

3

A Abstração dos Efeitos do Controle Difuso

Feitas essas considerações essenciais a uma sintética contextualização da jurisdição constitucional brasileira a partir de suas principais matrizes e influências históricas que culminaram no atual desenho institucionalizado pela Constituição de 1988, passa-se a demonstrar em que medida seus efeitos vêm sendo abstratizados, seja pela prática jurisprudencial ou pelos institutos legais dela decorrentes, de modo a viabilizar a análise crítica realizada no capítulo seguinte.

Dadas as diversas espécies, com distintos objetivos e particularidades, deixa-se de abordar maiores características e aspectos procedimentais dos institutos, mostrando-se mais adequado aos fins deste trabalho, quando necessário, discorrer acerca de algum ponto em especial.

3.1

A Repercussão Geral no Recurso Extraordinário

É premente elucidar que o instituto da repercussão geral merece breve análise, em razão de consistir em um dos fundamentos da moderna tese da abstração dos efeitos do controle concreto da constitucionalidade. Fruto do advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, por meio da repercussão geral mudou-se significativamente o viés do recurso extraordinário, abandonando-se a congênita característica de dirimir interesses subjetivos, para comportar instrumento objetivo de proteção da ordem jurídica constitucional. Tal entendimento depreende-se facilmente pela visualização de que, para que o recurso extraordinário seja conhecido pelo STF, deverá ser demonstrada a relevância ou a transcendência da matéria, o que, inevitavelmente, evidencia cabalmente que o recurso não mais se adstringe aos interesses subjetivos do pleito. Em consonância, assinala Didier:

[...] é possível concluir, sem receio, que o incidente para a apuração da repercussão geral por amostragem é um procedimento de caráter objetivo, semelhante ao procedimento da ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e ação de descumprimento de preceito fundamental e de profundo interesse público, pois se trata de exame de uma questão que diz respeito a um sem-número de pessoas, resultando na criação de uma norma jurídica de caráter geral pelo Supremo Tribunal Federal. É mais uma demonstração do fenômeno de “objetivização” do controle difuso de constitucionalidade das leis, que tentamos demonstrar em outros trabalhos. O controle difuso no direito brasileiro está adquirindo feições típicas do controle concentrado, notadamente a sua eficácia vinculativa. [...] ⁸¹

Com efeito, por força do disposto no artigo 543-A do Código de Processo Civil (CPC), especialmente em seus §§3º e 4º, restou assinalado que julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se. Verifica-se, assim, o instituto da repercussão sob a perspectiva maximizadora da feição objetiva do recurso extraordinário. Em razão da alteração legislativa, o Supremo Tribunal Federal editou, em âmbito interno, a Emenda Regimental nº 21 de 2007, com o objetivo de regulamentar a análise e o julgamento da repercussão geral. A respeito, vale colacionar elucidativos trechos do voto do relator do projeto que deu azo à edição da norma em comento:

[...] Nesse particular, a proposição permitirá que as causas submetidas ao STF sejam efetivamente selecionadas, de modo a se impedir o julgamento de recursos cuja irrelevância constitucional, sob os aspectos econômico, político, social ou jurídico, seja manifesta. Afastaremos, pois os recursos extraordinários que apenas refletirem o espírito de emulação e de inconformismo das partes. Faremos, pois, que o STF deixe de ser um Tribunal de terceira ou quarta instância para apreciação de questões já decididas por outros tribunais. **Alteraremos o seu perfil, alçando-o à condição de corte constitucional, cuja jurisdição será desvinculada do caso concreto, ainda que continue a ser um órgão do Poder Judiciário.** [...] ⁸²

Assim, sob o prisma da massificação dos recursos extraordinários, conclui-se que foi prestigiada a concentração do STF em decisões de cunho objetivo, com o pretexto de propiciar julgados “mais elaborados e dotados de maior visibilidade, fomentando o debate democrático em torno das decisões e do próprio papel desempenhado pela Corte” ⁸³, com suposta rapidez e eficiência.

⁸¹ DIDIER JR., Fredie. *Tópicos sobre a última reforma processual*. Revista de Processo. São Paulo, n. 147, p. 171, dez. 2009.

⁸² Projeto nº 6.648/2006, Relator Deputado Odair Cunha, da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, *apud* PINA, Ketlen Anne Pontes. “Princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional: Questões Atuais”. In: OLIVEIRA, Vallisney de Souza (org.). *Constituição e Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 86, grifo nosso.

⁸³ BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*, p. 102.

Nesse quadro teórico, a argumentação da qual se vale o STF procura embasar-se na perspectiva de Häberle no que toca à função da Constituição na proteção dos direitos individuais e subjetivos apenas como uma face do “recurso de amparo”, consubstanciada numa dupla função, por um lado subjetiva e, doutro giro, a fim de assegurar o direito constitucional objetivo⁸⁴. Sob esse enfoque, na visão de Triepel, os processos de controle de normas deveriam ser concebidos como processos objetivos, na medida em que quanto mais políticas fossem as questões submetidas à jurisdição constitucional, mais adequada pareceria a adoção de um processo judicial diferenciado dos ordinários, mais facilmente resolvidas tais questões (políticas) sob a forma judicial de questões jurídicas⁸⁵. A propósito, Griffin referencia que a Suprema Corte americana não mais se ocupa da correção das interpretações divergentes das Cortes ordinárias, passando a exercer pleno domínio sobre as matérias que deve ou não apreciar a partir da edição do Judiciary Act de 1925, citando trecho do *Chief Justice Vinson*: “To remain effective, the Supreme Court must continue to decide only those cases which present questions whose resolutions will have immediate importance far beyond the particular facts and parties involved”.⁸⁶

Nessa empreitada teórica, o Ministro Gilmar Mendes, no curso do julgamento do Recurso Extraordinário de nº 556.664/RS, ao mencionar as disposições do artigo 543-B do Código de Processo Civil, e do artigo 328 do Regimento do STF, consigna expressamente em seu voto, acerca da exigência da repercussão geral no Recurso Extraordinário, que “esse instrumento deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva”.⁸⁷.

⁸⁴ HÄBERLE, Peter. “O recurso de amparo no sistema germânico”. In: *Sub Judice*, t. 20-21, 2001, p. 33.

⁸⁵ TRIEPEL, Heinrich. *Wesen und entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, VVDStRL, Vol. 5, 1929, p. 26, *apud* RE 556.664/RS.

⁸⁶ GRIFFIN, Stephen M. *The age of Marbury, Theories of Judicial Review vs Theories of Constitutional Interpretation, 1962-2002*. American Political Science Association, 2002, p. 34.

⁸⁷ A propósito, Fredie Didier Jr. destaca: “ em recente decisão, a Min. Ellen Gracie Northfleet dispensou o preenchimento do requisito do prequestionamento de um recurso extraordinário, sob o fundamento de dar efetividade a posicionamento do STF sobre a questão constitucional, adotado em julgamento de outro recurso (AI 375.011, constante do Informativo n. 365 do STF). A Ministra manifestou-se expressamente sobre a transformação do recurso extraordinário em remédio de controle abstrato de constitucionalidade, e sob esse fundamento dispensou o prequestionamento para prestigiar o posicionamento do STF em matéria de controle de constitucionalidade. Importante precedente nesse sentido é o julgamento da MC no RE n. 376.852, Rel. Min. Gilmar

Deste modo, indiscutível a feição objetiva do recurso extraordinário diante do instituto da repercussão geral, o qual foi, inclusive, estendido a todo recurso excepcional de natureza cível, criminal, eleitoral ou trabalhista⁸⁸. Para esse desiderato, o Supremo Tribunal Federal assume papel fundamental na condução do novo instrumento, detendo com exclusividade o mister de apreciá-lo, conforme disposto no *caput* do artigo 543-A do CPC, sob pena de restar desafiada reclamação judicial, prevista no artigo 102, inciso I, alínea I, da CRFB/1988. Ademais, em presunção inicial em favor do requisito, o STF só poderá rejeitar o recurso por ausência de repercussão geral, mediante o voto de dois terços de seus membros. Decidindo-se por sua inexistência, ou não atingido tal quórum, a questão seguirá ao Órgão Máximo.

Com efeito, infere-se do *caput* do artigo 543-A do CPC que a decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal sobre a admissibilidade do recurso excepcional será irrecorrível. No que toca à natureza do instituto, revela-se verdadeiro requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, cuja função preliminar ao mérito recursal autoriza a conclusão de se tratar de requisito intrínseco, uma vez que na sua ausência, sequer existe a faculdade de recorrer ao STF, ou seja, inexistirá pretensão recursal. Para que se logre êxito na demonstração do requisito, o §1º do aludido dispositivo processual exige a relevância e transcendência da matéria. No curso do julgado acima referenciado, Gilmar Mendes afirma que muito embora tais conceitos sejam indeterminados, isso não importa numa valoração subjetiva ou discricionária, comportando uma atividade interpretativa de cunho objetivo, segura e fiscalizada pela coletividade, uma vez que o dispositivo legal exige a discriminação da relevância econômica, política, social ou jurídica da questão inserida, fatores não necessariamente conjugados, mas sobre os quais devem as pendências estar inseridas. Desse modo, para que a matéria alcance repercussão, exige-se que a mesma transcenda os interesses subjetivos debatidos na causa. Pode-se caracterizá-lo sob uma perspectiva qualitativa, segundo a qual a matéria debatida deve servir para solver impasses de ordem constitucional e não meramente individuais, e outra

Mendes (Plenário, por maioria, DJ de 27.3.2003)⁸⁷. DIDIER, Fredie. “Transformações do recurso extraordinário”. In: *Revista Forense*, vol. 389 Rio de Janeiro: Forense, jan.-fev./2007, p. 494. (grifos nossos)

⁸⁸ AI N. 665.567/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 6.9.2007.

quantitativa, porque a decisão do STF, *in concreto*, atingirá um sem-número de pessoas ⁸⁹.

Paralelamente, o ordenamento prevê hipótese em que a repercussão geral é presumida. Conforme rezam os artigos 543-A, §3º, do CPC e 323, §1º, do RISTF, estará dispensada a demonstração da relevância quando o assunto já houver sido assim reconhecido ou o caso de o recurso impugnar decisão contrária a entendimento sumulado ou dominante da Corte.

No que toca à eficácia do reconhecimento da repercussão geral, interessa observar que constatada a relevância e a transcendência da questão, o recurso extraordinário será recebido pelo STF e terá o mérito da causa apreciado. Na hipótese de ser negada a repercussão geral, o recurso não terá continuidade. Impende destacar que, nesse caso, previsto no §5º. do artigo 543-A do CPC, o não-reconhecimento do RE importará na não-admissão liminar de todos aqueles que versarem sobre matéria idêntica. Nesse particular, Marinoni nos alerta que “teremos de ler a expressão” matéria idêntica como se aludida “à ‘controvérsia idêntica’. A matéria pode ser a mesma, embora a controvérsia exposta no recurso extraordinário assuma contornos diferentes a partir desse ou daquele caso”. Assim, conclui o processualista que o “termo ‘matéria’ é evidentemente mais largo que ‘controvérsia’” ⁹⁰.

Quanto à repercussão geral nos processos com idêntica controvérsia, prevista no artigo 543-B do Código de Processo Civil, havendo a reprodução de recursos em tese fundados na mesma controvérsia, a repercussão geral será aferida por amostragem. Nesse passo, serão selecionados um ou mais recursos demonstrativos, enquanto que os demais serão remetidos à instância inferior de modo a ficarem suspensos aguardando o julgamento principal. Reconhecida a repercussão geral e julgado o mérito daqueles recursos, os feitos sobrestados serão de imediato analisados na origem, seja para que os tribunais *a quo* se retratem, conformando suas decisões ao STF, seja para declará-las prejudicadas por desconformidade ao pronunciamento paradigmático. Na hipótese do tribunal inferior manter sua decisão, o recurso extraordinário será remetido ao STF, que

⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. “Repercussão geral no recurso extraordinário”. In: Revista dos Tribunais. 2 ed. São Paulo: Editora RT, 2008, p. 33.

⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Op. Cit.*, p. 55.

poderá cassar ou reformar o acórdão em desconformidade com o julgado máximo, nos termos previstos no §4º. do artigo 543-B do diploma processual.

Por conclusivo, percebe-se que, muito embora o recurso extraordinário seja um instrumento de controle difuso, a decisão do Supremo Tribunal Federal nesses casos valerá para os demais feitos em que se discuta idêntica controvérsia, atribuindo-se ao controle difuso uma eficácia semelhante àquela do controle concentrado, o que mais uma vez reforça a estudada tendência de aproximação entre os dois modelos de controle de constitucionalidade existentes no Brasil.

3.2

Causa de pedir aberta

Por todas essas considerações, muito embora o ônus de suscitar e demonstrar a existência da repercussão geral recaia sobre a parte, é relevante termos em mente que a argumentação ofertada não vincula o Supremo Tribunal Federal, que poderá decidir pela relevância e transcendência da matéria com base em fundamento constitucional diverso, hipótese recorrente nas ações de controle concentrado de constitucionalidade e que foi incorporado ao controle difuso, consubstanciando mais um traço objetivo conferido ao recurso excepcional.

Dentro desse contexto, o fator determinante para identificar a semelhança da controvérsia está na causa de pedir. Caso contrário, por força da tríplice identidade prevista no artigo 301, §2º. Do CPC (partes, causa de pedir e pedido), estaríamos diante de litispendência, causa extintiva do processo na forma do artigo 267, inciso V. Assim, para que haja a identidade de controvérsia prevista no artigo 543-B, §1º, do CPC, as causas de pedir próxima e remota devem ser iguais, ou seja, o vínculo fático-jurídico entre as partes, a lesão ou ameaça de lesão que se pretende ver reparada e a norma constitucional que fundamenta a pretensão não de ser as mesmas, sob pena de não haver como ser aplicado o referido comando legal. Sob essa diretriz, merece destaque a fundamentação concernente ao julgamento do RE 298.694, relatado pelo Min. Sepúlveda Pertence, pelo qual o STF passou a admitir a possibilidade de julgar o recurso extraordinário com base em fundamento diverso daquele enfrentado pelo tribunal *a quo*. Conforme assinalado por Fredie Didier, ao enfatizar sua repercussão na tendência da abstrativização do controle incidental, à semelhança do que já acontece no

juízo das ações de controle concentrado de constitucionalidade, a causa de pedir (no caso, a causa de pedir recursal) é aberta, permitindo que o STF decida a questão da constitucionalidade com base em outro fundamento, mesmo que não enfrentado pelo tribunal recorrido⁹¹.

Na esteira do entendimento, verifica-se que o STF vem flexibilizando os requisitos recursais, de modo a adentrar o mérito recursal do Recurso Extraordinário formalmente deficiente sob o pretexto de adequar seu objeto ao entendimento já consolidado na jurisprudência da corte, o que nos remonta à teoria da transcendência dos motivos determinantes, ou, ainda, quando se tratar de matéria reputada de relevante interesse. A propósito, posiciona-se Hugo de Brito Machado:

[...] todos os meios utilizados para o estreitamento da via de acesso ao julgamento de mérito do recurso extraordinário foram substituídos, a nosso ver, pelo requisito específico da repercussão geral da questão constitucional, cuja presença em cada caso somente poderá ser negada pelo voto de dois terços dos membros do Tribunal⁹². [...]

A partir dessas premissas, infere-se que ao se detectar a identidade de recursos que digam respeito ao mesmo questionamento legal, será irrelevante o fundamento constitucional utilizado para se questionar a idêntica norma combatida. Vale a ressalva, contudo, de que remanesce a exigência dos requisitos formais, cabendo tão somente ao STF autorizar a sua flexibilização, por força da competência para aferir a repercussão geral do recurso extraordinário, uma vez que o fará no momento em que adentrará o mérito da controvérsia⁹³.

3.3

Súmula vinculante

Por sua vez, a súmula vinculante adveio com o intuito de atribuir força normativa à jurisprudência sedimentada no STF. Nesse sentido, a Corte poderá

⁹¹ DIDIER JR, Fredie. “Transformações no recurso extraordinário”. In: FUX, Luiz (org.), *et al. Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, p. 985.

⁹² *Apud* MARTINS, Samir José Caetano. “A repercussão Geral da Questão Constitucional (Lei nº 11.418/2006)” In: *Revista de Direito Processual*, n. 50. São Paulo, mai.2007, p. 95-111.

⁹³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. “Repercussão Geral no Recurso Extraordinário (Lei nº 11.417)”. *Revista Magister de Direito Empresarial, concorrencial e do Consumidor*. Porto Alegre, n.14, abr/mai. 2007, p.97.

aprovar e publicar enunciado sumular que vinculará todos os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública (e, quem sabe, o próprio Poder Legislativo, indiretamente?), vislumbrando-se, assim, que o controle difuso estará dotado de efeito vinculante e *erga omnes* com o manejo desse instituto.

Com efeito, foi introduzida pela Emenda Constitucional nº 45/2004 e está prevista no artigo 103-A da CRFB/1988. Conforme se observa do dispositivo legal, ao ser editada uma súmula vinculante, os precedentes judiciais do STF deverão ser obrigatoriamente seguidos pela Administração Pública e pelo próprio Poder Judiciário, com previsão de Reclamação Constitucional ao STF em caso de desrespeito ao disposto na súmula vinculativa. A criação de tal instituto objetivaria conferir efetividade aos institutos da segurança jurídica, celeridade e economia processual, uma vez que ficariam obrigados a agilizar a resposta jurisdicional a estes casos, poupando o Judiciário de reanalisar lides cujas soluções já foram devidamente conferidas⁹⁴. Sob enfoque dos entusiastas do instituto, tratar-se-ia de mecanismo de agilização de julgamentos, servindo para minimizar a crise da tutela tardia, como “único expediente promissor até hoje cogitado para debelar o mal da repetitividade das teses jurídicas”, inexistindo afronta à separação dos poderes, uma vez que a inovação teria sido oriunda do próprio Poder Legislativo.⁹⁵

A partir de tais considerações, cumpre observar que o artigo 103-A da CRFB/1988, regulamentado pela Lei nº 11.417/2006, disciplina a edição, revisão e cancelamento de enunciado da súmula vinculante, entre outros acréscimos. Muito embora o projeto de emenda tenha previsto tal mister aos tribunais superiores, ao final a competência para editar tais enunciados restou concentrada singularmente no Supremo Tribunal Federal, possível apenas a possibilidade de provocação pelas cortes superiores, conforme artigo 3º, inciso XI, da Lei nº 11.417/2006. Restou previsto, ademais, quórum de dois terços do plenário para se alcançar a aprovação, revisão ou cancelamento da súmula, o que significa dizer que oito ministros têm de ser favoráveis àqueles intentos. De forma conjunta, o §2º do artigo 103-A estabelece como legitimados para a iniciativa os mesmos previstos no artigo 103, reservada a possibilidade de ser aplicado o rol por via de

⁹⁴ RAMOS, Saulo. *Op. Cit.*, p. 496.

⁹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel; VELLOSO, Carlos Mário; PRUDENTE, Antônio Souza. *Op. cit.*, p. 497-498

lei, o que se deu com a edição da referida Lei 11.417/2006, com o acréscimo do Defensor Público-Geral da União, Tribunais Superiores, Tribunais de Justiça, Militares, Regionais Federais, Eleitorais e do Trabalho. Por fim, os Municípios foram previstos como únicos legitimados ativos incidentais, pois sua iniciativa está adstrita à verificação de lide em andamento, na qual seja parte interessada, sem a qual não poderá provocar o STF diretamente.

No que concerne aos requisitos para a edição da súmula, extraem-se quatro elementos necessários e cumulativos do *caput* e §1º-A, da CRFB/1988: restar discutida matéria constitucional, existirem reiteradas decisões do STF sobre o tema, bem como pairar controvérsia atual entre órgãos do Judiciário ou entre estes e a administração pública, de modo a acarretar grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. Deste modo, apenas as matérias de previsão constitucional poderão ser objeto de súmula vinculante, ou seja, “estão abrangidas, portanto, as questões atuais sobre interpretação de normas constitucionais ou destas em face de normas infraconstitucionais”. Quanto à necessidade de reiterados pronunciamentos do STF em controle difuso sobre a mesma matéria constitucional, busca-se prestigiar a consolidação de entendimento da Corte de modo a evitar a precipitação na edição da súmula, preservada a imponência do instrumento. Do mesmo modo, quando o texto constitucional faz menção à necessidade de que a matéria objeto de súmula vinculante ser alvo de controvérsia dentro do Judiciário ou entre este e a Administração, está afastando as leis já reconhecidas como inconstitucionais e exigindo um confronto atual e presente⁹⁶. Ainda nas palavras de Gilmar Mendes:

[...] A súmula vinculante somente será eficaz para reduzir a crise do Supremo Tribunal Federal e das instâncias ordinárias se puder ser adotada em tempo social e politicamente adequado. Em outras palavras, não pode haver um espaço muito largo entre o surgimento da controvérsia com ampla repercussão e a tomada de decisão com efeito vinculante. Do contrário, a súmula vinculante perderá o seu conteúdo pedagógico-institucional, não cumprindo a função das instâncias ordinárias e da Administração Pública em geral. Nesse caso, sua eficácia ficará restrita aos processos ainda em tramitação. [...] ⁹⁷.

É de se pontuar, ainda, que publicado o enunciado sumular na imprensa oficial, seu conteúdo passará a ser de observância obrigatória pelos órgãos inferiores do Poder Judiciário, bem como pela administração pública direta e

⁹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. cit.*, p. 968.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 972.

indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, com eficácia *ex nunc*, de acordo com a previsão contida no artigo 4º da Lei nº 11.417/2006. No entanto, o STF poderá se valer da modulação dos efeitos na edição da súmula vinculante, através do quórum de dois terços de seus membros, podendo restringir os efeitos ou decidir que tenham eficácia a partir de outro momento, porém, levadas em conta as já referidas razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público, previsão importada do modelo concentrado, conforme artigo 27 da Lei 9.868/1999. Cumpre ainda referir a argumentação da Corte no sentido de que a vinculação não repercutiria no Legislativo e no próprio Judiciário, sob pena de se configurar o “inconcebível fenômeno da fossilização da Constituição”, inviabilizada a possibilidade de revisão e cancelamento do enunciado, bem como a adequação do entendimento sumulado à evolução social⁹⁸.

Acaso desrespeitada a orientação do enunciado com eficácia vinculante, poderá ser utilizada a reclamação constitucional para efetiva observância. Veja-se que essa ação estava originalmente ligada ao controle concentrado de constitucionalidade, passando a proteger os enunciados sumulares com eficácia vinculante, que tem sua origem no exercício do controle difuso. Com isso, a decisão do STF em matéria constitucional, tomada em controle difuso, torna-se vinculante para todos, se for inserida em tal rol de enunciados. Portanto, embora proveniente do controle difuso, a decisão do STF passaria a ser de observância obrigatória para todos, à semelhança das decisões tomadas em controle concentrado. Na esteira do entendimento, percebe-se que a possibilidade de uma súmula vinculante determinar que certa norma é inconstitucional, denota uma das facetas da tendência denominada abstrativização dos efeitos da decisão em sede de controle concreto.

3.4

A participação do *amicus curiae* e a realização de audiências públicas no controle de constitucionalidade

Sem esgotar a análise e ressaltando que a questão será problematizada no bojo do capítulo seguinte, impende notar que a presença do *amicus curiae* e a

⁹⁸ Reclamação nº 2617, veiculada no Informativo nº 0386 do STF.

realização de audiências públicas têm o fim de aprimorar o debate, porquanto vários pontos de vista serão lançados no processo, que não ficará restrito aos argumentos dos litigantes. Sob essa ótica, pluraliza-se a discussão, permitindo que diversos setores da sociedade manifestem suas razões, de modo a amadurecer a decisão a ser proferida e reduzir a possibilidade de descontentamento geral⁹⁹. Diante dessa estrutura conceitual, tais institutos permanecem evidentemente relacionados com a propugnada interpretação plural ou “aberta”¹⁰⁰ a respeito do texto constitucional.

Indubitavelmente, nesse contexto de prática institucional da Corte, torna-se fundamental distinguir a concepção de *amicus curiae* das demais formas de intervenção de terceiros. Nesse intento, Cássio Scarpinella Bueno esclarece que o não legitimado para a propositura das ações diretas de inconstitucionalidade pode intervir no processo de controle de constitucionalidade, não como assistente litisconsorcial (porque não postula direito próprio), mas como *amicus curiae*.¹⁰¹ É fundamental postular que, entre os sujeitos processuais, o instituto do *amicus curiae* deve ser visto como uma espécie de terceiro interveniente distinto das partes. Para tanto, afirma o autor:

[...] Ao que parece, a intenção é permitir ao *amicus curiae* que intervenha no processo apenas e tão somente para expor o seu ponto de vista sobre a questão debatida, destacando os elementos que, não fosse pela sua intervenção, muito provavelmente não seriam levadas em conta para o proferimento da decisão. [...] ¹⁰²

Instituto que possui origem inglesa e norte-americana, o *amicus curiae* é decorrente do chamado Brandies-Brief, um tipo de memorial que surgiu pela primeira vez nos Estados Unidos no caso *Müller vs Oregon*, sendo apresentado pelo advogado Louis Brandeis em 1908. No ordenamento jurídico brasileiro, a participação do *amicus curiae* está presente desde 1976, quando a Lei n. 6385/76,

⁹⁹ MEDINA, Damaris. *Amicus curiae: amigo da corte ou amigo da parte?*. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 169.

¹⁰⁰ Nesse particular, assinala Peter Häberle: “ No processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição.” HÄBERLE, P. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 464.

¹⁰¹ BUENO, C.S. *Amicus Curiae no processo civil: um terceiro enigmático*, op. cit., p. 140-145.

¹⁰² Id. *Amicus Curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 615.

no seu art. 31, prevê expressamente a sua intervenção em processos que envolvem aspectos de direito societário perante a Comissão de Valores Mobiliários.

É importante ressaltar que o STF, antes do advento da Lei n.º 9.868/99, já admitia a juntada de memoriais por *amicus curiae* em ADIs. O art. 7º, § 2 da Lei 9868/99 admitiu o *amicus curiae* no controle de constitucionalidade brasileiro, estabelecendo uma exceção à regra segundo a qual a intervenção de terceiros não é admitida uma vez que, neste tipo de controle, inexistente interesse jurídico subjetivo que justifique tal intervenção. O dispositivo supracitado prevê a possibilidade de manifestação, na qualidade de *amicus curiae*, de indivíduos e grupos sociais, inclusive os órgãos e entidades que estão previstos no rol de legitimados para a propositura da ADI, sempre que tiverem interesse na causa.

Com efeito, o art. 7º § 2 da Lei 9.869/1999 prevê que o relator irá decidir sobre a admissibilidade do *amicus curiae*, devendo analisar a relevância da matéria em discussão, verificando inclusive sobre a possibilidade de extensão dos efeitos da decisão a ser proferida e a representatividade dos requerentes. Embora o STF não tenha utilizado o instituto com a devida frequência, o mesmo tem se feito presente em relevantes causas, havendo, inclusive, uma tendência à flexibilização do posicionamento jurisprudencial quanto aos pressupostos para a intervenção. O STF já admitiu o seu ingresso no processo após o fim do prazo para entrega de informações, após a inclusão do processo na pauta de julgamento e após o início do julgamento¹⁰³. Oportuno referir, entretanto, que a decisão do relator que admite ou não a participação de terceiros é irrecorrível, por força do §2º do artigo 323 do RISTF¹⁰⁴.

De fato, a ideia seria incrementar o potencial do debate nas questões relativas à inconstitucionalidade, sendo um exemplo de instrumento da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Sob esse prisma, é oportuno transcrever o pensamento de Gustavo Binembojm, segundo o qual a finalidade 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

¹⁰³ ADI n. 3.474, rel. Min. César Peluso e ADI n. 2.548, rel. Min. Gilmar Mendes.

¹⁰⁴ Na recente terceira edição de sua obra, Cássio Scarpinella afirma que nesses casos será cabível o recurso, uma vez presente interesse recursal ao *amicus curiae*. (BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus Curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 517.

razões constitucionais daqueles que, embora não tenham legitimidade para deflagrar o processo, serão destinatários diretos e 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. [...] ¹⁰⁵

Nesse passo, as audiências públicas vêm recebendo tratamento similar pela prática jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, em virtude de seu papel assemelhado, apesar de constituir instituto diverso. A propósito, ressalta Damares Medina:

[...] Um procedimento para minimizar o desequilíbrio informacional entre as partes seria a adoção do procedimento eletrônico, nos termos da Lei n. 11.419/2006, da Resolução n. 344/2007 e da Portaria n. 73/2007, do STF, adotado com grande êxito pela Ministra Carmen Lúcia, no julgamento da ADPF 101. Outra medida seria a realização de audiências públicas em casos que envolvam questões cuja controvérsia ultrapassa o campo estritamente legal. Na linha do que foi decidido na ADI 3.510 e nas ADPF 54 e 101, **a audiência pública pode ser o locus para que o amicus curiae se manifeste em igualdade de condições com as demais partes do processo, sem que se comprometa o equilíbrio informacional.** [...] ¹⁰⁶

Para tanto, cumpre pontuar que a possibilidade de realização de audiências públicas na Ação Direta de Inconstitucionalidade e na Ação Declaratória de Constitucionalidade foi prevista no art. 9º, § 1º da Lei n. 9.868/99. Em relação à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, a previsão da realização de audiência pública encontra-se prevista no art. 6º, § 1º da Lei 9.882/99. Os dispositivos determinam que as audiências públicas podem ser convocadas pelo Ministro Relator, sempre que houver necessidade de esclarecimentos sobre a matéria ou circunstância de fato e quando os autos carecerem de informações para o julgamento. A admissão das audiências públicas nos julgamentos constitucionais tem como pressuposto o fato de que, muitas vezes, os juizes não estão habilitados para a decidir sobre questões de alta complexidade que envolvem, por exemplo, conhecimento médico, científico ou antropológico.

A ideia fundamental das audiências públicas é suprir eventuais lacunas decorrentes da falta de conhecimento dos juizes sobre determinadas matérias,

¹⁰⁵ BINEMBOJM, Gustavo. “A Dimensão do amicus curiae no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual.”. In: *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 01, jan./mar. 2005, p. 4. Disponível, em: < <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-1-JANEIRO-2005-GUSTAVO%20BINEMBOJM.pdf> > Acesso em 01/08/2011.

¹⁰⁶ MEDINA, Damaris. *Amicus curiae: amigo da corte ou amigo da parte?*. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 167, grifo nosso.

garantindo a coerência da decisão. Não obstante a previsão expressa sobre a possibilidade de realização de audiências públicas no ordenamento jurídico brasileiro desde 1999, o instituto somente foi utilizado a partir de abril de 2007, data da realização da primeira audiência pública no julgamento da ADI n° 3.510, que discutiu a constitucionalidade da Lei de Biossegurança relativa a pesquisas com células-tronco. Diante de uma questão de alta complexidade, o Procurador-Geral da República requereu a realização de audiência pública para análise dos aspectos fáticos inerentes à decisão sobre a constitucionalidade do art. 5° e parágrafos da Lei n° 11.105/05, que foi acolhida pelo Ministro Relator, Carlos Ayres de Britto. Em 2008, foram também realizadas no STF mais duas audiências públicas, tanto no julgamento da ADPF n° 54, como na ADPF n° 101.

A partir desse breve panorama, acresça-se, ademais, a previsão contida no artigo 3°, §2°, da Lei n° 11.417/2006, a qual estabeleceu a possibilidade da intervenção de *amicus curiae* no âmbito da súmula vinculante. A reforma acarretada pelo advento da repercussão geral igualmente prevê a participação do *amicus curiae* no Recurso Extraordinário, uma inovação sem precedente em sede de controle difuso, uma vez que se trata de figura típica do controle concentrado, haja vista disposição constante do artigo 7°, §2°, da Lei n° 9.868/1999.

Na mesma linha, aliás, o STF tem resguardado a participação dos *amici curiae* em sede de controle concreto de um modo geral, possibilitando, inclusive, sua sustentação oral no curso das respectivas sessões de julgamento, sendo possível pontuar, à guisa de ilustração, o caso do Recurso Extraordinário n° 416827/SC. A lição de Fábio Carvalho Leite acerca da abertura democrática do *amicus curiae* em sede de controle de constitucionalidade, assevera que:

[...] esta abertura foi levada ao controle concreto-difuso, o que é ainda mais interessante, pois embora não descaracterize o processo como subjetivo, seguramente relativiza esta ideia, a partir do momento em que permite a manifestação de órgãos e entidades estranhas às partes processuais, mas vinculadas à questão constitucional, e assegura aos legitimados para propositura de ADIN e ADC o direito de se manifestarem nos autos destes processos, independentemente de autorização do relator, aproximando de certo modo as duas espécies de controle.[...] ¹⁰⁷

Interessante observar, à guisa de ilustração, de que forma a figura do *amicus curiae* contribuiu para o julgamento do caso Raposa Serra do Sol. No curso do

¹⁰⁷ LEITE, Fábio Carvalho. “ADIN e ADC, e a ambivalência possível: uma proposta”. In: *Revista de Direito do Estado (RDE)*, vol. 10, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2008, p. 67-99.

célebre julgamento da PET 3.388-RR, acerca da demarcação da reserva indígena da Raposa Serra do Sol, em cuja inicial de ação popular apenas se questionava o ato administrativo que demarcou a reserva indígena, foram julgadas diversas questões sequer cogitadas nas instâncias ordinárias, sendo elaborado, inclusive, um “estatuto demarcatório” voltado à orientação de futuros julgamentos e demarcações administrativas. Com efeito, é possível observar a participação social de atores populares diante da abertura processual, em fase avançada, a intervenientes que, muito embora denominados “assistentes simples” se enquadrariam de forma mais pertinente na designação de *amicus curiae*, o que realça o potencial democratizante do instituto, típico do controle abstrato. Ocorre que a participação de grande número de assistentes - tanto no polo passivo, quanto no polo ativo do processo relativo à PET 3.388 - acabou por camuflar sua figura. Em verdade, a ausência de interesse jurídico das intervenções no julgado da Raposa Serra do Sol inviabiliza, do ponto de vista técnico, que as manifestações ocorram sob a titulação genérica de “assistência”, forma pela qual os sujeitos intervenientes foram imprecisamente admitidos¹⁰⁸.

Portanto, a tendência de abstrativização do controle de constitucionalidade também pode ser identificada na utilização do instituto do *amicus curiae* em sede de controle concreto de constitucionalidade, figura típica do controle concentrado, o qual, em conjunto com as audiências públicas, objetiva pluralizar a argumentação judicial. Conforme veremos adiante, os referidos institutos podem representar um viés democrático ao fenômeno em análise, desde que inseridas em uma sistemática compatível.

3.5

Cláusula de reserva de plenário – abstrativização no plano estadual

Por derradeiro, cabe breve referência à já mencionada cláusula de reserva de plenário, na medida em que reforça o cenário de centralização da interpretação

¹⁰⁸ Em face desta leitura, no mencionado julgado, as manifestações por petição de Dom Thomás Balduino e do grupo Makunaíma Grita podem ser apontadas como autênticas intervenções dessa natureza. De fato, a habilitação de tais sujeitos na qualidade de *amicus curiae* teria sido mais adequada, pois a participação processual, muito embora despida do interesse jurídico típico das partes e seus assistentes, pode enriquecer o julgado com fundamentos técnicos e argumentação extrajurídica.

constitucional no STF, muitas vezes à revelia da participação das cortes estaduais e demais setores sociais. Ademais, a existência de disposições no sentido de vincular os órgãos fracionários dos tribunais estaduais após manifestação “plenária”, dá azo a críticas em relação à composição dos respectivos órgãos especiais e disparidade de seus argumentos decisórios. Denotam-se, assim, certos aspectos da abstrativização da jurisdição constitucional no plano estadual. A esse respeito, leciona Fábio Carvalho Leite:

[...] A ideia de que o Brasil caminha para uma concentração no controle de constitucionalidade, ou mais precisamente a forma como esta ideia tem se propagado, desacompanhada de um debate sério, profundo e honesto, revela-se no mínimo preocupante, em razão de pelo menos uma importante consequência que tem sido ocultada ou que ao menos não tem sido discutida de forma clara: a centralização da interpretação do texto constitucional – ou, colocado em termos talvez mais dramáticos, mas não menos verdadeiros, a exclusão de diversos setores da sociedade (incluindo os demais órgãos do Poder Judiciário) do processo de interpretação da Constituição. A ausência de um debate sobre este ponto – sonegado em meio à campanha pela centralização do controle de constitucionalidade – dificulta se não mesmo impede que se identifique uma legitimidade na proposta, que, aliás, parece conquistar espaço apenas quando resulta de procedimentos exclusivos do STF, ou seja, em sua própria jurisprudência e no seu regimento interno. Este ponto merece ser desenvolvido em estudo posterior – e assim será. Por ora, interessa apenas ressaltar que, considerando-se este contexto, é no mínimo curioso, se não também revelador ou ao menos sugestivo o fato de que neste universo de 27 regimentos internos somente 10 fazem alguma menção ao STF quando disciplinam a cláusula de reserva de plenário (sendo que 4 apenas reproduzem o dispositivo do CPC). É dizer: 17 tribunais de justiça não levaram em consideração a jurisprudência do STF no exercício do controle concreto-difuso de constitucionalidade. [...] ¹⁰⁹

3.6

Coisa julgada inconstitucional

Outro aspecto da jurisprudência do STF que reflete o fenômeno da abstrativização do controle de constitucionalidade é o tratamento da temática da coisa julgada inconstitucional. O artigo 5º, XXXVI da Constituição estabelece que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Tal dispositivo resguarda um valor fundamental da ordem jurídica brasileira: a segurança jurídica, sendo também prevista no artigo 5º, *caput* da Constituição. No entanto, tem havido discussão na doutrina sobre a temática da

¹⁰⁹ LEITE, Fábio Carvalho. *A Cláusula de Reserva de Plenário segundo os Tribunais de Justiça*. 2010.

coisa julgada inconstitucional. Este fenômeno ocorre quando uma decisão judicial transitada em julgado afronta princípio ou norma constitucional.

Podemos exemplificar a situação em que a sentença se baseia em norma posteriormente declarada inconstitucional pelo STF ou quando afirma indevidamente a inconstitucionalidade de uma norma posteriormente declarada constitucional pelo STF. Como fica a situação da hipótese de não haver modulação temporal dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade tanto no controle difuso como no concentrado, incidindo efeito *ex tunc*? É admissível a rescisão de acórdãos anteriores que foram proferidos em controle concreto ou essa rescisão seria juridicamente impossível?

No RE 328812 ED/AM, o STF, por unanimidade, não vislumbrando obscuridade, contradição ou omissão, rejeitou embargos de declaração opostos contra acórdão da 2ª Turma que, afastando aplicação do Enunciado n.º 343 da Súmula de Jurisprudência do STF (por se tratar de matéria constitucional). O referido acórdão da 2ª Turma deu provimento a recurso Extraordinário para que o Tribunal *a quo* apreciasse a ação rescisória com base no artigo 5º XXXVI da Constituição Federal na qual se alegava a não violação de direito adquirido a reajuste salarial referente à URP de fevereiro de 1989 e ao IPC de junho de 1987.

Preliminarmente, os embargos declaratórios foram conhecidos pelo Tribunal por maioria, ficando vencido nesse ponto, o Min. Marco Aurélio, que deles não conheceu por considerar que o órgão competente para julgá-los não deveria ser o Plenário, mas a 2ª Turma. O Min. Gilmar Mendes salientou a necessidade de ponderar sobre o papel da ação rescisória no nosso sistema jurídico, tendo em vista a necessidade de rever a aplicabilidade do enunciado sumular 343/STF a processos que têm como matéria controvertida, questão constitucional. Nessa afirmativa teórica, a não aplicabilidade do enunciado sumular 343/STF em matéria constitucional revelar-se-ia necessária como medida de instrumentalização da Força Normativa da Constituição.

[...] Indaga-se; nas hipóteses em que esta Corte fixa a correta interpretação de uma norma infraconstitucional, para o fim de ajustá-la à ordem constitucional, a contrariedade a esta interpretação do Supremo Tribunal, ou melhor, a contrariedade a lei definitivamente interpretada pelo STF em face da constituição ensejaria o uso da ação rescisória? Penso que sim. Penso que aqui há uma razão muito clara e definitiva para a admissão das ações rescisórias. Quando uma decisão desta Corte fixa uma interpretação constitucional, entre outros aspectos, está o Judiciário explicitando os conteúdos possíveis da ordem normativa

infraconstitucional em face daquele parâmetro maior, que é a Constituição. Isso obviamente não se confunde com a solução de divergência relativa à interpretação de normas no plano infraconstitucional. **Não é por acaso que uma decisão definitiva do STJ, pacificando a interpretação de uma lei, não possui o mesmo alcance de uma decisão definitiva desta Corte em matéria constitucional.** Controvérsia na interpretação de lei e controvérsia constitucional são coisas absolutamente distintas e para cada uma delas o nosso sistema constitucional estabeleceu mecanismos de solução diferenciados com resultados também diferenciados. Não é a mesma coisa vedar a rescisória para rever uma interpretação razoável de lei ordinária que tenha sido formulada por um juiz em confronto com outras interpretações de outros juízes, e vedar a rescisória para rever uma interpretação da lei que é contrária àquela dada pelo Supremo Tribunal Federal em questão constitucional. [...] **De fato, negar a via de ação rescisória para fins de fazer valer a interpretação constitucional do Supremo importa, a rigor, em admitir uma violação muito mais grave à ordem normativa.** Sim, pois aqui a afronta se dirige a uma interpretação que pode ser tomada como a própria interpretação constitucional realizada. Nesse ponto, penso também que a rescisória adquire uma feição que melhor realiza o princípio da isonomia. Se, por um lado, a rescisão de uma sentença representa certo fator de instabilidade, por outro, não se pode negar que uma aplicação assimétrica de uma decisão desta Corte em matéria constitucional oferece instabilidade maior, pois representa uma violação a um referencial normativo que dá sustentação a todo o sistema. Isso não é, certamente, algo equiparável a uma aplicação divergente da legislação infraconstitucional. [...] **Ora, se ao Supremo Tribunal Federal compete, precipuamente, a guarda da Constituição Federal, é certo que a sua interpretação do texto constitucional deve ser acompanhada pelos demais Tribunais, em decorrência do efeito definitivo absoluto outorgado à sua decisão.** Não estou afastando, obviamente, o prazo das rescisórias, que deverá ser observado. [...] A aplicação da Súmula 343 em matéria constitucional revela-se afrontosa não só à força normativa da Constituição, mas também ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional. **Admitir a aplicação da orientação contida no aludido verbete em matéria de interpretação constitucional significa fortalecer as decisões das instâncias ordinárias em detrimento das decisões do Supremo Tribunal Federal.**¹¹⁰

Com efeito, a crítica fundamental do Min. Relator, Gilmar Mendes, é no sentido de enfatizar o risco de a interpretação dos juízes de primeira instância assumir um papel mais relevante que o pronunciamento do STF, o que não poderia ser admitido, por violar o Princípio da Força Normativa da Constituição. Para o Ministro Gilmar Mendes, se incumbe ao STF ser o guardião da Constituição, o princípio da segurança jurídica não é um valor absoluto, pois, existindo decisão do STF que fixa a correta interpretação da norma constitucional violada, ainda que posterior ao trânsito em julgado da sentença rescindenda, seja tal decisão decorrente de controle difuso e concentrado, a ação rescisória deve ser utilizada com o objetivo de preservar o Princípio da Isonomia e o da Máxima Efetividade das Normas Constitucionais. Na sua compreensão, se a rescisão de

¹¹⁰ STF, RE 328812 ED/AM, relator, Min. Gilmar Mendes. Decisão unânime. D.J., 02/05/2008, grifos nossos.

uma sentença representa certo fator de insegurança jurídica, por outro lado, a aplicação assimétrica de uma decisão do STF em matéria constitucional oferece instabilidade maior, pois representa violação a um referencial normativo que dá sustentação a todo o sistema.

É premente ressaltar que surgiram duas correntes a respeito da aplicabilidade do enunciado sumular 343/STF e, embora a questão esteja pacificada no STF, há uma grande resistência de parte da doutrina em aceitar tal posicionamento da referida Corte. Nesse aspecto, há duas correntes a respeito. A primeira é capitaneada por Luís Roberto Barroso. Na hipótese de decisão de um caso concreto que tem por fundamento a inconstitucionalidade de determinada norma que é posteriormente declarada constitucional pelo STF, o autor considera admissível a ação rescisória. Se não for mais possível ajuizar ação rescisória, para Barroso, “prevalecerá a coisa julgada que se formou, salvo as situações extremas e excepcionais que possam legitimar sua relativização, com base em juízo de ponderação de valores.”¹¹¹ A segunda corrente - representada por José Carlos Barbosa Moreira, Sacha Calmon Navarro, Luiz Guilherme Maninoni e Leonardo Greco - que não aceita a mitigação da referida súmula, destaca o caráter excepcional da ação rescisória, pois se volta contra o instituto da coisa julgada, que goza de proteção constitucional no âmbito dos direitos fundamentais. Entre preservar a segurança jurídica, de um lado, e a força normativa da Constituição, por outro lado, argumenta-se a predominância do primeiro aspecto, por corresponder a um princípio de maior relevância no ordenamento jurídico. Sob esse prisma, é clara a assertiva de Maninoni:

[...] Imaginar que a ação rescisória pode servir para unificar o entendimento sobre a Constituição, é desconsiderar a coisa julgada. **Se é certo que o Supremo Tribunal Federal deve zelar pela uniformidade na interpretação da Constituição, isso obviamente não quer dizer que ele possa impor a desconsideração dos julgados que já produziram coisa julgada material.** Aliás, se a interpretação do supremo tribunal Federal pudesse implicar na desconsideração da coisa julgada – como pensam aqueles que não admitem a aplicação da Súmula 343 nesse caso – o mesmo deveria acontecer quando a interpretação de lei federal se consolidasse no Superior Tribunal de Justiça. [...] ¹¹²

¹¹¹ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 234.

¹¹² MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo de conhecimento*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 675, grifos nossos; No mesmo sentido, cf.: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Direito Aplicado II (pareceres)*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 238-239 e COELHO, Sacha Calmon. “Da impossibilidade jurídica de ação rescisória de decisão anterior à declaração de

Portanto, a segunda corrente não acata a tese de que a ação rescisória seja usada como instrumento de uniformização da interpretação constitucional voltada para o passado, pois tal postura eliminaria a garantia constitucional da coisa julgada material. Na mesma linha de pensamento, Leonardo Greco afirma que a “rescisória que ressuscite questão de direito ampla e definitivamente resolvida no juízo rescindendo, com fundamento no art. 485, V do CPC, viola claramente a garantia da coisa julgada”.¹¹³

O fato de o STF ser o guardião da Constituição, para os autores da segunda corrente, não autoriza que o seu entendimento sobre a declaração de inconstitucionalidade de uma lei possa desconstituir decisões que produziram coisa julgada material. A coisa julgada deve ser considerada imune aos efeitos *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade. Como salienta Leonardo Greco, a coisa julgada é uma importante garantia fundamental, sendo “instrumento indispensável à eficácia concreta do direito à segurança, inscrito como valor e como direito no preâmbulo e no *caput* do artigo 5º da Constituição de 1988.”¹¹⁴ Assim, a jurisprudência do STF no tema da coisa julgada inconstitucional, dentro de um processo de abstrativização do controle de constitucionalidade, atribui especial ênfase ao controle concentrado em detrimento do controle difuso, em detrimento de uma postura judicial mais democrática e minimalista.

3.7

Modulação temporal dos efeitos no controle difuso

Outro aspecto objetificante da jurisdição constitucional brasileira diz respeito à utilização da técnica de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em sede de controle difuso.

Nesse passo, da leitura do artigo 27 da Lei 9.868/1999, infere-se a possibilidade de modulação dos efeitos estar restrita, a princípio, somente no que diz respeito ao controle concentrado. Contudo, o STF vem se valendo de tal disposição em âmbito de controle incidental, afirmando-o como compatível e

constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal no direito tributário”. In: *Revista dos Tribunais – Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, vol 15, 1996.

¹¹³ GRECO, Leonardo. Eficácia geral da declaração erga omnes de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto167.rtf>>

¹¹⁴ *Ibidem*.

consonante à herança da sistemática americana da prática do mencionado *prospectivity*. Nota-se, aliás, que antes mesmo da edição da referida lei, quando a jurisprudência do STF aplicava a técnica da nulidade com temperamentos, a modulação temporal já era utilizada largamente em sede de Recurso Extraordinário¹¹⁵.

Contudo, a maioria dos tribunais ordinários vem se posicionando pela impossibilidade de restringir os efeitos da declaração de nulidade em sede de controle difuso, ainda quando realizado certo juízo de ponderação¹¹⁶. Da mesma forma já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça: “(...) A modulação de efeitos temporais do julgado só ocorre na ação direta de inconstitucionalidade, perante o STF e com quórum qualificado, na forma do art. 27, da Lei 9868/99”¹¹⁷.

Quanto à possibilidade dos juízes singulares e tribunais ordinários aplicarem analogicamente o referido dispositivo, é interessante referenciar o entendimento de Carlos Wagner Dias Ferreira, para quem a modulação dos efeitos da inconstitucionalidade decorre da natureza ínsita do controle difuso, sendo forçoso reconhecer que a aferição incidental pressuporia necessariamente a análise da causa a ser decidida e, como tal, reclamaria íntimo contato dos órgãos julgadores que a enfrentam, razão pela qual não seria lógico permitir que um juiz declare incidentalmente a inconstitucionalidade de um ato normativo e, ao mesmo tempo, proibi-lo de estabelecer os efeitos da decisão, mesmo que diante de evidente perigo aos mesmos valores resguardados – boa-fé e segurança jurídica. Acrescenta, ainda, que nada impediria que o juiz ou tribunal ordinário pudesse, após a definição de efeitos temporais restritivos no controle realizado pelo STF, conferir idêntico tratamento aos casos concretos sob sua análise, em harmonia ao entendimento máximo¹¹⁸.

Aliás, mesmo após a promulgação da Lei nº 9.868/1999, a primeira vez que o STF aplicou a técnica prevista no seu artigo 27 não se tratou de uma ADIN, mas sim de um recurso extremo interposto pelo Ministério Público do Estado de São

¹¹⁵ MARTINS, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. Cit.*, p. 497.

¹¹⁶ À guisa de ilustração, confira-se: AP 2006.001.50919, DJ 4.2.2009 (TJRJ); AP 2009.227.00552 DJ 7.4.2009;(TJRJ); AP 70027466861, DJ 10.12.2008 (TJRS); AP 1.0145.07.396241-0/001, DJ 2.9.2008 (TJMG);

¹¹⁷ AgRg no Ag 967376/RJ, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/04/2008, D.J. 24/04/2008.

¹¹⁸ FERREIRA, Carlos Wagner Dias. “Modulação dos efeitos da declaração de constitucionalidade no controle difuso”. In: *Revista da Escola de Magistratura Federal da 5ª. Região*, nº 12, Março de 2007, p. 155-178.

Paulo, em face da Câmara Municipal de Mira Estrela, em julgado que será melhor analisado no capítulo seguinte. Na hipótese, a modulação dos efeitos foi utilizada para salvaguardar as decisões da Câmara dos Vereadores no período anterior, com a composição declarada inconstitucional, além do que, a eficácia retroativa importaria em uma séria de consequências no plano eleitoral. Assim, foi declarada a inconstitucionalidade do dispositivo, porém com efeitos apenas a partir da legislatura subsequente.¹¹⁹ Para Gilmar Mendes, “a limitação de efeitos é apanágio do controle judicial de constitucionalidade, podendo ser aplicado tanto no controle direto quanto no controle incidental”¹²⁰. Interessante transcrever elucidativa passagem constante do voto do Ministro Cezar Peluso a respeito do posicionamento adotado pelo STF:

[...] mostrou a compatibilidade de uma limitação excepcional dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade, no controle difuso, com nosso sistema constitucional. De fato, se a CF legitima tal limitação no controle abstrato, não tem porque não legitimá-la no concreto, pois, no fundo, as técnicas de controle servem ambas com caráter alternativo e consequências próprias, adequadas a cada situação histórica, ao mesmíssimo propósito constitucional. A variedade dos instrumentos, ou dos métodos, não desnatura o fim, que é único, o controle eficaz da constitucionalidade das leis. A regra da nulidade, enfim, cede apenas a razões de coerência sistemática e de segurança jurídica, ditadas por situações excepcionais, como a do caso. [...]

Oportuno destacar o julgamento dos Recursos Extraordinários nº 377.457/PR e 381.964/MG que, apesar do voto de cinco ministros para deferir a modulação dos efeitos da decisão, restou por rejeitada, em razão de não ter sido alcançado o *quorum* previsto no artigo 27 da Lei nº 9.868/1999.

Nesse contexto, constata-se a aplicação de instituto inerente ao controle abstrato de constitucionalidade, qual seja a modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, previsto no artigo 27 da Lei 9.868/1999, no bojo do controle difuso de constitucionalidade, demonstrando por mais uma vez a tendência de sua abstrativização, conforme salienta, inclusive, Fábio Carvalho Leite:

[...] Quanto ao poder de decisão conferido ao STF para determinar o momento em que a declaração de inconstitucionalidade operará seus efeitos, tal faculdade também contribui para a aproximação dos controles abstrato-concentrado e concreto-difuso, eis que a restrição dos efeitos da declaração de

¹¹⁹ RE 197.917/SP, Rel. Min. Maurício Correa, DJ 6.6.2002.

¹²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. Cit.*, p. 400.

inconstitucionalidade no primeiro pode se dar justamente em função das consequências no segundo. [...] ¹²¹.

Por oportunidade do julgamento do RE 197.917, relatado pelo Min. Maurício Corrêa, em relação da fixação do número de vereadores do Município de Mira Estrela, acolheu-se tese formulada no voto vista do Min. Gilmar Mendes, consagrando que a decisão de inconstitucionalidade poderia ser dotada somente de efeitos *pro futuro*, atingindo apenas a próxima legislatura. Tendo em vista a relevância da repercussão desse *leading case* Mira Estrela, é necessária uma breve reconstrução fática.

A controvérsia surgiu quando foi ajuizada pelo Ministério Público de São Paulo ação civil pública pretendendo reduzir o número de vereadores da Câmara Municipal de Mira Estrela para nove. O Ministério Público-SP aduziu que o art. 6º, parágrafo único da Lei Orgânica do Município violava a norma do art. 29, IV, a, da Constituição Federal, suscitando consequências nefastas para o erário.

O juiz de primeiro grau julgou parcialmente procedente a ação, com base na inconstitucionalidade da norma atacada, estabelecendo a redução do número de vereadores. Interposto o RE n º 197/917/SP com base no artigo 102, ‘a’ e ‘c’, da Constituição Federal, o Ministério Público sustentou que “ o artigo 6º , parágrafo único, da Lei orgânica local, em contraste com a proporcionalidade exigida pela carta Federal, fixou número excessivo de vereadores, dado que o Município em questão possui somente 2.651 habitantes.” Sob esse prisma, é oportuno transcrever resumo do parecer do Ministério Público Federal, expresso na seguinte ementa:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEI ORGÂNICA MUNICIPAL. FIXAÇÃO DO NÚMERO DE VEREADORES. AUTONOMIA VINCULADA. CRITÉRIO CONSTITUCIONAL DA PROPORCIONALIDADE. (ART. 29, INCISO IV DA CF/88. 1. Nulidade de norma estabelecida em Lei Orgânica Municipal que fixou o número de vereadores em desconformidade com o art. 29, IV, “a” da atual Constituição Federal. 2. Clara antijuridicidade de ato normativo que fixa em onze (11) o número de vereadores para município que detém menos de três mil (3000) habitantes. 3. incontroverso dano ao patrimônio público municipal. 4. Autonomia municipal que deve ser exercida com observância dos parâmetros analíticos estabelecidos no texto constitucional vigente. 5. Parecer pelo conhecimento e provimento do recurso. [...] ¹²²

¹²¹ Leite, Fábio. *Op. Cit*, p. 11.

¹²² Parecer do Ministério público Federal em STF-RE 197.917/SP-Rel Min. Maurício Correa - 24/03/2004).

Após uma série de debates, prevaleceu o voto do Ministro Relator, Maurício Correa, que pode ser resumido com a seguinte ementa:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 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.¹²³

Com efeito, o STF determinou que os parâmetros consignados no artigo 29, IV, alínea *a*, da Constituição Federal pressupõem uma interpretação matemática. Os Ministros posicionaram-se no sentido de que a regulação do número de vereadores não deveria ser deixada ao arbítrio dos municípios, sob pena de surgirem desproporções suscetíveis de violar a proporcionalidade determinada pela Constituição. Os Ministros do STF modularam os efeitos temporais, estabelecendo efeitos pro futuro para a decisão de controle difuso. No seu voto, Gilmar Mendes sustenta que “a limitação do efeito é um apanágio do controle judicial de constitucionalidade, podendo ser aplicado tanto no controle direto quanto no controle incidental”, porquanto “tendo em vista razões de segurança jurídica, a supressão da norma poderá ser mais danosa para o sistema do que a sua preservação temporária”. Assim, afastou-se a tese da nulidade do ato inconstitucional, sob pena de suscitar enorme insegurança jurídica. Em relação ao princípio da nulidade do ato inconstitucional, Gilmar Mendes não pretende desconsiderá-lo, sustentando apenas que:

[...] Que tal princípio não poderá ser aplicado nos casos em que se revelar absolutamente idôneo para a finalidade perseguida (casos de omissão; exclusão de benefício incompatível com princípio da igualdade. O, bem como nas hipóteses em que a sua aplicação pudesse trazer danos para o próprio sistema jurídicos constitucional (grave ameaça à segurança jurídica). Assim, configurado eventual conflito entre o princípio da nulidade e o princípio da segurança jurídica, que, entre nós, tem status constitucional, a solução da questão há de ser igualmente levada a efeito em um processo de complexa ponderação. [...] ¹²⁴

Diante do exposto, o STF deu provimento ao recurso extraordinário, declarando a inconstitucionalidade da lei de Mira Estrela. Enfatizou que tal

¹²³ STF-RE 197.917/SP-Rel Min. Maurício Correa -24/03/2004.

¹²⁴ STF-RE 197.917/SP. Rel Min. Maurício Correa-Voto do Min. Gilmar Mendes. D.J, 24/03/2004.

declaração não deveria atingir “ a composição da atual legislatura da câmara municipal, cabendo ao Legislativo municipal estabelecer nova disciplina sobre a matéria, em tempo hábil para que se regule o próximo pleito eleitoral”. Após o julgamento deste RE n ° 197.017/SP, o TSE expediu a resolução n ° 21.702/2004, estabelecendo o número de vereadores nos municípios e determinando que “nas eleições municipais deste ano (2004), a fixação do número de vereadores a eleger observará os critérios declarados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE n ° 197.917, conforme as tabelas anexas. ” Nesse sentido, o TSE deu eficácia *erga omnes* à decisão do STF com a transcendência dos motivos determinantes do caso Mira Estrela.

Nessa linha, Fredie Didier, a respeito do aludido aresto, consigna que “ mais uma vez, aparece o fenômeno ora comentado: uma decisão proferida pelo STF em difuso passa a ter eficácia *erga omnes*, tendo sido a causa da edição de uma Resolução do TSE (norma geral) sobre a matéria ” ¹²⁵ Constatase, do mesmo modo, a aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes também no controle difuso, haja vista ter-se ressaltado a aplicabilidade ao TSE da *ratio decidendi* que fundamentou o julgamento do referido precedente.

3.8

A nova perspectiva do Senado Federal pela afirmada mutação do artigo 52-X, com a eficácia *erga omnes* dos julgados em controle concreto e a teoria da transcendência dos motivos determinantes.

Dentro da análise realizada a partir de nosso modelo clássico de jurisdição constitucional, infere-se que a declaração incidental de inconstitucionalidade proferida pelo STF em casos concretos produz efeitos apenas entre as partes envolvidas na relação processual. Para que fossem conferidos efeitos *erga omnes*, competia ao Senado Federal suspender a execução da lei ou ato normativo declarado inconstitucional mediante a elaboração de resolução, com arrimo no artigo 52, inciso X, da CRFB/1988. No entanto, embora tal relevante papel do Legislativo no controle de constitucionalidade seja proveniente desde a Carta de 1934, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e parcela da doutrina a têm

¹²⁵ DIDIER, Fredie. *Ações Constitucionais*. 3ª ed. Salvador: jusPodivim, 2008, p. 42.

tomado por arcaica e anacrônica em virtude de uma suposta realidade que demandaria maior celeridade do Judiciário¹²⁶.

Nesta trajetória normativa, o Supremo Tribunal Federal vem proferindo decisões igualmente tendentes a objetivizar o controle difuso de constitucionalidade por meio da teoria da transcendência dos motivos determinantes de suas decisões. Isto faz com que a fundamentação dos julgamentos da Corte, ainda que originários de litígios atrelados ao controle difuso, alcancem situações pendentes e casos futuros. Do mesmo modo, mais uma vez sob o pretexto de lidar com o crescimento exponencial de demandas e recursos repetitivos, garantindo, em tese, que as decisões judiciais realizem os valores da segurança jurídica e da razoável duração do processo, ganhou espaço a ideia de que o papel desempenhado pelo Senado Federal no controle de constitucionalidade deveria ser alterado, sob uma afirmada mutação constitucional do referido dispositivo da CRFB/1988.

Cumprido elucidar, por oportuno, que muito embora a doutrina trate de modo assemelhado a abstrativização dos efeitos do controle concreto e a transcendência dos motivos determinantes, em verdade são tendências que guardam particularidades. Se, por um lado, em grande parte dos julgados recentes uma prática tenha se mostrado decorrência da aplicação da outra, por outro, é possível identificar as tênues linhas que as diferem.

André Dias Fernandes, ao tratar da eficácia das decisões do STF, nos alerta à necessidade de se distinguir com clareza os conceitos de coisa julgada *erga omnes* e efeito vinculante. Em apertada síntese, enquanto aquela torna imutável e indiscutível a decisão definitiva de mérito do STF em ADIN e ADC, o segundo serve para tornar obrigatória a aplicação da decisão do STF em hipóteses similares

¹²⁶ Nesse ponto, é clara a assertiva de Wagner Amorim Madoz: “O recurso extraordinário “deixa de ter caráter marcadamente 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 (*Verfassungsbeschwerde*). (...) A função do Supremo nos recursos extraordinários – ao menos de modo imediato – não é a de resolver litígios de fulano ou beltrano, nem a 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”. MENDES, G. F. Processo Administrativo n.º 318.715/STF *apud* MADOZ, Wagner Amorim. “O recurso extraordinário interposto de decisão de Juizados Especiais Federais.” In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2005, n. 119, p. 75-76.

à questão que foi objeto de julgamento¹²⁷. Sob essa ótica, a distinção entre as aludidas tendências jurisprudenciais restaria na técnica processual a elas aplicada: “se a questão constitucional decidida pelo STF for exatamente a mesma, o juiz não deverá *rejulgá-la*, em virtude da coisa julgada *erga omnes*, mas extinguir o feito sem resolução de mérito (se configurar questão principal) ou adotar a decisão do STF como premissa lógica necessária para as demais questões (se constituir questão prejudicial)” – hipótese decorrente da abstrativização, a qual tornou “abstrata” a questão constitucional decidida “em concreto”. Por outro lado, “se a questão constitucional decidida pelo STF não for exatamente a mesma, mas sim uma questão semelhante, o juiz deverá julgá-la – porque ainda não foi julgada”, seja “em consonância com a decisão do STF em virtude do efeito vinculante se considerar extensível a decisão do STF à questão que se encontra em sua face”, ou ainda “segundo o seu livre convencimento motivado, se considerar que a decisão do STF não pode ser estendida à questão presente no processo subjetivo” – quando são conferidos efeitos vinculantes aos motivos determinantes¹²⁸.

Ressalte-se, contudo, que em virtude de tais práticas constantemente decorrerem uma da aplicação da outra, a doutrina – e a própria jurisprudência do STF – não tem se ocupado de sua distinção, razão pela qual têm sido tratadas como sinônimos.

De fato, o sistema de jurisdição constitucional do Brasil a partir de 1934 e, mais notadamente na constância de nosso modelo atual, contextualizou à sua matriz estaduniense certas características do modelo europeu, mediante a utilização de instrumentos e técnicas que lhes são próprias, repercutindo nas atuais tendências jurisprudenciais variantes de um ou outro sistema¹²⁹.

Elival da Silva Ramos apresenta interessante ressalva no sentido de que muito embora Gilmar Ferreira Mendes afirme que “a matriz dessas propostas teria sido cunhada durante a revisão constitucional de 1994” sob sua influência, propostas dessa natureza foram debatidas muito antes no âmbito do Ministério da Justiça, que redundaram na reforma judiciária fruto da Emenda nº 16 à Constituição de 1946. Ademais, em reforço à tendência objetificante do controle de constitucionalidade brasileiro, noticia o autor que ao longo da tramitação da

¹²⁷ FERNANDES, André Dias. *Eficácia das decisões do STF em ADIN e ADC: efeito vinculante, coisa julgada erga omnes e eficácia erga omnes*, op. cit., p. 168/171.

¹²⁸ FERNANDES, André Dias. *Op. Cit.* P. 173

¹²⁹ RAMOS, Elival da Silva. *Op. Cit* p. 362.

proposta que ensejou a Emenda 45 à Constituição de 1988, surgiram debates acerca da criação de um incidente de inconstitucionalidade que permitisse a manifestação do STF, independente de recurso, cuja manifestação seria dotada de eficácia *erga omnes*.¹³⁰

Nessa linha de raciocínio, a decisão de inconstitucionalidade prolatada em âmbito de controle concreto pelo Supremo passaria a produzir efeitos *erga omnes* independente da suspensão da execução do dispositivo pelo Senado Federal, conforme previsto expressamente no art. 52, inciso X da Constituição Federal. Embora dispositivos semelhantes tenham estado presentes no ordenamento constitucional desde 1934, para Gilmar Mendes, o surgimento do controle abstrato de constitucionalidade das normas, vislumbrou-se como retrógrada e contraditória a exigência constitucional.¹³¹

Para essa empreitada doutrinária e jurisprudencial,¹³² tal providência - a suspensão da execução de lei - dependente unicamente da vontade de um órgão político e não dos órgãos judiciais, suscitaria a negação da própria teoria da nulidade do ato inconstitucional. Nessa linha de raciocínio, para Gilmar Mendes, se a doutrina e a jurisprudência entendem que a lei constitucional é nula desde a origem, deveria defender, igualmente, que o ato de suspensão pelo Senado destina-se exclusivamente a conferir publicidade à decisão do Supremo Tribunal Federal.¹³³

Sob o pretexto de lidar com o crescimento exponencial de demandas e recursos repetitivos, garantindo, em tese, que as decisões judiciais realizem os valores da segurança jurídica e da razoável duração do processo, ganhou espaço a ideia de que o papel desempenhado pelo Senado Federal no controle de constitucionalidade deveria ser alterado. Para os defensores da teoria, aceitar a discricionariedade do Senado Federal em suspender ou não a execução de ato

¹³⁰ *Ibidem*. P. 277.

¹³¹ MENDES, Gilmar Ferreira. “O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional.” Disponível em: <<http://gilmarmendes.com.br>>.

¹³² Sob essa ótica, Lúcio Bittencourt destaca que “Se o Senado não agir, nem por isso ficará afetada a eficácia da decisão, a qual continuará a produzir todos os seus efeitos regulares que, de fato, independem de qualquer dos poderes. O objetivo do art. 45, IV, da Constituição – a referência é ao texto de 1967 – é apenas tornar pública a decisão do tribunal, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos. Dizer que o Senado “suspende a execução” da lei inconstitucional é, positivamente, impropriedade técnica, uma vez que o ato, sendo “inexistente” ou “ineficaz”, não pode ter suspensa a sua execução” BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis*. *Op. cit.*, p. 15.

¹³³ MENDES, Gilmar Ferreira. “O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional”. Disponível em: <http://gilmarmendes.com.br>.

declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal seria admitir que uma consideração preponderantemente política se sobrepusesse a um exame jurídico acerca da inconstitucionalidade¹³⁴.

Destarte, de acordo com o posicionamento referenciado, o artigo 52, inciso X, da CRFB/1988 teria sofrido uma mutação constitucional, cabendo ao Senado Federal apenas tornar pública as decisões proferidas pelo STF, uma vez que estas já estariam revestidas de eficácia *erga omnes* e vinculantes, independente da atuação de qualquer outro órgão, à semelhança do *stare decisis* da Suprema Corte Americana.

Nesse quadro teórico, os principais argumentos que justificariam essa orientação são: (i) a força normativa da Constituição Federal; (ii) o princípio da supremacia da Carta Maior e a sua aplicação uniforme a todos os seus destinatários; (iii) o papel institucional da Corte Suprema como guardião e intérprete máximo da Constituição e (iv) a dimensão política das decisões do Supremo. No entendimento de Luís Roberto Barroso, com o advento do controle concentrado, essa competência do Senado Federal tornou-se um anacronismo, uma vez que uma decisão plenária da Corte deveria ter os mesmos efeitos, inexistindo lógica razoável em sua manutenção.¹³⁵

Na mesma linha dos precedentes analisados, outro argumento utilizado para fortalecer a tese de que o instituto da suspensão da execução tem se mostrado insuficiente e problemático gira em torno das hipóteses em que o STF não declara a inconstitucionalidade de uma lei, mas limita-se a fixar a orientação constitucional adequada ou correta para determinado caso. Tal situação se verifica nos casos em que a Corte adota uma interpretação conforme da Constituição, não afirmando propriamente a ilegitimidade da lei, mas se limitando a afirmar que uma dada interpretação é compatível com a Constituição, ou que, para ser constitucional, necessita de um complemento ou restrição. A mesma situação decorre nos casos de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, nos quais se explicita um significado normativo no qual a norma é

¹³⁴ Isso geraria um estado de insegurança jurídica em virtude da possível existência de decisões judiciais conflitantes, além de afrontar importantes princípios como o da economia processual e razoável duração do processo, pois diversas pessoas em idênticas situações jurídicas seriam obrigadas a ingressar em juízo buscando o mesmo efeito prático (CUNHA JÚNIOR, D. *Controle judicial das omissões do poder público*, p.486).

¹³⁵ BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. Op. cit., p. 121.

inconstitucional, sem que a expressão literal sofra qualquer alteração. Sob tais subterfúgios, o STF tem afirmado que não se cuida de afastar a incidência de disposições do ato impugnado, mas apenas de um dos seus significados normativos. Deste modo, das decisões possíveis de controle, a suspensão pelo Senado Federal estaria restrita aos casos de declaração de inconstitucionalidade expressa da lei ou ato normativo, razão pela qual o instituto necessitaria de uma nova interpretação¹³⁶.

Nesse passo, durante o célebre julgamento do HC nº 82.959/SP, o qual discutiu a declaração de inconstitucionalidade da regra que impedia a progressão de regime nas hipóteses de crimes hediondos, a exemplo do que fora realizado no caso Mira Estrela, o STF concedeu efeitos restritivos à declaração de inconstitucionalidade, asseverando que a decisão não acarretará consequências jurídicas com relação às penas já extintas na data do julgamento. Mais uma vez, aplicou-se ao controle difuso um instrumento do controle concentrado. Alinhado à referida tendência jurisprudencial, a elaboração da Proposta de Emenda Constitucional nº 11, tendente a abolir o inciso X do artigo 52, corrobora a tese da abstrativização manifestada em âmbito legislativo¹³⁷, retomando a ideia de incidente de inconstitucionalidade com efeitos transcendentais ao processo em que foi suscitado, consoante nos alerta Elival da Silva Ramos¹³⁸.

Como consequência, foi apresentada a Reclamação nº 4.335/AC, a qual, não obstante a perda de objeto por força da edição da Lei nº 11.464/2007, consagrou o

¹³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. Op. Cit. p. 1080.

¹³⁷ Em contrapartida, a Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) da Câmara aprovou em 25.4.2012 proposta de emenda constitucional que permite ao Congresso sustar decisões do Judiciário. O texto considera de competência do Congresso sustar "atos normativos dos outros poderes que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa". O Jornal Estadão noticiou em 25.5.2012 que, além de resoluções de tribunais e atos de conselhos, há deputados que acham ser possível sustar decisões do Supremo com repercussão geral e até súmulas vinculantes, afirmando que o Autor da proposta, o deputado Nazareno Fonteles (PT-PI), argumenta que o Legislativo precisa ser o poder mais forte da República, por seu caráter representativo, e que decisões do Judiciário nos últimos anos têm ido além do que diz a Constituição: "'O Poder Judiciário - que não foi eleito, é nomeado - não tem legitimidade para legislar. É isso que desejamos restabelecer para fortalecer o Legislativo', alega Fonteles. 'Aliás, fomos nós que fizemos a Constituição.' O relator da proposta na CCJ, Nelson Marchezan Júnior (PSDB-RS), destaca que a possibilidade em discussão não abrange julgamentos específicos dos tribunais, mas casos em que o Judiciário ultrapasse sua função ao determinar novas regras. O coordenador da bancada evangélica, João Campos (PSDB-GO), diz que o objetivo é enfrentar o 'ativismo judiciário'. 'Precisamos pôr um fim nesse governo de juízes. Isso já aconteceu na questão das algemas, da união estável de homossexuais, da fidelidade partidária, da definição dos números de vereadores e agora no aborto de anencéfalos'". Disponível em <http://politica.estadao.com.br/>, acessado em 25.4.2012.

¹³⁸ RAMOS, Elival da Silva. *Controle de Constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. Op. cit., p. 277.

importante debate acerca do cabimento do instituto sob o fundamento de assegurar a autoridade da decisão proferida no HC nº 82.259/SP, vislumbrando a tese de mutação constitucional do artigo 52, inciso X da CR/1988. Interessante notar, aliás, que a edição da referida lei representa um marco significativo de diálogo constitucional entre Judiciário e Legislativo, ao ser adotada pela legislação tese discutida no Supremo, independente do desfecho do julgamento. Enfatizada, portanto, a importância da temática e o papel do debate em sede de jurisdição constitucional, com a participação de todos os poderes.

Na esteira do precedente, é interessante notar que o Supremo permanece julgando em sentido independente da participação do Senado Federal, seja ao abstrativizar suas decisões, seja ao conferir transcendência aos seus motivos determinantes, conforme se observa, por exemplo, a partir de voto em que o Ministro Carlos Ayres Brito concedeu liminar na Reclamação 3.488/SP, garantindo a autoridade da decisão proferida no RE nº 202.097¹³⁹.

Em que pese a tradicional utilização do instituto da reclamação constitucional na perspectiva de garantir a autoridade das decisões proferidas em sede de controle concentrado – ADIN, ADC, ADPF e dos enunciados da súmula vinculante -, verifica-se, ademais, a gradativa mudança do posicionamento, de forma a permitir seu cabimento nos casos de desobediência a decisões tomadas pelo Plenário do STF em sede de controle concreto de constitucionalidade.

Impende salientar importante precedente em tal sentido, quando, no curso da ADIN 4.071-AgR, relatada pelo Ministro Menezes Direito e julgada em 22.04.2009, decidiu-se que é “manifestamente improcedente” a ação direta que verse sobre norma cuja constitucionalidade, *in casu* o artigo 56 da Lei 9.430/1996, foi expressamente declarada pelo Plenário do STF, mesmo que em recurso extraordinário e totalmente ao alvedrio do Legislativo:

EMENTA Agravo regimental. Ação direta de inconstitucionalidade manifestamente improcedente. Indeferimento da petição inicial pelo Relator. Art. 4º da Lei nº 9.868/99. 1. **É manifestamente improcedente a ação direta de inconstitucionalidade que verse sobre norma (art. 56 da Lei nº 9.430/96) cuja constitucionalidade foi expressamente declarada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, mesmo que em recurso extraordinário.** 2. Aplicação do art. 4º da Lei nº 9.868/99, segundo o qual "a petição inicial inepta, não fundamentada e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator". 3. A

¹³⁹ Rcl 3488 ED, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Primeira Turma, julgado em 16/08/2011, DJe-217 DIVULG 14-11-2011 PUBLIC 16-11-2011 EMENT VOL-02626-01 PP-00001

alteração da jurisprudência pressupõe a ocorrência de significativas modificações de ordem jurídica, social ou econômica, ou, quando muito, a superveniência de argumentos nitidamente mais relevantes do que aqueles antes prevalecentes, o que não se verifica no caso. 4. O *amicus curiae* somente pode demandar a sua intervenção até a data em que o Relator liberar o processo para pauta. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.¹⁴⁰

Outrossim, um dos casos concretos que também recebeu tratamento “objetificante” foi o referente ao processo envolvendo a demarcação de terras indígenas de Raposa Serra do Sol. Como pretendemos demonstrar, tal processo assumiu contornos jurídicos singulares que revelaram existência de uma objetivização no julgamento.

De início, é mister frisar que o julgamento da PET 3.388-RR extravasou as questões contidas na postulação inicial da ação popular, caracterizando, em tese, uma decisão *extra petita*, conforme se verifica da ementa do referido acórdão. Embora a inicial da ação popular apenas questionasse, em sua origem, a validade da demarcação da reserva, foram julgadas diversas questões sequer cogitadas nas instâncias ordinárias, sendo elaborado, inclusive, um “estatuto demarcatório” voltado à orientação de futuros julgamentos e demarcações administrativas, consoante trecho extraído do voto do Ministro Menezes Direito:

[...] A partir da apreciação deste caso pude perceber que os argumentos deduzidos pelas partes são extensíveis e aplicáveis a outros conflitos que envolvam terras indígenas. A decisão adotada neste caso certamente vai consolidar o entendimento da Suprema Corte sobre o procedimento demarcatório com repercussão para o futuro. Daí a necessidade do dispositivo explicitar a natureza do usufruto constitucional e seu alcance. [...] ¹⁴¹

Considerando inicialmente a possibilidade de a decisão estar ultrapassando as balizas do pedido, suscitando uma decisão *extra petita*, o Ministro Carlos Ayres Britto, posteriormente, reconsiderou seu posicionamento e filiou-se às condições estipuladas pelo Ministro Menezes Direito, sob o argumento de estarem prevenindo futuras posturas da Corte em demarcações indígenas. O Ministro Gilmar Mendes, por sua vez, destacou a circunstância de estarem votando um dos

¹⁴⁰ ADI 4071 AgR, Relator(a): Min. MENEZES DIREITO, Tribunal Pleno, julgado em 22/04/2009, DJe-195 DIVULG 15-10-2009 PUBLIC 16-10-2009 EMENT VOL-02378-01 PP-00085 RTJ VOL-00210-01 PP-00207, grifos nossos.

¹⁴¹ STF, PET 3388-RR. Voto do Min. Carlos Alberto Menezes Direito. DJ.- 25.09.2009. Inteiro teor, p. 257-258.

processos históricos mais difíceis e complexos já enfrentados pela Corte, o qual deveria voltar-se ao futuro.

Em suma, pode-se perceber que embora a ação popular proposta pelo Senador da República Augusto Affonso Botelho Neto, em face da União, pretendesse especificamente a anulação da Portaria n. 534 de 2005 – demarcatória da terra indígena Raposa Serra do Sol, localizada no Estado de Roraima - , tornou-se perceptível que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, embora realizando julgamento de caso concreto, proferiu decisão de cunho abstrato, tendente a alcançar futuros julgamentos e demarcações realizadas pelo poder público.

Diante desta construção teórica, pela transcendência dos motivos determinantes e alteração do papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade das normas, seus defensores chegam a afirmar que seria lamentável, sob o aspecto da segurança jurídica, que uma consideração exclusivamente política sobreponha-se a um exame jurídico acerca da inconstitucionalidade¹⁴².

À vista dessas ponderações, resta plenamente demonstrado a distância entre o controle concreto e o controle abstrato vem sendo bastante reduzida pelo STF, o qual vem desenhando um perfil institucional bastante diverso das previsões do constituinte originário, tendo em vista a aplicação de inúmeros instrumentos típicos do controle concentrado ao controle difuso, com reflexos na legislação ordinária e constituinte derivada, em grande proporção sem o necessário resguardo democrático. Aqui reside importante relevância, uma vez que pode estar em jogo a tripartição de poderes e o próprio Estado Democrático, em uma postura judicial de reflexo marcadamente ativista.

Operando em outro campo, mais próximo da filosofia constitucional e com outra chave teórica que não é propriamente a dos juristas, ainda que tenha por objeto as instituições jurídicas constitucionais, traz-se ao debate, que assim assume um caráter assumidamente interdisciplinar, a contribuição de Habermas e Sunstein, os quais, embora focados em contextos distintos, desenvolvem uma análise teórica crítica que pode ser transportada para outras instituições democráticas.

¹⁴² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Op. Cit.* p. 486.

Cass Sunstein contrapõe-se a um excessivo ativismo judicial que adote perspectivas maximalistas capazes de suprimir o necessário dissenso social, violando a democracia. Habermas, por sua vez, também se revela crítico a determinadas formas de ativismo do Tribunal Constitucional que o convertam em uma instância autoritária desvinculada da concretização das condições procedimentais voltadas para uma gênese democrática do direito. Apesar de situados em planos distintos e com instrumental diverso, a partir desses dois autores o capítulo seguinte pretende repensar o ativismo judicial sob uma crítica democrática à jurisdição constitucional.