



REFLEXÕES SOBRE O CONTROLE DIFUSO DA CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL: PASSADO, PRESENTE E OS DESAFIOS PARA O FUTURO

Francisco Luciano Lima Rodrigues¹

RESUMO

O artigo aborda a evolução constitucional do controle difuso de constitucionalidade no Brasil desde a primeira Constituição Republicana até a Emenda Constitucional n 45/2004, bem como a legitimidade, os órgãos competentes para executarem tal forma de controle, os efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade, o papel do Senado Federal na suspensão da execução de lei declarada inconstitucional e a exigência da comprovação da repercussão geral nos recursos extraordinários para o controle difuso da constitucionalidade.

Palavras-chave

Constituição. Controle de constitucionalidade difuso. Recurso Extraordinário

ABSTRACT

This article discusses the evolution of Brazilian Judicial Review, since the first Republican Constitution to Constitutional Amend 45/2004, as well as the legitimacy and competent organs to implement such control, the effects of the incidental declaration of unconstitutionality, the role of Federal Senate in the suspension of the execution of the act what has been declared unconstitutional and the requirement of proof of general repercussion of extraordinary appeals for the Judicial Review.

Key-words

Constitution. Judicial Review. Extraordinary appeals.

A abordagem do tema – controle difuso da constitucionalidade no Brasil – se fará a partir de uma análise da evolução do tratamento do controle da constitucionalidade pelas Constituições brasileiras da era republicana, desde a de 1891 até a Emenda Constitucional nº45/2004, ressaltando a opção do constituinte brasileiro em manter ambas as formas de controle da constitucionalidade

¹ Doutor em Direito pela UFPE/Universidade de Lisboa - Portugal, Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional Mestrado/Doutorado da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Juiz de Direito no Ceará.

– concentrado e difuso, a legitimidade e os órgãos competentes para executarem tal forma de controle, os efeitos da decisão judicial de declaração de inconstitucionalidade pela via de exceção, bem como, o papel do Senado Federal na suspensão da execução de lei declarada inconstitucional.

É pacífica a influência norte-americana na formação do controle de constitucionalidade centrado no poder judiciário com competência para negar a aplicação de normas consideradas inconstitucionais, sendo emblemático o caso *Marbury x Madison*, julgado pela Suprema Corte americana.

Aponta a doutrina diversos exemplos de normas que, mesmo não tratando especificamente do controle da constitucionalidade, expressão produzida a partir da mencionada decisão da Suprema Corte americana, já se referiam a necessidade de, no confronto de leis, afirmar a validade de umas em detrimentos de outras, tidas, na ocasião como inferiores. Nessa situação, indica Alfredo Buzaid², que os juristas portugueses do século XVII tinham uma completa compreensão da importância de se ter um órgão competente para declarar a validade de leis em situações de antagonismo, afirmando que em tal hipótese, caberia ao Corregedor das comarcas decretar a nulidade da lei antagônica, ressaltando a validade da outra.

As Ordenações Filipinas, dois séculos antes dos norte-americanos, tratavam da invalidação das leis, sugerindo duas idéias marcantes: 1- a existência de uma hierarquia de leis, de modo que a inferior ceda ao império e autoridade da superior; 2 – a competência, atribuída a um órgão judiciário, de decretar a nulidade de lei incompatível com as Ordenações.³

No Brasil, não se pode negar, foi marcante a influência das idéias norte-americanas no trato da questão do controle difuso da constitucionalidade. No entanto, há um aspecto fundamental que diferencia as duas experiências, qual seja: na ordem americana o controle da constitucionalidade surgiu a partir da jurisprudência, enquanto no Brasil, ao contrário, o surgimento deu-se, com precisão, a partir do Decreto No. 848, de 11 de outubro de 1890, também denominado de Constituição Provisória de 1890, que afirmava competência para a magistratura federal intervir em espécie e por provocação, ratificando a opção do estado brasileiro pelo controle incidental ou difuso.

A Constituição federal de 1891, no seu artigo 59, § 1º, letras “a” e “b”, asseverava: “ § 1º- Das sentenças das justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: 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 governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar validados esses atos ou essas leis impugnadas”.

² BUZAID, Alfredo. *Da ação direta*. São Paulo: Saraiva, 1958, p.19/20.

³ BUZAID, A. op. cit. p. 20.

A respeito deste dispositivo constitucional, comentou Ruy Barbosa que tal dispositivo

é o abrigo da Constituição, das leis federais e dos tratados internacionais, celebrados pelo Brasil, contra as leis dos Estados, os atos dos seus governos e as sentenças dos seus tribunais. É a declaração da supremacia da Constituição Federal a respeito de todos os atos estaduais (legislativos, administrativos, ou judiciários), e da superioridade geral das leis e tratados da União às leis, atos executivos e sentenças dos tribunais dos Estados. Quer o tribunal de um Estado sentencie contra a validade ou aplicação de tratados ou leis federais; quer julgue válidas as leis (no que se incluem as constituições), ou os atos dos Governos de Estados, quando argüidos, em juízo, de contrários à Constituição da República, ou às suas leis – intervém, mediante recurso dos julgados estaduais em último grau, a suprema justiça da União, para manter e legalidade nacional, na sua lei suprema, nas suas leis ordinárias, ou na suas convenções internacionais contra os erros ou abusos dos Estados, na sua legislatura, na sua administração e na sua justiça. Destarte, o Supremo Tribunal Federal encarna em si, nessa função incomparável, a Constituição da República, exercendo juridicamente a força de manutenção do equilíbrio entre a soberania da Nação e a autonomia dos Estados⁴.

Como se pode verificar a Constituição Federal de 1891 optou pelo controle difuso da constitucionalidade, sob a inspiração norte-americana, bem como pela influência do pensamento de Rui Barbosa.

A segunda Constituição da República, promulgada em 1934, alterou a sistemática de controle da constitucionalidade, exigindo um quorum privilegiado para as decisões a respeito da declaração de inconstitucionalidade, bem como incluiu a exigência de comunicação ao Senado Federal, para efeitos de suspensão da execução de lei, atos ou regulamentos, quando da declaração de inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário.

O art. 76, III, letras “b” e “c” da Constituição Federal de 1934, afirmava:

Art. 76 – À Corte Suprema compete:

(...)

2- julgar: I-...;II-...; III – em recurso extraordinário, as causas decididas pelas justiças locais em única ou última instância: a)...; b) quando se questionar sobre a vigência e ou a validade de lei federal em face da Constituição, ou de lei federal, e o tribunal local negar aplicação à lei impugnada: c) quando se contestar a validade de lei ou de ato dos governos locais em face da constituição, ou de lei federal, e a decisão do tribunal local julgar válido o ato ou a lei impugnado.

⁴ BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. coligidos e ordenados por Homero Pires. IV vol. São Paulo: Saraiva & Cia, 1933, p. 99-100. (grafia atualizada pelo autor).

A competência atribuída ao Senado Federal pelo artigo 91,IV, da Constituição Federal de 1934, mereceu, por parte de Pontes de Miranda, o seguinte comentário:

A tacha de inconstitucionalidade não tinha conseqüências formais no Direito constitucional brasileiro de 1891-1934. A Constituição de 1934 não ousou transformar o julgamento in concreto, no caso examinado pelos juizes, em julgamento definitivo, geral, da lei, nem, tão-pouco, em apreciação in abstrato e derriscante da lei. Se bem os escritores norte americanos falassem em veto judicial, o sistema dos Estados Unidos da América e do Brasil é o de simples declaração in casu da inconstitucionalidade, mas o art. 91, IV, cria algo de novo, algo de mais próximo do veto, se tem que só nos resultados, que é a suspensão de execução. Se o Senado Federal suspende a execução da lei ou do acto, deliberação ou regulamento, e o Poder Judiciárioolve a considerá-lo constitucional ou à parte reputada, antes, por inconstitucional, quid iuris? Cumpre distinguirem-se o novo julgado por maioria acidental e o novo julgado por mudança real da jurisprudência. Só no último caso é que deve o Senado Federal levantar a suspensão⁵.

A Constituição Federal de 1937 manteve inalterado o texto da carta anterior, merecendo destaque a introdução contida no artigo 96, § único, nos seguintes termos:

Art. 96 –

(...)

Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.

Este dispositivo constitucional para ser mais bem entendido, faz-se necessário ressaltar o momento político vivenciado pelo Brasil, especialmente o golpe de 10 de novembro de 1937 que resultou numa Constituição outorgada, bem como a influência da Constituição Polonesa e das idéias vitoriosas, à época, na Itália de Mussoline e na Alemanha de Hitler, tudo, como afirmam Paulo Bonavides e Paes de Andrade⁶, em nome de uma possível estabilidade econômica pós impacto da crise de 1929.

A prevalência da decisão do Presidente da República sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou inconstitucional determinada lei,

⁵ MIRANDA, Pontes. *Comentários à Constituição da República dos E.U. do Brasil*. tomoi, artigos 1 – 103, Rio de Janeiro: Guanabara, [?], p.771.

⁶ BONAVIDES, Paulo. ANDRADE, Paes. *História Constitucional do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1989, p.339-340

sob o argumento de que se atenderia, dessa forma, o bem-estar do povo ou a promoção e a defesa dos interesses nacionais de alta monta, como afirmava o parágrafo único do artigo 96 da mencionada Carta Constitucional de 1937, demonstrava, sem maiores dúvidas, que a repartição dos poderes da república estaria seriamente abalada, mostrando-se o perfeito centralismo do poder executivo.

A propósito deste mencionado dispositivo da Constituição Federal de 1937, é interessante trazer à colação as palavras de Francisco Campos, artífice do texto constitucional, que, por ocasião de um discurso proferido em solenidade de abertura dos trabalhos do Supremo Tribunal Federal em 1941, assim se manifestou a respeito da possibilidade de submissão pelo Presidente da República, nos termos do parágrafo único do artigo 96, de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal e que, pelo voto de 2/3 dos membros de ambas as casas legislativas, poderia tornar sem efeito a decisão do Supremo Tribunal Federal, nos seguintes termos:

Aos Tribunais incumbidos da guarda da Constituição, funciona, igualmente, o poder constituinte. Esta a honra, esta a autoridade, esta a responsabilidade que vos conferiu a Nação. Poder-se-ia alegar, entretanto, a esta altura, que a Constituição 37 mutilou a plenitude do vosso poder, conferindo ao Poder Legislativo a faculdade de derrogar os vossos julgados na parte em que deixem de aplicar a lei por tachá-la de inconstitucional. Esta faculdade, porém, é conferida em caráter excepcional como demonstram as cautelas de que é rodeado o seu exercício. A exigência de que se trate de interesse nacional de alta monta não deixa dúvida quanto ao caráter excepcional e extremo da medida. São, para assim dizer, questões que, pela sua generalidade e para amplitude da sua compreensão, comportam perplexidade e dúvidas quanto ao rumo. Não se trata, propriamente, de questões suscetíveis de serem resolvidas fora de qualquer dúvida razoável, mediante os processos de evidencia ou de demonstração da lógica jurídica; na sua decisão, como em todas as decisões baseadas em preceitos de ordem muito geral, entram fatores intelectuais de outra natureza; nelas influi, necessariamente, o peso do temperamento, das convicções e das tendências honestas, todos os fatores, em suma, que nos conduzem à opção por um dos braços da encruzilhada. Nestas questões, os processos intelectuais em virtude dos quais os juizes optam por uma direção são os mesmos processos pelos quais os homens de governo optaram por outra. Tais questões, por serem de caráter mais geral, envolvem riscos maiores. Nada mais natural, portanto, do que atribuir a sua decisão ao governo que assume os riscos e as responsabilidades das conseqüências e das repercussões⁷.

A Constituição Federal de 1946 promulgada no período de redemocratização

⁷ CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional*. vol.II. Rio de Janeiro/ São Paulo: Freitas Bastos, 1956, p. 403-404.

do país, pouco alterou, com relação aos textos anteriores, a matéria relativa ao controle da constitucionalidade que se mantinha, até então, na modalidade difusa.

Havia nesta Constituição uma disposição contida nos artigos 7º e 8º que dizia respeito da possibilidade do governo Federal intervir nos Estados para, dentre outros motivos, assegurar o cumprimento dos princípios constitucionais que garantiam a forma republicana representativa e a independência e harmonia dos poderes, cabendo ao Procurador Geral da República submeter o ato tido como inconstitucional à apreciação do Supremo Tribunal Federal que acolhendo a arguição de inconstitucionalidade teria como consequência a intervenção no ente federativo.

Observa Alfredo Buzaid que até a promulgação da Constituição de 1946,

sempre que um ato, incriminado de inconstitucionalidade, feria ou lesava o direito do particular protegido pela lei, - cabia ao Poder Judiciário julgá-lo **incidenter tantum**, não como objeto principal do processo. O sistema inaugurado entre nós se afastou substancialmente da tradição americana e brasileira, atribuindo ao Supremo Tribunal Federal a competência para decidir um litígio jurídico, do qual pode resultar uma intervenção, que é um juízo político do Congresso Nacional⁸.

O papel do Procurador Geral da República na arguição de inconstitucionalidade de norma estadual que possa ofender aos princípios da república representativa ou a harmonia e independência dos poderes gerou, à época, discussões doutrinárias a respeito da natureza da manifestação do Procurador Geral da República, havendo quem defendesse tratar-se de uma representação, como, por exemplo Pontes de Miranda⁹ ou, ao contrário, Alfredo Buzaid¹⁰ que afirmava ser a utilização da expressão representação uma criação da doutrina, defendendo que no direito brasileiro o termo teria outra conotação, consistindo no ato de denunciar abusos de autoridades e promover a responsabilidade delas.

Deve-se observar que o papel desempenhado pelo Procurador Geral da República, nos termos do artigo 8º, § único, da Constituição de 1946, até a entrada em vigor da Emenda Constitucional Nº 16/1965, era relativa apenas e tão-somente a composição dos conflitos entre os entes federados, evitando a infração de deveres impostos a todos eles, inclusive a União, como entidades federadas, sendo, no dizer de Gilmar Mendes¹¹, uma simples representação processual.

Depois do Golpe Militar de 1964, dentre várias alterações legais e

⁸ BUZOID, A. op. cit. p.100.

⁹ PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1946*. tomo II. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960, p. 100.

¹⁰ BUZOID, A. op. cit. p. 102.

¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle da Constitucionalidade – Estudos de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2004, p.198.

constitucionais, adveio a Emenda Constitucional Nº16, de 1965, que alterou substancialmente o modelo de controle da constitucionalidade no direito brasileiro na medida em que atribuiu competência ao Supremo Tribunal Federal para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato federal mediante representação do Procurador Geral da República, fazendo surgir no Brasil, aos moldes de outras ordens constitucionais européias, o controle direto de constitucionalidade.

A Constituição Federal de 1967, bem como a Emenda Constitucional de 1969, por alguns considerada mais uma carta política, não trouxe muitas alterações no sistema de controle da constitucionalidade existente sob a égide da ordem constitucional de 1946.

Dentre as mudanças trazidas pela Constituição de 1967/69 podem ser apontadas as seguintes: - a representação para fins de intervenção, atribuídas ao Procurador Geral da República, foram ampliadas, passando a incluir, além do controle relativo ao cumprimento dos princípios da república representativa, da harmonia e independência dos poderes, dos temporariedade dos mandatos eletivos, das garantias do Poder Judiciário; da autonomia municipal; da prestação de contas da administração e da proibição do exercício, por deputado estadual, de ato ou de exercício de função incompatíveis com o mandato eletivo, a partir da expedição do diploma e desde a posse, salvo o cargo de Secretário de Estado;- a possibilidade de intervenção no Município com a finalidade de prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial.

A Constituição Federal de 1967/69 previa o controle da constitucionalidade das leis municipais em face da Constituição Estadual, para fins de intervenção, bem como, por meio da Emenda Constitucional nº 07, introduziu a possibilidade de representação pelo Procurador Geral da República para fins de interpretação de lei ou ato normativo federal e estadual (art. 119, I, "I") e, ainda, concedeu ao Procurador Geral da República a utilização de medida cautelar em representações que constitucionalmente estavam dentro de sua competência (art. 119, I, "p").

A Constituição Federal de 1988 manteve as duas formas de controle da constitucionalidade – o concentrado e o difuso. No entanto, já no seu texto original acabou com o monopólio do Procurador Geral da República para propor ação direta de inconstitucionalidade, estendendo tal prerrogativa aos seguintes órgãos ou pessoas: - o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa da Assembléia Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado e do Distrito Federal; o Procurador Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

A ampliação do número de pessoas, órgãos ou entidades com legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade, nos moldes

do artigo 103 da Constituição Federal de 1988, como não poderia deixar de ocorrer, após a perda do monopólio da representação pelo Procurador Geral da República, facultou o conhecimento pelo Supremo Tribunal Federal de qualquer questão constitucional, operando, no dizer de Gilmar Mendes¹², uma mudança substancial – ainda que não desejada – no modelo de controle de constitucionalidade até então vigente no Brasil.

Trouxe também a Constituição Federal de 1988 o instituto da ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, prevista em seu artigo 103, § 2º, como instrumento para se alcançar a efetividade de norma constitucional, devendo ser dada ciência ao Poder competente para a adoção de providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

A ampliação da legitimidade para utilização dos meios constitucionais típicos do controle direto de constitucionalidade, favoreceu a discussões sobre as conseqüências de tal opção constitucional sobre o controle difuso de constitucionalidade, até então o modelo preponderante, havendo quem defendesse a mencionada ampliação de legitimidade como uma restrição no modelo difuso¹³.

O controle de constitucionalidade difuso, também denominado de via de defesa ou de exceção, tem como marca a possibilidade de se ver submetido a qualquer juiz, de qualquer instância, a argüição de inconstitucionalidade, pressupondo, portanto, que sempre haja uma ação judicial ou um litígio em que uma das partes, ou ambas, possam argüir como defesa a inconstitucionalidade de uma lei ou norma.

É de observar que para o uso do controle de constitucionalidade difuso estão legitimadas todas as pessoas, o Ministério Público, como também o juiz que, de ofício, pode declarar inconstitucional determinada norma. Ocorre, no entanto, que neste tipo de controle deve ser observado que a declaração de inconstitucionalidade não é o objeto da ação, não é a pretensão a ser alcançada pela parte, mas, apenas, uma questão prévia que deve ser analisada como condição para se alcançar o julgamento do mérito.

Por esta prévia questão suscitada pretende a parte afastar a incidência de norma tida como inconstitucional, podendo tal pedido ser realizada em processos que tramitam sob qualquer dos ritos, seja o ordinário, o sumário, o especial ou o constitucional.

Com relação às normas que podem ser declaradas inconstitucionais por juiz, utilizando-se do controle difuso, afirma Barroso que

o controle incidental da constitucionalidade pode ser exercido em relação a normas emanadas dos três níveis de poder, de qualquer hierarquia, inclusive as anteriores à Constituição. O órgão judicial, seja federal ou estadual, poderá deixar de aplicar, se considerar

¹² MENDES, G. p. 208.

¹³ MENDES, G. loc. cit.

incompatível com a Constituição, lei federal, estadual ou municipal, bem como quaisquer atos normativos, ainda que secundários, como o regulamento, a resolução ou a portaria. Não importa se o tribunal estadual não possa declarar a inconstitucionalidade de lei federal em via principal e abstrata ou se o Supremo Tribunal Federal não possa, em ação direta, invalidar lei municipal. Se um ou outro estiver desempenhando o controle incidental e concreto, não há limitações dessa natureza¹⁴.

O controle difuso realizado pelo juiz difere, quanto ao processamento, daquele proferido por órgão colegiado, uma vez que, com relação ao pronunciamento do juiz singular, não resta qualquer dúvida em sua competência para declarar, inclusive, de ofício a inconstitucionalidade, podendo fazê-la por meio de apreciação de medida cautelar ou tutela antecipada, inclusive.

Já com relação ao procedimento de declaração incidental de inconstitucionalidade promovida por órgão colegiado, há procedimento próprio regulado pelo artigo 480/482 do Código de Processo Civil aplicáveis a todos os tribunais, pelo qual se vê a repartição do procedimento em duas etapas.

A etapa primeira ocorre no momento em que o órgão fracionário do tribunal, ao julgar o processo, depara-se com a argüição de inconstitucionalidade formulada pela parte, pelo Ministério Público ou pelo próprio relator que a submete à apreciação do colegiado fracionado.

Sendo rejeitada a argüição, prosseguirá o julgamento, aplicando-se a norma contra a qual foi argüida a pecha de inconstitucional.

Na hipótese do órgão fracionado do Tribunal acolher a argüição de inconstitucionalidade, será lavrado um acórdão e remetida a questão ao tribunal pleno ou órgão especial, quando houver.

Tal remessa se dá em virtude da reserva de plenário, competência constante do artigo 97 da Constituição Federal que prevê o quorum qualificado (maioria absoluta) dos membros do tribunal ou de seu órgão especial para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo por tribunais.

A submissão de argüição de inconstitucionalidade não será apreciada pelo tribunal quando, sobre a lei ou ato normativo, já existir pronunciamento do próprio tribunal ou julgamento da matéria pelo Supremo Tribunal Federal.

Vale observar que o julgamento pelo plenário ou órgão especial, quando houver, da matéria remetida por órgão fracionado do mesmo tribunal não altera a competência deste para julgar o caso concreto, uma vez que tal remessa tem por objetivo, apenas e tão-somente, a verificação da argüição de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, não sendo deslocada ao outro órgão a competência para julgar o caso submetido à turma ou câmara.

¹⁴ BARROSO, Luiz Roberto. *O controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.80.

Ainda com relação ao procedimento para verificação da argüição de inconstitucionalidade pelo tribunal ou seu órgão especial, utilizam-se normas constantes no Código de Processo Civil, artigos 480 a 482, bem como as regras constantes nos regimentos internos dos tribunais, sendo, no entanto, prevista a possibilidade da ouvida do Ministério Público e das pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela emissão do ato impugnado, nos prazos fixados pelo regimento interno do tribunal, bem como, poderão os titulares de propositura de ação direta de inconstitucionalidade, descritos no artigo 103 da Constituição Federal, manifestarem-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação pelo tribunal ou seu órgão especial, sendo-lhes facultado a apresentação de memoriais ou a juntada de documentos e, ainda, a critério do relator, em despacho irrecorrível, ser admitida a manifestação de outras pessoas, órgãos ou entidades.

A possibilidade de apreciação de argüição de inconstitucionalidade por via de defesa, assim como a outros tribunais, é prevista ao Superior Tribunal de Justiça, seja no exercício de sua competência originária, como também no julgamento de recurso ordinário. Às argüições de inconstitucionalidade, na modalidade incidental, se aplicam as regras de procedimento que se impõem aos demais órgãos julgadores colegiados.

O julgamento de argüição de inconstitucionalidade pela via de exceção se mostra mais interessante quando apreciada pelo Supremo Tribunal Federal através do recurso extraordinário, seja pela argüição da repercussão geral das questões constitucionais discutidas, novidade incorporada pela Emenda Constitucional Nº 45/2004, seja pela necessidade de remessa da declaração de inconstitucionalidade para o Senado Federal, por força do artigo 52, X, da Constituição Federal, com a finalidade de suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Dentre as competências outorgadas no artigo 103 da Constituição Federal ao Supremo Tribunal Federal está a apreciação de recurso extraordinário decorrente de causas decididas em única ou última instância, desde que a decisão recorrida contrarie dispositivo constitucional, declare a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, julgue válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição Federal ou, ainda, julgue válida lei local contestada em face de lei federal.

É, portanto, no desempenho da competência descrita no artigo 103, III, da Constituição Federal que o Supremo Tribunal Federal poderá, em sede recursal, apreciar em última instância a decisão que acolheu argüição de inconstitucionalidade pela via de defesa.

O recurso extraordinário, nos termos do artigo 541 do Código de Processo Civil, deve ser interposto perante o presidente do tribunal ou vice-presidente designado pelo regimento interno do tribunal, preenchendo as formalidades legais relativas a exposição do fato e do direito, a demonstração

do cabimento do recurso interposto, além das razões do pedido de reforma da decisão recorrida.

Neste recurso, caberá ao presidente do tribunal ou ao vice-presidente designado pelo regimento interno, realizar um juízo de admissibilidade precário, apreciando, apenas e tão-somente, as formalidades procedimentais, dentre elas, o prequestionamento de ofensa à Constituição, cabendo contra a decisão que inadmitiu o recurso a interposição de agravo de instrumento perante o tribunal competente para apreciar o recurso inadmitido, no caso, o Supremo Tribunal Federal.

A Emenda Constitucional Nº45/2004 alterou o artigo 102,§ 3º da Constituição Federal para exigir, como condição de apreciação do recurso extraordinário, a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso a ser objeto de seu julgamento, podendo recusá-lo pela manifestação de 2/3 de seus membros.

A necessidade deste quorum para a recusa em apreciar recurso extraordinário faz crer que o constituinte derivado teve a cautela necessária para mesclar um mecanismo que pudesse racionalizar a quantidade de processos submetidos ao julgamento daquele tribunal, sem, no entanto, permitir seu uso indiscriminado, retirando do relator o poder de rejeitar recurso, dividindo este ônus dentre os membros do colegiado.

A exigência da apreciação da repercussão geral para admissão do recurso extraordinário foi regulamentada pela Lei nº 11.418/2006 que incluiu os artigos 543-A e 543-B no Código de Processo Civil, fixando critérios para verificação da existência desta hipótese, tomando como parâmetro a “existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”.

Nos termos do artigo 543-A do Código de Processo Civil, haverá sempre repercussão geral quando o recurso impugnar decisão contrária súmula ou jurisprudência dominante no tribunal.

Um aspecto interessante na mencionada Lei Nº 11.418/2006 diz respeito ao quorum necessário para a apreciação da existência de repercussão geral por órgão fracionado, no caso, a manifestação de 4 (quatro) dos membros da turma, ficando, neste caso, dispensada a remessa do recurso ao plenário do Supremo Tribunal Federal, uma vez que sendo o plenário composto de 11 (onze) ministros e já tendo 4(quatro) deles se manifestado pela existência da repercussão geral, a manifestação dos demais, no caso 7 (sete) ministros, não seria suficiente para a rejeição da mencionada repercussão que necessita de, pelo menos, 8 (oito) votos favoráveis.

No que diz respeito ao controle difuso da constitucionalidade, há um ponto na Lei nº 11.418/2006 que merece uma reflexão e que se refere a extensão dos efeitos da decisão que nega a existência de repercussão geral da questão

versada no recurso para todos os demais recursos pendentes sobre matéria idêntica, indeferindo-os.

Correspondendo o recurso extraordinário a fase conclusiva do exercício do controle difuso da constitucionalidade e que pode, caso acolhida a arguição pelo Supremo Tribunal Federal, ter efeito *erga omnes*, desde que suspensa a sua execução pelo Senado Federal, se verifica que a ausência da comprovação da repercussão geral, cujo efeito vincula todas as situações idênticas, importaria no estreitamento da via de controle difuso da constitucionalidade e de sua proximidade com o controle concentrado.

A rejeição da repercussão geral impede a apreciação do recurso extraordinário, além de vincular todas as situações semelhantes e importar em indeferimento do recurso, não atingindo, no entanto, a decisão obtida pelo recorrente com relação à declaração de inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo que permanece vigente e com seus efeitos restritos às partes no processo.

A participação do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade é, como afirmado anteriormente, juntamente com a repercussão geral, um ponto fundamental para o estudo desta forma de controle, na medida em que os efeitos da decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal e que acolhe a arguição de inconstitucionalidade, somente alcança o efeito *erga omnes* quando suspensa a sua execução, no todo ou em parte, por aquela casa legislativa.

A inclusão do Senado Federal no processo de controle da constitucionalidade pela via de defesa surgiu na Constituição de 1934 com a finalidade de suspender a execução de lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, quando argüido por via de exceção, e, dessa forma, outorgar generalidade à declaração de inconstitucionalidade¹⁵.

As atribuições do Senado Federal, nos termos do artigo 52, X, da Constituição Federal, estão circunscritas aos seguintes termos: a) atuação discricionária e não vinculante, podendo, para suspender a execução de lei ou ato normativo, sopesar a conveniência e a oportunidade, inexistindo qualquer sanção para a hipótese do Senado Federal deixar de suspender ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal; b) qualquer ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, no exercício do controle difuso, seja federal, estadual ou municipal, poderá ter suspensão a sua execução por deliberação do Senado Federal; c) a suspensão da execução de lei ou ato normativo pelo Senado Federal ocorrer somente quando a declaração de inconstitucionalidade advier do exercício do controle difuso; d) a suspensão de lei ou ato normativo pelo Senado Federal tem efeitos *ex-tunc*.

¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. O Papel do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Nº 162, p.149/168. Brasília: Senado Federal abr/jun 2004.

O julgamento da Reclamação Nº 4335-5 perante o Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do Min. Gilmar Ferreira Mendes, trouxe a tona o debate a respeito do papel do Senado Federal no controle da constitucionalidade, onde se questiona além da inconsistência do atual modelo de controle - concentrado e difuso, os efeitos da remessa da decisão de inconstitucionalidade, proferida como resultado do exercício do controle difuso, ao Senado Federal, defendendo o relator da mencionada Reclamação que o papel daquela casa legislativa seria, apenas e tão-somente, o de dar publicidade a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal e não, como defendem muitos, suspender a execução de lei ou ato normativo considerado inconstitucional pela via de defesa.

As críticas formuladas pelos doutrinadores a respeito da necessidade de comunicação pelo Supremo Tribunal Federal do julgamento de ação em que declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, oriundo de arguição pela via de defesa, ao Senado Federal, nos termos do artigo 52, X, da Constituição Federal, se concentram praticamente em dois fatores, no entendimento de Barroso

a verdade é que, com a criação da ação genérica de inconstitucionalidade, pela EC nº 16/65, e com o contorno dado à ação direta pela Constituição de 1988, essa competência atribuída ao Senado Federal tornou-se um anacronismo. Uma decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, seja em controle incidental ou em ação direta, deve ter o mesmo alcance e produzir os mesmos efeitos. Respeitada a razão histórica da previsão constitucional, quando de sua instituição em 1934, já não há mais lógica razoável em sua manutenção¹⁶

Parece, portanto, razoável se defender que o alargamento do número de instrumentos processuais (ADI, ADC, ADPF) capazes de obter um provimento judicial que ataque a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, somado a pluralidade de pessoas e entidades legitimadas a utilizarem estes instrumentos e, ainda, acrescido do efeito *erga omnes* e da força vinculante, vem a cada dia esmaecendo a força do controle difuso, uma vez que o uso dos mencionados instrumentos processuais prescinde da remessa da decisão do Supremo Tribunal Federal para que surta efeitos ou que suspenda sua execução.

A utilização de outras ações classificadas como objetivas, tais como a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo, também tem contribuído para acirrar a discussão sobre a permanência do controle difuso de constitucionalidade na ordem constitucional vigente, fundado no argumento de que as decisões obtidas nestas ações judiciais teriam efeito *erga omnes* sem a necessária remessa ao Senado Federal.

Utiliza-se também em desfavor do controle difuso de constitucionalidade o argumento de que há diversas situações em que o Supremo Tribunal Federal

¹⁶ BARROSO, L op. cit. p.110.

exerce a sua função de guardião da Constituição, sem apreciar qualquer das ações constitucionalmente previstas com a finalidade de que se argua diretamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, atribuindo eficácia geral e força vinculante sem a necessidade de remeter ao Senado Federal, como, por exemplo, a situação em que a Corte Constitucional adota uma interpretação conforme à Constituição, restringindo o significado de uma dada expressão ou preenchendo uma lacuna contida no regramento ordinário, ocasião em que se limita a afirmar que determinada interpretação é compatível com a Constituição Federal.

Seguindo esta mesma linha de pensamento, é possível apontar ainda, como exemplo, a situação em que o Supremo Tribunal Federal, sem alterar a literalidade do texto, declara a inconstitucionalidade parcial de texto de determinada lei ou ato normativo sem, no entanto, proceder a redução do texto, fato que não compele o Tribunal a remeter sua decisão ao Senado Federal para efeito de suspensão de execução, nos termos do artigo 52, X, da Constituição Federal, uma vez que se não alteração no texto, trata-se, tão-somente, de uma interpretação.

Não se pode negar que o controle de constitucionalidade no Brasil vem sofrendo uma séria reflexão a respeito da permanência das modalidades previstas na ordem constitucional.

Tal reflexão se mostra presente pelas alterações constitucionais e infraconstitucionais que alargaram a legitimidade para a proposição de ações que arguem a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo ou ainda pelas que impuseram novos parâmetros para a apreciação de recursos extraordinários pelo Supremo Tribunal Federal, criando obstáculos a que se pudesse, mediante suspensão da execução do ato declarado inconstitucional pelo Senado Federal, estender os efeitos dessa declaração a todos.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal as mencionadas mudanças podem ser claramente sentidas nas manifestações dos votos já expedidos durante o julgamento da Reclamação Nº 4335-5, sob a relatoria do Min. Gilmar Mendes, promovida com o intuito de ver aplicada imediatamente uma decisão daquela Corte Constitucional que declarou inconstitucional, quando o julgamento do Habeas Corpus Nº 82.959, o artigo 2º, § 1º, da lei nº 8.072/1990 (“Lei dos Crimes Hediondos”), fundamentado no argumento de que a proximidade dos efeitos do controle difuso e concentrado de constitucionalidade, pelos motivos já expostos, deixam ver como dispensável a remessa da decisão tida como inconstitucional para o Senado Federal com a finalidade de que se suspenda a sua execução, motivado pelo entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que os efeitos de suas decisões são *erga omnes* e vinculantes.

Esta tendência do Supremo Tribunal Federal no sentido de afirmar que o papel do Senado Federal no controle da constitucionalidade seria simplesmente o de dar publicidade a decisão da Corte Constitucional, pode ser contestada a partir do argumento de que tal formulação não se conforma com o modelo de controle difuso

previsto na Constituição Federal, marcado pela participação da sociedade no processo de controle da constituição, mesmo que de forma reflexa, por meio do Senado Federal, sendo, portanto, uma interpretação contrária a própria Constituição.

Todas as discussões, marchas e contramarchas envolvendo as formas de controle de constitucionalidade no Brasil, seja concentrado ou difuso, podem ser atribuídas a ausência de identidade do Supremo Tribunal Federal que, por opção do constituinte, não tem bem definido o seu papel, ora se apresentando como um tribunal de 3ª instância, palco para resolução dos mais variados casos, muitas vezes sem qualquer repercussão social ou coletiva, ora querendo se impor, contra sua própria natureza, como uma Corte Constitucional.

A título de conclusão, é possível afirmar que alterações constitucionais, tais como a necessidade de demonstração da repercussão geral para apreciação do recurso extraordinário, a verticalização e a vinculação de suas decisões, deixam ver no horizonte o rumo das mudanças em matéria de controle da constitucionalidade no Brasil, apontando uma concreta aproximação entre os efeitos da declaração de constitucionalidade pela via concentrada e pela difusa, aspectos que impulsionam as forças necessárias à conversão do Supremo Tribunal Federal em típica Corte Constitucional.

REFERÊNCIAS

- BARBOSA, Ruy. *Commentários à Constituição Federal Brasileira*. coligidos e ordenados por Homero Pires. IV vol. São Paulo: Saraiva & Cia, 1933.
- BARROSO, Luiz Roberto. *O controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. ANDRADE, Paes. *História Constitucional do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1989.
- BUZUID, Alfredo. *Da ação direta*. São Paulo: Saraiva, 1958.
- CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional*. vol.II. Rio de Janeiro/ São Paulo: Freitas Bastos, 1956.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle da Constitucionalidade – Estudos de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MENDES, Gilmar Ferreira. O Papel do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Nº 162, p.149/168. Brasília: Senado Federal abr/jun 2004.
- MIRANDA, Pontes. *Comentários à Constituição da República dos E.U. do Brasil*. tomoI, artigos 1 – 103, Rio de Janeiro: Guanabara, [?].
- PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1946*. tomo II. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960.