(2008, p.159).

A jurisdição é função criativa. O dever de decidir confere aos órgãos jurisdicionais o poder de criar a solução do caso concreto à luz do ordenamento jurídico e, principalmente, à luz do texto fundamental. “Cria-se a regra jurídica do caso concreto, bem como cria-se, muitas vezes, a própria regra abstrata que deve regular o caso concreto”(DIDIER JR, 2007, p.65).

O atual Estado Constitucional exige do Estado-Juiz uma maior compreensão de forma a compreender as particularidades do caso concreto e encontrar à luz da norma geral e abstrata uma solução em conformidade com os preceitos constitucionais e com os direitos fundamentais. Continua ensinando Fredie Didier Junior (2007, p.65):

Em outras palavras, o princípio da supremacia da lei, amplamente influenciado pelos valores do Estado Liberal, que enxergava na atividade legislativa algo perfeito e acabado, atualmente deve ceder espaço à crítica judicial, no sentido de que o magistrado, necessariamente, deve dar à norma geral e abstrata aplicável ao caso concreto uma interpretação conforme a Constituição, sobre ela exercendo o controle de constitucionalidade se for necessário, bem como viabilizando a melhor forma de tutelar os direitos fundamentais.

Diante do caso concreto, o Estado-Juiz deve identificar a lei aplicável, devendo conformá-la com o texto constitucional através da interpretação conforme, do controle de constitucionalidade e sobrepeso dos direitos fundamentais.

A norma jurídica criada e contida na fundamentação de um julgado revela-se como as razões de decidir. É a norma jurídica criada diante do caso concreto, mas não uma norma individual que regula o caso concreto, que poderá, no entanto, funcionar como regra geral ao ser invocada como precedente judicial em outras situações (MARINONI, 2006).

A função jurisdicional é a função estatal que revela a última decisão, indiscutível. A jurisdição somente é controlada pela própria jurisdição. Porém, controla a função legislativa (controle de constitucionalidade e preenchimento de lacunas).

Niklas Luhmann citado por Fredie Didier (2007) ensina que não se pode atribuir à legislação uma posição hierarquicamente superior à da jurisdição. Ao legislador cumpre o papel de criação de normas genericamente válidas, acomodando no sistema jurídico as pressões políticas. Sintetiza-se o seu pensamento da seguinte forma:

i) somente os tribunais, no exercício da função jurisdicional, têm a obrigação de decidir todo e qualquer caso que lhe for submetido, haja ou não previsão legislativa que o regule, sendo vedado o non liquet; ii) a decisão do órgão jurisdicional é a última, porquanto não possa ser submetida ao controle de nenhuma função estatal – a jurisdição é a última forma de controle social; iii) porque é obrigação a decidir qualquer conflito, o órgão judicial tem poder de criar a regra jurídica do caso concreto – tem, pois poder de criação de norma jurídica; d) as decisões judiciais, porque as últimas, precisam ser indiscutíveis (coisa julgada).

Tecidas essas breves considerações acerca da jurisdição, por certo, presume-se que o Estado para exercer o poder jurisdicional, ainda mais em um país

com as dimensões territoriais do Brasil precisa de vários juízes, juízos e tribunais para acomodar, ordenar e permitir a efetividade da justiça.

Como já tratado, a Constituição Brasileira é rígida e colocada em posição de destaque no ordenamento jurídico, exigindo procedimento peculiar para alteração de suas normas, decorrendo daí, a Supremacia Constitucional.

A partir desse ponto, passa-se ao estudo da jurisdição constitucional, exercida através do controle de constitucionalidade, em suas duas modalidades, e o seu papel na busca da justiça constitucional.

### 3.2 A IMPLANTAÇÃO DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL NO SISTEMA POLÍTICO

A jurisdição constitucional surgiu como limite ao legislador e a Constituição passou a oferecer ritos formais e axiológicos não só à atividade legislativa, mas à atividade de todos os poderes e órgãos que compõem a estrutura do Estado.

O Estado Legalista – período legislativo, iniciou-se com a Revolução Francesa. Caracterizava-se por ser um período em que a lei possuía caráter hierárquico (ao ser relacionada com o Direito, oferecia limites à sociedade) e era elaborada por aqueles que representavam o povo. R. Carré de Malberg citado por André Ramos Tavares ensina (2005, p.34):

Nesta hierarquia dos poderes e das autoridades, o corpo legislativo possui o mais alto poder. Estatui de maneira inicial: em especial, cria o direito livremente. As regras que dita constituem a ordem jurídica superior e estatutária do Estado, e, por conseguinte, obrigam a todos os órgãos ou autoridades estatais diferentes do próprio órgão legislativo.

Daí pode se inserir que a atividade jurisdicional, qual seja, a tarefa de interpretar e julgar a validade da lei, não tinha espaço, a atuação normativa era papel da lei.

A não limitação do Poder Legislativo ocasionou a produção excessiva de leis sobre os mais diversos assuntos, as quais atingiam os diversos setores da vida social gerando, conseqüentemente, insatisfação e uma busca de limite a esta atividade.

Mauro Cappelletti ensina que a expansão do direito legislador pode ser considerada umas das principais causas do direito judiciário, dada a necessidade de controlar a atividade legislativa (CAPPELLETTI citado por TAVARES, 2005).

[...] o declínio do Estado “legalista” e o surgimento de um Direito “jurisprudencial” ou, mais propriamente, de uma criação jurisdicional do Direito têm como marcos teóricos: (i) o agigantamento do Legislativo e o correlato agigantamento do Judiciário, marcadamente no contexto do constitucionalismo moderno e da afirmação das novas Constituições; (ii) a ineficiência e a

incompletude da lei formal perante as exigências sociais e técnicas crescentes; (iii) o reconhecimento de um grau de discricionariedade na atividade de aplicação do Direito, de grau menor mas de idêntica natureza à atividade legislativa (TAVARES, 2005, p.93).

Com os ideais do constitucionalismo, o exercício legislativo passa a ser limitado por normas constitucionais, que são resultado da vontade geral. A Constituição passa a delimitar competências, sendo a fonte máxima do Direito. Segundo Leslie Lipson citado por André Ramos Tavares (2005, p.46):

Há três funções principais que uma Constituição deve preencher e três influências a que deve corresponder. No primeiro caso, uma Constituição é um processo de organizar e dar reconhecimento formal aos interesses e grupos de que a sociedade se compõe. Segundo, serve ao Estado como o esqueleto serve ao corpo humano, oferecendo uma estrutura rígida em torno da qual os processos dinâmicos da política podem funcionar. Estruturalmente encarada, a Constituição é muitas coisas em uma só. É um complexo de poderes e funções oficiais, somados aos deveres e responsabilidades privados. Ergue uma estrutura de instituições, dependências e agências. Consubstancia ainda os princípios filosóficos subjacentes à concepção que uma comunidade faz de sua forma de Governo. Terceiro, uma Constituição está ornada com os atributos supremos da lei. Marca o vértice de uma hierarquia de gradações legais. Aí está o foco da lei suprema do Estado e o manancial das leis secundárias.

A Constituição, apresentada como fonte primeira e principal do Direito, passa a dispor de normas não apenas que regulam a produção de outras normas, mas também de normas que regulam condutas, como acontecem com os direitos humanos. Então, por meio do critério formal, as normas passam a ser constitucionais não em virtude do seu conteúdo, mas em virtude da sua incorporação em um texto considerado supremo (TAVARES, 2005).

O texto constitucional é fruto do constituinte originário sendo, portanto, superior ao legislativo. O rigor formal distingue a Constituição das demais normas, acentua sua supremacia, a necessidade de protegê-la, de fazer com seja constante e se perpetue. Daí o papel da jurisdição constitucional como garantidora e protetora da rigidez e supremacia constitucionais ao intentar prover a justiça constitucional. André Ramos Tavares (2005, p.66) a esse respeito apresenta o pensamento de Maurice Duverger:

Não é suficiente que a Constituição seja superior às leis ordinárias e que estas estejam em conformidade às suas disposições. É necessário que seja juridicamente controlada essa conformidade das leis à Constituição, esta constitucionalidade das leis, como é juridicamente verificada a conformidade às leis ordinárias dos atos do Chefe de Estado, dos Ministros e das autoridades locais, a legalidade dos atos administrativos. Entre os dois controles, não há diferença de natureza, mas somente de gradação. Entretanto, o controle de constitucionalidade das leis é muito mais difícil de ser organizado que aquele da legalidade dos atos administrativos.

A atividade jurisdicional de revisão das leis substitui o juízo dos representantes eleitos pelo povo, controlando não só o legislador, mas também o administrador, chefe de governo, do Estado.

O alto grau de discricionariedade e talvez a arbitrariedade de algumas decisões judiciais podem ter sido causa da impopularidade da jurisdição constitucional- viu-se frustrada a possibilidade da “verdade prevalecer sobre o poder”, expressão de Vital Moreira citada por Gustavo Binenbojm (2004, p.120). “Mas a arbitrariedade e insindicabilidade do legislador, bem como um crescente grau de profissionalização (técnica) judicial fizeram com que esse quadro fosse revertido” (TAVARES, 2005).

Em conseqüência da crise da democracia representativa (órgãos representativos, eleições periódicas, pluralismo partidário, separação de poderes) e do fortalecimento político dos grupos de pressão, a lei enquanto atividade do legislador para atender a vontade do povo se tornou mera ficção, pois não mais necessariamente representa o próprio povo e por diversas vezes desrespeita princípios e direitos fundamentais com a finalidade de favorecer a grupos minoritários. Nesse sentido Jean Rivero é citado por Alexandre de Moraes (2000, p.64):

a idéia de representação da vontade do cidadão pelo eleito, tem progressivamente diminuído na realidade, mediante a tomada de consciência pelo eleitor de que, definitivamente, os homens que são eleitos atuam para si mesmos e não para eles. O cidadão, ante essa avalanche de leis, cada vez mais completas, cada vez mais técnicas, cada vez mais conformadas com a vontade governamental, não reconhece sua própria vontade. Essa transformação da lei conduz à tomada de consciência da necessidade de proteger os direitos fundamentais, inclusive perante a própria lei.

Evidencia-se, portanto, a legitimidade da justiça constitucional (com órgãos independentes) ante a necessidade de conciliarem-se a Democracia representativa e o Estado de Direito – consagração da supremacia constitucional e reconhecimento dos direitos constitucionais fundamentais (REYES citado por MORAES, 2000).

No intuito de alcançar a justiça constitucional, Louis Favoreu citado por Alexandre de Moraes (2000) a organizou em cinco grandes ramos de competência, quais sejam: controle de constitucionalidade das leis e atos normativos do poder público, proteção aos direitos fundamentais, controle das regras da Democracia representativa (eleições) e participativa (referendos e plebiscitos), controle do bom funcionamento dos poderes públicos e da regularidade de suas competências constitucionais e equilíbrio da federação.

Ante o exposto, pode-se questionar a legitimação da jurisdição constitucional face o princípio da democracia representativa, visto que, no caso do controle de constitucionalidade, concede-se a um grupo de magistrados poderes para declaração de inconstitucionalidade de uma lei fruto da atividade legislativa, enquanto representante das aspirações populares.

Com o propósito de justificar a legitimidade da justiça constitucional, Alexandre de Moraes (2000, p.67) atenta para o estudo de três sustentáculos, quais sejam, a “complementaridade entre Democracia e Estado de Direito; composição dos Tribunais Constitucionais e fundamentação e aceitação popular das decisões dos Tribunais Constitucionais”.

Quanto ao primeiro sustentáculo, enquanto a democracia, fundada na soberania popular, consubstancia-se no governo de maioria, o Estado de Direito reza a supremacia das normas constitucionais, o cumprimento dos direitos fundamentais individuais e coletivos e o controle jurisdicional do Estado. É a própria Constituição que discorre sobre a competência dos órgãos magistrados – o povo enquanto titular do poder constituinte originário assim desejou quando da elaboração da Carta Constitucional. O Poder Constituinte é anterior e fundamento da autoridade dos poderes constituídos.

O próprio princípio da separação dos poderes prega que cada poder exerce função única e predeterminada, divisões das tarefas estatais, em que a jurisdição constitucional aparece como defensora dos princípios constitucionais. Encerra Alexandre de Moraes (2000, p.76):

A legitimidade da Justiça Constitucional consubstancia-se, portanto, na necessidade de exigir-se que o poder público, em todas as suas áreas, seja na distribuição de justiça, seja na atuação do Parlamento ou na gerência da *res pública*, pautado no respeito aos princípios, objetivos e direitos fundamentais consagrados em um texto constitucional, sob pena de flagrante inconstitucionalidade de suas condutas e perda da própria legitimidade popular de seus cargos e mandatos políticos pelo ferimento ao Estado de Direito.

O outro sustentáculo, a composição dos Tribunais Constitucionais, situa-se no plano político e jurídico.

Necessário se faz um tratamento diferenciado quanto à escolha dos membros por tratar-se de tribunal que decide quanto a supremacia constitucional e leis do Parlamento (expressão da vontade geral). Logo, ressaltam-se três requisitos para a composição política da Justiça Constitucional, quais sejam, o pluralismo, a representatividade e a complementaridade.

O pluralismo surge ante a importância de maior representatividade, de modo a ser possível atender todas as parcelas sociais – aqui aponta-se a importância da renovação periódica dos membros que compõem os Tribunais Constitucionais.

A representatividade apresenta-se como a participação da maioria qualificada do Parlamento para aprovação daquele que será nomeado juiz constitucional.

Por fim, a complementaridade traz a multiplicidade e a variedade de experiências profissionais – um juiz de carreira tem experiência diversa de um advogado ou de um membro do Ministério Público – a fim de afastar a técnica exacerbada e a política exagerada (MOARES, 2000).

Igualmente, apresenta-se como sustentáculo a fundamentação e aceitação popular das decisões dos Tribunais Constitucionais e para elucidá-la é pertinente o ensinamento de Ruy Barbosa trazido por Alexandre Moraes (2000, p.81):

A autoridade da justiça moral, sustenta-se pela moralidade das suas decisões. O poder não a enfraquece, desatendendo-a; enfraquece-a, dobrando-a. A majestade dos Tribunais assenta na estima pública; e esta é tanto maior, quanto mais atrevida for a insolência oficial, que lhes desobedecer, e mais adamantina a inflexibilidade deles perante elas.

As críticas em torno da jurisdição constitucional situam-se na maioria das vezes em torno da distribuição de competências feita entre os poderes constituídos (BINENBOJM, 2004). Se ao Judiciário cabe a solução dos impasses políticos, quanto mais amplo for o poder atribuído ao mesmo, menor será o espaço dado ao Legislativo. A relevância das decisões judiciais acaba por oferecer limites às decisões políticas, fazendo com que a jurisdição constitucional necessite de maior legitimidade (AGRA, 2005).

Pode-se ainda questionar, quanto ao sistema jurídico de justiça constitucional, que os juízes podem ter suas atenções desviadas de sua função específica para decisões meramente políticas ou que podem não interpretar as leis de acordo com o tempo em que se aplicam por serem puramente formalistas, mas, para tanto, aponta Dirley da Cunha Junior (2006, p.40):

Ao revés de apontar dúvidas quanto a legitimidade da Justiça Constitucional, devemos ter em mente que, hodiernamente, a existência da Justiça Constitucional e de uma fortalecida e ativa jurisdição constitucional tornaram-se requisitos de legitimação e credibilidade política dos próprios regimes constitucionais democráticos, haja vista a idéia de justiça constitucional passou a ser progressivamente compreendida como elemento necessário da própria definição do Estado Democrático de Direito.

No decorrer desse tópico foram apresentadas duas expressões, quais sejam jurisdição e justiça constitucional. Apesar de serem utilizadas como sinônimos, a



jurisdição é uma faceta da justiça constitucional. A jurisdição é atividade pela qual se realiza jurisdicionalmente a proteção da Constituição em todas suas dimensões (TAVRES, 2005). Já a justiça constitucional garante que a atividade dos poderes públicos serão disciplinadas pelo Direito e que existirá um juiz que lhe assegurará o respeito. “Na perspectiva da justiça constitucional, as escolhas do poder político, assistidos da mais ampla legitimação democrática, ficam submetidas ao controle do juiz, que faz valer, em caso de contraste, as razões da Constituição contra a vontade política contingente” (SORRENTINO citado por TAVARES, 2005, p.150).

O movimento constitucionalista, aliado ao processualista, servem de suporte para a construção de técnicas que tornem adequadas a prestação jurisdicional. Aqueles revestidos do poder jurisdicional devem concretizar a consciência constitucional para defesa dos direitos e garantias constitucionais (CAMBI, 2008).

O Estado ergue-se a conceito ordenador da comunidade política, reduzindo-se a constituição a simples lei do Estado e do seu poder. “ A constituição só se compreende através do Estado. O conceito de Estado Constitucional servirá para resolver este impasse: a constituição é uma lei proeminente que conforma o Estado”(CANOTILHO, 2003, p.89).

A justiça constitucional apresenta-se da necessidade de se defender a Constituição e os seus princípios ao passo que a jurisdição constitucional apresenta-se como instrumento de guarda dos direitos fundamentais e da democracia.

### **3.1.1 Da Constituição de 1824 à Constituição de 1967**

Mister agora se faz conhecer como se deu a evolução do controle de constitucionalidade das leis brasileiras.

A primeira carta constitucional brasileira, a Constituição Imperial de 1824, não trazia o sistema de controle de constitucionalidade das leis. O próprio poder Legislativo controlava sua atividade, ao que fez saber o artigo 15, número 8: “fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las” e número 9: “ velar na guarda da Constituição”.

Ademais, a existência do poder Moderador, na realidade um superpoder, fazia com que as decisões do Legislativo pudessem ser alteradas a qualquer tempo e critério, conforme disposto no artigo 98 da mesma carta:

O Poder Moderador é a chave de toda a organização política, e é delegado privativamente ao Imperador como Chefe Supremo da Nação, e seu primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos mais poderes políticos (BASTOS, 2001, p.410).

Ensina Paulo Bonavides (2003, p.326):

A Constituição de 25 de março de 1824 – Constituição do Império – não favorecia o advento de um sistema de verificação de constitucionalidade. Com efeito, só em parte a Constituição era rígida: a parte respeitante aos limites e atribuições dos Poderes Políticos (o poder Legislativo, o poder Moderador, o poder Executivo e o poder Judicial) e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos, conforme decorria do art. 178. A pálida inspeção de constitucionalidade prevista no art. 173 da Carta outorgada guardava ainda feição política: à Assembléia Geral, no princípio de suas sessões, caberia examinar se a Constituição havia sido “exatamente observada para prover como for justo”.

Observa-se em que pese a Constituição de 1824 tratar dos direitos políticos e individuais dos cidadãos, essa foi uma carta outorgada e vinculada ao arbítrio do Poder Moderador, poder acima do princípio da separação dos poderes. Difícil se faz conceber um controle de constitucionalidade e a possibilidade de delegação desse ao poder Judiciário. Regina Maria Macedo Ferrari (2004, p.90) ressalta em sua obra que:

Todavia, devemos lembrar que o projeto de 1823- que não veio a se transformar em Constituição, por ter D.Pedro dissolvido, em 12 de novembro de 1823, a nossa primeira Assembléia Constituinte- tratava da matéria em seus arts. 266, 267 e 268, considerando, como Marshall(1803), sem nenhum vigor a lei contrária à Constituição.

A segunda Constituição Brasileira foi a republicana ,de 1891, que trouxe mudanças capazes de viabilizar o funcionamento, ainda não perfeito, de um controle de constitucionalidades das leis. Adotou-se no Brasil o controle incidental, permitindo os órgãos do judiciário a análise da constitucionalidade das leis face a Constituição (DANTAS, 2001).

A primeira mudança foi a extinção do poder Moderador, em razão da posição que desfrutava. O Legislativo também deixou de ter atribuição privativa quanto à guarda da Constituição, segundo o disposto no art. 35 da Carta de 1891 (FERRARI, 2006).

A principal mudança, contudo, veio com a instauração de competência para o Judiciário no que tange ao exame de conformidade, em sede de recurso de última instância ao Supremo Tribunal Federal, com a Constituição das sentenças das Justiças dos Estados quando:

a) quando se questionar sobre a validade ou aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela; b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos governo dos Estados em face da

Constituição, ou das leis federais e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.

A emenda constitucional de 1926 foi mais longe ao atribuir função controladora de constitucionalidade, aprimorando e tornando mais claro os dispositivos sobre a matéria, conforme dispôs no § 1º do art. 60:

a) quando se questionar sobre a vigência ou validade das leis federais em face da Constituição em face da Constituição e a decisão do Tribunal do Estado lhes negar aplicação; b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Estados em face da Constituição ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado lhes negar aplicação (FERRARI, p.93, 2004).

Vislumbra-se o reconhecimento das Justiças da União e dos Estados como competentes para recusar aplicabilidade de atos inconstitucionais do Executivo e do Legislativo (BONAVIDES, 2003). Celso Ribeiro Bastos (2001, p.411) traz em sua obra um comentário de Ruy Barbosa, jurista de atuação marcante para a implantação do controle de constitucionalidade – o de então era o da via de exceção – no Brasil:

A relação é claríssima. Nela se reconhece, não só a competência das Justiças da União, como a das Justiças dos Estados, para conhecer da legitimidade das leis perante a Constituição. Mas, numa ou noutra hipótese, o princípio fundamental é a autoridade, reconhecida expressamente no texto constitucional a todos os Tribunais, federais ou locais, de discutir a constitucionalidade das leis da União, e aplicá-las ou desaplicá-las, segundo esse critério.

O aperfeiçoamento do controle de constitucionalidade veio com a Constituição de 1934.

Passa-se a exigir a maioria absoluta de votos da totalidade dos juízes componentes dos tribunais para as declarações de inconstitucionalidade e há a possibilidade de suspensão da execução no todo ou em parte das leis ditas inconstitucionais no Judiciário por parte do Senado Federal, conforme dispunha o art.91- enfrentando o problema da convivência e harmonia dos poderes do Estado. A inovação trazida com esse artigo proporcionou a extensão *erga omnes* dos efeitos da decisão inconstitucional proferida (MENDES, 2006).

Nessa constituição também surge a figura do Procurador-Geral da República como agente provocador da declaração de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, de lei estadual quando essa lei violasse algum princípio (forma republicana representativa, independência dos poderes, entre outros) cuja observância estivesse o Estado obrigado por força constitucional, dando origem a uma declaração de inconstitucionalidade diverso da via de exceção, a via de ação, mas que ainda deve ser vista com ressalva por não ser a anulação da lei o objeto da declaração de inconstitucionalidade (BASTOS, 2001).

A Constituição de 1937 “trouxe grande retrocesso à matéria” (BASTOS, 2001, p.412). O *quorum* qualificado, da Constituição de 1891, para a declaração de inconstitucionalidade permaneceu, mas, conforme pregava o artigo 96, o Presidente da República caso considerasse essa lei dita inconstitucional necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse de alta monta, poderia propô-la novamente ao exame do Parlamento, que, se a confirmasse pelo *quorum* qualificado, findava o efeito da decisão proferida pelo Tribunal.

Conclui-se que essa Carta Constitucional esteve atrelada ao fortalecimento do Poder Executivo, até em virtude do Golpe de Estado pelo qual passava o Brasil.

A Constituição de 1946 revive a de 1934 com algumas modificações. O controle por via de exceção e o *quorum* qualificado foram mantidos, assim como a competência do Senado para suspender em todo ou em parte a execução de lei dita inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (FERRARI, 2006).

A possibilidade de intervenção federal nos Estados com o intuito de preservar os princípios constitucionais também permanece, só que nessa esfera cabia ao Congresso Nacional suspender a execução do ato viciado de inconstitucionalidade (MENDES, 2006).

A Emenda Constitucional 16 de 1965 apresenta a via de ação direta para declarar a inconstitucionalidade da lei, não fazendo distinção entre lei pública ou privada e desvinculando-a de uma finalidade específica como até então se firmava- ao Supremo Tribunal Federal cabia julgar e processar originariamente a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República (FERRARI, 2004).

A Emenda de 16 ampliou ainda o controle de constitucionalidade ao permitir a competência originária do Tribunal de Justiça para declarar inconstitucional lei ou ato do Município em conflito com a Constituição Estadual, o que, porém, não chegou a efetivar-se (FERRARI, 2004).

A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1 de 1969 praticamente manteve as disposições da Constituição anterior e da Emenda 16. Houve a supressão do dispositivo que dava competência originária ao Tribunal de Justiça, e, a prerrogativa do Congresso Nacional de suspender lei ou ato dito inconstitucional nas matérias relativas a intervenção foi transferida para o Presidente da República (BASTOS, 2001).

A Emenda Constitucional nº 7 de 1977 incluiu entre as competências do Supremo Tribunal Federal a de julgar originariamente lei ou ato normativo federal ou estadual a pedido do Procurador-Geral da República independentemente de um caso concreto. Essa mesma Emenda também trouxe a possibilidade do Procurador-Geral da República solicitar medida cautelar nas representações que tivessem sido oferecidas com o fim de suspender a eficácia do ato questionado enquanto não houvesse julgamento dessa representação (FERRARI, 2004).

Ensina Celso Ribeiro Bastos (2001, p.414) que a compreensão dos problemas suscitados na declaração de inconstitucionalidade com intuito de anular a lei inconstitucional apenas se dará com o entendimento correto do desempenho do Procurador-Geral da República, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal e continua ensinando:

Caracterizada a natureza jurídica da função de cada um desses órgãos, emergiria fatalmente a solução dos problemas provocados pela ação de representação. Esta, pois, somente poderá ser entendida a partir dos grandes princípios que a justificam como elemento de defesa de todo sistema político-constitucional. [...]O Judiciário se sobreleva ao normal de suas funções para alçar-se em nível de órgão máximo encarregado da defesa do interesse público trazido na permanência dos princípios e normas constitucionais. Ele se identifica com esse próprio interesse cuja defesa lhe foi constitucionalmente outorgada.

Apesar de ampliar o alcance da declaração de inconstitucionalidade, percebe-se que a mesma continua restrita por só haver um meio para sua propositura, através do Procurador-Geral da República.

### **3.1.2 A Constituição de 1988 e o atual controle brasileiro de constitucionalidade**

A Constituição de 1988 trouxe consigo uma nova ordem jurídica no controle de constitucionalidade, visando expelir de seu corpo tudo aquilo que lhe contradiz.

A Carta foi elaborada pela Assembléia Nacional Constituinte, convocada pela Emenda Constitucional nº 26, de 1985, cumprindo, pois, a categoria formal do Poder Constituinte, qual seja o procedimento específico de elaboração da nova lei fundamental (RÁTIS, 2006).

A inconstitucionalidade é própria dos atos do Poder Público quando estes estejam atuando regulados diretamente por normas constitucionais, não se costuma ter por inconstitucional o comportamento dos particulares em seus cotidianos. A ordem

jurídica é um sistema estruturado fundamentalmente à base de vínculo hierárquico (BASTOS, 2001).

O art. 102, parágrafo único, facultou a possibilidade de criação, pela primeira vez no ordenamento brasileiro, da ação de argüição de descumprimento de preceito fundamental – o §único foi posteriormente renumerado em §1º pela Emenda Constitucional 3 de 1993, que estabeleceu a argüição de descumprimento de preceito fundamental, Emenda essa que, com o fim de ampliar a proteção à supremacia constitucional, também fez surgir no cenário jurídico a ação declaratória de constitucionalidade, conforme disposto no art 102,I, a da Constituição (LENZA, 2006).

O artigo 103 da Constituição de 1988 ampliou o rol dos legitimados para a propositura da ação de inconstitucionalidade, atentando que o §1º trata da imprescindibilidade do Procurador-Geral da República ser ouvido nessas ações e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal (STF).

O §3º do mesmo artigo trouxe a figura do Advogado Geral da União que deverá defender o ato ou texto impugnado pelo STF. Em seu §2º, o art. 103 trouxe a previsão da ação de declaração de inconstitucionalidade por omissão.

O art. 125 trouxe a possibilidade dos Estados membros da Federação instituírem representação de inconstitucionalidade em face da Constituição Estadual, vedada a legitimação para agir de um único órgão.

Com base na jurisprudência da Corte no sentido de que o controle concentrado de constitucionalidade, no âmbito dos Estados-membros, tem como parâmetro a Constituição Estadual, nos termos do § 2º do art. 125 da CF (“*Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.*”), o Tribunal julgou procedente pedido formulado em ação direta ajuizada pelo Procurador-Geral da República para declarar a inconstitucionalidade da expressão “Federal”, contida no inciso XI do art. 74 da Constituição do Estado de São Paulo, que estabelece a competência do Tribunal de Justiça para processar e julgar originariamente a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal, contestados em face da Constituição Federal. Precedentes citados: ADI 409/RS (DJU de 26.4.2002); ADI 209/DF (DJU de 11.9.98); ADI 508/MG (DJU de 23.5.2003); ADI 699 MC/MG (DJU de 24.4.92); Rel 337/DF (DJU de 19.12.94). ADI 347/SP, rel. Min. Joaquim Barbosa, 20.9.2006 (ADI-347).

Em 2004, com a Emenda Constitucional nº 45 ocorreu a Reforma do Judiciário. Os até então legitimados para oferecer a ação declaratória de inconstitucionalidade, agora estão legitimados também para a propositura da ação declaratória de constitucionalidade.

O efeito vinculante das ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade, até então só previsto no art.28 da lei número

9.868/99, passa a vir expresso no art. 102, §2º da CF/88, com a Emenda Constitucional número 45.

Além do efeito vinculante, a Emenda 45, trouxe a possibilidade, no art. 103-A, do Supremo Tribunal Federal editar súmulas vinculantes, mediante decisão de dois terços de seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional.

A estrutura do poder hierárquico é específica da Administração Pública. No Poder Judiciário não há hierarquia, esta é funcional por estar a estrutura dos poderes interligados.

No entanto, a súmula vinculante tratada no art. 103-A da Constituição, traz para o campo da atividade jurisdicional, em caráter excepcional, plano de hierarquia ao vincular os demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta nas esferas municipal, estadual e federal (ARAS, 2006).

A tentativa do legislador constitucional foi proporcionar validade e eficácia de normas constitucionais que são alvo de constantes questionamentos a fim de evitar a insegurança jurídica, art. 103-A, §1º.

A súmula aprovada pelo Supremo Tribunal Federal pode ser questionada por aqueles legitimados a propor a ação direta de inconstitucionalidade, art. 103-A, §2º, demonstrando que o interesse está em manter a constâncias das normas constitucionais e não atingir a não hierarquia da atividade jurisdicional.

A respeito das súmulas vinculantes, Lênio Streck (2004, p.852) ensina que o sei problema não reside em saber se elas são corretas ou incorretas, e, sim, na função que exerce no sistema jurídico e suas conseqüências no acesso à justiça e na qualidade das decisões a serem proferidas pelos juízes e tribunais, “trocar a democracia e a independência dos juízes pelo desafogo dos processos é preço exageradamente alto a ser pago pela sociedade”.

Apesar das inovações encontra-se sem previsão a ação de inconstitucionalidade por omissão no âmbito estadual bem como o controle de constitucionalidade através da ação declaratória de constitucionalidade das leis estaduais e municipais frente à Constituição Federal e a declaração de inconstitucionalidade da lei municipal frente à Constituição Federal por parte do Supremo Tribunal Federal (FERRARI, 2004).

A Jurisdição Constitucional passou por um processo de desenvolvimento para assumir tal feição. A mais antiga é a jurisdição política que tinha a finalidade de pacificar as relações entre os sujeitos políticos. Em segundo momento, estabeleceu que as leis infraconstitucionais devem se subordinar aos parâmetros da Constituição, firmando o controle de constitucionalidade. E, em

terceiro momento, é associada à jurisdição dos direitos fundamentais, confirmando-se como instrumento para sua concretização (VILLALÓN citado por AGRA, 2005, p.18).

O controle de constitucionalidade é espécie da jurisdição constitucional. A jurisdição apresenta-se como substancial, a vontade do constituinte, ao passo que o controle de constitucionalidade é procedimental, “é instrumento indelével para garantir a supremacia da Lei Maior” (AGRA, 2005, p.22).

O controle de constitucionalidade estabelecido com a atual Constituição de 1988 fortaleceu o controle concentrado e manteve o difuso.

A jurisdição constitucional ampliou-se a fim de concretizar os nortes trazidos pela Constituição de 1988.

## 3.2 O CONTROLE MISTO DE CONSTITUCIONALIDADE

### 3.2.1 O controle difuso

Nos Estados Unidos da América, país do qual o Brasil adotou o sistema difuso de constitucionalidade, a supremacia constitucional por meio do controle de constitucionalidade pela Corte e por todos os juízes americanos teve início com o célebre caso *Marbury v. Madison* quando o *Chief Justice* John Marshall, a fim de evitar um conflito político, solucionou o caso utilizando-se dos liames da competência constitucional da Suprema Corte. Relatou Marshall:

A questão de que uma lei em choque com a Constituição possa transformar-se em Direito do país é profundamente interessante para os Estados Unidos, e, felizmente, não tão confusa quanto a proporção de seu interesse. [...] a Constituição é um chefe superior, do Direito, imutável por meios ordinários, ou estará no mesmo nível com as leis ordinárias e, como as outras, poderá ser alterada quando o Legislativo quiser. Se a primeira parte da alternativa é verdadeira, então a lei legislativa contrária à Constituição não é Direito; se a última parte é certo, então as Constituições escritas são tentativas absurdas, por parte do povo, de limitar um poder por sua própria natureza ilimitado (MARSHALL citado por MORAES, 2000, p.97).

Alexandre de Moraes ainda continua tratando da decisão de Marshall (2000,p.100):

[...] a fraseologia particular da Constituição dos Estados Unidos confirma e fortifica o princípio, considerado essencial a todas as Constituições escritas, de que uma lei em choque com a Constituição é revogada e que os tribunais, assim como outros departamentos, são ligados por aquele instrumento. A norma deve ser anulada.

O Poder Judiciário firmou-se como fiscal das leis. Importante é o exemplo da Corte Americana como demonstrativo da atividade jurisdicional e como instrumento para concretizar a vontade constitucional. Segundo lição de Cappelletti (1984, p.114):



[...] o controle judicial de constitucionalidade das leis é sempre destinado, por sua própria natureza, a ter também uma coloração política mais ou menos evidente, mais ou menos acentuada, vale dizer, a comportar uma ativa, criativa e interventiva das Cortes, investidas daquela função de controle, na dialética das forças políticas do Estado.

Conforme já tratado, a partir da Constituição brasileira de 1891 foi atribuído o controle de constitucionalidade a todo órgão do Poder Judiciário – até a presente Constituição, a de 1988, sofreu poucas alterações, salvo na Carta autoritária de 1937. Foi adotado o modelo norte-americano, no qual a questão constitucional é resolvida incidentalmente, não se admitindo juízo abstrato da compatibilidade ou não da lei ou ato legislativo com a Constituição (MORO, 2004). O próprio Sérgio Fernando Moro (2004, p.306), diz que o controle difuso pode ser “deduzido da regra intangível da inafastabilidade da proteção judiciária (art.5, XXXV, CF/88)”.

O controle difuso de constitucionalidade pode também ser chamado de controle por via de exceção ou defesa, ou controle aberto, podendo ser realizado por qualquer juízo ou Tribunal do Poder Judiciário. O controle verifica-se em um caso concreto e a declaração de inconstitucionalidade ocorre de forma incidental, *incider tantum*, prejudicial ao exame do mérito. Pressupõe-se a existência de um conflito de interesses do qual tenha sido suscitada a inconstitucionalidade da lei que rege aquela determinada situação.

O pedido feito em juízo fundamenta-se na inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, a exemplo da época do Presidente Collor, 1989 a 1992, em que os interessados pediam o desbloqueio do cruzado, sob fundamento de que o ato que motivou o bloqueio era inconstitucional, o pedido principal não era a declaração de inconstitucionalidade, mas sim o desbloqueio do cruzado (LENZA, 2006). Percebe-se que o controle difuso “subordina-se ao princípio geral de que não há juízo sem autor, *nemo iudex sine actore*” (SILVA, 2006, p.50), além de ser a “única via acessível ao cidadão comum para a tutela de seus direitos subjetivos constitucionais” (BARROSO, 2006, p.77).

O art. 102, III, a, b, da Constituição de 1988 dispõe que através do recurso extraordinário uma matéria tratada inicialmente em primeira instância, juízo monocrático, submeta-se a análise do Supremo Tribunal Federal, hipótese em que o pleno ou órgão especial do tribunal realizará o controle difuso de constitucionalidade das leis, observadas as regras tratadas no art. 97 da Constituição.

O art. 97, oriundo da Constituição de 1934, trata da cláusula de reserva de plenário e destaca-se como pressuposto de eficácia de declaração de inconstitucionalidade.

Controle de constitucionalidade de normas: reserva de plenário (CF, art. 97): reputa-se declaratório de inconstitucionalidade o acórdão que — embora sem o explicitar — afasta a incidência da norma ordinária pertinente à lide para decidila sob critérios diversos alegadamente extraídos da Constituição." (RE 432.597-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 18/02/05). No mesmo sentido RE 379.573-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 10/02/06.

Todavia, em razão do princípio da economia processual, segurança jurídica e racionalização orgânica da instituição, os ditames do art. 97 vem sendo dispensados toda vez que o pleno ou órgão especial do STF já tiver se manifestado a respeito de determinada matéria. Nesse sentido:

O artigo 481, parágrafo único, introduzido no Código de Processo Civil pela L. 9.756/98 — que dispensa a submissão ao plenário, ou ao órgão especial, da arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão — alinhou-se à construção jurisprudencial já então consolidada no Supremo Tribunal, que se fundara explicitamente na função outorgada à Corte de árbitro definitivo da constitucionalidade das leis." (RE 433.101-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 03/02/06)

O controle difuso, que compreende os atos legislativos em geral, pode ser suscitado pelo autor na inicial de qualquer ação, seja de que natureza ou procedimento for, ou pelo réu, nos atos de resposta (contestação, reconvenção, entre outros) e nas ações incidentais de defesa, como os embargos à execução ou de terceiros, entre outros (CUNHA JÚNIOR, 2006).

O juiz ou o tribunal, de ofício, também pode suscitar a inconstitucionalidade da norma aplicada ao caso. No âmbito de recurso extraordinário, a declaração de inconstitucionalidade será proferida quando a matéria questionada ofender diretamente a Constituição (BARROSO, 2006).

Para a propositura do recurso extraordinário, além de presentes os requisitos constitucionais, é necessário que tenha se esgotado a via recursal ordinária o que faz erigir o Supremo Tribunal Federal ao papel de guardião da Constituição, possibilitando a análise jurídica constitucional do recurso, jamais o reexame da matéria fática.

A Emenda Constitucional nº 45 de 2004, introduziu o parágrafo terceiro ao art.102, que trata de um requisito adicional para conhecer do recurso extraordinário, qual seja a repercussão geral da questão constitucional discutida, com o intuito de racionalizar o volume de trabalho que chega ao Supremo Tribunal Federal. O

dispositivo não indica os critérios que deverão ser usados para classificar uma matéria como de repercussão geral, ficando a cargo do STF o critério seletivo – para tanto “espera-se que a lei institua um procedimento eficiente, para que a novidade não sobrecarregue ainda mais o STF” (BARROSO, 2006, p.99).

Os juízes possuem formação puramente jurídica, logo, estão aptos a decidir um conflito pela aplicação da lei suprema. Ensina Regina Maria Macedo Nery Ferrari (2004, p.84):

[...] a função judiciária na sua essência está voltada a dirimir conflitos que surjam na aplicação do direito e que o caso da inconstitucionalidade nada mais é do que um conflito dessa natureza, tarefa rotineira dos órgãos do Poder Judiciário, o que nos levar a simpatizar com o sistema difuso, considerando que todo juiz pode exercer a fiscalização da constitucionalidade, já que não pode ficar obrigado a aplicar uma lei inconstitucional [...]

O sistema difuso incidental é menos sujeita a erros. A construção da jurisprudência é lenta, por meio do sistema judiciário de erros e acertos e ampla possibilidade de revisão e conseqüente amadurecimento da controvérsia constitucional antes da declaração final acerca da (in)constitucionalidade de lei ou ato normativo (MORO, 2004).

Pode se verificar que o controle difuso por ser estendido a todo órgão do Poder Judiciário, proporciona a participação de um maior número de intérpretes, o que traz mais eficácia e segurança as decisões proferidas (MORO, 2004).

O controle difuso pode não se caracterizar como um sistema de jurisdição constitucional propriamente dito, não por permitir o controle de constitucionalidade pela jurisdição ordinária, mas por ter por principal objeto a solução do caso concreto ao invés de apreciar a Constituição em função de seus valores políticos (VEGA citado por SILVA, 2006).

No entanto, o doutrinador José Afonso da Silva (2006), acompanhado do pensamento de Frederico Marques, citado na sua obra, entende que existe a jurisdição constitucional, pois em que pese a preferência ser dada a solução do caso concreto, existe a solução de litígio constitucional. E é da vontade do constituinte o papel do Supremo Tribunal Federal como guardião da Carta Constitucional, não apenas em razão dos seus valores políticos, mas também em função dos nortes trazidos para que se permita a todos o acesso à justiça, como forma de garantir constância e eficácia à norma constitucional. Se o litígio envolve matéria constitucional, razoável se apresenta a possibilidade de análise do Tribunal responsável pela guarda da Constituição.

A lei perde a posição central como fonte do direito e passa a ser subordinada à Constituição, valendo tão somente se com ela estiver de acordo e, especialmente, se adequada aos direitos fundamentais. Eduardo Cambi (2008), citando em seu trabalho os doutrinadores Giuseppe Chiovenda e Luiz Guilherme Marinoni, ensina que a função dos juízes deixou de ser apenas a de declarar a vontade da lei e assumiu o caráter constitucional, possibilitando, a partir do controle difuso desenvolvido no caso *Marbury v. Madison*, o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos.

O controle difuso é tradicional no ordenamento pátrio, como até então pode ser percebido. É um modelo de controle que deve ser mantido e incentivado, pois permite a todo cidadão a defesa dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos.

### **3.2.2 O controle concentrado**

A idéia americana de se ter uma Corte Constitucional foi utilizada por Kelsen para elaborar a sua teoria acerca da criação de um Tribunal Constitucional.

Como a Constituição regula os órgãos e o processo legiferantes e, por vezes, determina até certo ponto o conteúdo de leis futuras, o legislador constitucional tem de ter em conta que as normas constitucionais não serão respeitadas sempre e totalmente[...]. Se a Constituição conferisse a toda e qualquer pessoa competência para decidir essa questão, dificilmente poderia surgir uma lei que vinculasse os súditos do Direito e os órgãos jurídicos. Devendo evitar-se uma tal situação, a Constituição apenas pode conferir competência para tal a um determinado órgão jurídico (KELSEN, 1997, p.301).

Kelsen idealizou um órgão jurisdicional, um Tribunal Constitucional, ao qual seria atribuído o controle de constitucionalidade através de ações diretas, ao contrário do sistema americano em que as decisões só são absolutas ou definitivas quando do aresto da Suprema Corte (BONAVIDES, 2003). As ações diretas foram a opção de Kelsen, pois segundo dizia (KELSEN citado por TAVARES, 2005, p.109): “a ausência de uma decisão uniforme sobre a questão da constitucionalidade de uma lei, ou seja, sobre a Constituição estar sendo violada ou não, é uma grande ameaça à autoridade da própria Constituição”.

O Tribunal Constitucional foi pensado para exercer exclusivamente o controle de constitucionalidade das leis, ao contrário do sistema norte americano. Segundo Hans kelsen (1997, p.303):

Se o controle de constitucionalidade das leis é reservado a um único Tribunal, este pode deter competência para anular a validade da lei reconhecida como “inconstitucional” não só em relação a um caso concreto mas em relação a todos os casos a que a lei se refira- quer dizer, para anular a lei como tal.

Observa-se que aqui se busca a declaração de inconstitucionalidade independentemente da existência de um caso concreto “a fim de garantir-se a segurança das relações jurídicas, que não podem ser baseadas em normas inconstitucionais” (MORAES, 2003, p.606).

O sistema de controle concentrado é exercido por via de ação originária. Representa, portanto, controle direto, abstrato de constitucionalidade, em que, a questão principal da ação é a matéria constitucional e cujo fim é proporcionar a supremacia da Constituição, de interesse de toda coletividade.

O vício de inconstitucionalidade é a questão principal, o objeto da ação, apresenta-se como questão que deve ser decidida e não somente conhecida. “Somente em relação a estas é possível falar-se de coisa julgada. É o que se retira do art.468 do CPC: a decisão judicial tem força de lei, nos limites da lide e das questões decididas”(BRAGA, DIDIER JR, OLIVEIRA, 2008, p.415).

Incorporou-se no ordenamento brasileiro, com a Emenda Constitucional nº 16, de 1965, o controle concentrado. Hodiernamente, compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar as ações referentes a esse tipo de controle, conforme competência extraída da própria Constituição Federal de 1988. A lei dita inconstitucional deverá ser removida do ordenamento com o qual se mostra incompatível.

As ações abarcadas pela Constituição de 1988 pelas quais pode ser proposto, exclusivamente perante o Supremo Tribunal Federal, o controle concentrado são: a ação direta de inconstitucionalidade por ação (ADI por ação); a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADI por omissão); a ação direta de inconstitucionalidade interventiva (ADI interventiva); a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).

A ADI busca eliminar do ordenamento jurídico a lei ou ato normativo em contraste com a Constituição, ao passo que a ADC busca declarar a conformação da norma ou ato com a Constituição, preservando-os no ordenamento. A ADI por omissão tem o intuito de suprir a lacuna normativa. A fim de assegurar o cumprimento de determinada norma constitucional, ao passo que a ADI interventiva visa excepcionar a autonomia política do Estado ou Distrito Federal, quando estes entes políticos deixarem de observar princípios constitucionais. Por fim, a ADPF tem caráter subsidiário em

relação a essas ações diretas apresentadas e limita-se à defesa das normas constitucionais que tratam dos direitos fundamentais (CUNHA JUNIOR, 2006).

A ADI por ação foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro com a Emenda Constitucional nº 16, de 1965 e está presente na Constituição Federal de 1988 (CF/88). É ação concebida para a defesa genérica de todas as normas constitucionais sempre que violadas por alguma lei ou ato normativo do Poder Público. Por meio dessa ação, o STF limita-se a observar a antinomia normativa apontada, em benefício da supremacia constitucional.

Os legitimados para propor a ADI estão no art.103 da CF/88.

Hodiernamente, o STF está condicionando a legitimidade para propositura da ADI. Assim, são legitimados plenos todos os previsto no art.103 da CF/88, exceto os previstos nos incisos IV, V e IX do mesmo artigo: Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Para tais legitimados, exige-se a demonstração do interesse de agir em cada ação.

A legitimidade ativa da confederação sindical, entidade de classe de âmbito nacional, Mesas das Assembléias Legislativas e Governadores, para a ação direta de inconstitucionalidade, vincula-se ao objeto da ação, pelo que deve haver pertinência da norma impugnada com os objetivos do autor da ação. Precedentes do STF: ADI 305 (RTJ 153/428); ADI 1.151 (DJ de 19/05/95); ADI 1.096 (LEX-JSTF, 211/54); ADI 1.519, julg. em 06/11/96; ADI 1.464, DJ 13/12/96. Inocorrência, no caso, de pertinência das normas impugnadas com os objetivos da entidade de classe autora da ação direta.” (ADI 1.507-MC-AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 06/06/97)

Tais exigências representam, na verdade, mitigação ao princípio da objetividade do controle abstrato. Nesse sentido é válida a observação de Gustavo Binenbojm (2004) ao afirmar que o legislador perdeu boa oportunidade para uma regulamentação mais democrática à propositura da ação direta de inconstitucionalidade.

Cumprе salientar, que o representante adequado para as ações do controle concentrado é garantia constitucional advinda do devido processo legal.

A ADC passou a fazer parte do ordenamento brasileiro a partir da Emenda Constitucional nº 3 de 1993. A finalidade é afastar incerteza jurídica e estabelecer interpretação uniforme da matéria. É mecanismo através do qual (BARROSO, 2006, p.203)

[...]se postula ao Supremo Tribunal Federal o reconhecimento expresso da compatibilidade entre determinada norma infraconstitucional e a Constituição, em hipótese nas quais esse ponto tenha se tornado objeto de interpretações judiciais conflitantes. Trata-se de uma ratificação da presunção.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADC 1-1- DF, trouxe o seguinte entendimento acerca das ações declaratórias de constitucionalidade:

É a unanimidade firmada em torno de que, para que se admita essa demanda declaratória será necessário demonstrar uma situação de incerteza objetiva sobre a validade de determinada lei, revelada pela pendências de múltiplos processos sobre a questão mormente, se tem tido soluções divergentes.

A declaração da constitucionalidade da lei, gera, portanto, segurança jurídica. Os legitimados para propor a ADC são os mesmos da ADI por ação.

A ADI por omissão passou a fazer parte do rol das ações em sede de controle abstrato com a Constituição de 1988, conforme dispõe o art. 103, §2º da CF/88.

Com esse instrumento intenta-se a guarda da Constituição e a eficácia de suas normas alegada diante de uma lacuna normativa ou ato normativo insuficiente. A Constituição de 1988 tem feição dirigente e institui direitos consubstanciados em prestações materiais exigíveis, impondo metas vinculantes para os poderes instituídos (BARROSO, 2006). Busca-se solucionar, então, a inatividade do Poder Público, por ser na conduta negativa que reside a inconstitucionalidade.

Para que haja a omissão dos poderes instituídos e o conseqüente cumprimento de determinada norma constitucional, depreende-se que o controle de constitucionalidade através da ADI por omissão refere-se a normas de eficácia limitada. Dirley da Cunha Junior (2006) atenta para a relativização, pois existem normas de eficácia plena que tratam de direitos sociais e, portanto, carecem de providências normativas e materiais do Poder Público.

Os legitimados para propor a ADI por omissão também são aqueles mesmos legitimados no art. 103 da CF/88.

O propósito da solução das omissões constitucionais se justifica pelo reconhecimento do “direito fundamental à efetivação da Constituição”(CUNHA JUNIOR, 2006, p.218).

A ação direta de inconstitucionalidade interventiva foi originada com a Constituição de 1934 e hodiernamente tem seu fundamento no art. 36, III da CF/88, quando da observância do disposto no art. 34, VII da CF/88.

A legitimidade para propositura da ADI interventiva é exclusiva do Procurador-Geral da República e será proposta quando um Estado membro da federação ou o Distrito Federal descumprirem os princípios sensíveis previsto no art. 34, VII da CF/88.

A União irá intervir em uma unidade federada, excepcionando a regra da autonomia entre os entes da Federação, com o fim de assegurar a observância dos princípios sensíveis. Para tal, imprescindível se faz o provimento do Supremo Tribunal Federal, órgão com legitimidade exclusiva para processar e julgar a ADI interventiva.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental é criação brasileira, advinda com a Constituição de 1988 (MENDES, 2006).

A ação está prevista no art. 102, §1º da CF/88, mas o STF entendeu que esse dispositivo era de eficácia limitada e, em 1999, foi promulgada e editada a lei nº 9.882 que dispõe sobre o processo e julgamento da ADPF.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende que a ADPF é ação subsidiária, portanto, só será admitida se não existir no ordenamento brasileiro outra ação eficaz de sanar a lesão a preceito fundamental.

[...] o desenvolvimento do princípio da subsidiariedade, ou da idéia da inexistência de outro meio eficaz, dependerá da interpretação que o STF venha a dar à lei. [...] Não se pode admitir que a existência de processos ordinários e recursos extraordinários deva excluir, a priori, a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Até porque o instituto assume, entre nós, feição marcadamente objetiva. Nessas hipóteses, ante a inexistência de processo de índole objetiva, apto a solver, de uma vez por todas, a controvérsia constitucional, afigurar-se-ia integralmente aplicável a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF 76, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 13/02/06)

A arguição de descumprimento de preceito fundamental destina a proteger os preceitos fundamentais decorrentes da Constituição. Sendo os preceitos conhecidos como “toda norma constitucional- norma-princípio e norma-regra- que serve de fundamento básico de conformação e preservação da ordem jurídica e política do Estado” (CUNHA JUNIOR, 2006, p.253).

Os legitimados para propor a ADPF são os mesmos para a ADI.

Ação proposta por particular. Ausência de legitimidade. Somente podem propor ADPF os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade (art. 2º, I, da Lei nº 9.882/99). (ADPF 11-AgR, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 05/08/05).

Percebe-se que o controle concentrado, destinado à proteção da supremacia Constitucional, formou suas bases no ordenamento brasileiro ao longo dos regimes autoritários como instrumento capaz de “controlar a atividade normativa dos estados federados” (MORO, 2004, p.307). Continua, o agora referido autor, ensinando que difícil é o fortalecimento de uma jurisprudência constitucional que não esteja comprometida com o regime ao qual esteja subordinada, a exemplo dos próprios Ministros do STF que sem garantia de permanência de seus cargos dificilmente se mostrariam contrários ao regime autoritário. A preocupação estava em evitar que juízes



com pensamentos democráticos, mediante decisões no controle difuso, apresentassem empecilhos ao Governo (STRECK citado por ARRUDA, 2006).

No entanto, a atual Constituição de 1988, apresenta um Estado Democrático de Direito. Intenta-se prática jurisprudencial compatível com a democracia, em que é relevante a atuação do juiz constitucional. “A jurisdição constitucional pode ser compatível com a democracia quanto mais contribuir para o seu aprimoramento” (MORO, 2004, p.317).

O Brasil, no bojo de sua atual Constituição, apresenta um complexo modelo de controle de constitucionalidade, mantendo o controle difuso e aperfeiçoando e ampliando o rol de possibilidades do controle concentrado, classificando o país como representante de uma jurisdição constitucional mista. A ampliação do direito de propositura da ação direta e a criação da ação declaratória de constitucionalidade vieram a reforçar o controle concentrado em detrimento do difuso (MENDES, 2006).

Ao Supremo Tribunal Federal compete o papel de intérprete máximo da Constituição – seja em via de recurso extraordinário, no controle difuso, seja como órgão competente para processar e julgar as ações de via direta- com o fim de garantir a supremacia e constância das normas constitucionais. O STF apresenta-se, então, como órgão híbrido: é Corte Suprema do Judiciário e Tribunal Constitucional Brasileiro.

A implantação de um órgão incumbido de exercer a jurisdição constitucional, seja por intermédio de um tribunal constitucional, seja por meio de uma suprema corte, apenas foi possível com o preenchimento de algumas condições imprescindíveis. A mais importante foi o desenvolvimento de regimes democráticos (AGRA, 2005, p.20).

Resta saber se as decisões proferidas no controle constitucional tem estendido seus efeitos de modo a satisfazer o Estado Democrático de Direito. Se o STF ao proferir suas decisões o faz de modo dogmático ou apresenta-se sensível à vontade da Carta Constitucional.

## 4 A ATUAL JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

### 4.1 EFEITOS DO CONTROLE DIFUSO

O ato normativo ou a lei declarado inconstitucional desfaz-se desde a sua origem, uma vez que declara-se a nulidade (CUNHA JUNIOR, 2010). Ficam destituídos de qualquer eficácia jurídica, para tanto os efeitos são retroativos, *ex tunc*, mas somente serão aplicados às partes que configuraram o processo no qual a inconstitucionalidade foi suscitada incidentalmente.

Transitada em julgado, a decisão do processo instaurado se reveste da coisa julgada, a eficácia subjetiva da sentença é limitada às partes do processo e a eficácia objetiva é limitada ao que foi pedido e decidido, conforme dispõem os artigos 472 e 458 do Código de Processo Civil (CPC), respectivamente. O juiz irá reconhecer a inconstitucionalidade incidentalmente, visto que essa não é o objeto da ação, mas sim a razão de decidir, posto que a questão constitucional não integra os limites objetivos da coisa julgada (BARROSO, 2006). A declaração não anula a lei, apenas impede a aplicação ao caso concreto.

A declaração de inconstitucionalidade, tomada no controle difuso, não fica acobertada pela coisa julgada, pois é fundamento decisório, conforme artigo 469, inciso terceiro do Código de Processo Civil.

A lei número 9.868 de 1999 regula o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade. Em seu art. 27, a citada lei, ao contrário de toda a doutrina clássica idealizadora dos modelos de controle constitucional, confere a possibilidade dos efeitos em sede dessas ações serem restringidos ou que só venham a ter eficácia a partir do trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Ocorre que o STF tem estendido essa possibilidade para o controle incidental.

[...] o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido, excepcionalmente, a possibilidade de proceder à modulação ou limitação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, mesmo quando proferida, por esta Corte, em sede de controle difuso (RE 197.917/SP, p. ex.); RE-AgR 395902

Entendimento que é compartilhado por Gilmar Ferreira Mendes (2005, p.400): “a limitação de efeito é apanágio do controle judicial de constitucionalidade, podendo ser aplicada tanto no controle direto quanto no incidental”.

Essa exceção é feita em razão da segurança jurídica ou de excepcional interesse social e pode ser de valia para descaracterizar o STF como órgão meramente dogmático e para que não se suprima relações que se constituíram de boa-fé. É modo de adequar a norma à realidade fática e não apenas jurídica.

(...) nos Estados Unidos, desde o caso *Likletter v. Walker*, julgado pela Suprema Corte em 1965, e considerado o *leading case* na matéria, se vem entendendo que cabe ao Poder Judiciário, em cada caso, a valoração da situação concreta para decidir acerca da limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, podendo o juiz ou tribunal atribuir à decisão efeitos *ex nunc* ou prospectivos (CUNHA JUNIOR, 2010, p.150).

O Supremo Tribunal Federal após analisar incidentalmente a questão constitucional, como dito, através do recurso extraordinário, irá proferir seu próprio julgamento, substituindo a decisão anterior de forma que a mantenha ou altere (MORAES, 2002).

A decisão proferida pelo STF, como visto, tem efeitos *inter partes*. Mas a coisa julgada pode vir a ter eficácia absoluta, a exemplo do que ocorre nos Estados Unidos da América (EUA), em razão do princípio do *stare decisis*. Quando a Corte Suprema se pronuncia pela inconstitucionalidade de uma lei, essa não é revogada no ordenamento jurídico, mas as jurisdições subordinadas devem orientar-se pela decisão em casos semelhantes – a coisa julgada tem força *inter partes*, mas a decisão reveste-se de tamanha autoridade que passa a ser observada fielmente em decisões futuras de casos análogos (FERRARI, 2004), subordinação esta observada, inclusive, no próprio Supremo Tribunal Federal.

Quando se instaura o incidente de arguição de inconstitucionalidade perante os Tribunais, artigo 97 da Constituição Federal, combinado com os artigos 480-482 do Código de Processo Civil, embora em exercício do controle difuso, a análise da inconstitucionalidade da lei é feita em abstrato:

Trata-se de incidente processual de natureza objetiva (é exemplo de processo objetivo, semelhante ao processo da ADIN ou ADC). É por isso que, também à semelhança do que já ocorre na ADIN e ADC, é possível a intervenção do *amicus curiae* neste incidente (artigo 482 e parágrafos). É em razão disso, ainda, que fica dispensada a instauração de um novo incidente para decidir questão que já fora resolvida anteriormente pelo mesmo tribunal ou pelo STF (artigo 481, par. único, CPC). (BRAGA, DIDIER JR, OLIVEIRA, 2008, p.409-410).

No Brasil, a decisão incluída em súmula de jurisprudência, mantém caráter consultivo em relação ao julgamento dos casos análogos, embora exerça grande influência, o caráter vinculante é apenas em relação ao caso concreto.

As súmulas não obrigam, simplesmente predominam.[...]Ela simplesmente dá maior estabilidade à jurisprudência,conferindo maior segurança aos

julgamentos, porque propicia decisões uniformes para casos semelhantes, além de acelerar o andamento dos processos [...] ADI n. 594, Relator o Ministro CARLOS VELLOSO, DJ de 15/04/1994.

Neguei seguimento à arguição por entender que os enunciados de Súmula nada mais são senão expressões sintetizadas de entendimentos consolidados na Corte. Não consubstanciam atos do poder público lesivos a preceito fundamental (ADPF 80-AgR, Rel. Min. Eros Grau, DJ 10/08/06)

A jurisprudencialização da Constituição, desde que centrada na efetivação dos direitos fundamentais, faz com que seu texto esteja sempre atualizado à realidade, “sincronizada com as demandas sociais” (AGRA, 2005, 124).

No entanto, é de suma importância a compreensão dos mecanismos adotados pelo STF quando do julgamento do incidente de inconstitucionalidade, como se o fizesse em abstrato, passando a orientar o tribunal em situações semelhantes, tendência chamada “objetivação” do controle difuso (BRAGA, DIDIER JR, OLIVEIRA, 2008).

Como exemplo desse fenômeno pode-se citar:

(...) c) a ministra Ellen Gracie dispensou o preenchimento do requisito do prequestionamento de um recurso extraordinário, sob o fundamento de dar efetividade a posicionamento do STF sobre questão constitucional, adotada em julgamento de outro recurso extraordinário (AI nº 375011, constante do informativo 365 do STF). A ministra manifestou-se expressamente sobre a transformação do recurso extraordinário em remédio de controle abstrato de constitucionalidade, e sob esse fundamento dispensou o prequestionamento para prestigiar o posicionamento do STF em matéria de controle de constitucionalidade. (...); e) o parágrafo terceiro do artigo 475 do CPC dispensa o reexame necessário, quando a sentença se baseia em posicionamento tomado pelo pleno do STF, a despeito de ter sido ou não sumulado. Neste caso, revela-se a importância que se pretende conferir aos precedentes do STF, mesmo àqueles oriundos de processos não-objetivos. (...) g) o STF, no julgamento do RE 197.917/SP (publicado no DJU de 27.02.2004) interpretou a cláusula de proporcionalidade prevista no inciso IV do artigo 29 da CF/88, que cuida da fixação do número de vereadores em cada município. O TSE, diante deste julgamento, conferindo-lhe eficácia *erga omnes* (note-se que trata de um julgamento em recurso extraordinário, controle difuso, pois), editou a Resolução nº 21.702/2004, na qual adotou o posicionamento do STF. Essa resolução foi alvo de duas ações diretas de inconstitucionalidade (3.345 e 3.365, rel. Min. Celso de Mello), que foram rejeitadas, sob o argumento de que o TSE, ao expandir a interpretação constitucional definitiva dada pelo STF, “guardião da constituição, submeteu-se ao princípio da força normativa da constituição. Aqui, mais uma vez, aparece o fenômeno comentado: uma decisão proferida pelo STF em controle difuso passa a ter eficácia *erga omnes*, tendo sido a causa da edição de uma resolução do TSE (norma geral) sobre a matéria. (...) i) O Min. Gilmar Mendes, no julgamento do HC nº 82.959, não obstante tenha considerado inconstitucional o parágrafo 1º do artigo 2º da Lei Federal nº 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos), aplicou o artigo 27 da Lei Federal nº 9.868/1999 (Lei da ADI/ADC), para dar eficácia não-retroativa (*ex nunc*) à sua decisão. Ou seja: aplicou-se ao controle difuso de constitucionalidade um instrumento do controle concentrado, que é a possibilidade do STF determinar, no juízo de inconstitucionalidade, a eficácia da sua decisão, *ex nunc* ou *ex tunc*. Esse posicionamento acabou prevalecendo, no julgamento definitivo deste HC, em 23.02.2006. (BRAGA, DIDIER JR, OLIVEIRA, 2008, p.411-413)

A Constituição de 1988, traz em seu art.52, X, a possibilidade do Senado Federal suspender no todo ou em parte a execução declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal

Como mostrado, esse dispositivo adentrou no ordenamento brasileiro com a Constituição de 1934 e esteve presente nas Constituições que se seguiram, exceto na de 1937. O dispositivo surgiu com a finalidade de suprir a ausência do princípio do *stare decisis* e, portanto, evitar a proliferação de casos análogos e prevenir a possibilidade de conflitos de decisões (CUNHA JUNIOR, 2006).

A decisão do Supremo Federal, quando da suspensão do Senado Federal, que até então operava *inter partes*, passa a ter eficácia *erga omnes*.

Ao Senado Federal cabe a suspensão no todo ou em parte da executoriedade da lei dita inconstitucional pelo Supremo. O próprio STF que julga a inconstitucionalidade e não o Senado, o que afasta pensamentos como o de Michel Temer (2005) de classificar o controle de constitucionalidade do Brasil como misto, judicial e político, quanto ao órgão julgador. Ensina Dirley da Cunha Junior (2006, p.145):

[...] o art.52, X não autoriza o Senado a declarar nenhuma inconstitucionalidade, razão porque estão equivocados aqueles que vêm nessa disposição prova de que no Brasil o controle de constitucionalidade é misto, por envolver um controle judicial e político. O dispositivo confere ao Senado a competência para deliberar sobre a suspensão da execução do ato por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal com o fim de emprestar eficácia genérica[...]

Ademais, o Senado vai suspender a executoriedade da lei ou ato no todo ou em parte conforme tenha sido o julgamento do STF. Então, se apenas parte foi dita inconstitucional, o Senado apenas pode suspender parte e, se o todo for dito inconstitucional, a suspensão alcança toda a lei ou ato.

Não há prazo para o Senado suspender a executoriedade da lei ou ato normativo dito inconstitucional; a manifestação do Senado é discricionária. O dispositivo constitucional não traz expressamente a obrigatoriedade em proceder a suspensão, daí a interpretação pela discricionariedade.

A doutrinadora Regina Maria Macedo Nery Ferrari (2004) traz uma série de pensadores, tal como Aliomar Baleeiro, Victor Leal Nunes e Clèmerson Clève, que entendem que o Senado pode julgar a oportunidade de suspender ou não a execução da lei declarada inconstitucional diante da observância da pacificação jurisprudencial do STF acerca da matéria – esse é o entendimento do Senado Federal e do STF hodiernamente. No entanto, o próprio dispositivo constitucional traz expressamente que

a suspensão deverá ocorrer quando houver decisão definitiva do STF, o que não justifica, portanto, o juízo de oportunidade do Senado.

Se ao STF compete o julgamento da inconstitucionalidade, se é esse o órgão responsável pela guarda da Constituição, não se mostra razoável o papel do Senado de suspender a execução da lei ou ato dito inconstitucional, ainda mais sendo essa competência discricionária. O judiciário fica sujeito a manifestação do Senado e enquanto essa não ocorre, a finalidade de evitar a repetição de casos análogos e decisões conflitantes não é atendida.

A finalidade do constituinte ao implantar esse dispositivo foi evitar a insegurança jurídica, razão pela qual entende-se que a competência do Senado deve ser vinculada e não discricionária. Nesse sentido ensina Dirley da Cunha Junior (2006, p.149) “que se cuida de uma competência vinculada do Senado, que tem o dever jurídico constitucional de suspender a execução do ato declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

O recurso extraordinário é instrumento de garantia para manutenção da unidade legislativa e de acesso aos particulares na defesa de seus interesses constitucionais. Mas está além da capacidade julgadora do STF uma quantidade infindável de recursos a serem julgados suscitados em torno de uma mesma lei ou ato normativo. Daí a necessidade da vinculação do Senado em manifestar-se pela suspensão, uniformizando o entendimento jurisprudencial.

Hodiernamente, o efeito vinculante passou a ser o único mecanismo jurisdicional de articulação entre o sistema difuso e concentrado, “há a difusão dos efeitos de constitucionalidade a partir do controle concentrado para alcançar o controle difuso” (ARRUDA, 2006, p.70).

Os que defendem a discricionariedade do Senado, argumentam com a necessidade de observar se realmente houve pacificação jurisprudencial acerca de determinada matéria antes suspender a execução da lei ou ato normativo dito inconstitucional.

No entanto, se o efeito vinculante do controle concentrado traz seus efeitos para o controle difuso, prescindível se torna o art. 52, X da CF/88. Nesse sentido, José Afonso da Silva (2006, p.567) pondera dizendo que:

[...] dando, dessa forma, efeito vinculante *erga omnes* a essa declaração só por si, suprimindo-se, em consequência, o disposto no inc.X do art.52 da Constituição. Talvez aqui as súmulas vinculantes tenham alguma coisa a fazer[...]esse “bicho papão” acaba não sendo assim tão feio, porque vai fazer aquilo que já decorre do próprio julgamento de inconstitucionalidade.

O referido art. 52, X da CF/88, apresenta-se, então, obsoleto em razão do peculiar significado atribuído ao controle concentrado (MENDES, 2005).

O efeito vinculante, trazido para o controle difuso pelo concentrado, evita que aquela lei já dita inconstitucional pelo STF continue a ser aplicada enquanto o Poder Judiciário aguarda o juízo de conveniência do Senado em suspender ou não a sua executoriedade. Dirley da Cunha Junior ensina que (2006, p.150):

[...] se deve eliminar do sistema a intervenção do Senado nas questões constitucionais discutidas incidentalmente, para transformar o Supremo Tribunal Federal em verdadeira Corte com competência para decidir, ainda que nos casos concretos, com eficácia geral e vinculante, à semelhança do *stare decisis* da *Supreme Court* dos Estados Unidos da América.

Outro ponto que merece ser observado diz respeito à produção de efeitos da declaração de inconstitucionalidade após a suspensão da execução pelo Senado Federal.

Alexandre de Moraes (2000) e Pedro Lenza (2006) entendem que após publicada a resolução do Senado, a lei deixará de produzir efeitos *erga omnes* e *ex nunc*. O mesmo pensamento é acompanhado por Regina Maria Macedo Nery Ferrari (2004), que explana que somente a partir da suspensão é que a lei perde eficácia, logo assume caráter constitutivo. Portanto, para esses autores, até a resolução do Senado, a lei existiu.

Em contrapartida, Dirley da Cunha Junior (2010) entende que a resolução feita pelo Senado produz efeitos retroativos, ficando apenas a cargo desse órgão a aplicação de efeito *erga omnes* da decisão do STF. Segundo o doutrinador, se o que se pretendeu com a disposição do art. 52, X, foi suprir a falta do *stare decisis* e evitar inconvenientes tais como decisões contraditórias, lógico se faz o efeito *ex tunc*.

Se o que se pretende com a declaração de inconstitucionalidade de uma lei é declarar a invalidade jurídica e a inexistência de direito, intenta-se a declaração de nulidade. A lei ou ato normativo já foi declarado inconstitucional pelo STF, todavia, os efeitos restringem-se às partes do caso concreto. Então, ao contrário do que diz Regina Ferrari, não há caráter constitutivo e sim declaratório. O papel do Senado é ampliar para todos os efeitos da norma declarada inconstitucional.

Lênio Streck (2004) sugere que o STF, ao julgar o recurso extraordinário, entendendo que, de fato, a lei ou ato normativo é inconstitucional, de imediato encaminhe tal decisão ao Senado, para que este órgão, prontamente, emita a resolução suspensiva da lei, com efeitos *ex nunc*. Continua ensinando que, em sendo o *quorum* da declaração de inconstitucionalidade o mesmo, tanto para o controle difuso

quanto para o concentrado, bastaria que o Procurador-Geral da República ingressasse com a respectiva ADI. Assim, com o aforamento da ADI ter-se-ia de imediato a produção do efeito *ex tunc* da inconstitucionalidade.

Ocorre que o STF já entendeu que é possível restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso, excepcionalmente, quando for de relevante interesse social ou por questão de segurança jurídica, conferindo a estes efeitos para o futuro. Contudo, via de regra, é entendimento do STF a retroatividade dos efeitos da suspensão, conforme os dois julgados abaixo demonstram:

A suspensão da vigência da lei por inconstitucionalidade torna sem efeito todos os atos praticados sob o império da lei inconstitucional. RMS 17976 / SP - SÃO PAULO. Publicação: DJ 26-09-1969 PP-04397 EMENT VOL-00777-01 PP-00142 RTJ VOL-00055-03 PP-00744.

Note-se, contudo, que, em face da suspensão determinada pelo Senado Federal (Res. 49-95) e decorrente da declaração de inconstitucionalidade formal, pelo Supremo Tribunal dos decretos-leis citados (RE 148.754), prevalece, obviamente, *ex tunc*, a invalidade da obrigação tributária questionada. Não pode, pois, a ulterior criação da contribuição, já agora pelo emprego do processo legislativo idôneo, pretender tirar partido do passado inconstitucional, de modo a dele extrair a validade do pretendido efeito retrooperante (ADI 1.417, voto do Min. Octavio Gallotti, DJ 23/03/01).

Apresenta-se, portanto, com maior logicidade e celeridade o pensamento de Dirley da Cunha Junior ao atribuir efeito *ex tunc* às resoluções do Senado Federal.

Não obstante, observou-se do quanto trabalhado nesse tópico que existe no Supremo Tribunal Federal um movimento liderado pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes (2010) para se atribuir efeito *erga omnes* às decisões de inconstitucionalidade proferidas em sede de controle difuso., sem a necessidade de interferência do Senado Federal, passando a resolução senatorial a servir apenas para conferir publicidade à decisão da corte. Endente o ministro que o artigo 52,X, da CF/88 tornou-se obsoleto com o controle abstrato das normas.

Por fim, o controle difuso é instrumento apto a permitir o acesso do cidadão à justiça e, conseqüentemente, à jurisdição constitucional, visto que é possível suscitar incidente de constitucionalidade no curso de uma ação, podendo inclusive fazer com que esse incidente chegue ao Supremo Tribunal Federal através do recurso extraordinário.

## 4.2 EFEITOS DO CONTROLE CONCENTRADO

### 4.2.1 Efeitos da ação direta de inconstitucionalidade



A lei número 9.868 de 1999 é aquela que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Em seu artigo 23, a lei diz que proclamar-se-á a inconstitucionalidade ou constitucionalidade da disposição ou norma impugnada. A declaração – natureza declaratória - de inconstitucionalidade opera, então, efeitos retroativos contra todos e vincula os órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública federal, estadual e municipal, conforme o art. 28, parágrafo único, da lei 9.868/99.

A ação direta de inconstitucionalidade possui caráter dúplice, pois a procedência da ação irá declarar a inconstitucionalidade ao passo que a improcedência irá declarar a constitucionalidade da lei ou ato impugnado. Independentemente de qual seja a decisão, essa sempre irá operar com efeito vinculante *erga omnes* e *ex tunc* (MORAES, 2000).

O artigo 24 da Lei 9.868/99 consagra a natureza dúplice do pronunciamento jurisdicional de mérito, pois a improcedência da ADIN implica dizer que é constitucional o ato normativo por meio dela impugnado.

A declaração de inconstitucionalidade, portanto, desfaz desde a origem o ato ou lei impugnado, destituindo-a de qualquer carga de eficácia jurídica, uma vez que a declaração comporta nulidade.

Ao contrário do que ocorre no controle difuso, a produção de efeitos *erga omnes* ocorre com o trânsito em julgado do arresto do Supremo Tribunal Federal, não aguardando, então, que o Senado Federal suspenda a execução da lei ou ato declarado inconstitucional, art. 28 da lei 9.868/99.

As decisões possuem força vinculante, pois, do contrário, seria possível que os demais órgãos do Judiciário decidissem de forma diversa acerca da mesma matéria – afastando, portanto, o controle difuso. O mesmo vale para a Administração Pública, que deverá pautar suas condutas na interpretação dada pelo STF (MORAES, 2003).

Controle incidente de constitucionalidade: vínculo das Turmas do STF à precedente declaração plenária da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, salvo proposta de revisão de qualquer dos Ministros (RISTF, arts. 101 e 103, comb. com o art. 557, CPC. (RE 313.768-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 19/12/02)

Necessário se faz o respeito às decisões do STF, por ser esse Tribunal o intérprete maior da compatibilidade abstrata do ordenamento jurídico com as normas constitucionais. O efeito vinculante traz a segurança jurídica e a supremacia das

normas constitucionais, vinculando, inclusive, o próprio Supremo Tribunal Federal. A esse respeito, pronuncia-se o Supremo Tribunal Federal:

As decisões consubstanciadoras de declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive aquelas que importem em interpretação conforme à Constituição e em declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, quando proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de fiscalização normativa abstrata, revestem-se de eficácia contra todos (erga omnes) e possuem efeito vinculante em relação a todos os magistrados e Tribunais, bem assim em face da Administração Pública federal, estadual, distrital e municipal, impondo-se, em conseqüência, à necessária observância por tais órgãos estatais, que deverão adequar-se, por isso mesmo, em seus pronunciamentos, ao que a Suprema Corte, em manifestação subordinante, houver decidido, seja no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade, seja no da ação declaratória de constitucionalidade, a propósito da validade ou da invalidade jurídico-constitucional de determinada lei ou ato normativo." (Rcl 2.143-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 06/06/03)

A vinculação ocorre também quanto à interpretação conforme a constituição.

Efeito vinculante das decisões proferidas em ação direta de inconstitucionalidade. Eficácia que transcende o caso singular. Alcance do efeito vinculante que não se limita à parte dispositiva da decisão. Aplicação das razões determinantes da decisão proferida na ADI 1.662. Reclamação que se julga procedente." (Rcl 2.363, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 01/04/05)

No papel de guardião da Constituição, compete ao STF interpretar a norma de tal forma que sempre prevaleça o sentido que se adapte à Constituição – supremacia das normas constitucionais e presunção de constitucionalidade das leis e atos editados pelo Poder Público competente.

Assim, no caso de normas em que seja viável mais de uma interpretação, deve o Supremo determinar aquela que exprima a real vontade da Constituição e, no caso em que não seja cabível nenhuma interpretação conforme a Constituição, não pode o STF criar um novo texto legal, devendo então declarar a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo (MORAES, 2000).

Deve-se atentar, entretanto, que quando o juiz dá uma interpretação à lei conforme à Constituição ou a reputa inconstitucional, ele cria uma norma jurídica para justificar sua decisão. A norma jurídica deve ser entendida como resultado da interpretação do texto da lei e do controle de constitucionalidade exercido (DIDIER, 2007).

Interpretar a Constituição é mais do que tornar claro o seu sentido, é atualizá-la. A interpretação das Constituições, em um país em desenvolvimento, como é o caso do Brasil, deve sujeitar-se a hermenêutica moderna, atrelada ao conteúdo material da norma, pois esse é o meio de estabilizar o Estado de Direito e suas instituições políticas e econômicas com o Estado Social. Todavia, deve-se atender a

razoabilidade para não se criar métodos interpretativos que inventem lei ou que vão contra esta, sob pena de afrouxar a garantia e certeza dos métodos (BONAVIDES, 2003).

A declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução do texto legal é técnica de decisão judicial que atinge uma interpretação conforme a Constituição sem declarar a inconstitucionalidade da lei, preservando a sua constitucionalidade. Ensina Gilmar Ferreira Mendes (2005, p.354):

Ainda que não se possa negar a semelhança dessas categorias e a proximidade do resultado prático de sua utilização, é certo que, enquanto na interpretação conforme à Constituição se tem, dogmaticamente, a declaração de que uma lei é constitucional com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial, constata-se na declaração de nulidade sem redução de texto, a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinadas hipóteses de aplicação do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal.

Denota-se que a decretação de inconstitucionalidade de um ato pode se dar com ou sem redução de texto. Pode-se citar as seguintes técnicas de decretação de inconstitucionalidade com redução de texto: a) inconstitucionalidade total, sendo a que se apresenta quando um vício de iniciativa ou de competência legislativa macula todo o ato normativo, ou, ainda, quando existe uma relação de dependência entre o dispositivo declarado inconstitucional e os demais e a relação de interdependência entre os mesmos faz com que seja expurgado do ordenamento todo o documento normativo. No entanto, para essa possibilidade é necessário que o pedido de expurgo de todo o documento normativo tenha sido parte integrante da exordial, b) inconstitucionalidade parcial que ocorre quando há possibilidade de apenas parte do ato impugnado ser expurgado, sem interferir, dessa forma, na vontade do legislador. Admite-se, assim, que o poder judiciário suprima apenas uma palavra ou expressão (BRAGA, DIDIER JR, OLIVEIRA, 2008).

Por outro lado, sem redução de texto, pode-se valer das seguintes técnicas: a) inconstitucionalidade parcial sem redução de texto que ocorre quando se restringe a aplicação do ato normativo para determinadas situações, b) interpretação conforme a constituição – presunção *juris tantum* de constitucionalidade dos atos normativos (CUNHA JUNIOR, 2010) - através da qual se adota um sentido para que o texto exprima a vontade constitucional, desde que esse sentido não vá de encontro a literalidade do texto e à intenção do legislador, pois do contrário estaria o STF desempenhando função legislativa (BRAGA, DIDIER JR, OLIVEIRA, 2008).

O artigo 27 da lei 9868/99 permite que o STF, por maioria de dois terços dos seus membros e por razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social, possa restringir os efeitos da declaração de constitucionalidade ou decidir que ela só venha a ter efeitos a partir do trânsito ou outro momento que considere oportuno.

O STF deve fazer um rigoroso juízo de ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional e os postulados de segurança jurídica e interesse social.

Como o intuito da ADI é adequar os seus efeitos à realidade fática, compreensível se faz a possibilidade de restrição e adequação temporal na ADI trazida pelo art. 27 da lei 9868/99.

O Tribunal, aplicando efeitos ex nunc, julgou procedente pedido formulado em ação direta proposta pelo Partido da Frente Liberal – PFL para declarar a inconstitucionalidade do art. 51 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado da Paraíba, que altera os limites territoriais do Município do Conde — v. Informativo 431. (...) Justificou-se a aplicação dos efeitos ex nunc, em face da adoção do rito do art. 12 da Lei 9.868/99, uma vez que, na espécie, a norma hostilizada permanecera em vigor por dezesseis anos, período em que diversas situações jurídicas foram consolidadas, notadamente nos âmbitos financeiro, tributário e administrativo, as quais deveriam ser mantidas, sob pena de ofensa à segurança jurídica. ([ADI 3.615](#), Rel. Min. Ellen Gracie, Informativo 438)

Outro exemplo é aquele contido na ADI nº 2.240 proposta contra a Lei do Estado da Bahia que criou o município de Luis Eduardo Magalhães. No entanto, quando da apreciação da ADI já havia se passado mais de seis anos de existência efetiva do município. Dessa forma, para evitar as graves conseqüências que poderiam advir da extinção do município, o STF atrelado aos princípios da segurança jurídica e boa fé dos jurisdicionados, decretou a inconstitucionalidade da Lei que criou o município sem contudo expurgá-la de pronto do ordenamento jurídico, dando sobrevida de vinte e quatro meses para a Lei Estadual.

A ação direta de inconstitucionalidade é irrecorrível e nem pode ser objeto de ação rescisória, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, art. 26 da lei 9.868/99.

Segundo Gilmar Ferreira Mendes (2010) diz que a irrecorribilidade é plenamente condizente com a atuação da jurisdição constitucional, privilegiando os princípios da segurança jurídica e economia processual.

#### **4.2.2 Efeitos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão**

As decisões nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão buscam a obtenção de uma ordem judicial dirigida a outro órgão estatal para que seja sanada a omissão, tendo, portanto, aspecto obrigatório ou mandamental. A declaração de inconstitucionalidade por omissão está regulada no art. 103, §2º, da CF/88.

Quando a ordem judicial é dirigida a um órgão administrativo, as providências deverão ser tomadas no prazo de trinta dias, do contrário, o poder público administrativo poderá ser responsabilizado (MORAES, 2000).

Sendo a ordem judicial dirigida ao Poder Legislativo, terá esse poder a conveniência e oportunidade de legislar, não podendo ser forçado, não havendo a fixação de prazo pelo Judiciário, sob pena de comprometer o princípio da separação dos poderes, art. 2º da CF/88.

Como não há prazo, a consequência é a responsabilização dos órgãos legislativos caso não sejam tomadas as medidas necessárias, já que a declaração de omissão faz com que esta se fixe judicialmente, operando *ex tunc* e *erga omnes*, “permitindo-se a responsabilização por perdas e danos, na qualidade de pessoa de direito público, da União Federal, se da omissão ocorrer qualquer prejuízo” (MORAES, 2003). Nesse sentido, pondera Dirley da Cunha Junior (2006, p.220):

A nota fundamental do controle de constitucionalidade não é gerar responsabilidades, mas sim suplantando as inconstitucionalidades, para o fim de garantir a supremacia e integralidade da Constituição.[...] afastar, de alguma forma, e com eficácia, a violação à Constituição que macula a unidade do sistema jurídico-constitucional. E uma decisão que redunde em simples comunicação não tem o condão de sanar essa violação.

O próprio Alexandre de Moraes (2000) traz o pensamento de José Tarcízio de Almeida Neto, segundo o qual a conciliação do princípio político da autonomia do legislador e exigência de se efetivar as normas constitucionais viria com a existência de um Tribunal Constitucional que fosse órgão comum entre os poderes Legislativo e Judiciário.

José Afonso da Silva (2006, p.48) concorda que deve ser mantida a discricionariedade do Legislativo, mas que não deveria haver obstáculo para que a própria sentença que declarou a inconstitucionalidade pudesse dispor normativamente sobre a matéria até que a omissão fosse suprida. Com isso, conciliar-se-iam o princípio político da autonomia do legislador e a exigência do efetivo cumprimento das normas constitucionais.

O Poder Judiciário estaria cumprindo a vontade do Constituinte, tornando-a plena ao concretizar o preceito constitucional carente de regulamentação. Contudo, necessário se faz a imposição de limites.

Ao Judiciário caberia avaliar se seria possível atribuir razoável eficácia à norma constitucional sem a intervenção do legislador, que é insubstituível. E os demais órgãos do Judiciário, ao aplicar o conteúdo normativo da sentença, saber que o fazem pela omissão do encargo legislativo. Ademais, essa atividade do Judiciário terá efeitos *erga omnes* e será supletiva e provisória (até que o órgão competente regule a matéria). “A idéia é que essa atividade supletiva seja a regra, o que é reforçada com o reconhecimento do direito fundamental à efetivação da Constitucional” (CUNHA JUNIOR, 2006, p.221).

A discricionariedade do órgão do Poder Público deve ser limitada pelo dever de atuação constitucionalmente previsto, sendo, logo, a omissão inconstitucional. A liberdade de atuação caracteriza o poder-dever dos órgãos constituídos de propiciar a plena aplicação da Constituição (FERRARI, 2004).

Todavia, esse não é o entendimento do Supremo Tribunal Federal. O STF se limita a literalidade da lei constitucional do art. 103, §2º, recusando-se a aplicar técnicas de interpretação e integração que confirmam efeito de solução à ação direta de inconstitucionalidade por omissão. (CUNHA JUNIOR, 2006). O entendimento literal do STF pode ser claramente visto no julgado que segue:

A procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, importando em reconhecimento judicial do estado de inércia do Poder Público, confere ao Supremo Tribunal Federal, unicamente, o poder de cientificar o legislador inadimplente, para que este adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional.” (ADI 1.439-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 30/05/03).

Imprescindível se faz uma mudança de postura do STF no intuito de fazer valer a vontade Constitucional de tornar suas normas plenas e eficazes. Do contrário, a omissão do Poder Público acaba por impedir o desenvolvimento social e político da Constituição da 1988, que é uma carta atrelada ao ideal de justiça social e dignidade da pessoa humana.

O princípio da separação dos poderes deve-se apresentar numa dinâmica integrativa, de modo constante e renovado. Ensina Paulo Bonavides (2003, p.555):

A verdade é que ele tomou nas formas constitucionais contemporâneas, depois de iluminado por uma compreensão interpretativa sem laços com a rigidez do passado, um teor de juridicidade só alcançado por aqueles axiomas cuja importância fundamental ninguém contesta nem fica exposta a sérias dúvidas doutrinárias.

O Direito Constitucional contemporâneo vem se revelando garantista ao passo que busca ações de garantia constitucional, ações aptas a efetivar os preceitos constitucionais. O que se pretende é tornar efetiva a ordem constitucional, que é resultado da vontade soberana do povo. Legitima-se, portanto, a atuação judicial integrativa na ordem jurídico-constitucional.

#### **4.2.3 Efeitos da ação declaratória de constitucionalidade**

A lei federal 9868 de 1999 conferiu igual tratamento às decisões de ação declaratória de constitucionalidade e de ação direta de inconstitucionalidade no que tange ao caráter dúplice, aos efeitos e a possibilidade de manipulação dos efeitos.

As decisões definitivas de mérito da ação declaratória de constitucionalidade, então, irão operar *erga omnes* e *ex tunc* e seus efeitos serão vinculantes aos demais órgãos do Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal, art.102, §2º da CF/88.

A eficácia geral e o efeito vinculante de decisão, proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, só atingem os demais órgãos do Poder Judiciário e todos os do Poder Executivo, não alcançando o legislador, que pode editar nova lei com idêntico conteúdo normativo, sem ofender a autoridade daquela decisão. (Rcl 2.617-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 20/05/05)

Há a possibilidade do Supremo Tribunal Federal julgar parcialmente procedente a norma, caso em que o restante da norma julga-se inconstitucional e, portanto, deve ser retirada do ordenamento jurídico. E há, ainda, a possibilidade do STF julgar procedente a ação, mas desde que interpretada de determinado modo- interpretação conforme a Constituição que vincula os demais órgão do Judiciário e a Administração Pública (MORAES, 2000).

Toda norma surge no cenário jurídico permeada da presunção de validade. O Supremo Tribunal Federal, ao decidir pela constitucionalidade da norma, confirma um estado preexistente. O art. 22 da lei 9868/99 trata do *quorum* mínimo de oito ministros para julgar a ADC, e a manifestação do entendimento do Supremo deve ser pelo *quorum* de maioria absoluta, qual seja, seis ministros, segundo o art. 23 da supracitada lei. Do provimento parcial pode ser, então, que não ocorra a declaração de inconstitucionalidade da parte residual, em caso de não ter sido verificado o *quorum* da maioria absoluta.

Regina Maria Macedo Nery Ferrari (2004) levanta importante questão a respeito das ações declaratórias de constitucionalidade. Questiona a doutrinadora acerca da possibilidade do Supremo Tribunal Federal decidir no sentido da inconstitucionalidade de uma norma por ele já declarada constitucional.

A doutrinadora ensina que pode ocorrer uma mudança de conteúdo da Constituição ou da norma; a axiologia diante da interpretação pode variar no tempo, uma vez que a Constituição formal deve ser ajustada à substancial. Dessa forma, a declaração de constitucionalidade da lei não impede, diante da alteração fática ou da realidade normativa, a propositura da ação direta de inconstitucionalidade. Ressalta-se, contudo, ser “impossível transpor tais considerações para o universo da decisão que reconhece a inconstitucionalidade normativa” (FERRARI, 2004, p.404). Do contrário, a ADI perderia a função de conferir segurança jurídica.

Gilmar Ferreira Mendes (2005), a esse respeito, traz o pensamento de Hans Brox que diz ser possível nova aferição de constitucionalidade se o suscitante demonstrar que se cuida de nova questão, se houver mudança no conteúdo da Constituição ou da norma objeto de controle. Mas para tanto, a declaração de constitucionalidade deve ter ocorrido na parte dispositiva da Constituição.

Conforme o já citado entendimento do Supremo Tribunal Federal, na decisão da Rcl 2.363 no tópico 4.2.1, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 01/04/05, o vínculo não está só na parte dispositiva, mas também nas razões determinantes. Então, haveria possibilidade de nova aferição quando se constatar mudança que permita ser outra a conclusão a que se obteve na parte dispositiva.

Bryde é também um pensador trazido por Gilmar Ferreira Mendes (2005, p.363) para elucidar a matéria. Ensina o referido doutrinador que a Constituição e o direito estão sujeitos à mutação. Então, pretendendo-se impossibilitar nova aferição de constitucionalidade, ter-se-ia o congelamento do desenvolvimento constitucional, ficando as normas declaradas constitucionais estáticas ao tempo em que foram julgadas. Todavia, ordem jurídica deve evitar essas distorções, sob pena de relevante insegurança jurídica, concluindo seu entendimento pela “inadmissibilidade de que o Tribunal se ocupe, uma vez mais, da aferição de legitimidade, ressalvadas as hipóteses de significativa mudança das circunstâncias fáticas ou de relevante alteração das concepções jurídicas dominantes”.

O que se pretende, portanto, é uma ordem jurídica correspondente ao estágio do Direito Constitucional, reconhecendo-se a possibilidade de eventual



mudança na orientação sobre determinada matéria e legitimando o Supremo Tribunal Federal a aferir a inconstitucionalidade de norma anteriormente declarada constitucional em ação direta de constitucionalidade.

Outra questão que de igual sorte merece reflexão é a possibilidade de manejo da ação rescisória com base no artigo 485, V, do Código de Processo Civil.

A eficácia geral, a força vinculante e a retroatividade, como regra, das decisões do STF quando da atividade do controle de constitucionalidade por via abstrata tem o condão de influenciar o plano dos fatos, sobretudo quando se trata de decisão de inconstitucionalidade de um determinado ato normativo, de situações jurídicas que se constituíram sob a égide da lei tida por inconstitucional.

Ainda que já tenha transitado em julgado a decisão judicial, a mesma teve como fundamento lei posteriormente declarada inconstitucional – eficácia *erga omnes* e *ex tunc* – a ação rescisória sob o argumento de que a decisão rescindenda ofendeu a constituição ao tomar por base ato normativo dito inconstitucional (BRAGA, DIDIER JR, OLIVEIRA, 2008).

Luis Guilherme Marinoni (2004) e Leonardo Greco (2004) não concordam com o manejo da ação rescisória fundada nesse argumento da declaração posterior da inconstitucionalidade do ato normativo.

Entendem os autores que ocorreria o controle de constitucionalidade da decisão transitada em julgado e ao permitir controle sobre situações pretéritas retirar-se-ia do cidadão aquilo que ele espera do Poder Judiciário, a segurança jurídica após o encerramento do processo.

#### **4.2.4 Efeitos da ação direta de inconstitucionalidade interventiva**

Uma vez julgada procedente a ação direta de inconstitucionalidade interventiva, o Presidente do Supremo Tribunal Federal comunicará a decisão aos órgãos do Poder Público interessado e requisitará a intervenção do Presidente da República.

O Presidente da República deverá, então, decretar a intervenção federal do Estado ou Distrito Federal para que volte a observar o princípio sensível violado. Caso o Presidente não decrete a intervenção, responderá por crime de responsabilidade, conforme a lei federal 1.079/50, art. 12, nº 3 (CUNHA JUNIOR, 2006).

A decretação da intervenção, nos casos de afronte aos princípios sensíveis, dependerá do provimento do STF de representação do Procurador-Geral da República, de acordo com o art. 36, III da CF/88.

Representação do Procurador-Geral da República pleiteando intervenção federal no Estado de Mato Grosso, para assegurar a observância dos "direitos da pessoa humana", em face de fato criminoso praticado com extrema crueldade a indicar a inexistência de "condição mínima", no Estado, "para assegurar o respeito ao primordial direito da pessoa humana, que é o direito à vida". (...) Representação que merece conhecida, por seu fundamento: alegação de inobservância pelo Estado-Membro do princípio constitucional sensível previsto no art. 34, VII, alínea *b*, da Constituição de 1988, quanto aos "direitos da pessoa humana"(...)Embora a extrema gravidade dos fatos e o repúdio que sempre merecem atos de violência e crueldade, não se trata, porém, de situação concreta que, por si só, possa configurar causa bastante a decretar-se intervenção federal no Estado(...)Hipótese em que não é, por igual, de determinar-se intervenha a polícia Federal, na apuração dos fatos, em substituição à polícia civil de mato grosso. Autonomia do Estado-Membro na organização dos serviços de Justiça e segurança, de sua competência (CF, arts. 25, § 1º; 125 e 144, § 4º)." (IF 114, Rel. Min. Néri da Silveira , DJ 27/09/96)

O artigo 36, §3º da CF/88 diz que o decreto presidencial, quando bastar para suspender a execução do ato impugnado, restabelecendo a ordem normativa, não acarretará na intervenção.

Os efeitos da ação interventiva decorrem de sua dupla finalidade. Com a declaração de inconstitucionalidade, a lei ou ato normativo do Estado ou Distrito Federal será considerado nulo, *ex tunc* e *erga omnes*, e será expulso do ordenamento jurídico. Além de caracterizar a autorização de intervenção federal nos Estados ou no Distrito Federal (MORAES, 2000). Os efeitos políticos das ações interventivas caracterizam uma exceção ao princípio da autonomia dos entes federados.

A intervenção, portanto, "não é mera faculdade, mas também um dever que se impõe à União, que terá que executá-la sempre que for necessária, uma vez que se cuida aí de medida de defesa da Constituição" (SILVA, 2006, p.487).

A ação interventiva tem a finalidade de preservar o pacto federativo. A autonomia não é possibilidade ilimitada de atuação na ordem jurídica; devem ser respeitados sempre os princípios fixados na Carta Constitucional (FERRARI, 2004).

O instituto da intervenção federal, consagrado por todas as constituições republicanas, representa um elemento fundamental na própria formulação da doutrina do Federalismo, que dele não pode prescindir — inobstante a excepcionalidade de sua aplicação —, para efeito de preservação da intangibilidade do vínculo federativo, da unidade do Estado Federal e da integridade territorial das unidades federadas (MS 21.041, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 13/03/92)

Na atual Constituição de 1988, a ação de inconstitucionalidade interventiva ocupa um papel de relativa desimportância, por conta da possibilidade de

fiscalização das leis e atos normativos estaduais através da ação direta de inconstitucionalidade, via mais ampla e menos traumática (LEÃO, 2005).

A ação interventiva foi abarcada por todas as Constituições Republicanas Brasileiras e se apresenta como instrumento importante para garantir o federalismo do Estado Brasileiro, devendo, portanto, ser mantida na ordem jurídica-constitucional.

#### **4.2.5 Efeitos da ação de argüição de preceito fundamental**

A argüição de preceito fundamental está prevista no art. 102, §1º, da CF/88 também como forma de controle de constitucionalidade concentrado, visto que tem eficácia contra todos e efeitos vinculantes, conforme dispõe o art. 10, §3º, da lei 9.882 de 1999, lei que regula o processo e julgamento da referida ação.

A ADPF aprofunda ainda mais a tendência do reforço do controle concentrado, o que tem como inevitável consequência a redução da importância política do controle difuso no complexo sistema de controle constitucional Brasileiro (SARMENTO, 2001).

A decisão da argüição, por submeter-se ao controle abstrato, além de ter eficácia *erga omnes*, opera retroativamente, vinculando os demais órgãos do Poder Público (CUNHA JUNIOR, 2006).

Quanto aos efeitos vinculantes, discute-se acerca da sua constitucionalidade. Na ADPF vinculam-se todos os órgãos do Poder Público, inclusive o legislativo, podendo-se até suspender liminarmente um processo legislativo que não estiver cumprindo as condições fixadas pelo STF em decisão de ADPF. Quanto a essa questão posiciona-se o Supremo da seguinte forma:

Quanto ao art. 10, caput, e § 3º o Min. Néri da Silveira, relator, proferiu voto no sentido de indeferir a liminar, por entender que o efeito vinculante não tem natureza constitucional, podendo o legislador ordinário disciplinar a eficácia das decisões judiciais, especialmente porque a CF remete expressamente à lei a disciplina da ADPF (CF, art. 102, § 1º). Em síntese, o Min. Néri da Silveira considerou que, à primeira vista, a Lei n. 9.882/99 é constitucional na parte em que cuida do processo de natureza objetiva, e que a suspensão cautelar dos dispositivos por ele mencionados não esvaziaria a Lei em sua íntegra. Em seguida, o Min. Sepúlveda Pertence, salientando que é relator de duas ações diretas (2.154-DF e 2.558-DF) que têm questões em comum com a presente ação, pediu vista dos autos." (ADI 2.231-MC, Rel. Min. Néri da Silveira, julgamento em 5-12-01, DJ de 17-12-01).

Pensamento compartilhado por Dirley da Cunha Junior (2006, p.285) ao dizer: "ao nosso sentir, a norma é constitucional, pois o §1º do art. 102 da Constituição Federal remete ao legislador a disciplina processual da argüição". E também por Celso

Bastos que, além de usar o mesmo argumento de Dirley da Cunha Junior, ensina (2001, p.83):

Estendendo o efeito vinculante à argüição, não se pode sustentar que a lei tenha incidido em inconstitucionalidade. Tanto o efeito vinculante não repugna ao espírito da Constituição que nela mesma está contemplado para o caso da ação declaratória de constitucionalidade. Fosse contrário à Constituição esse tipo de efeito, e certamente não se teria sua existência em nenhuma modalidade de ação.

Uma observação necessita ser aqui feita em relação à nota trazida do doutrinador Celso Bastos. Com a Emenda Constitucional 45 de 2004, a Constituição passou não só a prever o efeito vinculante para as ADC, mas também para as ADI.

Quanto à vinculação do Poder Legislativo, ensina Alexandre de Moraes (2001), que visa impedir edição de norma com idêntico conteúdo, a convalidação ou anulação dos efeitos daquela norma declarada inconstitucional por desrespeitar preceito fundamental.

O art. 2, II, da lei 9.882/99, que foi vetado, dava acesso a qualquer pessoa interpor a ação. Dizia o veto, ser tal admissão incompatível com o controle concentrado de legitimidade dos atos estatais.

No entanto, a argüição de preceito fundamental pode ser suscitada em sede de qualquer ação judicial, guardando “rasgos do controle difuso de constitucionalidade” (STRECK, 2004, p.797), o próprio projeto da lei 9.882/99 foi aprovado com a previsão de amplo acesso do cidadão à jurisdição constitucional. Nessa argüição incidental, o juiz do caso concreto não é afastado do julgamento, mas fica vinculado à decisão do STF ao proferir a sentença do litígio (BINENBOJM, 2004).

Os legitimados para a propositura da ADPF são os mesmo da ADI, conforme art. 2, I da lei 9.882/99.

Os legitimados para propor argüição de descumprimento de preceito fundamental se encontram definidos, em *numerus clausus*, no art. 103 da Constituição da República, nos termos do disposto no art. 2º, I, da Lei n. 9.882/99. Impossibilidade de ampliação do rol exaustivo inscrito na Constituição Federal. Idoneidade da decisão de não-conhecimento da ADPF." (ADPF 75-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 02/06/06)

Uma vez julgada a ação, as autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados serão comunicados, fixando-se as condições e modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental (MORAES, 2000). Exigência que está regulada pelo art. 10, *caput*, da lei 9.882/99.

Assim como está previsto na lei 9.882/99, que regulamenta a ADI e a ADC, a lei 9.882/99, em seu art. 11, prevê a possibilidade de manipulação dos efeitos

da ADPF por razões de segurança jurídica ou relevante interesse social. O Supremo Tribunal Federal pode, então, excepcionar os efeitos *erga omnes* e *ex tunc* da arguição de descumprimento de preceito fundamental, conforme pode ser visto em outra parte do julgado anteriormente trazido:

No tocante ao art. 11, o Min. Néri da Silveira votou pelo indeferimento da medida cautelar por considerar que, cuidando-se de processo de natureza objetiva, não há norma constitucional que impeça o legislador ordinário autorizar o STF a restringir, em casos excepcionais, por razões de segurança jurídica, os efeitos de suas decisões. (ADI 2.231-MC, Rel. Min. Néri da Silveira, julgamento em 5-12-01, DJ de 17-12-01)

O caráter excepcional trazido pelo art.11 tem o fim de adequar os efeitos da ADPF às situações da vida, evitando decisões arbitrárias que impeçam a ação de atingir o objetivo ao qual se propõe.

Os §§ 1º e 2º do art. 10 da lei 9.882/99 tratam da imediatidade com que a decisão da ADPF deve ser cumprida em decorrência da celeridade e da preservação do preceito fundamental. Ademais, a decisão é irrecorrível, conforme o art.12 da mesma lei, e do seu descumprimento cabe reclamação, conforme art. 13.

O fato que venho de referir assume relevo processual, eis que a existência da autoridade da coisa julgada representa obstáculo que impede o conhecimento (e o ulterior prosseguimento) da arguição de descumprimento de preceito fundamental, que não pode ser utilizada como sucedâneo da ação rescisória.(ADPF 52-MC, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 24-5-06, DJ de 2-6-06).

Além da evidente pretensão rescisória, veiculada em sede manifestamente inadequada.(ADPF 69, Rel. Min. Ellen Gracie, decisão monocrática, julgamento em 29-4-05, DJ de 6-5-05).

Com a ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental houve a complementação do sistema pátrio de controle de constitucionalidade. A ADPF pode desempenhar um papel relevante no Direito se suas potencialidades forem bem exploradas pela doutrina e pela jurisprudência do STF (SARMENTO, 2001). É necessário impedir a orientação redutora da arguição e exigir maior amplitude e efetividade para o instituto (BASTOS, 2001).

A lei que regulamenta a ADPF, a de nº 9.882/99, permitiu o controle de atos infralegais e concretos de quaisquer das entidades políticas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), do direito ordinário pré-constitucional, dos atos administrativos, além de ter possibilitado um controle concentrado-incidental de constitucionalidade. Apresenta-se a ADPF, portanto, como um instrumento útil para fazer valer a força normativa da Constituição de 1988. Para tanto, ao passo que a arguição deveria perder o caráter subsidiário, as demais ações de controle concentrado

deveriam ser redirecionadas para a tutela de normas constitucionais que não se qualifiquem como preceitos fundamentais constitucionais (CUNHA JUNIOR, 2006).

A argüição de descumprimento de preceito fundamental, ante a amplitude que pode tomar, deve ser vista como meio importante a promover a efetividade da jurisdição. Deve deixar de ser vista como ação subsidiária, e, pode inclusive ser instrumento que permite maior controle da inconstitucionalidade por omissão. A vontade da Constituição foi promover a proteção dos preceitos fundamentais, que são tão importantes são para o equilíbrio e subsistência do Estado e da sociedade, e é assim que a ADPF deve ser vista e concretizada (CUNHA JUNIOR, 2006).

No tocante a subsidiariedade, o entendimento do STF o de aceitar este princípio, conforme pode ser verificado no julgado que segue:

É incabível a argüição de descumprimento de preceito fundamental quando ainda existente medida eficaz para sanar a lesividade (Lei 9.882/99, art. 4º, §1º) [ADPF \(QO\) 3-CE, rel. Min. Sydney Sanches, 18.5.2000. \(ADPF-3\)](#)

O interesse do legislador ao prever a argüição foi conferir celeridade e eficácia à proteção das garantias fundamentais. Assim, a permanência do caráter subsidiário pode não parecer lógica, uma vez que preenchidos os requisitos exigidos, deveria o STF admitir a ADPF – o uso ou não das vias ordinárias deveria caber ao arbítrio do próprio titular do direito fundamental ameaçado ou lesado pelo Poder Público.

Alexandre de Moraes (2000) defende o caráter subsidiário da argüição e, por isso, diz que o STF deverá possuir discricionariedade para analisar a admissibilidade dos casos a serem julgados, sendo que a não admissibilidade não importa em perda da proteção dos direitos, visto que estão salvaguardadas as vias ordinárias.

Da mesma forma, o princípio da subsidiariedade para o cabimento da ADPF não oferece obstáculo à presente ação. É que este Supremo vem entendendo que a subsidiariedade exigida pelo art. 4º, § 1º da Lei n. 9.882/99 não pode ser interpretada com raciocínio linear e fechado. A subsidiariedade de que trata a legislação diz respeito a outro instrumento processual-constitucional que resolva a questão jurídica com a mesma efetividade, imediaticidade e amplitude que a própria ADPF. Em se tratando de decisões judiciais, não seria possível o manejo de qualquer ação de nosso sistema de controle concentrado. Da mesma forma, o recurso extraordinário não daria resolução de maneira definitiva como a ADPF. É que muito embora a tendência do Supremo em atribuir dimensão objetiva ao recurso extraordinário, a matéria ainda não é totalmente pacificada o que coloca o efeito vinculante da ADPF como instrumento processual-constitucional ideal para o combate imediato dessas decisões judiciais (art. 10, § 3º, da Lei n. 9.882/99 ) ([ADPF 79-MC](#), Rel. Min. Cezar Peluso, decisão monocrática, julgamento em 29-7-05, *DJ* de 4-8-05)

Verifica-se, portanto, que o interesse do STF, ao manter a subsidiariedade da ADPF, é verificar se no ordenamento jurídico não há outro meio eficaz para a defesa do preceito fundamental. Logo, contando que o STF não faça uso da subsidiariedade e discricionariedade para não admitir as arguições, sendo prudente e coerente no exercício de sua atividade, estará preservando os outros institutos constitucionais também previstos para defesa da Constituição. Assim também entendem Gilmar Ferreira Mendes (2006) e Gustavo Binenbojm (2004).

Apesar de ter sido vetada a propositura da arguição por qualquer pessoa, espera-se que o STF explore o alcance da ADPF de modo a tornar mais efetiva a tutela dos princípios constitucionais.

#### 4.3 POSSIBILIDADE DE REFORMA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: APERFEIÇOAMENTO DO STF X CRIAÇÃO DE UM TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A jurisdição constitucional Brasileira foi pensada como elo aos impasses políticos entre Executivo e Legislativo, como instrumento de assegurar as instituições democráticas, os direitos e deveres dos cidadãos, de fazer funcionar com validade a máquina Estatal. É, por fim, meio de promover a vontade constitucional. Nas palavras de Anderson Orestes Cavalcante Lobato (2003, p.135-138):

As instituições democráticas no Brasil encontram-se em fase de consolidação. De fato, a transição democrática permitiu a adoção de uma Constituição que contando com forte legitimidade popular encontra no debate entre Política e Direito o desafio para a concretização das expectativas inseridas no novo texto constitucional. [...] a constituição surge como norma parâmetro para aceitação e legitimidade do programa de governo e resgata-se, assim, a sua força normativa através do processo constitucional de controle de constitucionalidade das leis e das ações constitucionais de proteção dos direitos fundamentais.

Como percebido no decorrer desse estudo, o Supremo Tribunal Federal é o órgão responsável pela análise definitiva da jurisdição constitucional brasileira, seja através do julgamento do recurso extraordinário, no controle difuso, seja através da competência exclusiva para o processo e julgamento das ações diretas em sede de controle abstrato, conforme competência extraída da própria Constituição Federal, que, em seu art. 102, diz ser esse o órgão responsável pela sua guarda.

O Supremo Tribunal Federal exerce ao mesmo tempo o papel de Suprema Corte, a exemplo do modelo americano, e de Tribunal Constitucional, a exemplo do modelo de Kelsen.

Ocorre que o STF tem sido alvo de diversas críticas por abarcar mutuamente as recíprocas funções.

Apesar de a legitimidade para o exercício da função estar apregoada no próprio texto constitucional, é visível o poder que esse órgão assumiu e desenvolve no âmbito da jurisdição constitucional. Como exemplo, pode-se citar a previsão das súmulas vinculantes trazidas com a Emenda Constitucional nº 45 e previstas no art. 103-A da CF/88, que a depender de como sejam reguladas e aplicadas podem caracterizar o verdadeiro engessamento do Poder Judiciário, suprimindo o livre exercício da jurisdição ordinária, e, a possibilidade de modulação temporal, trazida pelas leis ordinárias nº 9.868/99 e nº 9.882/99, dos efeitos das decisões da constitucionalidade das leis, por razões de relevante interesse social ou por questões de segurança jurídica – tal postura do STF pode ser comprovada no recente julgado da ADI 2728:

Em conclusão de julgamento, o Tribunal, por maioria, rejeitou embargos de declaração opostos pelo Governador do Estado do Amazonas contra acórdão que julgara parcialmente procedente pedido formulado em ação direta para declarar a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 2.749/2002, do Estado do Amazonas, que dispõem sobre a apuração e distribuição de parcelas do produto de arrecadação do ICMS destinadas aos Municípios. Sustentava-se, na espécie, a ocorrência de omissão, ao fundamento de não se ter levado em conta a impossibilidade material de retroação dos efeitos do acórdão embargado a período anterior a sua prolação, haja vista a incapacidade financeira dos Municípios de restituir ou compensar os valores que receberam a maior. Pretendia-se, assim, fossem atribuídos efeitos *ex nunc* ao referido julgado — v. Informativos 310 e 434. Entendeu-se não estar caracterizada a omissão apontada, e que o recurso visaria, na verdade, dirimir casos concretos relacionados com a conjuntura de Municípios do Estado do Amazonas. Vencidos os Ministros Gilmar Mendes, Carlos Britto e Ellen Gracie, presidente, que acolhiam os embargos de declaração por considerar que a manutenção da eficácia *ex tunc* à declaração acarretaria sérios problemas de recomposição dos valores, salientando que a aplicação do art. 27 da Lei 9.868/99, ao caso, justificar-se-ia diante do princípio constitucional da segurança jurídica. ADI 2728 ED/AM, rel. Min. Marco Aurélio, 19.10.2006. (ADI-2728)

É preciso que se organize a atividade da jurisdição constitucional brasileira para que a complexidade do seu exercício não seja alvo de polêmica e, para que além da legitimidade decorrente da Constituição, a atividade encontre legitimidade também na eficácia de seu exercício, garantindo a supremacia constitucional e os princípios democráticos e fundamentais assegurados na Constituição.

O intuito de tornar a jurisdição constitucional efetiva, fazer com que suas decisões possam servir de norte ao Estado, assegurando o respeito e constância das normas constitucionais, é manifestado por diversos doutrinadores constitucionais, conforme será a seguir mostrado.



Alexandre de Moraes (2000) defende que o Supremo Tribunal Federal deve se transformar exclusivamente em uma verdadeira Corte de Constitucionalidade, conduzindo sua atividade para a finalidade de defender a supremacia constitucional e os direitos fundamentais, sem que com isso deixe de ser o órgão máximo do Poder Judiciário. A maior mudança estaria no aperfeiçoamento das normas constitucionais destinadas à composição dos membros do STF.

[...] a questão relacionada à composição do Tribunal Constitucional não pode ser colocada de maneira neutra, pois, em virtude da repercussão de suas decisões, o juiz constitucional desempenha necessariamente um papel ou uma função política. Dessa forma, todas as formas de investidura serão fortemente impregnadas do caráter de politização na escolha para a Corte, pois se trata do exercício de jurisdição constitucional e não jurisdição comum, devendo-se, portanto, consagrar-se a existência de requisitos capacitários mínimos e garantias de independência para o exercício da função, diminuindo-se a possibilidade de utilização dos cargos do Tribunal Constitucional como instrumento de política partidária (MORAES, p.199, 2000).

Conforme tratado no tópico 3.1 desse estudo, a composição dos Tribunais Constitucionais é fator de legitimação da justiça constitucional, ressalta-se, portanto, a importância de critérios rígidos para a escolha dos membros, a fim de que o órgão responsável pela jurisdição constitucional seja imparcial e tenha preservada sua legitimidade.

Atualmente, o egrégio Tribunal Federal é composto por onze Ministros, art. 101 da CF/88, escolhidos pelo Presidente da República, com aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal, conforme art. 101, parágrafo único da CF/88 e possuem cargo vitalício, art. 95, CF/88.

Alexandre de Moraes (2000) concorda com o número de onze Ministros, utilizando-se da lição de Kelsen que diz que o número de membros não deve ser muito grande para que se cumpra efetivamente o dever jurídico de interpretação da Constituição. Mas, quanto aos cargos vitalícios, Alexandre de Moraes não concorda. Acredita que deve haver um mandato de dez anos – para que esse não coincida com os mandatos presidencial e parlamentar – e que deve ser vedada a recondução e um novo mandato. Na lição do doutrinador (2000, p.294):

Há necessidade do Judiciário, em especial o STF, na especial missão de interpretar a Constituição Federal, adequar-se à realidade social nacional, reforçando sua histórica missão de defensor dos direitos fundamentais e diminuindo as desigualdades sociais, promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, a fim de auxiliar os demais Poderes à construção de uma sociedade livre, justa e solidária. A alternância dos mandatos possibilita essa maior evolução e adequação social.

A não vitaliciedade dos Ministros do STF apresenta-se como meio de creditar e efetivar a atividade da jurisdição constitucional ao renovar seu exercício tal qual acontece com os Poderes Executivo e Legislativo, cujos representantes possuem mandatos de quatro anos.

No que tange à investidura dos Ministros, Alexandre de Moraes (2000) sugere que deve haver a participação proporcional dos três poderes. Assim, quatro Ministros devem ser escolhidos livremente pelo Presidente da República, quatro pelo Congresso Nacional (dois pela maioria absoluta do Senado Federal e dois pela maioria absoluta da Câmara dos Deputados) e três pelo próprio STF. Os membros escolhidos pelo Executivo e Legislativo devem, alternadamente, ou ter dez anos de exercício em atividade que exija o título de bacharel em Direito ou a qualificação de jurista comprovada pelo título de Doutor em Direito, devidamente reconhecido. Já os membros escolhidos pelo STF devem ter dez anos de exercício efetivo na carreira da magistratura ou do Ministério Público.

Nelson Nery Junior (2004) ensina que realmente há no Brasil uma Corte Constitucional federal consubstanciada no STF, conforme competência atribuída pela Constituição de 1988, mas que o perfil do Tribunal Constitucional não se afigura o melhor, pois não parece que um órgão do Poder Judiciário, cujos membros são nomeados pelo Presidente da República sem critério de representatividade ou proporcionalidade dos demais poderes, possa apreciar em último e definitivo grau as questões constitucionais que lhe são submetidas de forma abstrata. Como órgão do Poder Judiciário, o STF só teria legitimidade para a jurisdição constitucional oriunda do controle difuso pela via originária e recursal.

Para Nelson Nery (2004) a incorreção de parte da atividade de jurisdição constitucional do STF decorre da nomeação vitalícia dos ministros. Entende o doutrinador que deveria haver mandato por tempo determinado e que as indicações teriam que ser oriundas dos três poderes na proporção de um terço.

J.J. Calmon de Passos, discorrendo sobre o Poder Judiciário, diz que a Corte Constitucional Brasileira, conforme CF/88, constitui-se com juízes vitalícios dentro da estrutura do Poder Judiciário, e que a previsão do controle abstrato mantido o controle difuso “fragilizou e dilatou no tempo a solução de um problema que requer a máxima urgência em sua efetivação – as arguições de inconstitucionalidade” (PASSOS, 1999, p.116).

Walber Agra (1999) ensina que a transformação do Supremo Tribunal Federal em Tribunal Constitucional, como órgão independente dos poderes, daria maior imparcialidade e reforçaria a legitimidade da jurisdição constitucional. E concorda que para tanto também se faz necessário que a nomeação dos Ministros seja atividade dos três poderes e o que o mandato seja por prazo determinado.

André Ramos Tavares (2005) também defende que o mandato fixo é preferível à vitaliciedade, contudo não se deve admitir uma mudança brusca de todo o Tribunal Constitucional, sob pena de se mudar radicalmente o Direito Constitucional de um dia para o outro. O mais correto é excluir singularmente os membros do Tribunal, a exemplo do que a Constituição de 1988 trouxe para o Brasil.

Paulo Bonavides (2004) entende que a justiça constitucional brasileira começou a ser alvo de críticas pelo fato de a nomeação dos Ministros do STF ser feita pelo Presidente da República e por conta da necessidade de se desvincular o guardião da Constituição do Poder Judiciário. Defende o autor que deve o STF se transformar em Tribunal Constitucional.

As exigências para a escolha dos Ministros apresentadas por Moraes suprime o subjetivo requisito do *notável saber jurídico* do art. 101 da CF/88 por requisitos objetivos, o que torna mais segura e imparcial a escolha dos Membros.

André Ramos Tavares (2005) diz o STF vem gradualmente transformando-se em um Tribunal Constitucional e que a reforma do Judiciário advinda da Emenda Constitucional nº 45 perdeu uma grande chance de repensar a forma de nomeação dos Ministros do STF. Segundo Tavares deveria se buscar o fortalecimento em sua composição subjetiva. Explica o doutrinador que há uma exacerbação da exigência do saber jurídico, mas que ao lado dessa capacitação jurídica seria oportuna a exigência de que o membro do Tribunal possuísse compreensão ampla e elaborada da vida política e das forças sociais nela atuantes (2005A).

Alexandre de Moraes (2000) apresenta outras duas sugestões, a primeira é que a Constituição abarque dispositivo que trate como impedidos de serem nomeados Ministros do STF aqueles que estiverem no exercício ou tenham exercido cargo de confiança do Poder Executivo, mandatos eletivos ou cargo de Procurador-Geral da República, durante o mandato do Presidente da República em exercício no momento da escolha. A justificativa é que o STF “não pode servir de aposentadoria de luxo para políticos não eleitos ou que abandonaram a vida pública, ou ainda, de prêmio pessoal para demonstração de fidelidade político-partidária” (MORAES, 2000, p.298). E

a segunda é que ao lado das incompatibilidades previstas nos incisos do parágrafo único do art. 95 da CF/88 seja prevista a impossibilidade por quatro anos, após o término do mandato de Ministro, do exercício de cargos públicos de confiança e de mandatos políticos, a fim de evitar que a carreira de juiz constitucional não sirva de elo político para o exercício de outras atividades. A esse respeito Paulo Bonavides (2004) traz a seguinte nota:

[...] em 20 de fevereiro de 2002, depois de acirrados debates na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) do Senado Federal, aprovou este órgão o parecer do senador Bernardo Cabral, do Amazonas, relator da reforma do Judiciário, em que ele acolhe duas emendas ao Projeto: a primeira introduz uma espécie de quarentena para os indicados a Ministro do Supremo, que tenham exercido cargos no Poder Executivo federal e estadual durante os três anos anteriores à indicação; a segunda estabelece o quorum qualificado de três quintos para aprovação da escolha presidencial pelo Senado, substituindo o quorum vigente da maioria absoluta.

Todavia, a reforma do Judiciário advinda com a Emenda Constitucional nº 45 trouxe a quarentena de três anos para os juízes quanto ao exercício da advocacia no tribunal do qual se afastou. E a aprovação pelo Senado continua a ocorrer por maioria absoluta, art. 101, parágrafo único, da CF/88.

As sugestões de Alexandre de Moraes apresentam-se de grande valia para a composição de uma verdadeira Corte Constitucional mostrando a preocupação do doutrinador de conferir idoneidade e imparcialidade aos Membros que irão tomar as decisões de maior importância para uma vigência eficaz, constante e pacífica dos dispositivos constitucionais.

Quanto à competência do STF, para que se transforme em Tribunal Constitucional, Alexandre de Moraes (2000) sugere que deve haver uma concentração das matérias relacionadas à guarda da Constituição, cabendo assim o julgamento dos assuntos relacionados ao controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, proteção à supremacia dos direitos e garantias fundamentais, controle da Federação, do regime democrático, do Estado de Direito e a preservação da separação dos Poderes.

No controle difuso, deverá o STF continuar a ser o responsável pelo julgamento dos recursos extraordinários. Essa forma de controle é tradicional no ordenamento brasileiro, estando presente, desde a Constituição de 1891, como mostrado no tópico 3.1.1 desse estudo. É instrumento que permite a todo cidadão a defesa de suas garantias constitucionais, bem como a própria efetivação da Constituição ao afastar a aplicação de uma lei inconstitucional ao caso concreto. Deve, portanto, o controle difuso ser mantido e incentivado, mas o STF se restringirá ao

exame da matéria relativa à constitucionalidade da lei, reservada a cognição da matéria fática ao juízo ou tribunal competente (MORAES, 2000).

Sugere ainda Alexandre de Moraes (2000), que as decisões proferidas em sede de controle difuso pelo STF tenham efeito *erga omnes* e vinculem todos os órgãos estatais, substituindo assim o art. 52, X da CF/88. Além disso, poderá o STF escolher os casos que deverá julgar pela relevância da matéria e importância da produção de efeitos *erga omnes* e vinculantes, o que vale dizer, poderá o STF julgar casos de relevância institucional e proteção aos direitos fundamentais.

Essa postura do doutrinador pode engessar o livre exercício da jurisdição comum e desvirtuar o propósito do controle difuso de verificar se determinada lei se aplica ou não a determinado caso concreto, se àquele caso específico a lei apresentasse inconstitucional. Concorda-se, todavia, que deve caber ao próprio STF e não ao Senado Federal a aplicação de efeitos *erga omnes* quando reiteradamente o STF julgar pela inconstitucionalidade de uma lei, caracterizando assim, decisão definitiva do Tribunal acerca da matéria, conforme discorrido do tópico 4.1 desse estudo.

Paula Arruda (2006, p.126) diz que conferir efeito *erga omnes* ao controle difuso é forma de uniformização jurisprudencial, pois permite a extensão dos efeitos para o controle concentrado, tal qual já ocorre do concreto para o difuso, e, garante respeito às decisões do STF. Todavia, quanto ao efeito vinculante, ensina Arruda que constitui óbice à argumentação jurídica, “na medida em que dificulta a interação entre a aplicação da norma e a análise concreta do caso, que definirá qual a possibilidade mais acertada na decisão”.

Nelson Nery (2004) diz que é irregularidade que salta aos olhos um órgão do Poder Judiciário decidir em última análise sobre a constitucionalidade de atos oriundos dos outros poderes e que, portanto, as ações em sede de controle abstrato não estão regulares no ordenamento pátrio. O correto seria que o STF fosse transformado em Corte Constitucional e que os Ministros fossem nomeados pelos três poderes.

Adroaldo Leão (2005) defende que em favor do atual sistema misto deve se criar no Brasil um Tribunal Constitucional. A composição do Tribunal será de juízes com mandato fixo e dotados de extrema sensibilidade política, o que se aproxima da composição subjetiva sugerida por André Ramos Tavares. Quanto ao Supremo Tribunal Federal, Adroaldo Leão entende que deverá a Corte continuar responsável

pelo controle difuso, em face da sua tradição no exercício dessa jurisdição constitucional.

Lênio Streck (2004, p.867) pensa que, tendo em evidência a força normativa da Constituição e a delimitação do Direito e da Justiça Constitucional no Estado Democrático de Direito previsto na CF/88, torna-se imprescindível a implantação de um Tribunal Constitucional à margem do Poder Judiciário. Seria o Tribunal responsável pelo controle concentrado e pelo difuso, pois “acoplados e complementares, ambos os sistemas tornam-se condição de possibilidade para a realização das promessas da modernidade constantes no texto constitucional de 1988”. Sugere, por fim, o doutrinador que a indicação dos integrantes da Corte seja oriunda do parlamento, invocando-se a representação popular.

Ante o exposto, parece clara a necessidade de reforma da jurisdição constitucional. Das propostas apresentadas, a que melhor se adequa ao propósito de efetivar os nortes constitucionais é a transformação do STF em um verdadeiro Tribunal Constitucional, independente do Poder Judiciário, tal qual sugerem a maioria dos doutrinadores apresentados.

Para tal, necessário se faz que os Ministros sejam nomeados, proporcionalmente, pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e que os mandatos sejam por prazo determinado.

Ao Tribunal Constitucional caberá a análise das matérias relacionadas à guarda da Constituição (MORAES, 2000), mantidos o controle difuso e concentrado, tal qual sugere Lênio Streck (2004). Em verdade, mantem-se o controle difuso e regulariza-se o controle concentrado – que na opinião de Nelson Nery Junior (2004) é exercido de forma irregular.

## 5 CONCLUSÃO

A atividade da jurisdição constitucional, hodiernamente, apresenta-se com notória importância no Direito Constitucional, com influência direta nos demais ramos do direito. Oriunda do constitucionalismo moderno, movimento que conferiu a necessidade de organizar o Estado e limitar o poder dos seus dirigentes através da previsão de direitos e garantias fundamentais, a jurisdição constitucional tem o condão de conferir validade e eficácia à Lei Maior de um Estado, qual seja, a Constituição.

A jurisdição constitucional brasileira repressiva é classificada como mista, uma vez que é exercida tanto na via difusa quanto na via concentrada.

Ao longo desse estudo, percebeu-se a necessidade de reformar jurisdição constitucional, de modo a permitir que a mesma confira maior efetividade às garantias e princípios da atual Constituição Federal.

Para concluir acerca desta necessidade, algumas constatações emergiram no decorrer desse estudo, quais sejam:

a) As Constituições, para que possam efetivamente organizar o Estado e assegurar os direitos fundamentais, deve ser encarada como norma suprema dentro de uma ordem normativa. O controle de constitucionalidade verifica se uma norma é compatível com aquela que lhe é superior. O juízo de compatibilidade aponta para a rigidez constitucional e para o interesse de preservar a vontade da Constituição.

b) O processo, assim, através da atividade jurisdicional – compreendida a jurisdição como função, atividade e poder - representa para a Constituição a sua efetividade, ao passo que o processo busca seus fundamentos de validade no texto supremo

b) O Supremo Tribunal Federal é o órgão responsável pela guarda da Constituição, exercendo, atualmente, um papel híbrido, qual seja o de Corte Suprema do Judiciário e o de Tribunal Constitucional. O órgão responsável pela jurisdição constitucional deve ser um órgão imparcial e desvinculado dos Poderes Executivos, Legislativo e Judiciário.

c) O Supremo Tribunal Federal deverá se transformar em um verdadeiro Tribunal Constitucional. Para tanto, imprescindível se faz que os seus membros sejam nomeados, proporcionalmente, pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e que tenham mandato por prazo determinado.

d) Ao Tribunal Constitucional caberá a análise das matérias relacionadas à guarda da Constituição, mantido o controle difuso e concentrado.

e) O controle difuso é tradicional no ordenamento pátrio. É um modelo de controle que deve ser mantido e incentivado, uma vez que permite a qualquer pessoa o acesso à jurisdição constitucional.

f) O controle concentrado, de origem européia, por sua vez, foi inicialmente implantado no Brasil com o fim de garantir maior efetividade às decisões do regime militar vigente à época, alcançando, com o advento da Constituição Federal de 1988, a finalidade de adequar as leis e atos do Poder Público aos atuais ditames constitucionais, servindo de instrumento direto e amplo a serviço do Estado Democrático de Direito.

O que se pretende ao transformar o Supremo Tribunal Federal em um Tribunal Constitucional é alcançar uma jurisdição constitucional legítima, efetiva, democrática e asseguradora dos direitos fundamentais.



## REFERÊNCIAS

- AGRA, Walber de Moura. **A Reconstrução da Legitimidade do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- ANGHER, Anne Joyce (org.). **Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Rideel, 2010.
- \_\_\_\_\_. **Código de Processo Civil**. São Paulo: Rideel, 2010.
- \_\_\_\_\_. Anne Joyce(org.). **Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Rideel, 2005.
- \_\_\_\_\_. **Lei número 9.869 de 1999**. São Paulo: Rideel, 2005.
- \_\_\_\_\_. **Lei número 9.882 de 1999**. São Paulo: Rideel, 2005.
- ARAS, José. **Aula de Direito Administrativo nº 03 do Curso OAB 2006.3 do Jvs Podivm**. Salvador, 2006.
- ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual do Processo de Conhecimento**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- ARRUDA, Paula. **Efeito Vinculante: Ilegitimidade da Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- \_\_\_\_\_. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e Legislação Regulamentadora**. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (orgs). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei nº 9882/99**. São Paulo: Atlas, 2001.
- BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Jurisdição Constitucional e Legitimidade**. Disponível em: <[www.scielo.br](http://www.scielo.br)>. Acesso em: 15 out. 06.
- BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JUNIO, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. **Aspectos Processuais da ADIN e da ADC**. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (org.). **Ações Constitucionais**. 3.ed. Salvador: JusPodivm, 2008.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 347/SP**. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 10 out. 2006.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Recurso Extraordinário 432.597-AgR**. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 10 out. 2006.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Recurso Extraordinário 433.101-AgR**. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 10 out. 2006.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 1-1-DF**. Relator Ministro Moreira Alves. Disponível em: <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 10 out. 2006.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 76**. Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em: <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 10 out. 2006.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 11-AgR**. Relator Ministro Sydney Sanches. Disponível em: <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 8 out. 2006.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Recurso Extraordinário -AgR 395902**. Disponível em: <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 8 out. 2006.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Recurso em Mandado de Segurança 17976 / SP**. Disponível em: <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 12 out. 2006.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.417**. Relator Ministro Octavio Gallotti. Disponível em: <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 6 out. 2006.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Recurso Extraordinário 313.768-AgR**. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 9 out. 2006.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Reclamação 2.143-AgR**. Relator. Ministro. Celso de Mello. Disponível em: <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 9 out. 2006.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Reclamação 2.363**. Relator. Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 9 out. 2006.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.439-MC**. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 9 out. 2006.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Reclamação 2.617-AgR**. Relator Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 9 out. 2006.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Intervenção Federal 114**. Relator Ministro Néri da Silveira. Disponível em: <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 17 out. 2006.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Mandado de Segurança 21.041**. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 17 out. 2006.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 594**. Relator Ministro Carlos Velloso. Disponível em: <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 19 out. 2006.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 80-AgR.** Relator Ministro Eros Grau. Disponível em: <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 19 out. 2006.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.231-MC.** Relator Ministro Néri da Silveira. Disponível em: <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 19 out. 2006.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 52-MC.** Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 19 out. 2006.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 69.** Relatora Ministra Ellen Gracie. Disponível em: <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 19 out. 2006.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 79-MC.** Relator Ministro César Peluso. Disponível em: <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 29 out. 2006.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 3.** Relator Ministro Sydney Sanches. Disponível em: <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 29 out. 2006.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.615.** Relatora Ministra Ellen Gracie. Disponível em: <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 19 out. 2006.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.507-MC-AgR.** Relator Ministro Carlos Velloso. Disponível em: <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 29 out. 2006.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 75-AgR.** Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 29 out. 2006.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2728.** Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 29 out. 06.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.240.** Relator Ministro Eros Grau. Disponível em: <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 13 março 2010.

\_\_\_\_\_. **Constituição Política do Império do Brasil.** Disponível em: <[www.unificado.com.br](http://www.unificado.com.br)>. Acesso em: 29 out. 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição.** Coimbra: Coimbra, 2005.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo.** In: DIDIER JR, Fredie (org). **Leituras Complementares de Processo Civil.** 6.ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1984.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade**. Salvador: Podivm, 2006.

\_\_\_\_\_. **Controle de Constitucionalidade**. Salvador: JusPodivm, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1976.

DANTAS, Ivo. **O valor da Constituição**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. v.1. 7.ed. Salvador: JusPodivm, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e seus efeitos**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Condições da Ação: enfoque sobre o interesse de agir**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GRECO, Leonardo. **Eficácia da declaração erga omnes de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação a coisa julgada anterior**. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (org.). **Relativização da coisa julgada: enfoque crítico**. Salvador: JusPodivm, 2004.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

HORTA, Raul Machado. **Estudos de Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 6.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LEÃO, Adroaldo. **Panoramas das Transformações no Controle de Constitucionalidade**. Disponível em: < [www.unifacs.br/revistajuridica](http://www.unifacs.br/revistajuridica)>. Acesso em: 06 mar. 2006.

\_\_\_\_\_. **Direito à Jurisdição Constitucional Democrática**. In: LEÃO, Adroaldo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (coord). **Direitos Constitucionalizados**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 10.ed. São Paulo: Método, 2006.

LIMA FILHO, João Bezerra de Oliveira. **Supremacia Constitucional**. In: **Seminário Estudantil de Produção Acadêmica UNIFACS**. Ano 1, v.1, n.1. Salvador: UNIFACS, 1997.

LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante. **Política, Constituição e Justiça: a legitimidade da jurisdição constitucional e a consolidação das instituições democráticas**. In: TAVARES, André Ramos; FERREIRA, Olavo A. V. Alves; LENZA, Pedro (coord). **Constituição Federal 15 anos: mutação e evolução**. São Paulo: Método, 2003.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Poder Constituinte Reformador: limites e possibilidades da revisão constitucional Brasileira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: teoria geral do processo**. V.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. **O princípio da segurança dos atos jurisdicionais**. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (org.). **Relativização da coisa julgada: enfoque crítico**. Salvador: JusPodivm, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional – Controle de Constitucionalidade**, Módulo V. Disponível em: < [www.bcb.gov.br](http://www.bcb.gov.br) >. Acesso em: 10 out. 2006.

MITIDIERO, Daniel; OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Curso de Direito Processual Civil**. v.1. São Paulo: Atlas, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2000.

\_\_\_\_\_. **Comentários à Lei nº 9.882/99- Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (orgs). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei nº 9882/99**. São Paulo: Atlas, 2001.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição Constitucional como Democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MOTA, Leda Pereira, LOVSKY, Celso Spitz. **Curso de Direito Constitucional**. 4.ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 2.ed. São Paulo: Método, 2010.

PASSOS, J.J. Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

RÁTIS, Carlos. **Aula de Direito Constitucional nº 3 do curso OAB 2006.3**. Salvador: Podivm, 2006.

SARMENTO, Daniel. **Apontamentos sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (orgs). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei nº 9882/99**. São Paulo: Atlas, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. **Reforma do Judiciário no Brasil Pós-88**. São Paulo: Saraiva, 2005<sup>1</sup>.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.