
A APROXIMAÇÃO DOS SISTEMAS DE FISCALIZAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE E A TENDÊNCIA DE OBJETIVAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO

João Luiz França Barreto
Procurador Federal

SUMÁRIO: Introdução; 1 Considerações preliminares; 2 Modelo brasileiro de controle da constitucionalidade; 3 A tendência de objetivação do controle difuso; 4 Perplexidades; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: Verificou-se a possibilidade de convergência dos sistemas de controle de constitucionalidade no Brasil, especialmente sob o prisma da introdução no controle difuso dos caracteres próprios do controle concentrado. O tema central é a nova configuração que se apresenta após o advento da Constituição de 1988 no exame e no processamento do recurso extraordinário e dos seus efeitos, relacionando-o com similar aproximação no direito comparado e com as modificações realizadas na legislação e em decisões do Supremo Tribunal Federal. Abordou-se também as dificuldades no cenário brasileiro decorrentes dessa possível convergência e as objeções suscitadas na doutrina sobre a real natureza das modificações introduzidas.

PALAVRAS-CHAVE: Controle de constitucionalidade. Direitos Fundamentais. Modelo híbrido. Convergência dos sistemas.

ABSTRACT: We verified the possibility of convergence of the constitutional review systems in Brazil, particularly under the prism of introducing specific elements of concentrated control in the diffuse control. The key theme is the new framework that comes into play after the 1988 Constitution for examining and processing the writ of certiorari and its effects, and relating it to similar approach in comparative law and with the amendments implemented in the legislation and rulings of the Supreme Federal Court. We also address the difficulties in the Brazilian system resulting from this possible convergence and the objections raised in the doctrine regarding the real nature of the amendments implemented.

KEYWORDS: Constitutional review. Fundamental Rights. Hybrid model. Convergence of systems.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por finalidade identificar limites e possibilidades de interação dos sistemas difuso e concentrado de controle de constitucionalidade no âmbito da experiência constitucional brasileira. Examinar-se-á a importância da defesa dos direitos fundamentais e como a convergência dos sistemas de controle de constitucionalidade reflete uma possível tendência de troca de influências entre a *common law* e a *civil law*. Serão analisados recentes julgamentos do Supremo Tribunal Federal em que foram sensivelmente alterados alguns dos principais caracteres do recurso extraordinário, bem como serão abordadas as inovações constitucionais e legislativas que modificaram os aspectos pertinentes ao controle difuso.

1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Os direitos fundamentais se constituem como tema principal de discussão no constitucionalismo contemporâneo e a sua proteção assume função relevante. Tamanho protagonismo conduz ao que José Joaquim Gomes Canotilho denomina “estado constitucional de direitos fundamentais”¹. A nova configuração do constitucionalismo tem sido objeto de sofisticadas e novas teorias no âmbito do direito. No Brasil, estas teorias também têm atualmente feito parte do estudo do direito constitucional e, igualmente, da fundamentação da atividade jurisdicional do Supremo Tribunal Federal².

Esta nova cultura jurídica³ é caracterizada por diversos traços, todos eles informados pelo objetivo de contribuir para a adequada tutela dos direitos fundamentais. Consoante assinala Luís Roberto Barroso

1 CANOTILHO, Gomes José Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 1404.

2 Sobre o tema, PEGORARO, Lucio. A circulação, a recepção e a hibridação dos modelos de justiça constitucional. p. 70. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 42, n° 165, p. 59-76, jan./mar. 2005: “Se, ao menos originariamente, o papel arbitral da Corte ou Tribunal constitucional prevalecia claramente sobre a jurisdição das liberdades, hoje isso ainda resta importante, mas a progressiva incorporação nas Constituições de cartas de direitos cada vez mais extensos, a necessidade de fazer operante o princípio de igualdade, a exigência de pesar e repesar os valores conflitantes que pouco a pouco modificam a sensibilidade do corpo social na sua própria consideração tornaram cada vez mais agressiva uma jurisprudência constitucional que, estimulada pelos questionamentos dos cidadãos, tem sempre posto a tutela dos direitos no centro da própria atividade.”

3 Cf. PRIETO SANCHÍS, Luis. Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003. p. 101, *apud* RUFINO, André. Aspectos do Neoconstitucionalismo. p. 136. In: *Revista Direito Público*, São Paulo, n° 14, IOB Editora, p. 136-147, out-dez/2006.

sobre esta concepção, com a “superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito”⁴. Em seguida, o professor aponta o pós-positivismo como marco filosófico do novo direito constitucional:

O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formatação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia.⁵

A virada kantiana⁶ é representativa para a nova fase do direito constitucional. Ela consubstancia a idéia de uma reaproximação entre a ética e o direito, o que veio a resultar na consagração dos direitos fundamentais como a grande influência para todo o ordenamento jurídico. Ainda segundo Barroso, três grandes transformações influenciaram o neoconstitucionalismo:

- I) o reconhecimento de força normativa à Constituição;
- II) a expansão da jurisdição constitucional; e
- III) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

4 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). p. 31. In: *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, v. 28, nº 60, p. 27-65, jul.-dez. 2004.

5 BARROSO. 2004, p. 31.

6 Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro*. p. 46. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, 29/2000, Malheiros, p. 31-57; e cf. TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. v. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 114-115.

A força normativa da Constituição pode ser entendida como um fator de prestígio das normas nela inseridas. As normas constitucionais não devem mais ser desconsideradas do campo jurídico, sob o pretexto de se situarem exclusivamente no campo político e possuírem significação apenas programática. Assim, o conteúdo inserido na carta constitucional, ao mesmo tempo em que congrega questões políticas, também encerra questões jurídicas. E assim elas não podem ter sua eficácia obstada seja pelo legislador, seja pelo administrador. A Constituição não pode mais ser enfocada como simples enumeração de princípios políticos e morais destinados a orientar o legislador ordinário, como se fosse um mero documento de referência política de interpretação das leis. A direta exigibilidade jurídica das normas constitucionais não depende de uma posterior atuação legislativa. Esta efetividade se ressalta ainda mais, chegando a ser plena, quando envolver direitos fundamentais e liberdades públicas.

A expansão da jurisdição constitucional se verificou com a instituição do controle de constitucionalidade. A nova interpretação constitucional é formada por um conjunto de critérios, os quais ultrapassam as noções da interpretação jurídica tradicional. Apesar das normas constitucionais se configurarem como normas jurídicas, recebem um tratamento hermenêutico diferenciado, que não se limita às clássicas regras de interpretação do direito, comumente utilizadas no âmbito do direito civil. Há diferenciação no tratamento, notadamente, em razão da adoção das cláusulas abertas e da incidência de normatividade aos princípios. Em ambos os casos, tanto nas cláusulas abertas, como nos princípios, a atuação do intérprete constitucional será determinante para a efetividade da norma constitucional.

Pode-se sintetizar da seguinte forma o acima exposto, consoante as transformações mencionadas por Barroso⁷: a efetividade das normas constitucionais será garantida por meio da jurisdição constitucional, a qual, por sua vez, dependerá primordialmente da atuação do intérprete. Nessa síntese estão presentes os marcos teóricos da força normativa da Constituição, da expansão da jurisdição constitucional e da nova interpretação constitucional, os quais formam o conjunto de transformações que norteiam a nova aplicação do direito constitucional.

A proteção dos direitos fundamentais se evidencia neste contexto em razão do fenômeno da constitucionalização do direito, o qual guarda direta relação com o reconhecimento da força normativa

7 Cf. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). In: *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, v. 28, n° 60, p. 27-65, jul.-dez. 2004.

da Constituição, com a expansão da jurisdição constitucional e com a nova interpretação constitucional. No quadro do constitucionalismo contemporâneo, os princípios constitucionais ostentam preponderância normativa e exercem influência axiológica sobre todo o ordenamento jurídico. Em consequência, os direitos fundamentais se espalham pelos diversos ramos do direito, juspublicistas ou jusprivatistas, e traduzem uma ordem objetiva de valores⁸.

Os direitos fundamentais já não se limitam tão-somente a uma dimensão puramente individual, emergindo a partir deles a denominada ordem objetiva de valores⁹, para servir como base axiológica de todo o sistema jurídico¹⁰. Os direitos fundamentais exercem um efeito irradiante sobre todo o sistema jurídico. Importante marco dessa nova concepção, senão mesmo a sua consagração, foi o caso *Lüth*, no qual o presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo convocou a população alemã a boicotar, já após o fim da II Grande Guerra, um novo filme de Veit Harlan, que anteriormente havia sido um destacado diretor do cinema nazista. A Justiça local de Hamburgo determinou a cessação do boicote em razão dos danos causados aos produtores do filme, ordenando em consequência o dever de indenizá-los. Após recurso, a Corte Constitucional Federal Alemã decidiu permitir a incitação ao boicote feita por Erich Lüth, por entender que estava ele sob a garantia da liberdade de expressão.

Uma das facetas da dimensão objetiva dos direitos fundamentais revela-se na eficácia desses direitos na esfera privada, no âmbito das relações entre particulares, designada por eficácia horizontal dos

8 Sobre o tema, BARROSO, Luís Roberto. *Ibidem*. p. 39-40: “A idéia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações. Porém, mais original ainda: repercute, também, nas relações entre particulares. Veja-se como este processo, combinado com outras noções tradicionais, interfere com as esferas acima referidas. [...] Por fim, para os particulares, estabelece limitações à sua autonomia da vontade, em domínios como a liberdade de contratar ou o uso da propriedade privada, subordinando-a a valores constitucionais e ao respeito a direitos fundamentais.”

9 Sobre o tema, BARROSO, Luís Roberto. *op. cit.*, p. 41: “O sistema jurídico deve proteger determinados direitos e valores, não apenas pelo eventual proveito que possam trazer a uma ou a algumas pessoas, mas pelo interesse geral da sociedade na sua satisfação. Tais normas constitucionais condicionam a interpretação de todos os ramos do Direito, público ou privado, e vinculam os Poderes estatais.”

10 Sobre o tema, MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 153: “Os direitos fundamentais, assim, transcendem a perspectiva da garantia de posições individuais, para alcançar a estatura de normas que filtram os valores básicos da sociedade política e os expandem para todo o direito positivo. Formam, pois, a base do ordenamento jurídico de um Estado democrático.”

direitos fundamentais. Na jurisprudência do STF já se colhem alguns exemplos deste fenômeno, como em julgado consignando que “os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados”¹¹.

Vê-se, pois, que os direitos constitucionais devem ser aplicados não como meras normas programáticas, possuindo eficácia direta e estendendo sua incidência inclusive para as relações privadas, o que, a seu turno, requer, para sua efetiva garantia, a expansão da jurisdição e da interpretação constitucionais. A tutela dos direitos fundamentais se faz especialmente com o controle de constitucionalidade das leis, por meio do qual se revela a supremacia da Constituição sobre as eventuais atuações legislativas que venham atentar contra os direitos afirmados na Lei Maior¹².

2 MODELO BRASILEIRO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Em nossa primeira Constituição (1824) e ainda na monarquia, não se instituiu um controle judicial de constitucionalidade, sendo conferida a incumbência para tanto ao Poder Legislativo. Revela-se então as influências inglesa e francesa, sob os dogmas da vontade geral, decorrente do princípio da legalidade, e da supremacia do Parlamento. Com o advento da República, instituiu-se, com o Decreto nº 510, de 22 de junho de 1890, a fiscalização pelo Poder Judiciário, sob a denominação de recurso extraordinário, dos atos de governos dos Estados-membros contestados em face da Constituição Federal. A primeira Constituição republicana, em 1891, sob intensa influência do direito norte-americano, incumbiu ao Supremo Tribunal Federal - STF, recém-criado, o exame final da constitucionalidade. Contudo, permaneceu a competência do Poder Legislativo como guardião da Constituição e das leis. Não havia neste sistema difuso algum instituto para uniformizar as decisões.

Com a Constituição de 1934 implantou-se a competência do Senado Federal para determinar a suspensão da execução de lei declarada

11 RE 201.819/RJ, relator p/ acórdão min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, DJ 27/10/2006, p. 64.

12 Sobre o tema, BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 224: “A jurisdição constitucional, é, portanto, uma instância de poder contramajoritário, no sentido de que sua função é mesmo a de anular determinados atos votados e aprovados, majoritariamente, por representantes eleitos. Nada obstante, entende-se, hodiernamente, que os princípios e direitos fundamentais, constitucionalmente assegurados, são, em verdade, condições estruturantes e essenciais ao bom funcionamento do próprio regime democrático; assim, quando a justiça constitucional anula leis ofensivas a tais princípios ou direitos, sua intervenção é a favor, e não contra a democracia. Esta a fonte maior de legitimidade da jurisdição constitucional.”

inconstitucional pelo STF. Com esse novo instituto passou a ser possível a eficácia *erga omnes* das decisões tomadas em controle difuso. Outras inovações da Carta de 1934 foram a introdução da forma de controle concentrado, com a criação da ação interventiva para assegurar a observância dos princípios sensíveis, e a instituição da cláusula da reserva de plenário (*full bench*). Na Constituição de 1937 manteve-se os institutos da Carta anterior, acrescentando, contudo, a possibilidade do Poder Legislativo, após proposta do Presidente da República, convalidar as leis que tenham sido declaradas inconstitucionais, ficando sem efeito a decisão do STF. A Constituição de 1946 eliminou esta possibilidade de convalidação de leis declaradas inconstitucionais, voltando ao quadro existente na Carta de 1934.

A Emenda Constitucional nº 16, em 1965, implanta a representação de constitucionalidade perante o STF, a ser proposta com legitimidade exclusiva do Procurador-Geral da República. Nas Constituições de 1967 e de 1969 permanece a estrutura antes vigente, com acréscimos apenas laterais, mas sem qualquer alteração substancial no quadro de fiscalização da constitucionalidade das leis¹³. A Constituição de 1988 veio ampliar de maneira significativa o rol de legitimados a acionar o controle concentrado de constitucionalidade, bem como aumentou-se o número de instrumentos deste sistema de controle. Foram acrescentadas ao controle concentrado a ação direta de constitucionalidade - ADC, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão - ADI e a arguição de descumprimento de preceito fundamental - ADPF. Todas estas novidades tiveram por força matriz a garantia da supremacia da Constituição, para tornar eficazes os seus mandamentos.

O controle de constitucionalidade brasileiro caracteriza-se atualmente pela adoção do chamado modelo híbrido. Desde a primeira Constituição republicana, em 1891, e atravessando todas as seguintes constituições, o controle difuso de constitucionalidade sempre recebeu previsão em nosso ordenamento. Somente em 1965, com a emenda Constitucional nº 16, veio a se criar o controle de constitucionalidade concentrado. Neste último quadro, porém, a legitimação para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade sempre foi permitida somente ao Procurador-Geral da República, o qual detinha poder de decisão absolutamente discricionário para intentá-la. Esta fórmula terminava por restringir o alcance e o papel desempenhado pelo controle concentrado no sistema brasileiro. No quadro da Constituição de 1988

13 Sobre o histórico do controle de constitucionalidade no Brasil, AGRA, Walber de Moura. *Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade*. Salvador: Editora JusPodivm, 2008; e CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

há uma maior ênfase no papel do controle concentrado, redimensionado o equilíbrio de co-existência dos sistemas difuso e concentrado, a permitir a transmutação da predominância entre eles, do primeiro para o segundo.

Nesse modelo híbrido são acolhidas as vantagens e as desvantagens do controle concentrado e do controle difuso. Se no controle concentrado prima-se pela segurança jurídica, ao privilegiar um único e definitivo pronunciamento a respeito da questão constitucional, no controle difuso tem-se a possibilidade do próprio interessado suscitar o debate, sob o prisma de uma contenda específica e das consequências que então surgem em decorrência da veiculada inconstitucionalidade. No campo das desvantagens, vê-se que no controle concentrado o seu acesso é restrito, podendo deixar indefeso o cidadão contra os excessos do Estado, ao passo que no controle difuso dá-se ensejo à divergência de decisões sobre um mesmo tema, o que, conforme aduz Bruno Noura de Moraes Rêgo¹⁴, em análise do pensamento de Marcelo Neves, pode causar o enfraquecimento da supremacia constitucional. Se há críticas à essa superposição dos dois modelos distintos, de outro lado não faltam encômios ao modelo híbrido adotado no Brasil¹⁵.

O resultado da co-existência de características do sistema europeu-kelseniano e do sistema norte-americano trouxe vários ganhos à jurisdição constitucional brasileira. Entretanto, vários desafios se postaram à frente. Como na expressão cunhada pelo ministro Sepúlveda Pertence, em voto proferido no julgamento da ADC nº 1/DF (DJ 16-06-1995), há uma permanente tensão dialética entre os dois sistemas. Bruno Noura aborda essa tensão dialética, citando a existência de vários temas que foram simultaneamente apreciados em recurso extraordinário e em ação direta de inconstitucionalidade¹⁶.

14 Cf. RÊGO, Bruno Noura de Moraes. *Ação Rescisória e a retroatividade das Decisões de Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001. p. 279.

15 Sobre o tema, MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Reforma do Judiciário*. Jornal da Pós-Graduação em Direito da FD. UFMG, nº 12, maio/2000, *apud* VELLOSO, Carlos Mário da Silva Velloso. O Supremo Tribunal Federal após 1988: Em direção a uma Corte Constitucional. p. 194-195. In: *15 Anos de Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 191-202: "O Brasil tem hoje um dos sistemas de controle de constitucionalidade e de jurisdição constitucional mais sofisticados e democráticos do mundo, juntando a herança européia de controle concentrado hoje bastante questionável e a herança norte-americana de controle difuso e jurisdição constitucional difusa."

16 Sobre o tema, RÊGO, op. cit., p. 340-342: "Os choques entre os dois sistemas ocorrem porque uma mesma questão constitucional pode ser examinada tanto no difuso quanto no concentrado, isto é, difuso e concentrado são dois planos distintos que eventualmente têm pontos semelhantes. Nestes pontos semelhantes – questões constitucionais que podem ser apreciadas pelos dois – dá-se o choque. É preciso notar que os modelos de controle difuso e concentrado são dois modelos paralelos e, entre eles, há pontos em comum: as questões constitucionais. Apesar das suas diversas diferenças, a doutrina atual reconhece

Sublinhe-se que na tramitação simultânea de uma ação direta de inconstitucionalidade e de um recurso extraordinário que possuam o mesmo objeto e a mesma fundamentação, deverá ser julgada em primeiro lugar a ADI, justamente em razão da maior e ampla extensão dos efeitos da sua decisão, conforme restou assentado na Questão de Ordem no Agravo Regimental nº 2.066/SP¹⁷. Esta primazia revela a ênfase que passou a merecer o controle concentrado, quando antes esta recaía sobre o controle difuso, e também a funcionalidade da amplitude de efeitos *erga omnes* nas decisões em controle de constitucionalidade.

No processo objetivo, a questão constitucional não se perfilha como mera questão prejudicial, mas como questão principal, suscitada sob o prisma de atos em tese, os quais caracterizam-se pela generalidade, impessoalidade e abstração. No processo subjetivo, a inconstitucionalidade que porventura seja reconhecida é pressuposto para o julgamento de uma situação jurídica específica, ou seja, volta-se para os atos de efeitos concretos, definidos com maior determinação e precisão. Não está a salvo de críticas a combinação, dentro do modelo híbrido de controle de constitucionalidade, dos dogmas estanques de cada um dos sistemas (difuso e concentrado). No direito norteamericano, ainda que os julgamentos de questões constitucionais não examinem teses, possuem, ainda assim, o poder de se fazer observar pelos demais órgãos judiciais em vista do instituto do *stare decisis*¹⁸. No caso brasileiro, porém, percebe-se a presença de argumento tradicional de que em nosso controle difuso o pronunciamento emanado do STF não se constitui em uma teoria, mas apenas em decisão judicial, de modo

que, cada vez mais, o difuso caminha para o concentrado, vice-versa. Razão, por si só, suficiente a justificar que, nos sistemas mistos, se encontrem soluções adequadas para a harmonia dos dois modelos de controle. [...] Pode ocorrer de o STF estar julgando um recurso extraordinário sobre determinada matéria, quando há ação direta de inconstitucionalidade sobre a mesma matéria. Pode ocorrer, como efetivamente ocorreu, que o STF primeiro julgue em sede de controle difuso. [...] Em matéria tributária, cumpre recordar que havia ações diretas de inconstitucionalidade impugnando o FINSOCIAL (ADIn 24 e 39), a contribuição ao PIS (ADIn 7, 9 e 40) e a Contribuição Social sobre o Lucro (ADIn 15, 42, 43, 57 e 79). Todavia, estas questões tributárias restaram dirimidas em recursos extraordinários, a saber: FINSOCIAL (RE 150.755, RE 150.764 e RE 187.436), contribuição ao PIS (RE 148.754) e Contribuição Social sobre o Lucro (RE 138.284 e RE 146.733)."

17 Pet-AgR-QO 2066/SP, relator p/ acórdão min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ 28-02-2003, p. 07. Ementa: "Controle de constitucionalidade de lei: convivência dos sistemas no Supremo Tribunal Federal. no STF - que acumula o monopólio do controle concentrado e direto da constitucionalidade de normas federais e estaduais com a função de órgão de cúpula do sistema paralelo de controle difuso, é de sustar-se a decisão da arguição incidente de ilegitimidade constitucional do mesmo ato normativo pendente da decisão do pedido de medida cautelar em ação direta."

18 Sobre o tema da doutrina do *stare decisis*, COLE, Charles D. Precedente Judicial – A Experiência Americana. In: *Revista de Processo*, São Paulo, nº 92, p. 70-86, out-dez 1998.

a impossibilitar desde logo sua eficácia *erga omnes*.

Jorge Miranda diz que a fiscalização difusa, apesar de constituir inegável salvaguarda potencial da constitucionalidade, só adquire total autenticidade e efetividade em sistemas judiciais como os anglo-saxônicos¹⁹. Ainda ressalva que mesmo no direito anglo-saxão ocorrem fenômenos próximos da concentração, o que se daria “através da prevalência dos supremos tribunais e da sua especial ou dominante ocupação com questões de constitucionalidade”²⁰. Dada a importância do controle difuso, não se pode, em virtude da insegurança jurídica, deixar cair em descrédito as decisões que nele são proferidas, justamente porque mais próximas da realidade prática que atinge os interessados. Adotou-se em nosso país, a partir da Constituição de 1934, a fórmula da edição de resolução pelo Senado Federal como mecanismo de homogeneização das decisões em controle difuso, eis que, desde a implementação deste controle, pela Constituição de 1891, nada havia para evitar as conseqüências indesejáveis de decisões discrepantes. Também como fundamento para a atuação do Senado havia a manutenção de equilíbrio do princípio constitucional da separação dos poderes. Funcionava o Senado como órgão coordenador dos Poderes, tal como expressamente o qualificava a Constituição de 1934²¹, para evitar um superdimensionamento do Poder Judiciário, controlando-se, assim, o que seria denominado de governo de juízes. Contudo, mesmo essa edição de resolução pelo Senado não é suficiente atualmente em nossa dinâmica jurídica e social. Acrescente-se que hoje não mais o Senado é qualificado na Constituição como órgão coordenador de Poderes, nem tampouco o dogma da separação de poderes subsiste tal qual se punha na primeira metade do século XX²², restando consolidado o controle de

19 Cf. MIRANDA, Jorge. Nos dez anos de funcionamento do Tribunal Constitucional. p. 93. In: *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 91-104.

20 MIRANDA, Jorge. *Ibidem*. p. 93.

21 Sobre o tema, MOREIRA REIS, Palhares. Estudos de Direito Constitucional e de Direito Administrativo. v. IV, Recife: Editora Universitária – UFPE, 2003. p. 170, *apud* AGRA, Walber de Moura. *Aspectos Controvertidos do Controle de Constitucionalidade*. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 56: “Não era ademais, a Corte Suprema do Poder Judiciário quem suspendia a execução da lei, mas o órgão de Coordenação dos Poderes, garantida, portanto, a tese da independência e harmonia dos Poderes da União, sem falar no especial efeito político de suspender a execução de uma lei regularmente aprovada pelo Poder Legislativo.”

22 Sobre o tema, BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade: algumas observações sobre o Brasil. p. 77-78. In: *Anuário Iberoamericano de Justiça Constitucional*. São Paulo, v. 7, 2003. p. 77-101: “A época constitucional que vivemos é a dos direitos fundamentais que sucede à época da separação dos poderes. Em razão disso, cresce a extraordinária relevância da jurisdição constitucional, ou seja, do controle de constitucionalidade, campo de batalha da Lei Fundamental onde se afiança juridicamente a forma legitimadora das instituições. Em verdade, a justiça constitucional se tornou uma premissa da democracia: a democracia jurídica, a democracia com legitimidade.”

constitucionalidade como de natureza predominantemente jurisdicional, bem como ainda se deve destacar que o instituto da resolução senatorial foi implantado quando vigente, com exclusividade, apenas o sistema de controle difuso, inexistindo a hodierna convivência com formas de controle concentrado.

A idéia da supremacia do texto constitucional, seja na construção norte-americana originada no caso *Marbury versus Madison*, seja na teoria do escalonamento concebida por Hans Kelsen, consolidou o dever da Justiça em negar a aplicação das leis inconstitucionais²³. E seja qual for o sistema de controle empregado, difuso ou concentrado, a aferição da inconstitucionalidade de leis situa-se no plano abstrato, como defendem Gilmar Mendes²⁴, Teori Albino Zavascki²⁵ e Eduardo Appio²⁶.

23 Sobre os caracteres dos sistemas norte-americano e europeu, CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

24 MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 245-246: "Convém ressaltar que a distinção consagrada na doutrina entre os controles abstrato e concreto, ou entre controle por via de ação e controle por via de exceção, não tem a relevância teórica que, normalmente, se lhe atribui. Nos modelos concentrados, a diferenciação entre controle concentrado e abstrato assenta-se, basicamente, nos pressupostos de admissibilidade (*Zulässigkeitsvoraussetzungen*). O controle concreto de normas tem origem em uma relação processual concreta, constituindo a relevância da decisão (*Entscheidungserheblichkeit*) pressuposto de admissibilidade. O chamado controle abstrato, por seu turno, não está vinculado a uma situação subjetiva ou a qualquer outro evento do cotidiano (*Lebensvorgang*). Schlaich ressalta a equivocidade desses conceitos, porquanto o controle realizado, a decisão proferida e as consequências jurídicas são verdadeiramente abstratas, na medida em que se processam independentemente do feito originário. Em outros termos, o controle e o julgamento levados a efeito pelo tribunal, estão plenamente desvinculados do processo originário, tendo, por isso, consequências jurídicas idênticas."

25 ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001. p. 26: "Sabe-se, com efeito, que as sentenças proferidas na jurisdição dos casos concretos têm força vinculante limitada às partes. Nesses casos, a certificação judicial da existência ou inexistência do direito questionado tem eficácia subjetiva limitada aos figurantes da relação processual. Não beneficia nem prejudica terceiros. Todavia, se, para chegar à conclusão a que chegou, o julgador tiver feito um juízo – positivo ou negativo – a respeito da validade de uma norma, essa decisão ganha contornos juridicamente diferenciados, em face dos princípios constitucionais que pode envolver. É que os preceitos normativos têm, por natureza, a característica da generalidade, isto é, não se destinam a regular específicos casos concretos, mas, sim, estabelecer um comando abstrato aplicável a um conjunto indefinido de situações. Quando, portanto, se questiona a legitimidade desse preceito, ainda que no julgamento de um caso concreto, o que se faz é pôr em cheque também a sua aptidão para incidir em todas as demais situações semelhantes. Essa peculiaridade é especialmente relevante se considerada em face do princípio da igualdade perante a lei, de cuja variada densidade normativa se extrai primordialmente a da necessidade de conferir um tratamento jurisdicional igual para as situações iguais. É também importante em face do princípio da segurança jurídica, que estaria fatalmente comprometido se a mesma lei pudesse ser julgada constitucional num caso e inconstitucional em outro, dependendo do juiz que a aprecia."

26 APPIO, Eduardo. A teoria da inconstitucionalidade induzida. p. 74-75. In: *Genesis Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, n° 35, p. 70-79, jan/mar. 2005: "O controle é feito no caso concreto, mas a partir de considerações de ordem abstrata e objetiva, em face das quais as condições peculiares das partes

3 A TENDÊNCIA DE OBJETIVAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO

São vários os exemplos na atual jurisprudência sobre movimentos no sentido da objetivação (ou abstração) do controle difuso. Passa-se a citá-los com vistas a retratar que a alteração nas decisões a ele referente ilustra uma nova tendência do modelo híbrido pátrio. Primeiramente, nos recursos extraordinários nº 298.694/SP (DJ 23-04-2004) e nº 300.020/SP (DJ 24-10-2003), ambos da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence, foi admitido o exame dos apelos excepcionais com base em fundamentos diversos daqueles deduzidos pelos recorrentes. Assim, reconheceu-se também no controle difuso a existência da chamada *causa de pedir aberta*, tal como se verifica no controle concentrado. Desta forma, poderá o STF examinar em recurso extraordinário a questão constitucional controvertida à luz de novos fundamentos que não tenham sido considerados na decisão recorrida ou nem mesmo suscitados pelo recorrente. A defesa de interesses subjetivos cede lugar ao interesse maior de proteção do sistema jurídico constitucional.

No agravo regimental nº 375.011/RS (DJ 28-10-2004) admitiu-se a flexibilização na imposição do requisito do prequestionamento para o conhecimento do recurso extraordinário. Nesta decisão da 2ª turma do STF, a relatora ministra Ellen Gracie justificou essa flexibilização para valorizar as manifestações do tribunal como intérprete último da Constituição e evitar o comprometimento da força normativa da Constituição e dos princípios da segurança jurídica e da isonomia. Vê-se que há certa ligação entre esta última decisão, em que se prescindiu do atendimento ao prequestionamento, e as acima mencionadas, em que se considerou que é aberta a causa de pedir do recurso extraordinário. A causa de pedir aberta implica na flexibilização do prequestionamento, o qual cada vez mais vem sendo apontado como anômalo e questionável pressuposto de exame do recurso extraordinário. Esses dois novos caracteres – o da causa de pedir aberta e o da prescindibilidade de

em nada interferem na decisão judicial. A lei deixará de ser aplicada pelo juiz singular caso se apresente (objetivamente) incompatível com a Constituição. Desta maneira, invalida-se uma solução legislativa que se mostra objetivamente incompatível com a Constituição, não porque aplicada no caso concreto conduz a uma afronta para com a Constituição, mas sim porque, examinada no plano político-abstrato, contraria decisões do constituinte. O controle é, portanto, sempre abstrato, o que muda de um sistema para outro é a forma como a questão chega até a mais alta Corte do país. Prova disto é que o controle (concreto) feito pela Suprema Corte dos Estados Unidos é idêntico ao controle feito pelo juiz singular, mas em ambos os casos a decisão é resultado de uma atividade política, tradicionalmente fundada na idéia de um tratamento isonômico a todos os cidadãos. [...] As considerações de ordem subjetiva, fundadas nas peculiaridades do caso concreto e na situação particular das partes envolvidas no litígio se situam no plano da aplicação da lei e não no plano do controle de constitucionalidade.”

prequestionamento – apontam na direção da aproximação entre os sistemas difuso e concentrado de controle da constitucionalidade.

Nos julgamentos do recurso extraordinário nº 197.917/SP (DJ 07-05-2004) e do agravo de instrumento nº 582.280/RJ (DJ 06-11-2006) o STF utilizou a modulação dos efeitos da decisão prolatada em controle difuso, tal como a Lei nº 9.868/99 permite que seja feito no controle concentrado. O excepcional interesse público decorrente do princípio constitucional da segurança jurídica (ou de outro princípio constitucional) permite que também no controle difuso afaste-se a regra geral da nulidade da lei inconstitucional e reconheça-se efeitos prospectivos em cada caso específico. No *habeas corpus* nº 82.959/SP (DJ 01-09-2006) foi debatida justamente a aproximação entre o controle difuso e o controle concentrado, sob o prisma da modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade. No voto do ministro Gilmar Mendes estão contidos os argumentos em favor da introdução desse mecanismo também no controle difuso, o que vem em reforço à tendência de conformar o recurso extraordinário a uma até então desconhecida natureza objetiva.

Outro relevante julgamento, este ainda não concluído, é o da reclamação nº 4.335/AC. Discute-se neste processo a utilização da reclamação constitucional para fazer valer a autoridade das decisões, definitivas ou cautelares, proferidas pelo Pleno do STF em sede de controle difuso e, assim, reconhecer eficácia *erga omnes* a estas decisões, independentemente da edição de resolução pelo Senado. No voto do relator, ministro Gilmar Mendes, considerou-se ter ocorrido mutação constitucional do artigo 52, inciso X, da Constituição, entendendo que a eficácia *erga omnes* das decisões em controle difuso já não mais requer a prévia resolução do Senado Federal, a qual passaria a ostentar tão-somente o caráter de publicação das decisões exaradas pelo STF. Após ter sido acompanhado pelo voto do ministro Eros Grau, o qual também reconheceu a mutação constitucional na interpretação do artigo 52, inciso X, abriu-se divergência com os votos dos ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa. Em seguida houve o pedido de vistas pelo ministro Ricardo Lewandowski.

Além de precedentes do STF, diversas inovações legislativas também vêm construindo pontes na convergência dos sistemas de controle de constitucionalidade. O parágrafo único do artigo 481 do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei nº 9.756/98, excepciona a regra da reserva de plenário (*full bench*) inscrita no artigo 97 da Constituição. Este novo dispositivo autoriza a dispensa do pronunciamento da maioria absoluta do plenário dos tribunais, nos casos em que se pronuncia a inconstitucionalidade de normas, se já houver

anterior manifestação do plenário do STF pela constitucionalidade ou pela inconstitucionalidade de um preceito, ficando os órgãos fracionários vinculados a este precedente. Prestigia-se, assim, a um só tempo, as decisões do STF em controle incidental e os princípios constitucionais da isonomia e da segurança jurídica.

Também a alteração pela Lei nº 9.756/98 da redação do artigo 557, *caput*, e do seu parágrafo 1º, do Código de Processo Civil, demonstra o reforço da invocação da jurisprudência do STF. Isto porque tais dispositivos permitem o julgamento monocrático pelo relator para conceder ou negar provimento aos recursos, conforme estejam em consonância ou em confronto com a jurisprudência do STF.

Importante passo nesse processo de transformações ocorreu com a Lei nº 10.259/2001, que no seu artigo 14, parágrafos 4º a 9º, estabelece o procedimento para julgamento do recurso extraordinário em face das decisões das turmas recursais dos juizados especiais federais. Nestes dispositivos estão previstas a intervenção de terceiros na discussão da tese, a eficácia vinculante da decisão do STF para as turmas recursais e, ainda, a concessão de medida cautelar para sustar o processamento de idênticos recursos até que o STF examine o *leading case*. Estas inovações, como se verá adiante, foram posteriormente replicadas para o controle difuso exercido no âmbito do procedimento ordinário.

O parágrafo 3º do artigo 475 do Código de Processo Civil, incluído pela Lei nº 10.352/2001, excepciona o reexame necessário contra as decisões exaradas desfavoravelmente à Fazenda Pública, se estas têm por fundamento a jurisprudência do Pleno do STF, ainda que não esteja sumulada. Novamente constata-se o prestígio que as decisões do Pleno do STF vêm merecendo cada vez mais. Adicione-se, ainda, a modificação operada pela Lei nº 11.232/2005 no parágrafo único do artigo 741 do Código de Processo Civil para fazer constar do conceito de inexigibilidade do título executivo judicial aquele que se fundar em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo STF, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo STF como incompatíveis com a Constituição.

A Emenda Constitucional nº 45/2004 veio a criar o instituto da súmula vinculante. Esta será decorrente da decisão de 2/3 do Pleno do STF, a partir de reiteradas decisões tomadas no âmbito do controle difuso de constitucionalidade. A súmula vinculante terá eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, igualando-se ao controle concentrado, quantos aos aspectos modais. A Emenda Constitucional nº 45 também inovou ao criar o requisito da repercussão geral para a apreciação do recurso extraordinário pelo STF. Deverá, de agora em diante, o recorrente demonstrar em sua peça recursal a repercussão geral das questões

constitucionais debatidas no caso para que, por votação de dois terços da composição do STF, seja admitido o apelo extremo. A comprovação da repercussão geral é a imposição de uma filtragem qualitativa para a apreciação do recurso extraordinário. Há um refinamento na admissibilidade do recurso extraordinário, gradativamente deixando-se de lado a ausência de prequestionamento ou a presença de reexame de fatos ou provas, para deslocar-se para a relevância da questão constitucional em debate. Na acepção dada por Rogério Ives Braghittoni, os filtros tradicionais dão lugar aos filtros qualitativos²⁷.

Todas estas modificações podem ser qualificadas como decorrência do que Teori Albino Zavascki denomina de eficácia reflexa ou eficácia anexa das decisões do STF em matéria constitucional²⁸. Zavascki adverte que a ausência de força de precedente aos julgamentos proferidos em controle difuso resulta no enfraquecimento dos princípios constitucionais da isonomia e da segurança jurídica. Lembra ainda que Rui Barbosa, em seus comentários à primeira Constituição da República, sustentava a introdução do *stare decisis* para as decisões do STF sobre inconstitucionalidade, no que foi posteriormente seguido por José Castro Nunes e por Lúcio Bittencourt. O doutrinador assevera sobre a imanente força de precedente que exercem as decisões tomadas em controle difuso:

A existência de pronunciamento do Supremo sobre matéria constitucional acarreta, no âmbito interno dos demais tribunais, a dispensabilidade da instalação do incidente de declaração de inconstitucionalidade (CPC, art. 481, parágrafo único), de modo que os órgãos fracionários ficam, desde logo, submetidos, em suas decisões, à orientação traçada pelo STF. É nessa perspectiva, pois, que se deve aquilatar o peso institucional dos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal, mesmo em controle difuso. Nisso reside a justificação para se deixar de aplicar, na seara constitucional, o parâmetro negativo da Súmula 343, substituindo-se pelo parâmetro positivo da autoridade do precedente. E a consequência prática disso é que, independentemente de haver divergência jurisprudencial sobre o tema, o enunciado da Súmula 343 não será empecilho ao

27 Cf. BRAGHITTONI, Rogério Ives. *Recurso Extraordinário – Uma Análise do Acesso do Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 42-45.

28 ZAVASCKI, op. cit., p. 30-31: “Reflexa, porque transmite (“reflete”) efeitos para além do caso julgado, com consequências, ainda que indiretas, em outras situações jurídicas e em relação a outras pessoas, que não as vinculadas à relação processual originária. E anexa, porque se trata de eficácia automática da decisão do STF, que se opera independentemente de provocação ou de manifestação da Corte a respeito dela.”

cabimento da ação rescisória (juízo de admissibilidade). Mais que cabível, é procedente, por violar a Constituição, o pedido de rescisão da sentença (juízo rescindente), sendo que o novo julgamento da causa (juízo rescisório), como corolário e necessário, terá de se ajustar ao pronunciamento da Corte Suprema. [...] Com efeito, ao julgar a rescisória não se está executando o acórdão proferido em controle difuso. O que se faz é acolher a orientação nele adotada pelo Supremo, cuja autoridade não decorre da circunstância de ser anterior à sentença rescindenda, mas de se tratar de pronunciamento do guardião da Constituição, o que, por si só, determina seja acolhido em qualquer futuro julgamento, inclusive nos de ações rescisórias. Pela mesma razão, não vem ao caso saber se a norma eventualmente tida por inconstitucional pelo precedente do Supremo teve ou não sua execução suspensa pelo Senado. Se foi suspensa, haverá aí apenas uma razão a mais para acolher o precedente do STF, já que a suspensão pelo Senado tem eficácia *erga omnes* e, segundo orientação predominante, *ex tunc*.²⁹

O STF em sua função de guardião da Constituição e, ao mesmo tempo, como órgão de cúpula do Poder Judiciário, não pode ter bifurcada a sua atuação quanto à autoridade das suas decisões, seja se elas ocorrem em casos concretos ou seja se elas emergem de processos objetivos. Há o interesse maior na preservação da constitucionalidade objetiva, seja ela averigüada em controle abstrato ou mesmo concreto.

O sensível deslocamento da ênfase em nosso modelo híbrido, saindo do controle difuso para o controle concentrado, inevitavelmente implica em repercussões na convivência entre os dois modelos. Partiu-se de um quadro de inexistência da fiscalização de constitucionalidade para então adotar-se com exclusividade o controle difuso e, posteriormente, introduzir ao lado deste o controle concentrado, porém de forma limitada, quase contida. O panorama altera-se mais uma vez com a Carta Política de 1988, quando a ênfase do modelo híbrido brasileiro passa do controle difuso para o controle concentrado. Mas ainda que não mais prepondere neste novo balanceamento entre os dois modelos, não resulta esta alteração de ênfase na descenescência do controle difuso, frente à expansão do controle concentrado³⁰. Não resulta, pois,

29 ZAVASCKI, op. cit., p. 135-136.

30 Sobre o tema, AGRA, Walber de Moura. *Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade*. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 53-54: "A importância do controle difuso não decorre de reminiscências históricas no Brasil. Ele se constitui na garantia constitucional de acesso mais fácil à cidadania e no meio mais eficaz de concretização dos direitos fundamentais. De forma alguma se pode pensar em suprimi-lo, mas remodelá-lo para se adequar às novas exigências da sociedade atual. Pela maior participação das partes no controle difuso, sua legitimidade procedimental sofre forte incremento, acréscido do fato de que como qualquer

na diminuição de importância do controle difuso, o qual permanece essencial e imprescindível. Contudo, nesta mudança de ênfase do modelo híbrido, surge a problematidade do sistema difuso adotado no Brasil ser desprovido de instituto semelhante ao *stare decisis* americano³¹. Como diz Francisco Fernández Segado, o sistema difuso é característico dos países pertencentes à tradição da *common law*³². Porém, seu modelo foi transposto para países de tradição romano-germânica, como o Brasil.

A chamada objetivação do controle difuso é verificada em razão da utilização de instrumentos que até então eram característicos do controle concentrado. Diante da nova magnitude que assumiu o controle concentrado em nosso modelo híbrido, os instrumentos jurídicos nele empregados passaram a ser adaptados ao controle difuso. Antes, porém, pode-se apontar que são duas as aproximações entre sistemas diferentes entre si. Ocorre entre o sistema da *civil law* e o da *common law* e também ocorre entre o sistema concentrado de controle da constitucionalidade e o sistema difuso de controle da constitucionalidade.

Dois modelos servem como bifurcação nos sistemas jurídicos de grande parte dos países: o *common law*, de origem anglo-saxã, e o *civil law*, de origem romano-germânico (ou continental). A distinção básica entre os dois sistemas reside na ausência/presença de normas positivadas e na regulamentação de litígios diretamente pelo Poder Judiciário, sem a mediação de normas. O *common law* é um sistema que se constrói através dos chamados precedentes. Estes precedentes jurídicos são consolidados no decorrer do tempo. Tem a peculiaridade de não serem produzidos através de normas editadas por legisladores, mas sim por juízes (*judges made law*), sendo, por isso, conhecido também como direito não-escrito. O termo *common law* decorreria da produção do direito a partir do senso comum da sociedade, comportando também a significação de direito consuetudinário, pois é originado a partir dos usos e costumes. De outro lado, o *civil law* deriva do direito romano, o qual se baseia em leis escritas e codificadas. Neste sistema, os juízes têm

instância pode decidir a respeito, seu caráter dialógico – aberto – é muito maior. Por outro lado, como todo cidadão que sofre uma lesão tem competência para impetrar esse tipo de controle, ele se configura como um instrumento imprescindível para a concretização dos mandamentos constitucionais.”

31 Cf. AGRA, op. cit., p. 80-82.

32 Cf. SEGADO, Francisco Fernández. La Justicia constitucional ante el siglo XXI : la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano. p. 168. In: *Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais*, nº 4, p. 143-208, jul.-dez. 2004.

o dever de aplicar as normas produzidas por legisladores, não podendo resolver os litígios fora do âmbito de aplicação daquelas³³.

Observa-se ultimamente a troca de influências entre estes dois sistemas, com o referencial de cada um deles vindo a condicionar cada vez mais o outro, o que significaria uma convergência entre eles. Nos países de *common law* vem-se editando leis mais freqüentemente, em um processo crescente. Nos países que adotam a *civil law* também se verifica a inflexão da *common law*³⁴. No Brasil, especificamente, esta inflexão tem como marco a Emenda Constitucional nº 45, na qual houve a instituição da súmula vinculante. Estas poderão ser editadas unicamente pelo STF e funcionarão como precedentes jurídicos de efeito vinculante a todos órgãos judiciais e órgãos administrativos. Seu advento, por certo, significa o reconhecimento da força criativa da jurisprudência em nosso direito de matriz romano-germânica³⁵.

No direito comparado vem se observando também a contínua e progressiva hibridação dos sistemas de controle de constitucionalidade, que antes se contrapunham. Os sistemas que sempre foram classificados como antagônicos, agora, se não se misturam, têm ao menos superposições de suas características que antes eram exclusivas

33 Sobre as diferenças entre os sistemas, SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law. Introdução ao Direito dos EUA*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 39: "enquanto no nosso sistema a primeira leitura do advogado e do juiz é a lei escrita e, subsidiariamente, a jurisprudência, na *Common Law* o caminho é inverso: primeiro os casos e, a partir da constatação de uma lacuna, vai-se à lei escrita. Na verdade, tal atitude reflete a mentalidade de que o *case law* é a regra e o *statute law* é o direito de exceção, portanto integrativo. Nesse particular, a diferença entre o Direito inglês e o norte-americano é fundamental: a Inglaterra, que consideramos uma *Common Law* mais pura, desconhece a primazia de uma constituição escrita e que se coloca numa organização jurídica piramidal (à *Civil Law*), nem tem idéia de primazia dos *statutes*, tais as constituições estaduais do sistema federativo norte-americano, igualmente direito escrito, constituições estaduais essas que se colocam no ápice da lei estadual, que nos EUA é a maioria das disposições normativas. Na verdade, nos EUA, os precedentes judiciais segundo os *case laws* dos Estados são a regra e as decisões baseadas na lei federal são aquelas intersticiais, mas fique desde já anotado que nos EUA (por tratar-se de um sistema misto entre a *Common Law* e *Civil Law*) permanece o traço característico do sistema: o *judge-made law*."

34 Sobre o tema, LIMA, Leonardo D. Moreira. Stare Decisis e Súmula Vinculante: Um Estudo Comparado. p. 173. In: *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, nº 14, Publicação Semestral do Departamento de Direito da PUC-Rio, p. 165-182, jan.-jul. 1999: "Dentre os fatores propulsores, há que se destacar, no plano teórico, a influência histórica do direito americano sobre o direito brasileiro no campo constitucional e a aproximação dos sistemas do *Common Law* e do *Civil Law*, numa tendência que se verifica de ambos os lados."

35 Sobre o tema, MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 297: "De outra parte, a inserção (rectius, ampliação) da súmula vinculante em nosso desenho constitucional permite intuir que nosso modelo jurídico-político, antes restrito ao primado da norma legal, fica agora de certo modo postado entre o regime da *civil law* (prioridade à norma legislada) e o regime da *common law* (prioridade ao precedente judiciário, ou à norma julgada)."

somente a um deles. Fernández Segado aponta, por isso, o fim da capacidade analítica da bipolaridade dos modelos americano e europeu-kelseniano³⁶. O mesmo autor, ao citar os seminais estudos de Mauro Capelletti, fala do desenvolvimento em curso desta unificação para se chegar a um só modelo de controle de constitucionalidade. José Joaquim Gomes Canotilho constata essa convergência dizendo que “no processo subjectivo, cuja finalidade principal é defender direitos, não está ausente o propósito de uma defesa objectiva do direito constitucional”³⁷.

Na Europa do pós-guerra, notadamente na Alemanha, Itália, Espanha e Áustria, passou-se a permitir aos tribunais ordinários que suscitassem ao tribunal constitucional as questões referentes a normas apontadas como violadoras da Constituição, as quais estão em vias de serem aplicadas em casos concretos. Fernández Segado afirma que nesse panorama convivem lado a lado a abstração da apreciação da questão de inconstitucionalidade pela Corte Constitucional e a concreção derivada da relação de prejudicialidade que tal norma terá na resolução da demanda³⁸. Fernández Segado também destaca a aproximação entre o instituto americano do *stare decisis* e a eficácia *erga omnes* adotada pelos tribunais constitucionais, assemelhando-se a atividades destes últimos muito mais àquela empreendida nos Estados Unidos do que a preconizada originalmente por Kelsen, o que ocorre, segundo ele, em razão do caráter cada vez mais interpretativo das decisões tomadas pelas Cortes Européias. Segado acrescenta que no sistema americano a *Supreme Court* vem se amoldando às feições dos tribunais constitucionais europeus, agora realizando a filtragem das questões a serem examinadas por ela, especialmente com a criação do *writ of certiorari*, além de ter eliminado a jurisdição de apelação de natureza obrigatória, passando a realizar um exame de discricionariedade judicial para verificar a existência de razões especiais e importantes para admitir a tramitação das petições. E cita ainda a abertura de novas vias processuais de acesso à *Supreme Court*, com destaque para a ação declaratória, que permite apresentar a impugnação de constitucionalidade de normas e o emprego de categorias e técnicas decisórias alheias à tradição norte-americana, tudo isto como mais evidências da aproximação dos sistemas³⁹.

Victor Ferreres Comella aponta para a necessidade de convergência dos sistemas, sob o prisma por ele enfocado da necessidade

36 Cf. SEGADO, op. cit., p. 146-147.

37 CANOTILHO, Gomes José Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 861.

38 Cf. SEGADO, op. cit., p. 160-161.

39 Cf. SEGADO, op. cit., p. 163-167.

de descentralização do sistema europeu-kelseniano. O autor ressalta que se o argumento da segurança jurídica justifica a centralização do controle de constitucionalidade, de outro lado o argumento do acesso democrático à Justiça dá pleno fundamento à direção contrária⁴⁰. E falando a respeito dos conceitos jurídicos indeterminados e da dificuldade de sua interpretação em todas as possibilidades que se apresentam concretamente, traz mais uma razão para a descentralização no sistema europeu e o seu progressivo movimento na direção de uma abertura ao controle difuso. Acresce ainda na sua motivação o aumento das questões constitucionais e da inevitável demora no seu julgamento no sistema concentrado para, em seguida, traçar uma proposta de descentralização do sistema europeu-kelseniano⁴¹.

Todo este cenário de transformações no direito comparado agora vem sendo observado no Brasil, inclusive com as atenções da doutrina constitucional. Analisando os elementos do recurso extraordinário, André Ramos Tavares ressalta o caráter de fórmula de acesso em que se constitui a matéria constitucional que nele deve ser suscitada⁴². Veja-se que se a questão constitucional é veiculada como uma fórmula de acesso ao STF em um primeiro momento, esta questão passará em seguida a ser o objeto de pronunciamento da Corte, ao lado da pretensão principal. Mesmo que deduzida incidentalmente, a questão constitucional será analisada pelo STF tal como se dá nos moldes do processo constitucional de controle abstrato.

Gilmar Mendes, tal como já prenunciado por Francisco Fernández Segado, evoca a superação da divisão dos conceitos de controle difuso

40 Cf. COMELLA, Victor Ferreres. The European model of constitutional review of legislation: Toward decentralization? p. 471-476. In: *ICON International Journal of Constitutional Law*, New York, v. 2, n.º. 3, p. 461-491, July 2004.

41 Cf. COMELLA, op. cit., p. 461-491.

42 Sobre o tema, TAVARES, André Ramos. Perfil Constitucional do Recurso Extraordinário. p. 7-8. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (orgs.). *Aspectos Atuais do Controle de Constitucionalidade no Brasil: recurso extraordinário e arguição de descumprimento de preceito fundamental*. São Paulo: Forense, 2003. p. 03-60: "O Supremo Tribunal é receptáculo natural de recursos oriundos das instâncias inferiores justamente porque insere-se na estrutura judiciária brasileira como o mais alto tribunal do país. Assim, e por força de todo um regime jurídico próprio que adiante se analisará, para ele são carreadas as questões constitucionais solucionadas nas diversas instâncias como questões paralelas à solução da lide. Evidentemente que no cumprimento desse seu mister, o Supremo Tribunal, além de deliberar em definitivo sobre a questão constitucional, também deverá decidir a causa propriamente dita, vale dizer, a causa principal, concreta, que lhe é igualmente apresentada. Aliás, a "causa constitucional" serve como fórmula de acesso ao Supremo Tribunal Federal, para que também este se pronuncie e delibere sobre a "causa principal", a lide propriamente dita."

e controle concentrado. O ministro do STF, em voto proferido em processo administrativo no qual se aprovou a emenda regimental nº 12 ao Regimento Interno do STF, retrata as transformações do recurso extraordinário:

Tal como já observei no julgamento da liminar no RE 376852, esse novo modelo legal traduz, sem dúvida, um avanço na concepção vetusta que caracteriza o recurso extraordinário entre nós. Esse instrumento deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Trata-se de orientação que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*). Nesse sentido, destaca-se a observação de Häberle segundo a qual “a função da Constituição na proteção dos direitos individuais (subjectivos) é apenas uma faceta do recurso de amparo”, dotado de uma “dupla função”, subjetiva e objetiva, “consistindo esta última em assegurar o Direito Constitucional objetivo” (Peter Häberle, O recurso de amparo no sistema germânico, *Sub Judice* 20/21, 2001, p. 33(49). Essa orientação há muito mostrase dominante também no direito americano. Já no primeiro quartel do século passado, afirmava Triepel que os processos de controle de normas deveriam ser concebidos como processos objetivos. Assim, sustentava ele, no conhecido *Referat* sobre “a natureza e desenvolvimento da jurisdição constitucional”, que, quanto mais políticas fossem as questões submetidas à jurisdição constitucional, tanto mais adequada pareceria a adoção de um processo judicial totalmente diferenciado dos processos ordinários. “Quanto menos se cogitar, nesse processo, de ação [...], de condenação, de cassação de atos estatais - dizia Triepel - mais facilmente poderão ser resolvidas, sob a forma judicial, as questões políticas, que são, igualmente, questões jurídicas”. (Triepel, Heinrich, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, VVDStRL, Vol. 5 (1929), p. 26). Portanto, há muito resta evidente que a Corte Suprema americana não se ocupa da correção de eventuais erros das Cortes ordinárias. [...] A função do Supremo nos recursos extraordinários - ao menos de modo imediato - não é de resolver litígios de fulano ou beltrano, nem a de revisar todos os pronunciamentos das cortes inferiores. O processo entre partes, trazido à Corte via recurso extraordinário, deve ser visto apenas como pressuposto para uma atividade jurisdicional que transcende os interesses subjetivos. Tal

perspectiva, a par de fortalecer o papel principal da Corte, qual seja a defesa da Constituição, representa a única alternativa possível para a viabilização do Supremo.⁴³

Confirmam a tendência de hibridação dos sistemas os movimentos que nos países de fiscalização de matriz austríaca demandam a consideração dos interesses subjetivos para se suscitarem questões ao tribunal constitucional. Já no exemplo brasileiro essa hibridação implicará em que o controle difuso leve em consideração a defesa objetiva da ordem constitucional, ainda que perante a existência de pretensões subjetivas engredradas no recurso extraordinário. Se no panorama europeu vem ocorrendo a introdução de elementos subjetivistas no controle concentrado, no direito brasileiro vemos o inverso: a introdução de elementos objetivistas no controle difuso. São alterações nos extremos que antes se entendiam antepostos e agora se revelam em nítida aproximação. Como bem assinala André Ramos Tavares a respeito dessa nova concepção do controle difuso no Brasil:

Não configurando o Supremo Tribunal Federal uma terceira (e, eventualmente, quarta) instância de julgamento, e sendo sua tarefa precipuamente (art. 102, da Constituição Federal) a defesa da Constituição, conclui-se que os respectivos recursos não se prestam (ao menos não num primeiro momento) à correção dos julgamentos prolatados pelas instâncias inferiores. A preocupação principal é, ao contrário, com o Direito objetivo. Daí falar-se, inclusive, de um recurso objetivo no sentido de preocupação com questões de ordem objetiva, e não com as causas subjetivamente presentes no processo do qual, eventualmente, emerge o recurso em apreço. De qualquer sorte, a questão constitucional há de ser iluminada pela causa concreta subjacente, conferindo-lhe vida. É, ademais, impossível a qualquer pessoa acionar o Supremo Tribunal Federal sem provar a existência de um processo judicial concreto prévio. De resto, como já salientado, a provocação, ainda que de um processo mais próximo do modelo objetivo, por um particular, é, sem dúvida, uma abertura democrática do sistema. Nesse sentido, a existência (e exigência) de uma lide a ser solucionada (pendente judicialmente) é condição para a provocação da Corte Suprema. A solução para o conflito inter-subjetivo, a ser alcançada pelo recurso excepcional, é apenas um reflexo do julgamento prolatado pelo Supremo Tribunal Federal, verdadeiro Tribunal da federação, porque o recurso não tem como finalidade fazer justiça para as partes envolvidas. Comprova o acerto

43 Processo administrativo nº 318.715/STF, p. 22-24. Emenda Regimental nº 12, publicada no Diário da Justiça, Seção 1, em 17/12/2003.

da asserção a impossibilidade de reabrir discussões de ordem fática ou dependentes de prova. Bem se compreende a doutrina quando assinala ser a verdadeira preocupação desse recurso o Direito objetivamente considerado, e cuja eficácia é que se pretende garantir (com todas as consequências daí derivadas, inclusive a reforma de decisão anteriormente prolatada no caso concreto apresentado). As decisões proferidas pelos mais diversos tribunais e juízes, integrando o sistema jurídico, também devem amoldar-se ao parâmetro constitucional. O recurso extraordinário intercede justamente para procurar garantir essa necessária e desejável integração do Direito (objetivamente considerado, pois). Só nesse sentido é que se poderia compreender a realização de uma eventual justiça para o caso concreto, por via do recurso extraordinário. A situação individual apresentada no recurso é também resolvida, contudo, como decorrência lógica da manutenção da integridade da Constituição federal. É por isso correto afirmar que não basta, para o exercício dos recursos excepcionais, a sucumbência da parte. É a questão constitucional que ensejará o cabimento do recurso. Portanto, uma vez mais comprova-se que se trata de recurso excepcional, porque não franqueado a todos sucumbentes indiscriminadamente.⁴⁴

Poderia-se, assim, divisar dois momentos na apreciação da constitucionalidade que é debatida no recurso extraordinário. Numa primeira fase sobressai a defesa de interesses subjetivos, os quais somente serão tutelados mediante o atendimento ao requisito da existência de uma questão constitucional (fórmula de acesso ao STF). Numa segunda etapa, o controle de constitucionalidade exercido no recurso extraordinário pode ser considerado aproximado à fiscalização abstrata quando chega ao STF, assumindo feições objetivas, em verdadeira convalidação do que até então constituía uma fiscalização em concreto, incidental, eis que a partir de então o que ganhará relevo será a defesa do sistema jurídico constitucional, ainda que se dê concomitantemente à defesa de interesses subjetivos.

4 PERPLEXIDADES

A tendência de aproximação do recurso extraordinário em relação à sistemática do controle concreto de constitucionalidade não conta com um reconhecimento unânime para caracterizá-la como autêntica convergência dos modelos. Vários dos aspectos suscitados

44 TAVARES, op. cit., p. 10-12.

como reveladores dessa aproximação são objeto de críticas pela doutrina constitucional.

Roger Stiefelmann Leal sustenta que a proclamada aproximação entre os sistemas de controle de constitucionalidade não subsiste ante o estudo das razões evocadas para justificar essa tendência. Depois de comparar cada um dos fundamentos para essa convergência, o autor afirma manter-se íntegra e indispensável a dicotomia clássica entre eles:

Convergências e semelhanças circunstanciais são fenômenos diversos. A identificação de ritualísticas processuais com alguma semelhança não significa aproximação ou confluência entre os modelos de justiça constitucional. Os sistemas clássicos de controle de constitucionalidade das leis, mais do que meros procedimentos, indicam soluções institucionais distintas. Constituem fórmulas diferentes de organização e disposição da jurisdição constitucional em relação à jurisdição ordinária. E, sob essa perspectiva, as aparentes similitudes processuais apontadas, bem como as eventuais adaptações admitidas em relação às formatações originais dos modelos não demonstram movimento significativo de aproximação.⁴⁵

Entretanto, mesmo que a utilização dos mecanismos pertencentes a outro modelo de fiscalização seja realizada mediante uma superposição de estruturas, não deixa de caracterizar uma convergência entre sistemas até então antepostos, ainda que sob a forma de um terceiro gênero.

Já a norma que instituiu a repercussão geral no recurso extraordinário é considerada inconstitucional por Dirley Cunha Jr. e Carlos Rátis, sob o argumento de ceifar o direito fundamental do amplo acesso à Justiça. Porém, de outro lado, é defendida ardorosamente por outros doutrinadores, que mencionam sua semelhança ao instituto da arguição de relevância, pré-existente à Carta de 1988⁴⁶. Rogério Ives Braghittoni adverte sobre certa estranheza que tal instituto possa causar em sistema de matriz romano-germânica, como é o brasileiro,

45 LEAL, Roger Stiefelmann. A convergência dos sistemas de controle de constitucionalidade: aspectos processuais e institucionais. p. 79. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, nº 57, Revista dos Tribunais, p. 62-81, out-dez. 2006.

46 Sobre o tema, BRAGHITTONI, Rogério Ives. *Recurso Extraordinário – Uma Análise do Acesso do Supremo Tribunal Federal*, São Paulo: Atlas, 2007. p. 56: “É essa também a opinião de José Miguel Garcia Medina, Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier, que consideram que “está-se, aqui, diante de um sistema de filtro, idêntico, sob o ponto de vista substancial, ao sistema da relevância, que faz com que ao STF cheguem exclusivamente questões cuja importância transcenda à daquela causa em que o recurso foi interposto.”

justamente em virtude da possibilidade de lançar-se a pecha de sua inconstitucionalidade⁴⁷. Contudo, ainda que diante do que seria uma importação ao sistema do *civil law* de mecanismo próprio da *common law*, faz a veemente defesa da adoção de tal instituto:

Se é verdade que todo dispositivo constitucional é “relevante” e tem “repercussão geral”, não significa que toda causa em que se discuta algum dispositivo constitucional também o seja. Uma coisa não tem nada a ver com a outra e é bastante freqüente, na prática forense, verem-se causas em que a matéria constitucional discutida foi ali inserida de maneira evidentemente artificial e forçada, com o único intuito de tentar-se levar a causa ao Supremo. Além disso, a questão aqui não é apenas de “existência” (“existe ou não existe relevância, ou repercussão geral”), mas de intensidade: quão relevante é esta questão, em comparação às demais? Qual a dimensão da repercussão que este julgamento trará para o resto da sociedade, excluídas as próprias partes?⁴⁸

Também a proposta de eficácia *erga omnes* das decisões em controle difuso não recebe a conformidade geral de opinião, seja na doutrina, seja no âmbito do STF. Opõe-se que não ocorreria mutação constitucional nesta situação, mas sim uma tentativa de indevida alteração do texto constitucional, o que não se coaduna com as feições do instituto da mutação. Com base neste argumento, no julgamento da reclamação nº 4.335/AC foram proferidos até o momento dois votos contrários ao cabimento desse instrumento em relação às decisões do STF em controle difuso.

O ministro Gilmar Mendes apresenta várias razões para demonstrar a necessidade de novo significado à edição de resolução pelo Senado. Inicialmente parte da constatação da nova amplitude dada ao controle abstrato, o que repercutirá nos efeitos da decisão do controle incidental. Alerta que a resolução do Senado tem sua aplicação restrita aos casos de declaração de inconstitucionalidade, escapando do seu âmbito de incidência, por ser inadequada para emprestar eficácia geral, as decisões do STF que adotam as técnicas da interpretação conforme

47 Sobre o tema, BRAGHITTONI, op. cit., p. 57: “Ao mesmo tempo, é de se lembrar, com a lição precisa de Cappelletti, que há uma certa “tradição” nos sistemas vinculados à *Civil Law* de que todos os casos levados às cortes superiores devem ser julgados por absoluta aversão à menor sombra de discricionariedade; qualquer instituto semelhante ao *writ of certiorari* certamente seria considerado inconstitucional na maioria desses países – exatamente como ocorreu na Alemanha. O preço pago por essa “tradição” é o afogamento desses tribunais constitucionais da *Civil Law*, bem como uma inevitável redução na qualidade dos julgamentos.”

48 BRAGHITTONI, op. cit., p. 76-77.

e da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. Isto porque nesses casos o STF não declara a inconstitucionalidade de atos normativos, mas apenas cinge-se a fixar determinada orientação na hermenêutica da norma, retirando a incidência de um dos significados normativos possíveis ou estabelecendo qual deles é admitido⁴⁹. A preemência de reinterpretação do artigo 52, inciso X, segundo o ministro do STF, é evidenciada ainda pela multiplicação em nosso ordenamento das decisões dotadas de eficácia geral, as quais deixam de carregar excepcionalidade para passar a serem comuns. Menciona os seguintes exemplos: I - o STF vem conferindo efeito vinculante não apenas ao dispositivo da decisão de inconstitucionalidade de leis municipais, mas também aos seus motivos determinantes; II - as decisões de inconstitucionalidade incidental em ações coletivas inevitavelmente ultrapassam os limites da eficácia entre as partes; e III - a decisão do STF em ADPF tem eficácia geral, ainda que seu desenvolvimento inicial em processo incidental⁵⁰. Aduz ainda haver incongruência entre a teoria da nulidade da lei inconstitucional, por nós adotada, e o ato de suspensão a ser praticado pelo Senado, bem assim que as decisões proferidas no RE 197.971/SP e no HC 82.959/SP, ao aplicarem a modulação temporal dos seus efeitos, demonstram que a Corte já estava desde logo lhes atribuindo eficácia *erga omnes*⁵¹.

A manutenção da competência do Senado Federal para edição da resolução apta a retirar a validade da lei declarada inconstitucional, se encontrava seu fundamento em modelo unicamente pautado pelo controle difuso, a partir do momento em que este passa a conviver com o controle concentrado, ao invés de ser abolida, foi atavicamente mantida, consoante a dicção de Gustavo Binbenbojm⁵². Clèmerson Merlin Clève é também crítico da manutenção da fórmula do Senado na Constituição de 1988⁵³. André Ramos Tavares igualmente perfilha seu entendimento

49 Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. O Papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. p. 155-156. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, nº 162, p. 149-168, abr.-jun. 2004.

50 Cf. MENDES, op. cit., p. 161-163.

51 Cf. voto do ministro Gilmar Ferreira Mendes na reclamação nº 4.335/AC.

52 Sobre o tema, BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 264: "O atavismo, aliás, foi mantido também no art. 52, inciso X, da Constituição de 1988, que não apresenta qualquer justificativa, teórica ou prática, havendo um sistema de controle jurisdicional abstrato, no qual a decisão do Tribunal Constitucional acarreta, de per se, a retirada da norma inconstitucional do ordenamento jurídico."

53 Sobre o tema, CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 124-125: "Todavia, é questionável a permanência da fórmula na Constituição de 1988. Parece constituir um anacronismo a permanência

sobre a indevida manutenção da necessidade da edição de resolução pelo Senado Federal para se obter a eficácia *erga omnes*⁵⁴.

São diversos os aspectos de transformação na fiscalização da constitucionalidade no Brasil, os quais, se acaso não confirmarem-se aptos a configurar a mutação constitucional do artigo 52, inciso X, da Lei Maior, ao menos impulsionam a necessidade de reforma formal desse dispositivo, para que se amolde às novas dinâmicas social e jurídica dos tempos presentes, marcados nomeadamente pela litigiosidade de massa.

5 CONCLUSÃO

O neoconstitucionalismo, como nova concepção de análise do direito constitucional, tem por principais caracteres o reconhecimento de força normativa à Constituição, a necessidade de expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova interpretação constitucional. As normas de direitos fundamentais não são prestigiadas apenas em seu conteúdo normativo, como ainda servem de base axiológica para todo o ordenamento jurídico, evidenciando assim o fenômeno da constitucionalização do direito.

As diversas modificações na legislação e jurisprudência pátrias, ao longo do tempo, demonstram a alteração de ênfase no modelo híbrido brasileiro de controle da constitucionalidade e o maior prestígio das decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional. No direito comparado são incisivos os movimentos pela convergência dos sistemas de fiscalização da constitucionalidade, o que em nosso país apresenta-se com o surgimento da tendência de objetivação do controle difuso.

do mecanismo quando o país adota, na atualidade, não apenas a fiscalização incidental, mas também a concentrado-principal, decorrente de ação direta e, inclusive, para suprimento de omissão. Tem-se que chegou a hora, afinal, de transformar o Supremo Tribunal Federal em verdadeira Corte especializada em questões constitucionais, retirando-se do Senado a atribuição discutida no presente item. O estudo do direito comparado pode demonstrar que, com vantagem, poderia a república substituir o modelo atual pelo praticado em outros países que emprestam, satisfeitos determinados e rigorosos pressupostos, à decisão do órgão fiscalizador da constitucionalidade, eficácia *erga omnes*."

54 Sobre o tema, TAVARES, André Ramos. *Ibidem*. p. 53-54: "A melhor estratégia seria, aqui, a combinação sadia das duas vertentes, para o que há de se admitir a imprescindibilidade de alguns reparos no atual e vigente sistema brasileiro. Nesse sentido, basta atentar para a dificuldade atual quanto aos efeitos das decisões proferidas pelo STF. Não há motivos para que estas, em sede de recurso extraordinário, continuem a ter validade restrita às partes do processo do qual tenha emergido. Isto só se explica, no sistema brasileiro atual, em virtude de uma indevida recomendação e reverência históricas. Há uma repetição imotivada de um regime próprio de um sistema constitucional que só trabalhava com o modelo concreto-difuso de controle, como ocorrera na Constituição de 1934, momento em que surgiu, no Direito pátrio, aquela regra limitativa dos efeitos."

A jurisdição constitucional possui natureza essencial para a defesa dos direitos fundamentais. A efetividade dessa proteção demonstrará o grau de força normativa da Constituição. Esta efetividade das normas constitucionais possui forte relação com os princípios que informam o controle de constitucionalidade e com os mecanismos que são postos à realização deste. Mesmo na tutela de situações individuais ou de relações subjetivadas, o interesse prevalente no controle difuso é o da manutenção da ordem constitucional e preservação do respeito à Constituição, objetivo que se põe acima da importância na distinção dos modelos de fiscalização da constitucionalidade. A busca da manutenção da constitucionalidade objetiva, para além dos interesses individuais, assegurará a força normativa dos preceitos da Lei Maior.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. *Aspectos Controvertidos do Controle de Constitucionalidade*. Salvador: JusPodivm, 2008.

APPIO, Eduardo. A teoria da inconstitucionalidade induzida. In: *Genesis Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, n° 35, p. 70-79, jan/mar. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n° 29, Malheiros, p. 31-57, 2000.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). In: *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 28, n° 60, p. 27-65, jul.-dez. 2004.

BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira*: legitimidade democrática e instrumentos de realização. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição Constitucional e Legitimidade: algumas observações sobre o Brasil. In: *Anuário Iberoamericano de Justiça Constitucional*, São Paulo, v. 7, p. 77-101, 2003.

BRAGHITTONI, Rogério Ives. *Recurso Extraordinário – Uma Análise do Acesso do Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Atlas. 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. _____. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COLE, Charles D. Precedente Judicial – A Experiência Americana. In: *Revista de Processo*, São Paulo, n° 92, p. 70-86, out-dez 1998.

COMELLA, Victor Ferreres. The European model of constitutional review of legislation: Toward decentralization? In: *ICON International Journal of Constitutional Law*, New York, v. 2, n° 3, p. 461-491, july 2004.

LEAL, Roger Stiefelmann. A convergência dos sistemas de controle de constitucionalidade: aspectos processuais e institucionais. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n° 57, Revista dos Tribunais, p. 62-81, out-dez. 2006.

LIMA, Leonardo D. Moreira. Stare Decisis e Súmula Vinculante: Um Estudo Comparado. In: *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n° 14, Publicação Semestral do Departamento de Direito da PUC-Rio, p. 165-182, jan.-jul. 1999.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. O Papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n° 162, p. 149-168, abr./jun. 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MIRANDA, Jorge. Nos Dez Anos de Funcionamento do Tribunal Constitucional. In: *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

PEGORARO, Lucio. A circulação, a recepção e a hibridação dos modelos de justiça constitucional. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 42, nº 165, p. 59-76, jan./mar. 2005.

RÊGO, Bruno Noura de Moraes. *Ação Rescisória e a Retroatividade das Decisões de Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

RUFINO, André. Aspectos do Neoconstitucionalismo. In: *Revista Direito Público*, São Paulo, nº 14, IOB, p. 136-147, out-dez/2006.

SEGADO, Francisco Fernández. La justicia constitucional ante el siglo xxi: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano. In: *Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais*, nº 4, p. 143-208, jul.-dez. 2004.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law. Introdução ao Direito dos EUA*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

TAVARES, André Ramos. Perfil Constitucional do Recurso Extraordinário. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (orgs.). *Aspectos Atuais do Controle de Constitucionalidade no Brasil: recurso extraordinário e arguição de descumprimento de preceito fundamental*. São Paulo: Forense, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. v. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2000.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva Velloso. O Supremo Tribunal Federal após 1988: Em direção a uma Corte Constitucional. In: *15 Anos de Constituição: história e vicissitudes*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.