
A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional



ISSN 1516-3210

A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional	Belo Horizonte	ano 9	n. 35	p. 1-240	jan./mar. 2009
--	----------------	-------	-------	----------	----------------

A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA
Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

INSTITUTO DE DIREITO
ROMEU FELIPE
BACELLAR

© 2009 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

Editora Fórum Ltda.
Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andar - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: www.editoraforum.com.br
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Editor administrativo: Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Revisora: Lourdes Nascimento
Projeto gráfico e diagramação: Luis Alberto Pimenta
Bibliotecária: Fernanda de Paula Moreira – CRB 2629 – 6ª Região

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.
Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional

A246 A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional.
ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

Trimestral

ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela
Editora Juruá em Curitiba

ISSN 1516-3210

1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional. I. Fórum.

CDD: 342

CDU: 33.342

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Remeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa especialmente credenciada pelo Ministério da Educação - Portaria nº 2.012/06), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A & C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Remeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com foco na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (*sistema double-blind peer review*).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Remeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta revista está indexada em:

- Base RVBI (Catálogo do Senado)
- Library of Congress (Biblioteca do Senado dos EUA)
- Ulrich's Periodicals Directory

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Direção-geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

Editor Acadêmico Responsável

Emerson Gabardo

Conselho Diretivo

Paulo Roberto Ferreira Motta (Presidente)

Adriana da Costa Ricardo Schier

Edgar Chiuratto Guimarães

Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (PUC/SP)

Alice Gonzales Borges (UFBA)

Carlos Ari Sundfeld (PUC/SP)

Carlos Ayres Britto (UFSE)

Carlos Delpiazzi (Universidad de La República – Uruguai)

Cármén Lúcia Antunes Rocha (PUC/MG)

Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC/SP)

Clémerson Merlin Clève (UFPR)

Clovis Beznos (PUC/SP)

Enrique Silva Cimma (Universidade do Chile)

Eros Roberto Grau (USP)

Guilherme Andrés Muñoz (in memoriam)

Jaime Rodríguez-Arana-Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)

Jorge Luís Salomoni (in memoriam)

José Carlos Abraão (UEL)

José Eduardo Martins Cardoso (PUC/SP)

José Luís Said (UBA – Argentina)

José Mario Serrate Paz (Universidad de La República – Uruguai)

Juan Pablo Cajarville Peruffo (Universidad de la República – Uruguai)

Juarez Freitas (UFRGS)

Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)

Lúcia Valle Figueiredo (PUC/SP)

Luis Enrique Chase Plate (Universidade Nacional do Paraguai)

Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)

Marçal Justen Filho (UFPR)

Marcelo Figueiredo (PUC/SP)

Márcio Cammarosano (PUC/SP)

Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)

Nelson Figueiredo (UFG)

Odilon Borges Junior (UFES)

Pascual Caiella (UBA – Argentina)

Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)

Paulo Henrique Blasi (UFSC)

Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)

Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)

Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)

Rogério Gesta Leal (UNISC)

Rolando Pantoja Bauzá (Universidade Nacional do Chile)

Sérgio Ferraz (PUC/RJ)

Valmir Pontes Filho (UFCE)

Weida Zancaner (PUC/SP)

Yara Stropa (PUC/SP)

Conselho Consultivo

Prof. Dr. Antonello Tarzia (Università Commerciale Luigi Bocconi - Itália)

Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes (Unibrasil - PR)

Prof. Dr. Fabrício Macedo Motta (IDAG - GO)

Prof. Dr. Fernando Vernalha Guimarães (Unicuritiba - PR)

Prof. Dr. Gustavo Henrique Justino de Oliveira (USP - SP)

Prof. Dr. Isaac Dumpski (Universidad de Buenos Aires - Argentina)

Prof. Dr. José Luiz Pernas (Universidad de La Coruña - Espanha)

Prof. Dr. Mário Aroso de Almeida (Universidade Católica de Lisboa - Portugal)

Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier (Unibrasil - PR)

Prof. Dr. Paulo Roberto Ferreira Motta (IDRFB - PR)

Prof. Dr. Ubirajara Costódio Filho (Unicuritiba - PR)

Profa. Dra. Cristiana Fortini (UNIPAC - MG)

Profa. Dra. Raquel Dias da Silveira (Faculdades Dom Bosco - PR)

Profa. Dra. Tayana Scheila Friedrich (UFPR - PR)

Profa. Dra. Vanice Lírio do Valle (Universidade Estácio de Sá - RJ)

As transformações discretas do controle de constitucionalidade difuso e concreto: uma realidade que precisa ser reconhecida e refletida

Nicole P. S. Mader Gonçalves

Mestranda em Direito do Estado pela UFPR e bolsista da CAPES.

Resumo: Diante da transformação e da restrição do âmbito de alcance do controle de constitucionalidade difuso e concreto, o artigo busca demonstrar como os novos mecanismos legislativos e a jurisprudência do STF têm trabalhado para a construção de um novo modelo de controle de constitucionalidade no Brasil.

Palavras-chave: Restrição do controle de constitucionalidade difuso e concreto. Expansão do controle de constitucionalidade abstrato e concentrado.

Sumário: 1 Introdução - 2 O controle de constitucionalidade no Brasil: do difuso ao concentrado - 3 A Lei nº 9.756/98 e a limitação do controle de constitucionalidade *difuso* pelos Tribunais - 4 A previsão de *amicus curiae* também no controle difuso de constitucionalidade - 5 As inovações da EC nº 45/04: mais limites para o controle difuso - 5.1 A exigência de repercussão geral - 5.2 A súmula vinculante: efeitos práticos e imediatos sobre o controle difuso - 6 A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - 6.1 Um novo recurso extraordinário? - 6.2 A revisão do papel do Senado Federal - 6.3 A modulação de efeitos temporais em sede de controle difuso - 7 Considerações finais - Referências

1 Introdução

Aos vinte anos da Constituição de 1988 podem ser elencadas várias alterações sofridas pelo texto constitucional e pela maneira de compreendê-lo. No entanto, talvez uma das maiores transformações trazidas pelo texto de 1988 esteja no campo do controle da constitucionalidade das leis. Além de a própria Constituição de 1988 ter redesenhado o tradicional modelo de controle de constitucionalidade, privilegiando um sistema de controle misto (concentrado e difuso),¹ duas Emendas Constitucionais e três leis

¹ É fundamental ressaltar desde logo que o presente trabalho tem como enfoque o estreitamento do campo de atuação do controle de constitucionalidade *difuso*, o que significa ser necessário compreender que controle difuso não é sinônimo de controle de constitucionalidade concreto, embora ambos estejam muitas vezes relacionados. Como ensina Fredie Didier Jr.: "O controle é difuso porque pode ser feito por qualquer órgão jurisdicional; o controle difuso contrapõe-se ao concentrado. Chama-se de controle concreto, porque feito *a posteriori*, à luz das peculiaridades do caso; a ele se contrapõe o controle abstrato, em que a inconstitucionalidade é examinada em tese, *a priori*. Normalmente, o controle abstrato é feito de forma

trouxeram profundas alterações no sistema de controle de constitucionalidade, destacando sempre a forte tendência de verticalização e expansão do controle de constitucionalidade concentrado e abstrato.

Tais transformações estiveram na mira da melhor e mais atenta doutrina, que seja criticando seja elogiando, nunca deixou passar despercebida a profunda mudança que o sistema de controle da constitucionalidade misto vinha sofrendo. Contudo, observa-se que a grade maioria dos estudos sobre o controle de constitucionalidade teve enfoque no controle concentrado e abstrato e suas respectivas alterações, enquanto o controle difuso e concreto ficou em segundo plano, restando a ele apenas a defesa de uma doutrina minoritária.²

Diante dessas circunstâncias e da existência de uma nova jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre o controle de constitucionalidade difuso e concreto, pretende-se investigar e apontar as principais alterações desta modalidade de controle de constitucionalidade, tanto na legislação quanto na jurisprudência do STF. Para tanto, é necessário repassar muito brevemente as origens do controle de constitucionalidade difuso e concreto no ordenamento jurídico brasileiro e como tal modalidade de controle tem convivido com o controle de constitucionalidade concentrado e abstrato.

2 O controle de constitucionalidade no Brasil: do difuso ao concentrado

A idéia de uma Constituição escrita e rígida pressupõe a existência de um controle de constitucionalidade das leis, exigência que foi atendida pela Constituição de 1891 através da inserção do controle de constitucionalidade difuso e concreto inspirado no modelo norte-americano inaugurado pela célebre decisão *Marbury vs. Madison*. Contudo, o controle de constitucionalidade norte-americano não foi reproduzido por completo no Brasil,

concentrada, no STF por intermédio da ADIN, ADC ou ADPF, e o *controle concreto*, de forma difusa. O *controle difuso* é sempre *incidenter tantum*, pois a constitucionalidade é questão incidente, que será resolvida na fundamentação da questão judicial; assim, a decisão a respeito da questão somente tem eficácia *inter partes*. O controle concentrado no Brasil é feito *principaliter tantum*, ou seja a questão sobre a constitucionalidade da lei compõe o objeto litigioso do processo e a decisão a seu respeito ficará imune a coisa julgada material, com eficácia *erga omnes*. Nada impede, porém, que o controle de constitucionalidade seja difuso, mas abstrato: a análise da constitucionalidade é feita em tese, embora por qualquer órgão judicial" (*Curso de direito processual civil*, v. 3, p. 332-333).

² Um dos maiores defensores do fortalecimento do controle de constitucionalidade difuso é Lênio Luiz Streck (*Jurisdição e hermenêutica constitucional*, p. 361-421). Na mesma linha, porém com marco teórico distinto, Álvaro Ricardo de Souza Cruz (*Jurisdição constitucional democrática*).

uma vez que aqui sempre foi seguida a tradição jurídica *romano-germânica*, que não admite a adoção de um dos principais institutos do controle de constitucionalidade norte-americano: a *stare decisis*.³

A ausência de um método de vinculação de precedentes teve como resultado a produção de declarações de inconstitucionalidade com efeitos *inter partes*, que em hipótese alguma alcançariam terceiros. Assim, o controle de constitucionalidade brasileiro, mesmo o exercido pelo STF, produzia efeitos restritos que provocavam uma certa ineficácia no sistema. Essa razão conduziu à inserção na Constituição de 1934 de uma nova competência para o Senado Federal: a suspensão da execução dos atos e leis declarados inconstitucionais. Isso significa que o Senado poderia, após prévia comunicação do STF, editar uma resolução suspendendo a execução da lei declarada inconstitucional, conferindo a ela efeitos *erga omnes*.

Mesmo após a inserção deste mecanismo destinado à extensão dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, entendia-se que era necessária a criação de um sistema de controle de constitucionalidade mais eficaz. Ou seja, um sistema em que a declaração de inconstitucionalidade alcançasse a todos sem ser necessário percorrer todas as instâncias do Poder Judiciário e ainda depender da atuação do Senado Federal. Esse longo caminho para produção de uma declaração de inconstitucionalidade com efeitos *erga omnes* era visto como uma fonte de insegurança jurídica.

Por isso, a partir da EC nº 15/65⁴ o controle de constitucionalidade difuso e concreto passou a conviver com o controle de constitucionalidade concentrado e abstrato, o qual é capaz de resolver a questão da constitucionalidade de forma mais rápida e com efeitos muito mais amplos — já que a

³ Sobre a dificuldade de compatibilizar o sistema de controle de constitucionalidade norte-americano com a tradição romano-germânica e suas seqüências, Gustavo Binenbojm afirma que: "Não se deve olvidar, entretanto, que o referido sistema foi plagiado da matriz norte-americana, vinculada à tradição anglo-saxônica do *common law*. Assim, representando, embora, inegável avanço, do ponto de vista democrático, pelo acesso direto à Constituição que proporciona às partes em litígios e aos juizes e tribunais, tal sistema exibiu, desde logo algumas deficiências e outras tantas inconveniências, decorrentes de sua adoção em um país herdeiro da tradição jurídica romano-germânica. A divergência de entendimentos entre juizes e mesmo, por vezes, entre tribunais, associada à inexistência de um sistema de vinculação aos precedentes, como o *stare decisis*, no direito anglo-saxônico, sempre foi geradora de incertezas e insegurança jurídicas. Por outro lado o sistema não oferecia solução para o problema da multiplicidade de demandas idênticas, fundada na mesma questão constitucional. De fato, como a lei continuava formalmente em vigor (*on the books*), mesmo após haver sido declarada inconstitucional, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, não se evitava a proliferação de tantas ações quantos fossem os interessados naquela matéria" (*A nova jurisdição constitucional brasileira*, p. 124-125).

⁴ Embora desde a Constituição de 1934 o controle abstrato e concentrado esteja presente no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro através da Ação Interventiva, é a EC nº 15/65 considerada o grande marco da inserção do controle de constitucionalidade abstrato e concentrado no Brasil, já que a Ação Interventiva continha hipóteses de cabimento bastante restritas. Sobre as Ações Interventivas, confira-se LEWANDOWSKI. *Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil*.

inconstitucionalidade é argüida diretamente no STF e sua declaração produz efeitos *erga omnes*. O novo sistema foi muito comemorado por conferir maior agilidade e eficiência para o controle de constitucionalidade das leis, contudo, foi muito criticado por possuir apenas um legitimado para ingressar com a Ação Direta de Inconstitucionalidade: o Procurador-Geral da República.

Na Constituição de 1988 o controle de constitucionalidade concentrado e abstrato foi inserido com grande prestígio. Ao lado da Ação Interventiva (que já existia desde a Constituição de 1934) e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) por ação e por omissão, o constituinte previu a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Além disso, atendendo uma reivindicação antiga, ampliou significativamente o rol de legitimados para a propositura da ADI, tornando-a mais legítima sob o aspecto democrático.

No entanto, a expansão do controle concentrado e abstrato não parou por aí. Cinco anos após a promulgação da Constituição de 1988, através da Emenda Constitucional nº 03/93, surgiram mais duas grandes novidades: a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e os seus efeitos vinculantes. Não foram poucas as críticas que recaíram sobre os novos institutos, a grande maioria argumentando que enfraqueciam o tradicional controle difuso e concreto da constitucionalidade e que engessavam a atuação dos juízes e Tribunais, retirando-lhe a liberdade para a interpretação da Constituição em nome de uma suposta segurança jurídica.

Apesar das duras críticas que a expansão do controle de constitucionalidade concentrado e abstrato vinha sofrendo, a publicação da Lei nº 9.868/99⁵ confirmou a intenção de fortalecê-lo e de transformar o STF em Corte Constitucional, pouco importando o que havia sido determinado pelo Poder Constituinte Originário. Dentre as principais alterações que a lei conferiu ao sistema, estão a extensão de efeitos vinculantes também para a ADI e a possibilidade de modulação dos efeitos temporais das decisões proferidas em sede de controle concentrado e abstrato. Ainda, deve-se lembrar que também a publicação da Lei nº 9.882/99, que regulamentou a ADPF, sinalizou para a expansão do controle concentrado e abstrato da

⁵ A respeito da edição das Leis nºs 9.868/99 e 9.882/99, Gustavo Binenbojm explica que "... confirma-se a tendência ao fortalecimento do sistema de controle concentrado e abstrato, mediante ampliação de seus instrumentos e efeitos, como tentativa de dar conta do fenômeno da litigiosidade de massa, que não tem encontrado resposta adequada nas instâncias ordinárias do Poder Judiciário" (*A nova jurisdição constitucional brasileira*, p. 136).

constitucionalidade, frustrando as expectativas de muitos por uma ação mais democrática.⁶

Percebia-se, portanto, que o modelo de controle de constitucionalidade misto (difuso/concreto e concentrado/abstrato) desenhado pela Constituição de 1988 estava cedendo espaço para a construção de um novo controle de constitucionalidade calcado, principalmente, no modelo germânico de controle de constitucionalidade das leis. Tal transformação justificava-se por diversos motivos, sendo que dentre os de maior destaque podem-se citar (i) a busca de maior força normativa da Constituição Federal, (ii) a impossibilidade de o Supremo Tribunal Federal cumular a função de última instância do Poder Judiciário e o papel de Corte Constitucional, (iii) a necessidade de garantir uma aplicação da Constituição de forma mais igualitária e com maior segurança jurídica e (iv) o princípio da supremacia da Constituição.

Nessa linha de raciocínio ainda eram necessários alguns ajustes, os quais foram feitos através da Emenda Constitucional nº 45/04, que interferiu diretamente no exercício do controle de constitucionalidade difuso e concreto com a criação de mecanismos aptos a filtrar o acesso dos recursos ao STF e a uniformizar a atuação do Poder Judiciário a partir de uma jurisprudência criada pelo STF.

Contudo, não é apenas através de Emendas Constitucionais e publicação de Leis que o controle de constitucionalidade concentrado e abstrato vem sendo fortalecido. Também a jurisprudência do STF tem colaborado para a expansão desta modalidade de controle e para transformações dos procedimentos tradicionalmente aplicáveis ao controle difuso e concreto.

Portanto, diante deste quadro, pode-se afirmar que a Constituição de 1988 inaugurou no Brasil um sistema de controle de constitucionalidade

⁶ “Embora tenha sido anunciado como um instrumento de proteção dos direitos fundamentais do cidadão, inspirada no *recurso constitucional* alemão (...) e no *recurso de amparo* espanhol (...), a verdade é que a arguição brasileira, tal como regulamentada pela Lei nº 9.882/99 (sobretudo após os vetos do Presidente da República ao projeto aprovado pelo Congresso Nacional), ficou mais para *avocatória do que para ação constitucional do cidadão*. Com efeito, a ampla legitimação prevista no art. 2º do Projeto de Lei — que no seu inc. II atribuía a qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público legitimidade para manejo do instrumento — acabou reduzida após o veto presidencial ao elenco de legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (art. 2º, I). Ao cidadão resta apenas solicitar ao Procurador Geral da República, mediante representação, nos termos do art. 2º, §1º, o ajuizamento da medida (...)” (BINENBOJM. *A nova jurisdição constitucional brasileira*, p. 208-209). No mesmo sentido, confira-se CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*, p. 433 e SAMPAIO. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*, p. 162; BARROSO. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 245-246 e TAVARES; ROTHENBURG (Org.). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99*.

misto.⁷ Entretanto, durante os vinte da Constituição assistiu-se (e assiste-se) a um forte movimento de expansão do modelo de controle de constitucionalidade concentrado e abstrato em detrimento da tradição do controle difuso e concreto de constitucionalidade. Emendas Constitucionais, leis e jurisprudência indicam, mesmo que na contramão da previsão do Constituinte de 1988, a verticalização do controle concentrado e abstrato em nome da garantia de igualdade na aplicação da Constituição e da segurança jurídica nas decisões judiciais sobre a constitucionalidade das leis. Por isso, é necessário que se investigue e analise como os institutos legais e a jurisprudência trabalham no sentido de restringir o âmbito de atuação do controle de constitucionalidade difuso e concreto, que conforme ressalta Luís Roberto Barroso, “... ainda é a única via acessível ao cidadão comum para a tutela de seus direitos subjetivos constitucionais”.⁸

Passa-se então à análise das principais alterações da legislação e da jurisprudência sobre o controle de constitucionalidade difuso e concreto. No entanto, adverte-se desde já que o intuito do trabalho é destacar como o controle difuso e concreto vem sendo desconfigurado e restringido. Não se tem a pretensão de em um pequeno trabalho fazer uma análise crítica profunda a respeito da conveniência dessas transformações, o que é de fato necessário; especialmente, sobre o aspecto do princípio democrático e do princípio da isonomia. Por ora, contenta-se apenas com a possibilidade de contribuir para a construção de uma visão panorâmica capaz de mostrar a realidade do controle de constitucionalidade difuso e concreto no Brasil a partir da edição das Leis n^{os} 9.756/98 e 9.868/99, da Emenda Constitucional n^o 45/2004 e da jurisprudência do STF.

3 A Lei n^o 9.756/98 e a limitação do controle de constitucionalidade difuso pelos Tribunais

Primeiramente, é necessário esclarecer que a Constituição determina a aplicação da cláusula de reserva de plenário em sede de controle de constitucionalidade difuso pelos Tribunais (art. 97 da CF/88). De acordo com esta regra, a questão constitucional suscitada através da argüição de

⁷ Luís Roberto Barroso lembra que “... nos trabalhos da Constituinte de 1988 surge uma tendência de suprimir o já tradicional controle de constitucionalidade difuso, privilegiando os mecanismos de controle abstrato de constitucionalidade e a formação de uma Corte Constitucional. Contudo, apesar dos esforços nesse sentido, o controle de constitucionalidade difuso foi mantido no sistema de controle da constitucionalidade brasileiro, o qual se caracterizou então como um controle misto ou híbrido em virtude da convivência de dois modelos de controle de constitucionalidade distintos: o difuso e o abstrato” (*O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 66).

⁸ BARROSO. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 77.

inconstitucionalidade deve ser sempre submetida ao julgamento do Plenário ou Órgão Especial, no qual a inconstitucionalidade só poderá ser declarada mediante maioria absoluta dos votos de seus membros.⁹

A Lei nº 9.756/98 trouxe a primeira grande transformação do controle de constitucionalidade difuso com a inserção do parágrafo único do art. 481 do CPC,¹⁰ que dispensa a apreciação da argüição de inconstitucionalidade pelo Plenário ou Órgão Especial quando já houver pronunciamento do respectivo Tribunal ou quando o STF já houver se manifestado sobre a questão constitucional em exame.¹¹

Ou seja, o art. 481, parágrafo único, do CPC estabelece duas exceções ao princípio da reserva de plenário do art. 97, dispensando sua aplicação (i) quando há declaração de inconstitucionalidade pelo STF, mesmo que em sede de controle difuso e concreto e (ii) quando há declaração de inconstitucionalidade pelo Plenário ou Órgão Especial do próprio Tribunal. Ressalta-se ainda que, para a aplicação da hipótese do art. 481, parágrafo único, do CPC, é essencial que o Tribunal ou o STF tenham analisado exatamente a mesma lei que está sendo argüida como inconstitucional em relação ao mesmo parâmetro constitucional, senda vedada a “analogia constitucional”.

As duas exceções são responsáveis pela primeira alteração substancial no controle difuso de constitucionalidade, uma vez que rompem com a tradição dos efeitos de suas decisões, os quais passam a ser providos de um verdadeiro efeito vinculante, típico do controle de constitucionalidade concentrado e abstrato. Lembre-se de que, no caso das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade difuso pelo STF, a regra era a produção de efeitos *inter partes*, podendo tornar-se *erga omnes* somente após a suspensão da execução da lei pelo Senado Federal. No entanto, a

⁹ Sobre o art. 97 da Constituição o Supremo Tribunal Federal já editou Súmula Vinculante no sentido de que: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.”

¹⁰ “Art. 481 - Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno.

Parágrafo único - Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a argüição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.”

¹¹ “Remarque-se que câmara, turma, seção ou outro órgão fracionário do tribunal não pode declarar a inconstitucionalidade, mas pode reconhecer a *constitucionalidade* da norma, hipótese na qual deverá prosseguir o julgamento sem a necessidade de encaminhar a questão constitucional para o plenário. Tampouco está subordinado à reserva de plenário o reconhecimento de que uma lei anterior à Constituição está revogada por ser com ela incompatível, questão que, na conformidade da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, resolve-se no plano intertemporal — a lei deixa de vigor — e não no da validade da norma” (BARROSO. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 65).

partir da aplicação do art. 481, parágrafo único, a decisão do STF em sede de controle difuso passa a vincular a atuação dos demais Tribunais, independentemente de ter ou não o Senado suspenso a execução da lei declarada inconstitucional.

Fredie Didier Jr. explica que a decisão do Plenário/Órgão Especial e do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade tem força para vincular a análise da argüição de inconstitucionalidade pelos demais Tribunais, porque, apesar de ser proferida em sede de controle difuso, o seu exame é feito em abstrato. Nesse sentido, o autor explica que, quando se instaura um incidente de argüição de inconstitucionalidade perante os Tribunais (ou quando o STF aprecia um recurso extraordinário em abstrato, como tem indicado sua jurisprudência — *ver infra* 5.1), a análise da constitucionalidade da lei é feita em abstrato. Ou seja, primeiro o Tribunal posiciona-se em relação à constitucionalidade da lei em tese, isto é, independentemente das circunstâncias do caso concreto, para somente após esse exame em abstrato aplicar a sua conclusão ao caso. Por isso, para o autor, a argüição de inconstitucionalidade é um verdadeiro incidente processual de natureza objetiva.¹²

Portanto, conforme explica Fredie Didier, a decisão do Plenário/Órgão Especial e do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade pode ter força vinculante, porque decorre de uma análise da constitucionalidade em abstrato. Embora a justificativa encontrada pelo autor para a concessão de efeitos vinculantes em sede de controle difuso seja bastante razoável e evidencie a existência de uma terceira modalidade de controle de constitucionalidade no Brasil — *um controle feito pela via difusa, porém, de forma abstrata* —, não se pode deixar de lado outras questões que envolvem a aplicação da art. 481, parágrafo único, especialmente no que diz respeito à competência do Senado Federal para suspender a execução da lei inconstitucional, conferindo à decisão do STF efeitos *erga omnes*.

Sobre essa problemática, Lênio Streck traz algumas considerações. Primeiro, argumenta que, caso o Senado chegue a suspender a norma declarada inconstitucional, concedendo-lhe efeito *erga omnes*, a regra do art. 481, parágrafo único, perde o sentido, pois os efeitos da suspensão da execução da lei pelo Senado Federal são, em termos práticos, idênticos aos

¹² Nesse sentido, explica o autor que tanto é a argüição de inconstitucionalidade de natureza objetiva que se permite a intervenção de *amicus curiae* neste incidente (art. 482 e §§) (DIDIER JUNIOR. *Curso de direito processual civil*, v. 3, p. 333).

efeitos produzidos pela aplicação do art. 481, parágrafo único. Isto é, em ambos os casos, a lei deve deixar de ser aplicada pelo Tribunal sem a necessidade de ser submetida a argüição de inconstitucionalidade à regra da reserva de plenário.

Ainda em relação ao Senado Federal, Lênio Streck levanta outra hipótese. Se em um determinado caso o STF não enviou a decisão para o Senado Federal com a finalidade de obter uma jurisprudência mais consolidada sobre a matéria, haverá um grave problema, pois, apesar de o próprio STF não estar convicto acerca do seu posicionamento sobre a questão, tal posicionamento (que pode ter sido proferido uma única vez em sede de controle difuso) já será capaz de vincular os demais Tribunais. Perante esse impasse, sugere o autor que, somente quando o STF tiver enviado a matéria ao Senado, e o Senado ainda não houver suspenso a norma, é que se aplica o art. 481, parágrafo único.¹³

Diante essas circunstâncias, pode ser questionada a constitucionalidade do art. 481, parágrafo único, por violar o art. 52, inc. X, da Constituição. Nesse sentido, Álvaro Ricardo de Souza Cruz defende a inconstitucionalidade do art. 481, parágrafo único, por considerar que, mesmo perante todas as críticas que possam ser feitas a competência conferida ao Senado pelo art. 52, inc. X, tal exigência ainda se trata de uma determinação constitucional, não podendo ser ignorada em nome de celeridade e economia processual, sobrepondo-se a garantia de direitos constitucionais como a ampla defesa, o contraditório e a livre apreciação do Judiciário. Por essas razões, para o autor, a Lei nº 9.756/98, que acrescentou o parágrafo único ao art. 481, "... subtrai poderes do Legislativo em favor do Judiciário, penalizando a democracia face às já citadas violações aos princípios constitucionais relativos ao processo".¹⁴

Vale destacar que a alteração da interpretação do art. 97, consubstanciada no art. 481, parágrafo único, do CPC, tem como origem e precedente a própria jurisprudência do STF, a qual por diversas vezes se manifestou no sentido de que seria dispensável a aplicação da cláusula de reserva de plenário quando o STF já tivesse se manifestado pela inconstitucionalidade da questão. Nesse linha, destaca-se a orientação do STF no

¹³ Streck ressalta ainda que a segunda hipótese do art. 481, parágrafo único, do CPC só se aplica se não houver ocorrido a primeira hipótese. Ou seja, se já houver pronunciamento pelo STF, perde toda a importância a existência ou não de pronunciamento pelo Tribunal (*Jurisdição e hermenêutica constitucional*, p. 372).

¹⁴ CRUZ. *Jurisdição constitucional democrática*, p. 351.

RE nº 191.898, no qual o Ministro Relator Sepúlveda Pertence justifica a vinculação dos demais Tribunais às decisões de inconstitucionalidade proferidas em sede de controle difuso pelo STF, independente de manifestação do Senado Federal, com o argumento de que uma vez proferida a inconstitucionalidade pelo STF já estaria afastada a presunção de constitucionalidade da lei. Assim, não tem relevância se os efeitos da decisão em controle difuso são *inter partes* ou *erga omnes*, pois o que permite que os demais Tribunais sigam a mesma orientação do STF é o fato de que após o seu pronunciamento pela inconstitucionalidade já foi afastada a presunção de constitucionalidade da norma. De acordo com Gilmar Ferreira Mendes, esse entendimento do STF

*... marca uma evolução no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, que passa a equiparar, ainda que de forma tímida, os efeitos das decisões proferidas nos processos de controle abstrato e concentrado. A decisão do Supremo Tribunal Federal, tal como colocada, antecipa o efeito vinculante de seus julgados em matéria de controle de constitucionalidade incidental, permitindo que o órgão fracionário se desvincule do dever de observância da decisão do Pleno ou do Órgão Especial do Tribunal a que se encontra vinculado. Decide-se autonomamente com fundamento na declaração de inconstitucionalidade (ou de constitucionalidade) do Supremo Tribunal Federal proferida *incidenter tantum*.¹⁵ (grifou-se)*

Diante de todos os argumentos expostos, a principal conclusão que deve ser retirada da análise do art. 481, parágrafo único, é que, havendo manifestação sobre a questão pelo Plenário/Órgão Especial do Tribunal ou pelo STF, só seria necessário submeter a inconstitucionalidade argüida à cláusula de reserva de plenário em caso de mudança de orientação da jurisprudência de qualquer um dos Tribunais. Isso implica reconhecer que a regra de que as decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade difuso produzem efeitos *inter partes* foi relativizada por norma infraconstitucional que viola competência do Senado Federal (art. 52, inc. X).

Pode-se considerar a alteração ora comentada como o primeiro passo rumo ao estreitamento do controle de constitucionalidade difuso, já que vincula a atuação dos Tribunais ao entendimento do STF manifestado inclusive em controle difuso. As alterações constitucionais e legislativas anteriores, que buscavam expansão do controle de constitucionalidade abstrato e concentrado, trouxeram alterações para o campo deste mesmo controle,

¹⁵ MENDES. O controle incidental de normas no direito brasileiro. In: *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, p. 380-381.

como foi o caso da Emenda Constitucional nº 03 que criou a ADC e seus efeitos vinculantes, interferindo apenas indiretamente — o que não significa pouca interferência — no controle de constitucionalidade difuso e concreto.

4 A previsão de *amicus curiae* também no controle difuso de constitucionalidade

O *amicus curiae*¹⁶ é um instituto de origem norte-americana inspirado no chamado *Brandeis-Brief*, uma espécie de memorial apresentado pela primeira vez nos Estados Unidos pelo advogado Louis D. Brandeis no caso *Müller vs. Oregon* em 1908.¹⁷ No controle de constitucionalidade brasileiro, o *amicus curiae* foi admitido pelo art. 7º, §2º da Lei nº 9.868/99,¹⁸ excepcionando a regra de que no controle de constitucionalidade concentrado e abstrato não se admite a intervenção de terceiros de qualquer espécie, uma vez que inexiste na causa um interesse jurídico subjetivo que enseje tal intervenção.¹⁹

De acordo com o art. 7º, §2º, da Lei nº 9.868/99, será possível a manifestação, na qualidade de *amicus curiae*, de indivíduos e grupos sociais, além dos órgãos e entidades formalmente legitimados para a propositura da ADI, que tiverem interesse na causa e sempre que a decisão do STF puder afetar seus interesses. O instituto tem como função tornar os debates acerca da constitucionalidade da lei mais amplos, abertos e democráticos, sendo um exemplo por excelência de um mecanismo da sociedade aberta dos

¹⁶ Gustavo Binenbojm apresenta a seguinte definição de *amicus curiae*: “*Amicus curiae* é o ‘amigo da Corte’, aquele que lhe presta informações sobre matéria de fato e de direito, objeto da controvérsia. Sua função é chamar a atenção dos julgadores para alguma matéria que poderia, de outra forma, escapar-lhe ao conhecimento. Um memorial de *amicus curiae* é produzido, assim, por quem não é parte no processo, com vistas a auxiliar a Corte para que esta possa proferir uma decisão acertada, ou com vistas a sustentar determinada tese jurídica em defesa de interesses públicos ou privados de terceiros, que serão indiretamente afetados pelo desfecho da questão. V. GIFIS, Steven H. *Law dictionary*. Barron’s Educational Series, Inc., 1975. p. 11-12.” (A dimensão do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, p. 3. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-1-JANEIRO-2005-GUSTAVO%20BINENBOJM.pdf>>. Acesso em: 1º out. 2008).

¹⁷ Conforme destaca Edgard Silveira Bueno Filho, a importância da figura do *amicus curiae* no controle de constitucionalidade norte-americano pode ser atestada pela repercussão provocada em um caso envolvendo a Universidade de Michigan em 2003, quando mais de 150 *amici curiae* (dentre ONGs, empresas públicas e privadas cotadas como as 500 maiores dos EUA pela revista *Forbe* e as mais conceituadas Universidades) apresentaram suas manifestações sobre o processo (*Amicus Curiae*: a democratização do debate nos processos de controle de constitucionalidade. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/form_revista.asp?busca=amicus>. Acesso em: 1º out. 2008).

¹⁸ A figura do *amicus curiae* já podia ser encontrada no ordenamento jurídico brasileiro desde 1976, quando a Lei nº 6.385 trouxe em seu art. 31 a previsão de sua intervenção em processos que discutissem questões de direito societário perante a Comissão de Valores Mobiliários. Vale destacar ainda que o próprio STF já permitia a juntada de memoriais elaborados por *amicus curiae* em ADIs antes mesmo da edição da Lei nº 9.868/99.

¹⁹ Tal entendimento encontra fundamento no art. 169, §2º, do RISTF e no *caput* do art. 7º da Lei nº 9.868/99.

intérpretes da Constituição.²⁰ Nesse sentido, Gustavo Binembojm explica que o objetivo do *amicus curiae* é:

... *pluralizar o debate* constitucional, permitindo que o Tribunal venha a tomar conhecimento, sempre que julgar relevante, dos elementos informativos e das razões constitucionais daqueles que, embora não tenham legitimidade para deflagrar o processo, serão destinatários diretos ou mediatos da decisão a ser proferida. Visa-se, ademais, a alcançar um patamar mais elevado de legitimidade nas deliberações do Tribunal Constitucional, que passará formalmente a ter o dever de apreciar e dar a devida consideração às interpretações constitucionais que emanam dos diversos setores da sociedade.²¹

No mesmo sentido, a jurisprudência do STF vem afirmando que:

A intervenção de terceiros no processo da ação direta de inconstitucionalidade é regra excepcional prevista no art. 7º, §2º, da Lei 9.868/1999, que visa a permitir “que terceiros — desde que investidos de representatividade adequada — possam ser admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional. A admissão de terceiro, na condição de *amicus curiae*, no processo objetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional, pois viabiliza, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize, sempre sob uma perspectiva eminentemente pluralística, a possibilidade de participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais. Em suma: a regra inscrita no art. 7º, §2º, da Lei n. 9.868/99 — que contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do *amicus curiae* — tem por

²⁰ Nesse sentido, Peter Häberle ensina que uma interpretação aberta da Constituição, em que todos os sujeitos componentes da sociedade possam se manifestar e produzir uma Constituição que represente efetivamente os anseios da Nação, depende de um processo constitucional adequado para tais fins. De acordo com Häberle, “Os instrumentos de informação dos juizes constitucionais — não apesar, mas em razão da própria vinculação à lei — devem ser ampliados e aperfeiçoados, especialmente no que se refere às formas gradativas de participação e a própria possibilidade de participação no processo constitucional (especialmente nas audiências e nas intervenções). Devem ser desenvolvidas novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição. O direito processual constitucional torna-se parte do direito de participação democrática. A interpretação realizada pelos juizes pode-se tornar, correspondentemente, mais elástica e ampliativa sem que se deva ou possa chegar a uma identidade de posições com a interpretação do legislador. Igualmente flexível há de ser a aplicação do direito processual constitucional pela Corte Constitucional, tendo em vista a questão jurídico-material e as partes materialmente afetadas (*atingidos*). A íntima relação contextual existente entre a Constituição material e direito constitucional faz-se evidente também aqui. Indubitavelmente, a expansão da atividade jurisdicional da Corte Constitucional significa uma restrição do espaço de interpretação do legislador. Em resumo, uma ótima conformação legislativa e o refinamento interpretativo do direito constitucional processual constituem condições básicas para assegurar a pretendida legitimação da jurisdição constitucional no contexto de uma teoria da Democracia” (HÄBERLE. *Hermenêutica constitucional*, p. 46-49).

²¹ BINENBOJM. A dimensão do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, p. 4.

precípua finalidade pluralizar o debate constitucional.” (ADI 2.130-MC, rel. min. Celso de Mello, *DJ* 2-2-2001). Vê-se, portanto, que a admissão de terceiros na qualidade de *amicus curiae* traz ínsita a necessidade de que o interessado pluralize o debate constitucional, apresentando informações, documentos ou quaisquer elementos importantes para o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade. (ADI 3.921, Rel. Min. Joaquim Barbosa, decisão monocrática, julgamento em 24.10.07, *DJ* de 31.10.07)²²

Admissão do *amicus curiae* compete ao relator, que, de acordo com o disposto no §2º do art. 7º da Lei nº 9.868/99, deverá analisar (i) a relevância da matéria em discussão, considerando inclusive a extensão dos efeitos da decisão a ser proferida e (ii) a representatividade dos requerentes — requisito no qual a jurisprudência do STF tem incluído a exigência de pertinência temática.²³ Portanto, somente se presente *relevância e representatividade* é que poderá o relator deferir o pedido de intervenção na qualidade de *amicus curiae*.

A utilização do *amicus curiae* tem sido intensa no STF, podendo-se observar inclusive uma tendência de flexibilização da jurisprudência quanto a alguns requisitos procedimentais estabelecidos para sua intervenção no processo. Já se admite, por exemplo, a possibilidade de o *amicus curiae* ingressar no processo após o término do prazo processual para a entrega de informações, após a inclusão do processo na pauta de julgamento ou até mesmo após o início do julgamento, quando lhe será concedido o direito de realizar sustentação oral.²⁴

Apesar dessa ampla utilização do *amicus curiae* no campo do controle de constitucionalidade concentrado, deve-se lembrar que o instituto foi criado e é aplicado no âmbito dos tribunais norte-americanos no controle de constitucionalidade difuso, isto é, em um processo intersubjetivo,

²² Entendimento neste mesmo sentido já foi apresentado pela Corte em diversos julgados, destacando-se entre eles as seguintes ADIs: 2.130-3-SC, 2.777-8-SP e 3.045- DF, todas de Relatoria do Min. Celso de Mello.

²³ “A pertinência temática também é requisito para a admissão de *amicus curiae* e a Requerente não o preenche. Reduzir a pertinência temática ao que disposto no estatuto das entidades sem considerar a sua natureza jurídica colocaria o Supremo Tribunal Federal na condição submissa de ter que admitir sempre qualquer entidade em qualquer ação de controle abstrato de normas como *amicus curiae*, bastando que esteja incluído em seu estatuto a finalidade de defender a Constituição da República” (ADI nº 3.931, Rel. Min. Cármen Lúcia, decisão monocrática, julgamento em 6.8.08, publicado em 19.8.08).

²⁴ Exatamente pelo reconhecimento da alta relevância do papel do *amicus curiae* é que o Supremo Tribunal Federal tem proferido decisões admitindo o ingresso desses atores na causa após o término do prazo das informações (ADI nº 3.474, Min. rel. Cezar Peluso, publicado em 19.10.05), após a inclusão do feito na pauta de julgamento (ADI nº 2.548, Min. rel. Gilmar Mendes, publicado em 24.10.05) e, até mesmo, quando já iniciado o julgamento, para a realização de sustentação oral, logo depois da leitura do relatório, na forma prevista no art. 131, §3º, do RISTF (ADI nº 2.777-QO, Min. rel. Cezar Peluso). (ADI nº 1.923, Rel. p/ o ac. Min. Eros Grau, decisão proferida pela Min. Ellen Gracie no exercício da Presidência, publicado em 1º.8.07).

em que existem direitos e interesses concretos em análise.²⁵ No Brasil, tal possibilidade também foi prevista pela Lei nº 9.868/99, que acrescentou ao art. 482 do CPC os parágrafos 1º, 2º e 3º, admitindo a participação de *amicus curiae* no julgamento de incidentes de argüição de inconstitucionalidade.

No entanto, é preciso ressaltar que tal previsão legal de *amicus curiae* destina-se para o controle de constitucionalidade *difuso exercido pelos tribunais de modo abstrato*. Isto é, embora exista a possibilidade de um Tribunal admitir o ingresso do *amicus curiae* no exercício do controle de constitucionalidade difuso, a análise da constitucionalidade da lei será feita em tese, apesar de ter chegado ao Tribunal pela via difusa. Ou seja, como já explicado acima, o controle de constitucionalidade via incidente de argüição de inconstitucionalidade é feito em abstrato, sendo por isso falsa a afirmação de que os parágrafos do art. 482 prevêem a utilização do *amicus curiae* para o controle de constitucionalidade difuso e *concreto*, tal como ocorre no sistema norte-americano. Tem-se, na realidade, apenas a permissão para que os Tribunais admitam a participação de um *amicus curiae* no controle de constitucionalidade *difuso e abstrato*. Assim, o *amicus curiae* é mais um ponto que indica a aproximação do controle de constitucionalidade concentrado e difuso no sistema brasileiro.

Raciocínio semelhante deve ser aplicado para a art. 543-A, §6º, do CPC, de acordo com o qual “o Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal”. Deve-se reconhecer que nessa situação a análise da existência ou não de repercussão geral será em tese, e não diante das circunstâncias do caso concreto, uma vez que é da natureza da própria repercussão geral extrapolar as peculiaridades do caso em exame, configurando-se como um interesse econômico, político, social ou jurídico que ultrapasse os interesses subjetivos da causa. Por isso, a manifestação do *amicus curiae* na análise de repercussão geral, embora ocorra em sede de controle de constitucionalidade difuso, examina a questão suscita sob o ponto de vista abstrato.

²⁵ “É da tradição do constitucionalismo norte-americano a admissão da figura do *amicus curiae* em processos alçados ao conhecimento da Suprema Corte, quando em discussão grandes questões constitucionais do interesse de toda a sociedade. O ingresso dos *amici curiae* serve, assim, para pluralizar o debate que, no sistema americano, é originariamente travado apenas entre as partes do processo. No âmbito da Suprema Corte norte-americana, a intervenção do *amicus curiae* é prevista na *Rule 37* do Regimento Interno da Corte — *Brief for an Amicus Curiae*” (BINENBOJM. A dimensão do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, p. 4).

Assim, é necessário reconhecer que o *amicus curiae* no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro aplica-se exclusivamente ao controle de constitucionalidade *abstrato*, podendo existir tanto na via concentrada quanto na via difusa. Além disso, também através da análise da aplicação do *amicus curiae*, resta evidente que existe no Brasil a tendência a ampliar os mecanismos de controle de constitucionalidade abstrato, o que não significa, necessariamente, o estreitamento do campo de incidência do controle de constitucionalidade difuso, uma vez que a transformação que se verifica neste caso se refere ao modo de análise da constitucionalidade (em concreto ou em tese), e não à concentração da interpretação constitucional nas mãos de um Tribunal Constitucional.²⁶

5 As inovações da EC nº 45/04: mais limites para o controle difuso

Dentre as inovações da EC nº 45/04, destacam-se dois mecanismos destinados a desafogar os trabalhos do STF e a transformá-lo em um verdadeiro Tribunal Constitucional: a repercussão geral e a súmula vinculante. A polêmica criada em torno desses novos institutos, no entanto, diz respeito aos reflexos que sua adoção pode produzir no âmbito do controle de constitucionalidade difuso e, conseqüentemente, nos meios de acesso à jurisdição constitucional. Sendo assim, a repercussão geral e a súmula vinculante são dois institutos jurídicos desenvolvidos dentro da idéia de estreitamento do controle de constitucionalidade difuso.

5.1 A exigência de repercussão geral

A repercussão geral, novo requisito exigido pela EC nº 45/2004 para a admissibilidade do recurso extraordinário — principal instrumento de controle de constitucionalidade difuso pelo STF —, tem como função precípua reduzir o número destes recursos, tornando os trabalhos do STF mais dinâmicos, eficientes e, principalmente, focados na questão constitucional. Com a introdução desse novo instrumento foi inevitável a comparação com a argüição de relevância do regime constitucional anterior. No entanto, as semelhanças entre os dois institutos restringem-se à tentativa de filtrar os recursos extraordinários que chegam ao STF. Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Francisco Mitidiero ensinam que:

²⁶ Por isso, o alargamento do controle de constitucionalidade abstrato pode ser acusado de não levar em conta as particularidades de um caso concreto e, com isso, ferir o princípio da isonomia. No entanto, sua ampliação não interfere em questões como o acesso à justiça ou legitimidade democrática da jurisdição constitucional, pois não impede que qualquer cidadão instaure um incidente de argüição de inconstitucionalidade.

Nada obstante tenham a mesma função de “filtragem constitucional”, a argüição de relevância de outrora e a repercussão geral não se confundem. A começar pelo desiderato: enquanto a argüição de relevância funcionava como instituto que visava a possibilitar o conhecimento deste ou daquele recurso extraordinário *a priori* incabível, funcionando como um instituto central inclusiva, a repercussão geral visa a excluir do conhecimento do Supremo Tribunal Federal controvérsias que assim não se caracterizam. Os próprios conceitos de repercussão geral e argüição de relevância não se confundem. Enquanto este está focado fundamentalmente no conceito de relevância, aquele exige, para além da relevância, a transcendência da questão debatida.²⁷

Como lembra Luís Roberto Barroso, entendia-se que a argüição de relevância possuía natureza política, o que possibilitava que as decisões a seu respeito fossem tomadas em sessões administrativas secretas e com ausência de fundamentação. Já a repercussão geral é um instituto jurídico que, de acordo com os ditames do Estado Democrático de Direito definidos pela Constituição de 1988, não pode ser dissociado da publicidade e da fundamentação das decisões (art. 93, inc. IX).²⁸

Ou seja, apesar de o Tribunal poder recusar-se a julgar um recurso extraordinário com fundamento em qualquer outro requisito de admissibilidade, como, por exemplo, a ausência de prequestionamento, o reconhecimento de existência ou ausência de repercussão geral somente será legítimo quando a decisão apresentar razões explícitas e devidamente fundamentadas, uma vez que essa é a única alternativa compatível com o regime democrático adotado pela Constituição de 1988.²⁹ Tal consideração é relevante na medida em que o dispositivo constitucional que implementou a repercussão geral não especificou quais são os casos em que ocorre a sua incidência, deixando a delimitação da matéria atinente à repercussão geral para ser aferida pelo STF em cada caso.³⁰

Portanto, como o objetivo da repercussão geral é evitar que o STF fique sobrecarregado com inúmeras questões repetidas e de menor importância,

²⁷ MARINONI; MITIDIER. *Repercussão geral no recurso extraordinário*, p. 30-31.

²⁸ BARROSO. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 98.

²⁹ Barroso destaca, no entanto, que a fundamentação exigida para verificação de repercussão geral não precisa ser exaustiva, uma vez que não há qualquer tipo de controle sobre a decisão, o que justifica o elevado quórum para a sua aceitação (*O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 101).

³⁰ Barroso lembra que é uma tendência mundial permitir que os Tribunais Constitucionais elejam as causas que irão julgar. Nesse sentido destaca que nos Estados Unidos, depois de uma série de alterações legislativas, o acesso à Suprema Corte ocorre principalmente através do *writ of certiorari*, que se caracteriza por permitir que o tribunal exerça um juízo de admissibilidade discricionário. O mesmo ocorre na Alemanha, em que o acesso ao Tribunal Constitucional através do cabimento da queixa constitucional também é discricionário, devendo seguir apenas os seguintes critérios “i) significado fundamental jurídico da questão; ou ii) existência de um prejuízo especialmente grave para o recorrente no caso de denegação.” É fundamental destacar ainda que tanto no sistema americano quanto no alemão o Tribunal não está obrigado a justificar publicamente suas razões (*O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 99).

seus requisitos são a *relevância* e a *transcendência* da questão suscitada. Assim, dispõe o art. 543-A, §1º, do CPC: “A questão debatida [em recurso extraordinário] tem de ser *relevante* do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, além de *transcender* para além do interesse subjetivo das partes da causa” (grifou-se). De acordo com Barroso, isso permitiria “a produção de julgamentos mais cuidadosos e dotados de maior visibilidade, fomentando o debate democrático em torno das decisões do próprio papel desempenhado pela Corte”.³¹

Contudo, é preciso observar que, se, por um lado, a repercussão geral traz mais eficiência e visibilidade para os julgamentos proferidos pelo STF, por outro, funciona como uma barreira ao controle de constitucionalidade difuso e concreto, única via de acesso do cidadão à jurisdição constitucional. A exigência de que o recurso extraordinário traga à discussão uma questão constitucional que *transcenda* os interesses da parte retira o sentido do recurso extraordinário como mecanismo de controle de constitucionalidade difuso e concreto e transforma-o em instrumento de defesa da ordem constitucional, consagrando o entendimento proferido pelo Min. Gilmar Mendes no Processo Administrativo nº 318.715/STF, o qual culminou na Emenda nº 12 do RISTF:

O recurso extraordinário deixa de ter caráter meramente subjetivo ou de defesa de interesses 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. (...) A função do Supremo nos recursos extraordinários — ao menos de modo imediato — não é de resolver litígios de fulano ou beltrano, nem o de revisar todos os pronunciamentos das Cortes inferiores. O processo entre as partes trazido à Corte via recurso extraordinário, deve ser visto apenas como pressuposto para uma atividade jurisdicional que *transcende* os interesses subjetivos. (grifou-se)

Assim, a exigência de *transcendência* da repercussão geral faz com que a questão da constitucionalidade nos recursos extraordinários seja analisada em abstrato, para somente na seqüência ser aplicada ao caso concreto. Explica-se: como a repercussão geral exige que o recurso extraordinário apresente uma questão constitucional que *transcenda* o interesse das partes, essa questão constitucional será analisada em abstrato, dissociada dos interesses intersubjetivos em jogo no recurso extraordinário.

³¹ O controle de constitucionalidade no direito brasileiro, p. 100.

Somente depois de o STF adotar uma posição, em tese, sobre a existência ou ausência da repercussão geral, é que haverá o julgamento do caso concreto.

Assim, o procedimento de julgamento do recurso extraordinário é dividido em duas etapas: na primeira, extrai-se a questão constitucional passível de repercussão geral do caso concreto e faz-se sua apreciação em abstrato, em tese; na segunda, aplica-se o resultado do julgamento sobre a existência ou não da repercussão geral ao caso concreto trazido pelo recurso extraordinário. Tal sistemática de análise do recurso extraordinário imposta pela exigência de uma repercussão geral que *transcenda* os interesses inter-subjetivos da parte é mais um indicativo de que o controle de constitucionalidade concreto vem perdendo espaço no controle de constitucionalidade brasileiro em nome da eficiência e economicidade.

Além criar uma etapa de análise em abstrato no recurso extraordinário, a repercussão geral restringe o âmbito do controle difuso, uma vez que impede que o STF aprecie causas originárias das instâncias inferiores, funcionando como um filtro recursal. Portanto, a repercussão geral traz duas modificações para o controle de constitucionalidade difuso e concreto: (i) cria mais uma hipótese em que o controle de constitucionalidade é difuso, porém, feito de modo abstrato e (ii) restringe o campo de atuação do controle difuso ao impedir o acesso ao STF.

Quanto à primeira alteração, Renato Stanzola Vieira ressalta que a repercussão geral pode ser uma ameaça para o conhecimento de recurso extraordinário em matéria penal, uma vez que é difícil convencer o juiz da existência da *transcendência* da discussão quando se tem em jogo um direito fundamental individual, por mais grave que seja a violação à Constituição. Assim, adverte que “Normalmente, hipóteses de Recurso Extraordinário em âmbito penal, diga-se, vêm em defesa dos direitos fundamentais, o que torna também essa ‘objetivação do controle difuso de constitucionalidade’ bastante criticável.”³² Por essa razão, entende o autor que é fundamental que a interpretação do requisito da *transcendência* inclua a hipótese de ameaça ou lesão a direitos fundamentais, independentemente de ultrapassar os interesses subjetivos da causa.

As transformações que a repercussão geral trouxe para o controle de constitucionalidade difuso e concreto (transformando-o em abstrato quando em recurso extraordinário e restringindo o seu campo de atuação) dão

³² VIEIRA. *Jurisdição constitucional brasileira e os limites de sua legitimidade democrática*, p. 246.

ensejo a uma grande polêmica. Por um lado, pode-se argüir que a justiça somente se realiza através de procedimentos céleres e eficazes, por outro, é possível defender que a restrição ao controle difuso e concreto dificulta o acesso à justiça e torna o controle de constitucionalidade menos democrático.

Ainda, a questão da isonomia pode ser levantada por duas perspectivas: (i) pode-se entender que a repercussão geral garante que todos os casos que discutem a mesma questão constitucional receberão exatamente o mesmo tratamento (uma vez que a análise da existência da repercussão geral é feita em abstrato) garantindo assim o mesmo tratamento para todos os cidadãos e segurança jurídica; ou (ii) pode-se entender — a partir do mesmo fundamento utilizado pelo posicionamento anterior — que a repercussão geral ao ser analisada em abstrato desconsidera as particularidades do caso concreto, violando a idéia básica do tratamento isonômico: aqueles que estão em condições diferentes devem receber tratamento diferente.

O conflito entre as perspectivas é polêmico e extenso, ultrapassando o objetivo deste trabalho, que é tão-somente investigar as *transformações do controle difuso e concreto de constitucionalidade*. Contudo, não se pode deixar de mencionar a importância que as discussões em torno dessas questões tem para a concepção de um modelo de controle de constitucionalidade compatível com o Estado Democrático de Direito, isto é, de um controle de constitucionalidade democrático que sirva para a tutela plena e efetiva dos direitos fundamentais de todos os gêneros.

Por isso, não se pode descartar automaticamente a repercussão geral para o recurso extraordinário, tampouco se pode aplicá-lo sem uma reflexão crítica profunda. É preciso separar o joio do trigo. A repercussão geral possui uma função muito relevante para a melhora dos trabalhos do STF, há de se concordar que não se faz justiça com julgamentos lentos e ineficazes. Contudo, a repercussão geral só trará benefícios verdadeiros se sua apreciação estiver absolutamente comprometida com a tutela dos direitos fundamentais. Assim, entende-se que em matéria de direitos fundamentais não é possível a exigência de repercussão geral, pois cada indivíduo e cada caso devem ser tratados como se fosse únicos, sendo impossível a exigência de que suas particularidades ultrapassem os limites subjetivos da causa e descabida a sua apreciação em abstrato. Diferentemente se passa, por exemplo, nas matérias processuais e naquelas que o princípio da legalidade é nuclear, como é o caso das questões tributárias e algumas questões que

envolvem a administração pública.³³ Nessas hipóteses, a repercussão geral terá uma função essencial, eficaz e compatível com a tutela dos direitos fundamentais.

5.2 A súmula vinculante: efeitos práticos e imediatos sobre o controle difuso

A criação da súmula vinculante no Brasil foi mais um passo no caminho da concessão de força normativa para os precedentes judiciais e para a diminuição do campo do controle de constitucionalidade difuso. A ausência de um mecanismo capaz de dar às decisões proferidas em sede de controle difuso pelo STF maior alcance normativo já era objeto desde a preocupação na época da sua introdução no Brasil.

Como visto, a matriz jurídica romano-germânica implementada no Brasil impediu que o controle de constitucionalidade difuso viesse acompanhado de um sistema de vinculação de precedente judiciais, como é próprio do regime jurídico da *common law*, do qual foi importando controle difuso. Portanto, a adoção apenas em parte da sistemática anglo-saxã de controle de constitucionalidade fez com que a Constituição de 1934 atribuísse ao Senado a competência para estender os efeitos da lei declarada inconstitucional pelo STF.

Deixando de lado a discussão a respeito do sucesso dessa competência do Senado Federal, repetido na Constituição de 1988 no art. 52, inc. X, observa-se que, com a introdução do controle de constitucionalidade abstrato e concentrado e com o aumento de competências que foram delegadas para o STF, sentiu-se a necessidade de um instituto jurídico que concedesse às decisões proferidas pelo STF força normativa, de modo que os seus trabalhos fossem dotados de maior eficácia, segurança jurídica e isonomia.

As primeiras alterações feitas para alcançar esse objetivo ocorreram no controle de constitucionalidade concentrado e abstrato, que após a EC nº 03/1993 e as Leis nºs 9.868/99 e 9.882/99, passou a proferir decisões com *efeitos vinculantes*, o que quer dizer que além de valerem para todos — eficácia *erga omnes* — também tinham a força para *vincular* a atuação dos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública, tanto é que, caso a decisão do STF não seja adotada por essas instituições, a parte

³³ A necessidade de a jurisdição constitucional conceder tratamento diverso para os casos em que estão em jogo direitos fundamentais foi objeto de um debate empolgante entre dois grandes constitucionalistas deste país, Clèmerson Merlin Clève e Ingo Wolfgang Sarlet, na Semana Acadêmica do Centro Acadêmico Hugo Simas da Universidade Federal do Paraná, realizado em 17 de setembro de 2008.

prejudicada tem o direito de ingressar com uma Reclamação diretamente no STF para garantir a autoridade de sua decisão. O controle de constitucionalidade difuso feito pelo STF, no entanto, permaneceu desprovido de qualquer artifício que concedesse a suas decisões maior eficácia, ainda dependendo da suspensão, pelo Senado Federal, da execução da lei declarada inconstitucional.

Um outro fator importante é que o STF encontrava-se completamente assoberbado de trabalhos, sendo inviável a sua concentração nas questões constitucionais de maior relevância para o país. Ou seja, embora já houvesse o efeito vinculante no controle de constitucionalidade abstrato, a quantidade de ações que chegavam ao STF através do controle de constitucionalidade difuso era (e ainda é) um obstáculo para a tentativa de transformá-lo em uma Corte Constitucional. Observa-se ainda que as ações que alcançavam o Tribunal pela via difusa eram muitas vezes ações repetidas ou que versavam sobre uma questão já pacificada e consolidada pela jurisprudência do STF. Assim, o tempo gasto para a análise desse tipo de demanda prejudicava seriamente o exame de questões mais importantes, tornando os trabalhos do STF mais morosos e menos eficazes.

É em meio a esse contexto que surge no Brasil a súmula vinculante. O instituto criado pela Emenda Constitucional nº 45/2004 e regulamentado pela Lei nº 11.417/06 tem evidente inspiração no sistema da *common law*, no qual os precedentes judiciais desempenham um papel fundamental, e ainda demonstra a tendência de aproximação entre as duas grandes matrizes jurídicas do ocidente: o *civil law*, de origem romano-germânica, que se caracteriza por ter a lei como principal fonte de direito e pela adoção do método dedutivo para aferir a regra que deve ser aplicada ao caso; e o *common law*, de origem anglo-saxã, que é centrado nos precedentes judiciais e utiliza o método indutivo para buscar nos precedentes a regra adequada para o caso em análise.³⁴ Diante do movimento de aproximação entre esses dois modelos jurídicos, deve-se lembrar a lição de Patrícia Perrone Campos Melo no que diz respeito ao manejo das súmulas vinculantes:

Muito embora se reconheça hoje, que ambos os sistemas estão vivendo um processo de aproximação, em que se constata um o crescimento do papel da jurisprudência no desenvolvimento do direito dos países de *civil law* e,

³⁴ MELO. Operando com súmulas e precedentes judiciais. In: BARROSO (Org.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*, p. 670.

simultaneamente, o aumento da legislação nos países da *common law*, o fato é que, até em virtude de sua longa tradição no assunto, o desenvolvimento metodológico para operação com precedentes judiciais alcançou maior maturidade e sistematização nos últimos, justificando o recurso aos mesmos para a abordagem da matéria.³⁵

Portanto, embora a súmula vinculante não seja uma cópia idêntica do *stare decisis*, uma aplicação adequada e responsável do sistema de precedentes no Brasil requer o estudo e a compreensão de como se opera esse instituto do *common law*, o que pode contribuir para o aperfeiçoamento da criação e da aplicação das súmulas vinculantes. No entanto, tendo em vista que o objeto de estudo deste trabalho são as conseqüências que a súmula vinculante traz para o controle de constitucionalidade difuso, o *stare decisis* só será analisado na medida em que puder contribuir para compreensão da súmula vinculante e para produção de uma análise crítica sobre a sua aplicação no Brasil.

Inicia-se a análise destacando o *que é a súmula vinculante*. Conforme dispõe o art. 103-A e §§ da Constituição de 1988, a súmula vinculante deve ser fruto de *reiteradas* decisões do STF, devendo dispor sobre validade, interpretação ou eficácia de normas constitucionais sobre as quais haja controvérsia em Tribunais inferiores que resulte em insegurança jurídica ou relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. Aduz-se a isso o fato de que a súmula vinculante tomará a forma de um enunciado exposto produzido pelo STF, o que significa dizer que quem determina a vinculação do precedente é o próprio STF.

Difere-se então a súmula vinculante do *stare decisis*, que é extraído de apenas um precedente, não precisa versar sobre questão constitucional, não possui um enunciado explícito produzido por uma Corte Constitucional e tem a vinculação do precedente construída pelos juízes e Tribunais inferiores.³⁶ Diferencia-se também do efeito vinculante produzido no controle concentrado e abstrato, que não conta com a produção de um enunciado escrito e terá sua vinculação apreciada pelas demais instâncias do Poder Judiciário e pela Administração Pública no caso concreto.

³⁵ MELO. Operando com súmulas e precedentes judiciais. In: BARROSO (Org.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*, p. 670.

³⁶ O *stare decisis* é determinado pelos juízes e Tribunais Inferiores que diante da análise de um caso concreto devem averiguar a existência de precedentes que possuam semelhança fática e que tenha adotado uma solução jurídica aplicável para o caso concreto, sem que isso enseje prejuízo algum para a isonomia. Desse modo, a análise do precedente feita pelas instâncias inferiores do Poder Judiciário é extremamente cautelosa, podendo haver ou não um precedente vinculante que seja capaz de direcionar a solução da controvérsia.

Por essas razões, Patrícia Perrone Campos Mello destaca que as súmulas vinculantes adquirem um teor normativo mais alto, uma vez que, mesmo havendo a possibilidade de revisão e cancelamento da súmula vinculante, seu texto pode servir de barreira para novas interpretações reformadoras dos precedentes que a originaram. Além disso, a autora lembra que a produção de um enunciado vinculante pelo STF, sem a cooperação dos Tribunais inferiores — que possuem um contato amplo e intenso com matérias fáticas e, portanto, poderiam contribuir na elaboração de textos mais genéricos e adequados para o sistema vinculante —, acaba por resultar em enunciados muito restritivos. Nesse sentido é que a autora adverte a importância de “... aferir e controlar a congruência entre os julgados indicados como paradigmas e o teor das proposições normativas elaboradas pelo STF a partir deles”.³⁷ Assim, deve o juiz ou Tribunal, ao aplicar a súmula vinculante, analisar cuidadosamente os precedentes que lhe deram origem.³⁸

A partir da compreensão *do que é e de que como opera* a súmula vinculante, passa-se a destacar as conseqüências de sua aplicação para o controle de constitucionalidade difuso.

Primeiramente, lembra-se que a súmula vinculante é originária de decisões proferidas pelo STF em sede de controle de constitucionalidade difuso.³⁹ Isso implica reconhecer que o entendimento do STF sobre a matéria constitucional deverá ser seguido por todo o Poder Judiciário e por toda a Administração Pública, o que reduz o círculo de intérpretes da Constituição e concede ao STF o papel não apenas de *último intérprete* da Constituição, *mas de único* intérprete da Constituição.

Assim, não restam dúvidas de que a súmula vinculante restringe o campo de atuação do controle de constitucionalidade difuso, que, apesar de sua forte natureza democrática, é rechaçado sob as alegações de produzir

³⁷ MELO. Operando com súmulas e precedentes judiciais. In: BARROSO (Org.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*, p. 686-687.

³⁸ É por esse motivo que a autora entende ser fundamental o estudo das regras que regem a aplicação de precedentes no *common law*. Portanto, investigar a *holding* (regra essencial para a solução do caso), a *obiter dictum* (considerações secundárias manifestadas pelo tribunal), a *rationale* (fundamentos lógicos da decisão) e analisar o grau de generalidade do enunciado da súmula vinculante seriam para a autora passos fundamentais para aplicação adequada da súmula vinculante.

³⁹ Entende-se que as súmulas decorrem de *reiteradas* decisões em sede de controle de constitucionalidade difuso porque o controle de constitucionalidade concentrado exercido pelo STF já possui por si só efeitos vinculantes. No entanto, observa-se que a Súmula Vinculante nº 02 possui apenas precedentes do controle de constitucionalidade concentrado, isto é, ADIns, enquanto a Súmula Vinculante nº 07 possui um precedente originário do controle concentrado e a Súmula Vinculante nº 13 possui três precedentes que possuem efeito vinculante.

insegurança jurídica, de não conferir tratamento isonômico e de ser o grande culpado pela ineficácia e morosidade da atuação do STF. Contudo, a ausência de métodos que orientem a aplicação das súmulas vinculantes conduz a decisões que continuaram a gerar insegurança jurídica, a violar a isonomia e a impedir que o STF se concentre apenas nas grandes questões constitucionais.

Para que as súmulas vinculantes não produzam o mesmo mal que pretendem combater, é preciso que o juiz ou Tribunal analise os precedentes que deram origem à súmula vinculante, de modo que seja possível aferir que aquela súmula vinculante, que poderá vir a solucionar o caso concreto, deriva de situações fáticas e jurídicas extremamente semelhantes às do caso em análise. Somente com essa cautela é que será possível garantir um tratamento isonômico e segurança jurídica.

Além disso, é preciso ressaltar que a súmula vinculante também restringe o controle de constitucionalidade difuso e anula o seu próprio objetivo na medida em que a análise da aplicabilidade da súmula vinculante ao caso concreto será feita pelo próprio STF através das Reclamações, que questionarão se naquele caso em específico poderia ou não o juiz ou Tribunal aplicar a súmula vinculante.⁴⁰ Ou seja, a inexistência de mecanismos que guiem a aplicação da súmula vinculante, além de impedir a livre apreciação pelo juiz ou Tribunal, irá assoberbar os trabalhos do STF, retirando o principal objetivo da súmula vinculante: eficácia e economia para possibilitar que o STF atue somente em causas constitucionais de grande relevância. Nesse sentido, observa José Afonso da Silva que as súmulas vinculantes

... tolgem uma correta apreciação das alegações de lesão ou ameaça de direito, que está na base do direito de acesso à Justiça, sem que veja como elas podem reduzir o acúmulo de feitos perante o STF, pois só nesse âmbito têm aplicação. Não parece reduzir os recursos, pois está previsto que, se o ato administrativo ou a decisão judicial contrariar a súmula aplicável, caberá reclamação para o STF, que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão reclamada sem a aplicação da súmula, conforme o caso. Na verdade, há uma mera troca de meios de impugnação: reclamação, em vez de recurso ordinário ou extraordinário.⁴¹

Desse modo, pode-se afirmar que, quanto ao controle de constitucionalidade difuso, as súmulas vinculantes produzem ao menos dois efeitos:

⁴⁰ Lembre-se de que no *stare decisis* o juiz ou Tribunal Inferior irão verificar se ocorre ou não a vinculação do precedente a partir da análise da *holding*, da *rationale* e da *obiter dictum*.

⁴¹ SILVA. *Comentário contextual à Constituição*, p. 560.

(i) restringem o campo de atuação do controle de constitucionalidade difuso, na medida em que a interpretação do STF sobrepõe-se à liberdade de interpretação dos demais juízes e Tribunais; e (ii) substitui a utilização o recurso extraordinário por outro instrumento que alcança o STF de forma mais fácil e rápida: a reclamação, já que esta não exige o esgotamento de todas as instâncias do Poder Judiciário para ser apreciada pelo STF.

Também para Renato Stanzola Vieira a intenção da súmula vinculante é sim retirar a importância do controle difuso de constitucionalidade, uma vez que o mais afamado argumento que se utiliza para a sua defesa — a necessidade de evitar a demanda de processos que congestionam o STF — não foi atestado. Nesse sentido, o autor lembra da posição assumida por André Ramos Tavares, que, apesar de favorável à súmula vinculante, menciona que em alguns pontos elas são uma “... frívola formalidade, apresentando conseqüências funestas para o controle de constitucionalidade difuso no Brasil”.⁴²

André Ramos Tavares chega a admitir que a súmula vinculante é uma “forma de transposição do concreto para o abstrato”.⁴³ Contudo, mais precisa seria a afirmação de que as súmulas vinculantes são uma forma de *transposição do controle de constitucionalidade difuso para o concentrado*. Lembre-se de que antes de mais nada as súmulas vinculantes impedem que juízes e Tribunais realizem o controle de constitucionalidade difuso, que é exercido pelos juízes de modo concreto e pelos Tribunais de modo abstrato. Assim, a intenção é retirar dos juízes e Tribunais a possibilidade de controlarem a constitucionalidade das leis, seja em concreto seja em abstrato, quando já houver o STF editado súmula vinculante sobre a matéria. Observe-se ainda que, com o passar do tempo, o número de súmulas vinculantes será cada vez maior, fazendo com que o controle de constitucionalidade difuso pelos juízes e Tribunais seja cada vez mais raro e o número de reclamações no STF cada vez maior.

Um detalhe interessante que indica que a súmula vinculante é um instrumento próprio do controle concentrado e abstrato, e que tem como finalidade restringir o controle de constitucionalidade difuso, é a possibilidade aberta pelo art. 4º da Lei nº 11.417/2006 de o STF modelar os efeitos temporais dos enunciados de súmula vinculante. Tal previsão evidencia

⁴² VIEIRA. *Jurisdição constitucional brasileira e os limites de sua legitimidade democrática*, p. 63.

⁴³ *Nova lei das súmulas vinculantes: estudos e comentários à Lei 11.417 de 19.12.2006*, p. 13.

a normatividade do instrumento, que acaba sendo equiparado a uma declaração de inconstitucionalidade em sede de controle concentrado e abstrato. Assim, quando da edição da súmula vinculante poderá o STF determinar, através de decisão de dois terços de seus membros, que identifiquem razões de segurança jurídica ou excepcional interesse público, que a súmula não tenha eficácia imediata, isto é, que reja as relações jurídicas que se submetem ao seu regime com efeitos *ex tunc* ou *pro futuro*.

A modulação de efeitos temporais é própria do controle de constitucionalidade abstrato, seja ele pela via concentrada ou difusa, por isso, nota-se que a súmula vinculante, além de operar a favor do controle de constitucionalidade concentrado (impedindo o controle difuso), também adota técnicas de decisão típicas do modo abstrato de análise da constitucionalidade. O mais relevante dessa constatação é perceber que, apesar de a súmula vinculante ser elaborada a partir das decisões do controle de constitucionalidade difuso, a formulação de seu enunciado é uma tarefa essencialmente abstrata. Isto é, a súmula vinculante pode ter origem na repetição de demandas e na presença de insegurança jurídica sobre uma determinada questão constitucional, no entanto, o seu enunciado é feito em tese, é tão abstrato quanto uma lei,⁴⁴ sendo, por esse motivo, possível a manipulação de seus efeitos.

Caso o STF conceda efeitos *ex tunc* para a súmula vinculante, estar-se-á diante de uma outra alteração do controle de constitucionalidade difuso: a eliminação da competência do Senado Federal para suspender a execução de lei declarada inconstitucional em sede de controle de constitucionalidade difuso pelo STF. Apesar de persistir o debate sobre os efeitos produzidos pela suspensão da execução da lei inconstitucional pelo Senado,⁴⁵ para a elaboração do raciocínio aqui traçado adota-se a posição elegida pelo Decreto n° 2.346/1997, que em seu art. 1º, §§1º e 2º, estabeleceu que, após a suspensão da execução da lei inconstitucional pelo Senado, os efeitos da lei inconstitucional serão *ex tunc*.⁴⁶

⁴⁴ Este artigo não abordará a controvérsia sobre a possibilidade de o STF editar normas de efeitos abstratos, tal como o Poder Legislativo, mas reconhece-se que essa é uma questão que merece um estudo profundo e cuidadoso. Para tanto, confira-se MORO. *Jurisdição constitucional como democracia*.

⁴⁵ Sobre os efeitos temporais produzidos pela suspensão da execução da lei inconstitucional, confira-se FERRARI. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*; MENDES. O controle incidental de normas no direito brasileiro. In: *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*; BARROSO. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*; e CLÈVE. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*.

⁴⁶ "Art. 1º As decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional deverão ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta, obedecidos os procedimentos estabelecidos neste Decreto.

Por essa perspectiva a súmula vinculante com efeitos *ex tunc* fará do art. 52, inc. X, da Constituição de 1988 letra morta, pois produzirá os mesmos efeitos práticos que a suspensão da execução de lei declarada inconstitucional feita pelo Senado. Ou seja, a edição de uma súmula vinculante, com efeitos *ex tunc*, dispondo que a lei *x* é inconstitucional, dispensa a atuação do Senado, que conferiria à lei *x* declarada inconstitucional efeitos *erga omnes* e *ex tunc* já concedidos pela súmula vinculante. Assim, a competência do Senado só terá lógica e utilidade quando a súmula vinculante tiver efeitos *ex nunc*, afinal, somente nessa hipótese a suspensão da execução da lei inconstitucional objeto de súmula vinculante passará a ter efeitos *ex tunc*.

Em suma: diante de uma súmula vinculante com efeitos *ex tunc*, é desnecessária a atuação do Senado, que ficará reservada somente para os casos em que a súmula vinculante tiver efeitos *ex nunc*, já que nessa situação a suspensão da execução da lei inconstitucional objeto de súmula vinculante lhe conferirá efeitos *ex tunc*. Apesar de essa competência do Senado já ser questionada pela doutrina há muito tempo, não se pode compreender que a inserção de súmula vinculante operou uma revogação tácita da competência do Senado, tal competência ainda existe e seu reconhecimento é também o reconhecimento da força normativa da Constituição, sendo, por isso, um delicado ponto de conflito que merece reparo normativo.

Tendo em vista o fato de que a súmula vinculante adotada no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro é uma regra vinculante constituída de forma abstrata, que restringe o campo de atuação do controle de constitucionalidade difuso, entende-se que a sua elaboração e aplicação devem ser extremamente cautelosas sob pena de a própria súmula vinculante gerar os efeitos maléficos que ela deveria sanar: insegurança jurídica, ineficácia e tratamento não isonômico. Sob essa perspectiva, finaliza-se a abordagem da questão fazendo-se dois apontamentos: um sobre a edição e outro sobre a aplicação das súmulas vinculantes.

Quanto à edição, a súmula vinculante deve refletir um posicionamento consolidado do STF, assim, a exigência de *reiteradas* decisões deve

§1º Transitada em julgado decisão do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, em ação direta, a decisão, dotada de eficácia *ex tunc*, produzirá efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional, salvo se o ato praticado com base na lei ou ato normativo inconstitucional não mais for suscetível de revisão administrativa ou judicial.

§2º O disposto no parágrafo anterior aplica-se, igualmente, à lei ou ao ato normativo que tenha sua inconstitucionalidade proferida, incidentalmente, pelo Supremo Tribunal Federal, após a suspensão de sua execução pelo Senado Federal.”

ser resultado de um verdadeiro amadurecimento da jurisprudência do STF sobre a matéria, o que significa que não bastam duas ou três decisões sobre a questão, sob pena de a súmula ser considerada ilegítima. Além disso, considerando que a súmula vinculante diminui drasticamente o círculo de intérpretes da Constituição ao restringir o âmbito de abrangência do controle de constitucionalidade difuso, deve-se incentivar a participação democrática no processo de elaboração do texto da súmula vinculante, uma vez que tal possibilidade já foi prevista pelo art. 3º, §2º, da Lei nº 11.417/2006.

Em relação à aplicação da súmula vinculante, é fundamental ressaltar a necessidade de que juízes e Tribunais, diante de uma completa ausência legislativa de parâmetros metodológicos capazes de nortear a sua aplicação, não façam um uso automático da súmula vinculante, como se tal fosse *uma lei* (um ato jurídico de efeitos gerais e abstratos) capaz de ser subsumida ao caso concreto. A aplicação da súmula vinculante comprometida com a eficácia, com a segurança jurídica e, principalmente, com a isonomia, só é possível quando o caso concreto possui identidade fática e jurídica com precedentes que originaram a súmula vinculante. Assim, não basta que juízes e Tribunais conheçam o texto da súmula vinculante, uma aplicação justa e eficaz só se realiza com o conhecimento da íntegra de seus precedentes.

Por isso, ao passo que uma interpretação expansiva do precedente, associando fatos que não se compatibilizam, pode criar um engessamento do direito e gerar injustiças, também uma aplicação indiscriminada da hipótese de *distinguishing*,⁴⁷ através da restrição excessiva da interpretação dos precedentes, pode violar a isonomia, a segurança e a eficácia, impedindo que aqueles que se encontram sob a mesma situação recebam tratamento idêntico, provocando insegurança do cidadão quanto à postura do Poder Judiciário e incentivando a utilização de Reclamações que tornarão a justiça mais morosa e menos eficaz.⁴⁸

⁴⁷ O *distinguishing* é uma espécie de interpretação restritiva do precedente capaz de criar uma exceção a sua regra. A aplicação do *distinguishing* ocorre quando o caso concreto é semelhante ao precedente e a regra jurídica aplicável ao precedente também poderia ser aplicada ao caso concreto em análise. Contudo, existe no precedente uma lógica ou fundamentação que não é compatível com as particularidades do caso concreto. De acordo com Patrícia Perrone Campos Mello, são hipóteses de *distinguishing*: "a) a constatação da existência, no caso a ser decidido, de especificidades que justificam o tratamento diferenciado do problema; b) o conflito do julgado anterior com normas derivadas de outros precedentes vinculantes, ensejando a limitação da sua aplicação; e c) o reconhecimento de situações que a corte vinculante claramente não queria abranger quando fixou a regra" (Operando com súmulas e precedentes judiciais. In: BARROSO (Org.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*, p. 678). Fica evidente, portanto, a importância das peculiaridades do caso concreto para a aplicação do precedente.

⁴⁸ MELO. Operando com súmulas e precedentes judiciais. In: BARROSO (Org.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*, p. 678.

Nesse sentido é que as lições do sistema de aplicação de precedentes do *common law* são ferramentas de grande utilidade para a garantia de um sistema de aplicação de precedentes que realmente alcance o seu objetivo: a eficácia, a segurança jurídica e a isonomia. Além disso, a possibilidade de o juiz ou de o Tribunal fazer tal análise do cabimento da súmula vinculante é uma forma de estender novamente para as instâncias inferiores do Poder Judiciário a interpretação da Constituição. Isso não significa que a súmula perdeu seu efeito vinculante, mas que a súmula somente vinculará quando o juiz ou Tribunal reconhecer o seu cabimento para o caso em exame.

6 A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Também a jurisprudência do STF tem produzido inovações no âmbito do controle de constitucionalidade difuso que merecem extrema atenção da comunidade jurídica. As reformas que fortaleceram o controle de constitucionalidade abstrato e concentrado refletiram na jurisprudência do STF, que, não satisfeito com as inovações legislativas, passou a dar nova roupagem para alguns institutos clássicos do controle de constitucionalidade difuso e concreto, aplicando a estes métodos de decisão típicos do controle de constitucionalidade concentrado e abstrato. A seguir, serão analisadas três inovações da jurisprudência do STF que demonstram esse movimento criativo (no sentido de criação!) de alteração das regras do controle de constitucionalidade difuso e concreto.

6.1 Um novo recurso extraordinário?

O recurso extraordinário assumiu nos últimos anos uma nova função dentro do controle de constitucionalidade brasileiro.⁴⁹ Tradicionalmente, o recurso extraordinário é instrumento do controle de constitucionalidade difuso e concreto, uma vez que traz ao STF questões constitucionais argüidas dentro de um processo subjetivo oriundo das instâncias inferiores do Poder Judiciário. Assim, em virtude de a inconstitucionalidade ser suscitada a partir de um caso concreto, os efeitos produzidos pela decisão do STF terão alcance *inter partes* e não poderão vincular a atuação dos demais juízes e Tribunais.

Contudo, em razão da tendência de fortalecimento do controle de constitucionalidade abstrato e concentrado, o recurso extraordinário passou

⁴⁹ É preciso dizer que o novo perfil do recurso extraordinário foi tratado de forma pioneira por Fredie Didier Júnior em um artigo intitulado "Transformações do recurso extraordinário" (In: FUX; NERY JÚNIOR; WAMBIER (Coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*).

a ser visto como um mecanismo de defesa da ordem constitucional, não devendo mais atender os interesses subjetivos das partes. Como visto acima (*vide 4.1*), esse posicionamento sobre recurso extraordinário teve origem na jurisprudência do STF e foi consagrado na legislação através da exigência de repercussão geral, tema já analisado.

Por isso, quer-se chamar a atenção agora para a possibilidade de o STF dispensar um requisito clássico do recurso extraordinário: o prequestionamento. No julgamento (unânime) do Agravo de Instrumento nº 375.011/RS em 2003,⁵⁰ a Ministra Relatora Ellen Gracie conheceu um recurso extraordinário que não estava devidamente prequestionado e, portanto, não poderia ter sido apreciado pelo STF. Porém, de acordo com a Ministra, o recurso deveria ser apreciado para dar efetividade para o posicionamento do STF sobre a questão constitucional argüida.

Além disso, lembrou que o recurso extraordinário não deveria servir para atender o interesse subjetivo das partes. De acordo com a Ministra, “o Supremo Tribunal Federal, em recentes julgados, vem dando mostras de que o papel do recurso extraordinário na jurisdição constitucional está em processo de redefinição, de modo a conferir maior efetividade às decisões”. Por essa razão, defende a tese levantada pelo Ministro Gilmar Mendes no RE nº 376.852/SC, de que o recurso extraordinário deve ter caráter objetivo para racionalizar a efetividade da prestação jurisdicional.

Vale destacar que no RE nº 376.852/SC o Ministro Gilmar Mendes deixa claro que considera essa transformação do recurso extraordinário um verdadeiro avanço, uma vez que aproxima o recurso extraordinário de instrumentos utilizados nos mais modernos sistemas de controle de constitucionalidade, como o recurso de amparo do sistema alemão. Ressalta ainda que até mesmo nos Estados Unidos, matriz do controle de constitucionalidade difuso, as decisões proferidas pela Suprema Corte possuem relevância que transcende ao mero interesse das partes.⁵¹

⁵⁰ “1. Decisão agravada que apontou a ausência de prequestionamento da matéria constitucional suscitada no recurso extraordinário, porquanto a Corte a quo tão-somente aplicou a orientação firmada pelo seu Órgão Especial na ação direta de inconstitucionalidade em que se impugnava o art. 7º da Lei 7.428/94 do Município de Porto Alegre — cujo acórdão não consta do traslado do presente agravo de instrumento —, sem fazer referência aos fundamentos utilizados para chegar à declaração de constitucionalidade da referida norma municipal.

2. Tal circunstância não constitui óbice ao conhecimento e provimento do recurso extraordinário, pois, para tanto, basta a simples declaração de constitucionalidade pelo Tribunal *a quo* da norma municipal em discussão, mesmo que desacompanhada do aresto que julgou o *leading case*” (AI-AgR nº 375011/RS, Min. Rel. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgamento em 05.10.2004, publicado em 28.10.2004).

⁵¹ Nesse sentido, explica que “... a Corte Suprema americana não se ocupa da correção de eventuais erros das Cortes ordinárias. Em verdade, com o Judiciary Act de 1925 a Corte passou a exercer um pleno domínio

Outro acórdão que deve ser mencionado quando se trata das transformações do recurso extraordinário é o proferido no RE n° 298.694/SP, de Relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence. Na ocasião do julgamento do referido recurso, o STF decidiu a questão constitucional com fundamento diverso daquele utilizado pelo Tribunal recorrido, ou seja, conheceu um recurso extraordinário com causa de pedir aberta, o que só era possível em controle de constitucionalidade concentrado e abstrato.⁵²

Resta evidente, portanto, a intenção de transformar o recurso extraordinário em um instrumento de controle de constitucionalidade abstrato que, embora alcance o STF pela via difusa, terá a questão constitucional analisada em abstrato. Essa tendência não causa espanto, uma vez que não é de hoje que o recurso extraordinário tem como objeto a interpretação da norma constitucional, sendo vedada a sua utilização para análise de matéria de fato, tal como o reexame probatório.⁵³

Assim, a questão que surge quando se defende que o recurso extraordinário é instrumento de defesa da ordem constitucional, e não dos interesses das partes, é saber se, uma vez feita a análise em abstrato do recurso extraordinário, serão os seus efeitos os mesmos do regime do controle abstrato. Isto é, serão seus efeitos *erga omnes* e vinculantes independente da atuação do Senado Federal? A questão não foi respondida com clareza pelo STF, porém, como veremos a seguir, já foi suscitada em sede de outra ação própria do controle de constitucionalidade difuso, o *habeas corpus*.

6.2 A revisão do papel do Senado Federal

Desde a Constituição de 1934, compete ao Senado Federal editar Resolução suspendendo a execução de lei declarada inconstitucional pelo STF em sede de controle difuso. Na Constituição de 1988, tal competência vem descrita na regra do art. 52, inc. X. Contudo, a regra de que em sede de controle de constitucionalidade difuso só seria possível a produção de efeitos *erga omnes* a partir da Resolução do Senado Federal foi quebrada

sobre as matérias que deve ou não apreciar (...) Ou, palavras do Chief Justice Vinson, 'para permanecer efetiva, a Suprema Corte deve continuar a decidir apenas os casos que contenham questões cuja resolução haverá de ter importância imediata para além das situações particulares e das partes envolvidas' (RE n° 376.852/SC, Min. rel. Gilmar Mendes, Plenário, julgado em 27.03.2003, publicado em 16.03.2006).

⁵² No julgamento de uma ação do controle de constitucionalidade concentrado e abstrato o STF não está vinculado aos fundamentos ou à causa de pedir formulada pelo impetrante. Assim, pode analisar a constitucionalidade diante de todos os artigos da Constituição, o que não é permitido em sede de controle de constitucionalidade difuso e concreto.

⁵³ É o que afirma a famosa Súmula n° 279 do STF: "Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário."

no julgado da Reclamação nº 4.335-3/AC. Antes de analisar a posição adotada por alguns Ministros do STF, é necessário lembrar que a doutrina já vinha se mostrando contrária à regra ora em exame. Nesse sentido, Luís Roberto Barroso afirmou que:

A verdade é que, com a criação da ação genérica de inconstitucionalidade, pela EC n. 16/65, e com o contorno dado à ação direta pela Constituição de 1988, essa competência atribuída ao Senado 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 manutenção.⁵⁴

O mesmo posicionamento é compartilhado por Gilmar Ferreira Mendes, para quem a competência do Senado Federal permaneceu na Constituição de 1988 apenas por uma razão histórica. Assim, questiona o autor:

Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de uma Emenda Constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida em controle incidental, valer tão-somente para as partes? A única resposta plausível indica que o instituto da suspensão pelo Senado de execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo assenta-se hoje em razão de índole exclusivamente teórica.⁵⁵

O STF debateu a persistência da competência do Senado Federal para conceder efeitos *erga omnes* para leis declaradas inconstitucionais em sede de controle difuso no julgamento da Reclamação nº 4.335-5/AC. A referida Reclamação foi impetrada para garantir a autoridade da decisão do STF no HC nº 82.952/SP, que declarou inconstitucional a proibição de progressão de regime nos crimes hediondos. Portanto, trata-se de uma Reclamação *que visava garantir a autoridade de decisão proferida em controle de constitucionalidade difuso*. Aceitar uma Reclamação nesta hipótese é o mesmo que afirmar que controle de constitucionalidade difuso produz efeitos *erga omnes* mesmo sem a manifestação do Senado Federal.

Foi esse o sentido da manifestação dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau ao dizer que o art. 52, inc. X, teria sofrido uma verdadeira

⁵⁴ MENDES. O controle incidental de normas no direito brasileiro. In: *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, p. 111.

⁵⁵ MENDES. O controle incidental de normas no direito brasileiro. In: *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, p. 394.

mutação constitucional.⁵⁶ De acordo com o Ministro Gilmar Mendes, a expansão da legitimidade para o controle de constitucionalidade abstrato e concentrado, bem como a concessão de efeitos vinculantes para suas decisões, restringiu o alcance do controle de constitucionalidade difuso e inseriu competência reservada ao Senado Federal em uma concepção de separação de poderes já ultrapassada. Por isso, seria legítimo entender que a decisão do STF em controle difuso produz efeitos *erga omnes*, cabendo ao Senado apenas publicar essa decisão.⁵⁷

Nessa mesma linha, o Ministro Eros Grau afirmou que de fato o art. 52, X, teria passado por uma verdadeira mutação constitucional, pois a decisão proferida no HC nº 82.952/SP continha força normativa suficiente para suspender a execução da lei declarada inconstitucional. Nas palavras do Ministro:

Obsoleto o texto que afirma ser da competência privativa do Senado Federal a suspensão da execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, nele se há de ler, por força da mutação constitucional, que compete ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo.⁵⁸

Contudo, esse não foi o entendimento do Ministro Sepúlveda. Para o Ministro, a competência do art. 52, inc. X, reservada ao Senado Federal realmente tem se tornado obsoleta, porém não seria possível suprimi-la através do que chamou de um “projeto de decreto de mutação constitucional”. Assim, lembrou que a aplicação da súmula vinculante dispensaria

⁵⁶ A defesa da ocorrência de uma verdadeira mutação constitucional é bastante questionável. Contudo, a título de ilustração, lembra-se que a mutação constitucional é um processo de reforma constitucional informal que permite a concessão de um novo sentido e um novo alcance para a norma sem que haja a modificação do texto legal. Como ensina Luis Roberto Barroso, para a incidência da mutação constitucional deve haver como pressuposto “... uma nova realidade fática ou uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo. Para que seja legítima a mutação precisa ter lastro democrático, isto é, deve corresponder a uma demanda social efetiva por parte da coletividade, estando respaldada, portanto, pela soberania popular” (Mutações constitucionais. In: RIBEIRO; BERNANDI (Org.). *Estudos de direito constitucional em homenagem à Professora Maria Garcia*, p. 295-296). Sobre o tema, ver também FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*, 1986.

⁵⁷ Brasília, 1º e 2 de fevereiro de 2007 — *Informativo*, n. 454.

⁵⁸ Voto proferido pelo Ministro Eros Grau na Reclamação nº 4.335-5/AC. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=69653&caixaBusca=N>>. É interessante notar que já prevendo as críticas da doutrina, o Ministro faz a seguinte afirmação sobre o papel do Supremo Tribunal Federal: “Sucede que estamos aqui não para caminhar seguindo os passos da doutrina, mas para produzir o direito e reproduzir o ordenamento. Ela nos acompanhará, a doutrina. Prontamente ou com alguma relutância. Mas sempre nos acompanhará, se nos mantivermos fiéis ao compromisso de que se nutre a nossa legitimidade, o compromisso de guardarmos a Constituição. O discurso da doutrina [= discurso sobre o direito] é caudatário do nosso discurso, o discurso do direito. Ela nos seguirá; não o inverso.”

a intervenção do Senado, por isso não seria desnecessário reduzi-lo a um órgão de publicidade.⁵⁹

Compartilhou esse entendimento o Ministro Joaquim Barbosa, que aduziu ainda que *não se trata de um caso de uma autêntica mutação constitucional*, pois, para tanto, seria necessária a adição de dois fatores: o decurso de um espaço de tempo maior para verificação da mutação e o conseqüente e definitivo desuso do dispositivo. Finalizou dizendo que a proposta nega a literalidade do texto e não segue a recomendada postura de auto-restrição.⁶⁰ Atualmente a Reclamação está com vistas para o Ministro Ricardo Lewandowski.

A questão gera inúmeras e profundas controvérsias, uma vez que implica reconhecer que o Senado Federal passa a ter competência extremamente reduzida e distinta daquela prevista pela Constituição para o controle de constitucionalidade difuso. No entanto, o que se pretende ressaltar aqui é que conceber o Senado Federal apenas como órgão de publicidade das decisões proferidas pelo STF em controle difuso é o mesmo que afirmar que os efeitos produzidos por suas decisões não são mais *inter partes*, mas sim *erga omnes*.

Ou seja, uma eventual alteração da competência do Senado Federal encobriria uma outra alteração substancial do controle difuso, que passaria a ter decisões com efeitos *erga omnes* e vinculantes. É isto, na realidade, o que quer dizer o Ministro Eros Grau quando afirma que a decisão possui “força normativa suficiente” para se estender para todos os demais órgãos do Judiciário, sendo cabível inclusive a Reclamação em caso de inobservância de seu conteúdo. Portanto, a modificação da competência do Senado resultaria em um novo controle de constitucionalidade difuso, capaz de produzir efeitos *erga omnes* e vinculantes tal como o controle concentrado e abstrato.

Não se pretende nesse momento investigar se a proposta de mutação constitucional para a regra do art. 52, inc. X, é ou não é admissível. Basta afirmar que uma eventual alteração dessa competência do Senado Federal, ao lado da aplicação das súmulas vinculantes, praticamente extinguiria a essência do controle de constitucionalidade difuso e concreto feito pelo STF, uma vez que se entraria em um processo de diminuição de demandas que alcançam o STF pela via difusa, sendo que as que alcançassem produziriam efeitos *erga omnes* e *vinculantes* desde logo.

⁵⁹ Brasília, 16 a 20 de abril de 2007 — *Informativo*, n. 463.

⁶⁰ Brasília, 16 a 20 de abril de 2007 — *Informativo*, n. 463.

Diante dessa possibilidade, deve-se lembrar de que em sede de controle de constitucionalidade abstrato e concentrado os efeitos são *erga omnes* e vinculantes porque decorrem de uma análise em tese da questão constitucional, sendo-lhe garantida legitimidade democrática em virtude da própria natureza do rol de legitimados e da possibilidade de a sociedade participar da interpretação constitucional através de mecanismos como o *amicus curiae* e as audiências públicas.

O mesmo não se passa no controle de constitucionalidade difuso, em que a questão constitucional é examinada dentro de um caso concreto levado ao STF por um particular, sendo ainda controversa a participação de *amicus curiae* e inexistente o debate sobre a possibilidade de convocação de audiências públicas, razões pelas quais os efeitos da decisão são *inter partes*, pois, caso contrário, a decisão careceria de legitimidade democrática e feria o princípio da isonomia.

É por esse raciocínio — da ausência de legitimidade democrática das decisões de controle difuso para produzir efeitos *erga omnes* — que se justifica a atual competência do Senado Federal. Nesse sentido, Lênio Streck, Marcelo Cattoni e Martonio Lima explicam que

... o modelo de participação democrática no controle difuso também se dá, de forma indireta, *pela atribuição constitucional deixada ao Senado Federal*. Excluir a competência do Senado Federal — ou conferir-lhe apenas um caráter de tornar público o entendimento do Supremo Tribunal Federal — significa reduzir as atribuições do Senado Federal à de uma secretaria de divulgação intralegislativa das decisões do Supremo Tribunal Federal; *significa, por fim, retirar do processo de controle difuso qualquer possibilidade de chancela dos representantes do povo deste referido processo*, o que não parece ser sequer sugerido pela Constituição da República de 1988.⁶¹

Ou seja, o Senado, sendo a casa de representação democrática, teria uma importante função no controle de constitucionalidade difuso, sendo impossível concebê-lo como mero órgão de publicidade. Além disso, conceder efeitos *erga omnes* e *vinculantes* para as decisões de controle difuso também violaria os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, já que a decisão seria estendida para todos independente de participação no processo.

⁶¹ STRECK; OLIVEIRA; LIMA. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *Jus Navigandi*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10253>>. Acesso em: 10 abr. 2008.

Já no que tange à isonomia, não é difícil compreender que uma questão constitucional examinada a partir das particularidades do caso concreto, como ocorre no controle difuso, não pode ser aplicada de forma indiscriminada para todos os demais cidadãos. Se, mesmo no caso da súmula vinculante, que exige reiteradas decisões sobre a matéria, é preciso que seja analisada a compatibilidade entre os precedentes que deram origem à súmula e o caso em análise para que não seja violada a isonomia, não se pode aceitar que a inconstitucionalidade declarada a partir de uma decisão isolada em controle difuso produza efeitos *erga omnes* e vinculantes. Se analisada em concreto, a declaração de inconstitucionalidade deve ser apenas um guia para a atuação dos demais juízes e Tribunais, pois não há segurança jurídica quando a isonomia é violada.

Por fim, é preciso destacar a produção de efeitos *erga omnes* em decisões de controle de constitucionalidade difuso, independente da atuação do Senado Federal, só seria possível com a reunião das seguintes condições: (i) que o STF, em sede de controle de constitucionalidade difuso analisasse a questão constitucional em abstrato, isto é, que o controle difuso realmente funcione como um mecanismo de defesa da ordem constitucional, e (ii) que, sendo acolhida a primeira condição, seja permitida a participação de *amicus curiae* e a instauração de audiências públicas quando necessário.

É verdade que tais condições criariam um controle de constitucionalidade difuso exercido de forma abstrata pelo STF — tal como se passa com o incidente de argüição de inconstitucionalidade nos Tribunais —, entretanto, para garantir a legitimidade democrática e o respeito à isonomia, a concessão de efeitos *erga omnes* para as decisões de controle difuso só poderá ocorrer quando a questão constitucional passar a ser examinada em abstrato e quando for permitida a participação de toda a sociedade na interpretação da questão em análise.

6.3 A modulação de efeitos temporais em sede de controle difuso

Outra alteração jurisprudencial que merece destaque é a admissão da modulação dos efeitos temporais da lei declarada inconstitucional em sede de controle difuso. Como se sabe, em nome do princípio da supremacia da Constituição predominou durante muito tempo na doutrina brasileira a teoria da nulidade da lei inconstitucional, pela qual a declaração de inconstitucionalidade produz efeitos *ex tunc*, pois se trata apenas de reconhecimento de vício pré-existente. Contudo, a questão era controversa, já que muitas vezes era impossível a eliminação de todos os efeitos produzidos

pela norma inconstitucional em razão de valores como boa-fé, presunção de constitucionalidade e segurança jurídica de uma forma geral.

Tendo em vista essa controvérsia sobre os efeitos temporais da lei inconstitucional, a Lei nº 9.868/99 colocou um ponto final nessa discussão quando em sede de controle de constitucionalidade concentrado. Consagrou em seu art. 27 que a regra geral é que a declaração de inconstitucionalidade produz efeitos *ex tunc*, contudo, mediante razões de relevante interesse social e segurança jurídica, pode o STF, se obtida a aprovação de dois terços de seus membros, declarar a inconstitucionalidade com efeitos *ex nunc* ou até mesmo *pro futuro*.

Observe-se que a regra consagrada é a da produção de efeitos *ex tunc*, sendo possível, em controle de constitucionalidade concentrado e abstrato, a sua flexibilização desde que atendidos os requisitos do referido art. 27. Contudo, em recentes decisões o STF questionou se também não seria possível manipular os efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade proferida em controle de constitucionalidade difuso. A discussão sobre o assunto foi intensa nas seguintes decisões: RE nº 197.917/SP,⁶² Rcl nº 2.391/SC⁶³ e HC nº 82.959/SP.

O Ministro Gilmar Mendes, grande defensor da aplicabilidade do art. 27 para o controle difuso, fundamenta seus votos dos julgados acima citados com base nos seguintes argumentos: (i) até mesmo nos Estados Unidos, em que o controle de constitucionalidade é difuso e a nulidade da lei inconstitucional era praticamente um dogma, admitiu-se a modulação

⁶² "Municípios. Câmara de Vereadores. Composição. Autonomia municipal. Limites constitucionais. Número de vereadores proporcional à população. CF, artigo 29, IV. aplicação de critério aritmético rígido. Invocação dos princípios da isonomia e da razoabilidade. Incompatibilidade entre a população e o número de vereadores. Inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, da norma municipal. Efeitos para o futuro. Situação excepcional. (...) Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade" (RE nº 197.917/SP, Min. rel. Maurício Corrêa, julgamento em 06.6.2002, publicado em 07.5.2004).

⁶³ Retomado o julgamento de questão suscitada pelo Min. Cezar Peluso nos autos de medida cautelar em reclamação, em que se discute, em face do princípio da não-culpabilidade, a constitucionalidade dos artigos 9º da Lei nº 9.034/95 e 3º da Lei nº 9.613/98 — art. 9º: "o réu não poderá apelar em liberdade, nos crimes previstos nesta Lei"; art. 3º: "os crimes disciplinados nesta Lei são insuscetíveis de fiança e liberdade provisória e, em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade" — v. Informativos 320 e 323. O Min. Gilmar Mendes, acompanhando os votos proferidos pelos Ministros Marco Aurélio e Cezar Peluso, proferiu voto-*visa* no sentido da concessão do *habeas corpus* de ofício e declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 9º da Lei nº 9.034/95, emprestando ao art. 3º da Lei nº 9.613/98 interpretação conforme à Constituição, no sentido de que o juiz, na hipótese de sentença condenatória, fundamenta sobre a existência ou não dos requisitos para a prisão cautelar. Prosseguindo em seu voto, o Min. Gilmar Mendes — tendo em conta o fato de que, na espécie, estar-se-ia revisando jurisprudência firmada pelo STF, amplamente divulgada e com inegáveis repercussões no plano material e processual —, admitindo a possibilidade da limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade prevista no art. 27 da Lei nº 9.868/99, em sede de controle difuso, emprestou à sua decisão efeitos *ex nunc* (Lei nº 9.868/99, art. 27: "Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo,

de efeitos,⁶⁴ (ii) o Brasil seria um dos únicos países que não adotam a modulação de feitos para o controle difuso, uma vez que as mais importantes Cortes Constitucionais a adotam com certa frequência, (iii) a restrição dos efeitos da lei inconstitucional é aplicável ao controle de constitucionalidade como um todo, tanto no abstrato e concentrado quanto no difuso e concreto, já que o que está em jogo é sempre a ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional e outro princípio fundamental que mereça proteção, (iv) tratar as decisões do controle de constitucionalidade abstrato de modo distinto das decisões do controle difuso pode gerar insegurança jurídica e (v) o art. 27 da Lei nº 9.868/99 possuiria natureza interpretativa, podendo ser aplicado nos casos concretos.

Deixando de lado a discussão de ser ou não ser possível a adoção do art. 27 da Lei nº 9.868/99 ao controle de constitucionalidade difuso e concreto, uma afirmação, entretanto, torna-se certa: a aplicabilidade do art. 27 ao controle difuso é mais um mecanismo de aproximação dos dois sistemas de controle de constitucionalidade brasileiro. Nesse sentido, Renato Stanzola Vieira acusa o art. 27 de servir para confundir as duas sistemáticas de Jurisdição Constitucional.⁶⁵ Mas, muito mais que confusão entre o controle difuso e abstrato, a adoção do art. 27 para o controle difuso aponta para a transformação do próprio controle difuso, que passa a contar com mais um mecanismo de decisão próprio do controle concentrado.

7 Considerações finais

O conjunto dos argumentos expostos acima resultou numa colcha de

e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado"). (Reclamação nº 2391/SC, Min. rel. orig. Marco Aurélio, Min. rel. p/ o acórdão Joaquim Barbosa, Pleno, julgado em 16.8.2006 e publicado em 16.3.2007).

⁶⁴ Mesmo nos Estados Unidos, onde *the unconstitutional statute is not law at all*, passou-se a aceitar, após a Grande Depressão, a necessidade de se estabelecerem limites à declaração de inconstitucionalidade. No caso *Linkletter v. Walker*, *Linkletter* foi julgado culpado, criminalmente, com fundamento em provas ilícitas. Após sua condenação, foi realizado o julgamento de *Mapp v. Ohio*, no qual foi vedada a utilização de provas ilícitas. Tendo em vista o precedente, *Linkletter* pediu a revisão de sua condenação, porque fundada em lei declarada, posteriormente, inconstitucional. O argumento utilizado por *Linkletter* é que a Constituição norte-americana *neither prohibits nor requires prospective effect*, de modo que estaria autorizada constitucionalmente a ponderar as vantagens e desvantagens da aplicação da retroatividade da lei inconstitucional. Perante a argumentação, a Suprema Corte realizou um exercício de ponderação e entendeu que preservar as condenações com fundamento em provas ilícitas, mesmo após a mudança de sua orientação em relação à questão, seria mais grave que as conseqüências que isso geraria para a administração da Justiça % que teria que revisar e anular inúmeros processos, sem a possibilidade de reiniciá-los em virtude do provável desaparecimento do material fático probatório. *Linkletter v. Walker*, é o *leading case* americano sobre a nulidade da lei inconstitucional, contudo, outras decisões sobre o tema também ganharam grande destaque, entre elas estão *Stovall v. Denno* e *Chevroil Oil v. Hudson*.

⁶⁵ VIEIRA. *Jurisdição constitucional brasileira e os limites de sua legitimidade democrática*, p. 277.

retalhos. Contudo, trata-se de uma postura proposital. É verdade que cada um dos temas abordados mereceria um trabalho dedicado exclusivamente a ele. Essa é uma tarefa ainda por cumprir. No entanto, neste momento a intenção era de apenas construir uma visão panorâmica sobre o rumo que o controle de constitucionalidade difuso e concreto está tomando no Brasil.

Assim, através de “retalhos” pretendeu-se construir uma afirmação única que pode ser sintetizada na seguinte afirmação: *a descaracterização e a restrição do controle de constitucionalidade difuso e concreto pela adoção de mecanismos típicos do controle de constitucionalidade concentrado e abstrato*. Ou seja, constatou-se que o controle de constitucionalidade não é necessariamente difuso e concreto, podendo hoje ser difuso e abstrato, e que a tendência legislativa e jurisprudencial é reduzir o âmbito de alcance e atuação do controle de constitucionalidade difuso, seja ele feito em concreto ou em abstrato.

É preciso que esse processo de transformação seja analisado de forma crítica pela doutrina, sem, contudo, desconsiderar as características próprias de nosso ordenamento jurídico e tampouco ignorar a realidade brasileira e sua relação com o Poder Judiciário. Nesse sentido, é que se entende que o exame do tema deve ser pautado por dois princípios fundamentais: o *princípio democrático* e o *princípio da isonomia*. Um Estado Democrático de Direito não admite um Poder Judiciário centralizador e autoritário, da mesma forma que não aceita a produção desordenada de decisões que violem a isonomia entre os cidadãos, provocando, por conseqüência, a insegurança jurídica e a ausência de credibilidade da Justiça.

Assim, a incompatibilidade entre o paradigma do Estado Democrático de Direito e a tendência acima exposta é patente em diversos momentos. Considerando que aquele reclama a ampliação dos foros de discussão e também dos centros decisórios de poder, esse aponta em direção oposta quando propõe centralização da interpretação da Constituição por um só órgão do Poder Judiciário, que deve não apenas decidir *abstratamente* — logo, sem considerar as situações subjetivas envolvidas —, mas também de forma vinculativa.

Como adverte Sérgio Moro, as inovações do controle de constitucionalidade visam produzir decisões céleres e eficazes e não a proteção da ordem constitucional, assim se esquece que muitas vezes uma solução rápida, que dispensa o amadurecimento jurisprudencial, pode ser uma decisão equivocada. Acrescenta ainda que o controle de constitucionalidade difuso

possui mais uma vantagem em relação ao concentrado: a maior participação democrática dos cidadãos no controle de constitucionalidade das leis.⁶⁶ Por essa razão, Renato Stanzola Vieira afirma que:

... o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade não deve ter a propriedade de substituir o controle difuso e concreto. Ainda que o traço que deva unir ambas as sistemáticas seja a observância da supremacia constitucional com vistas a proteção dos direitos fundamentais, há espaço jurídico que só é preenchido pelo sistema difuso e concreto de constitucionalidade e que, por tutelar direitos inatingíveis via mecanismos específicos da metodologia concentrada e abstrata, não deve ser esvaziado.⁶⁷

Portanto, é certa a impossibilidade de excluir do sistema o controle de constitucionalidade difuso e concreto, da mesma forma que não pode admitir a restrição e o enfraquecimento desse modelo a tal ponto que sua existência seja praticamente irrelevante. O controle de constitucionalidade difuso e concreto possui um importante papel na sistemática de controle de constitucionalidade brasileiro, garante a democratização da jurisdição constitucional e o tratamento adequado para cada caso concreto. É essa também a impressão de André Ramos Tavares ao afirmar que

Há uma subjetivação no sistema, ou se quiser, uma humanização, considerando-se mesmo que o Direito está posto não para atender aos problemas abstratamente colocados. O Direito está a serviço do indivíduo, do Homem, e o controle concreto é aquele que mais bem representa essa idéia.⁶⁸

A mesma idéia é defendida na doutrina estrangeira. Para Luis Prieto Sanchís, “A garantia judicial dos direitos e, portanto, a fiscalização difusa da lei, não constitui um elemento adjetivo do qual se possa prescindir, senão um traço característico de toda Constituição que se queira conceber como fonte de direitos e obrigações (...).”⁶⁹

Antes de finalizar, é preciso dizer que a defesa do controle de constitucionalidade difuso e concreto não significa a impossibilidade de adoção de alguns mecanismos do controle de constitucionalidade abstrato e concentrado. Sempre que o instituto visar um tratamento mais isonômico e

⁶⁶ MORO. *Jurisdição constitucional como democracia*, p. 312.

⁶⁷ VIEIRA. *Jurisdição constitucional brasileira e os limites de sua legitimidade democrática*, p. 239.

⁶⁸ TAVARES. Perfil constitucional do Recurso Extraordinário. In: TAVARES; ROTHENBURG (Org.). *Aspectos atuais do controle de constitucionalidade brasileiro*, p. 9.

⁶⁹ SANCHÍS, Luis Pietro. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trota, 2003. p. 139 apud VIEIRA. *Jurisdição constitucional brasileira e os limites de sua legitimidade democrática*, p. 239.

democrático ele deve ser acolhido. Por isso, também o efeito vinculante do controle concentrado e as súmulas vinculantes não podem ser vistos como mal absoluto. Tais institutos devem servir para garantir a isonomia das decisões proferidas pelo Poder Judiciário, não devendo se prestar à mera vinculação dos juízes e Tribunais inferiores. Assim é preciso que adoção desses mecanismos que podem engessar o controle difuso e concreto seja acompanhada de um exame criterioso de compatibilidade, tal como feito no sistema anglo-saxão de aplicação de precedentes.

Uma jurisdição constitucional democrática e isonômica precisa de equilíbrio. Nem a negação total do controle difuso e concreto nem a vedação absoluta da adoção de técnicas de vinculação e outros institutos do controle concentrado e abstrato. A preocupação central não deve ser a manutenção de um sistema de controle de constitucionalidade difuso ou concentrado puro, mas a busca de um aprimoramento, tanto do controle de constitucionalidade abstrato e concentrado quanto difuso e concreto, que se pautem pelos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, em especial a democracia e a isonomia.

The Distinct Transformations of the Judicial Review: a Reality that Must Be Recognized and Considered

Abstract: In front of the modifications and the limitation of the judicial review made by judges and Tribunals, this paper wants to demonstrate how the new legal instruments and the Supreme Court decisions have been working for a construction of a new model of judicial review in Brazil.

Keywords: Limitation of the diffuse and concrete judicial review. Expansion of the abstract and concentrate judicial review.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. Mutação constitucional. In: RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; BERNANDI, Luciana Andrade Acorssi (Org.). *Estudos de direito constitucional em homenagem à Professora Maria Garcia*. 2. ed. São Paulo: IOB, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BINENBOJM, Gustavo. A dimensão do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 1, p. 3, jan./mar. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-1-JANEIRO-2005-GUSTAVO%20BINENBOJM.pdf>>. Acesso em: 1º out. 2008.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BUENO FILHO, Edgard Silveira. *Amicus Curie: a democratização do debate nos processos de controle de constitucionalidade*. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/form_revista.asp?busca=amicus>. Acesso em: 1º out. 2008.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2008. v. 3.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Transformações do recurso extraordinário. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERRARI, Regina de Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Reimpressão. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIER, Daniel Francisco. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MELO, Patrícia Perrone Campos. Operando com súmulas e precedentes judiciais. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. O controle incidental de normas no direito brasileiro. In: *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

MORO, Sérgio Fernando. *Jurisdição constitucional como democracia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SILVA, José Afonso. *Comentário contextual à Constituição*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

STRECK, Lênio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1498, 8 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10253>>. Acesso em: 10 abr. 2008.

TAVARES, André Ramos. *Nova lei das súmulas vinculantes: estudos e comentários à Lei 11.417 de 19.12.2006*. São Paulo: Método, 2007.

TAVARES, André Ramos. Perfil constitucional do Recurso Extraordinário. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). *Aspectos atuais do controle de constitucionalidade brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001

VIEIRA, Renato Stanzola. *Jurisdição constitucional brasileira e os limites de sua legitimidade democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

GONÇALVES, Nicole P. S. Mader. As transformações discretas do controle de constitucionalidade difuso e concreto: uma realidade que precisa ser reconhecida e refletida. *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 9, n. 35, p. 61-103, jan./mar. 2009.

Recebido em: 22.10.08

Aprovado em: 25.01.09