



## A abstração do controle difuso de constitucionalidade

**Eduardo Francisco de Souza<sup>1</sup>**

**Sumário:** 1. Introdução: o processo civil e a Constituição - 1.1. O direito processual constitucional e o direito constitucional processual - 2. Breve notícia sobre o controle de constitucionalidade no direito brasileiro - 2.1. Controle difuso/controlado concentrado x controle no caso concreto ou *incidenter tantum*/controle abstrato ou em tese: a necessária distinção - 3. A abstração ou objetivação do controle difuso - 4. Os instrumentos processuais à luz da abstração - 4.1. O recurso extraordinário: características, finalidade, tratamento constitucional e infraconstitucional - 4.1.1. a súmula vinculante - 4.1.2. O papel do Senado Federal: Mudanças à vista? - 4.2. O incidente de declaração de inconstitucionalidade no CPC: Marcas da abstração - 5. Conclusões - Referências

### 1. Introdução: O processo civil e a Constituição

O Direito deve ser estudado de forma sistêmica. Quer dizer: os diversos ramos do conhecimento jurídico não são concebidos de forma isolada, mas, ao contrário, inseridos em um todo, em um conjunto, cujo delineamento (ou harmonização) lógico e político deve ser um dos intentos constante daquele que se propõe a estudar o que se chama de ciência jurídica

Nesta linha, não é de se estranhar a aproximação legislativa e doutrinária entre o direito processual civil e o direito constitucional, entre o Processo Civil e a Constituição. Em ambos nota-se uma relação de influência e interferência mútua. Com efeito, a Constituição traz orientações, normas e princípios, basilares das diversas áreas, ou ramos, do conhecimento jurídico. Com o Processo Civil não poderia ser diferente.

---

<sup>1</sup> Procurador Federal - [eduardofcosouza@hotmail.com](mailto:eduardofcosouza@hotmail.com)

O direito processual civil tem estreita ligação, nos dias atuais, com o direito constitucional. Impossível estudar o primeiro sem uma pré-compreensão do segundo. São várias as normas constitucionais que pairam sobre a dogmática processual. Dentre estas disposições constitucionais fundamentais está a configuração política atribuída ao Estado brasileiro pelo Constituinte de 1988: trata-se de um Estado Democrático de Direito.

Estado Democrático de Direito demanda legitimação da ação estatal, que por sua vez, implica orientar instrumentos para manifestação da participação popular, observância e efetivação dos valores constitucionalmente consagrados, dentre os quais, avultam os direitos e garantias fundamentais. Nessa perspectiva, o processo civil, marcadamente um dos instrumentos de implementação dos fins antes explicitados, precisa legitimar-se, e o faz na medida em que se aproxima do que a Constituição, ou o povo no exercício do poder constituinte, consensualmente estabeleceu.

Acerca da legitimação do processo civil e sua necessária ligação com a Constituição, são preciosas as observações de Luiz Guilherme Marinoni (1993, p. 16):

Ademais, as normas constitucionais traçam as linhas mestras da teoria do processo. Trata-se de uma “teoria constitucional do processo”, que “tem o significado e escopo de assegurar a conformação dos institutos do direito processual e o seu funcionamento aos princípios que descendem da própria ordem constitucional”.

Realmente, a jurisdição deve realizar os fins do estado através de um processo que garanta a participação efetiva e adequada das partes em contraditório. Por outro lado, o direito à adequada tutela jurisdicional e à efetividade da defesa, são postulados que também decorrem da Constituição.

Em suma, não se pode pensar o processo na ausência da luz constitucional. Em outras palavras, a teoria do Estado e o direito constitucional fazem parte da moderna processualística.

A abordagem que faremos se situa em uma zona de penumbra, entre o direito constitucional e o direito processual<sup>2</sup>. Nesse quadro, propõe-se uma singela análise acerca do que se tem chamado abstração ou objetivação do controle difuso de constitucionalidade. Iniciada estas considerações acerca da Constituição e do Processo Civil, far-se-ão breves considerações acerca do sistema de constitucionalidade brasileiro, para, a partir das necessárias distinções, analisar o fenômeno da objetivação a partir de dois instrumentos processuais: o Recurso Extraordinário e o Incidente de Inconstitucionalidade perante os tribunais.

---

<sup>2</sup> Aliás, o tema ora versado decorre desta significativa aproximação entre os dois campos, especialmente em virtude de se tratar de matéria afeita ao controle de constitucionalidade, no qual os aspectos processuais são elementares.

Ao final, traçaremos as nossas considerações finais, em que chamaremos atenção para a necessidade de se prestigiar as decisões emanadas do Supremo Tribunal Federal, pelas razões jurídicas e políticas lá descritas.

Para iniciar, diante desta inelutável interpenetração entre a teoria constitucional e teoria do processo, acima explicitada, cumpre fazer uma distinção e um esclarecimento: o surgimento do direito processual constitucional e do direito constitucional processual, os quais não se confundem.

### **1.1. O direito processual constitucional e o direito constitucional processual**

Em decorrência da já anunciada aproximação entre a Constituição e o Processo, seja no que pertine à perspectiva científica seja quanto ao aspecto dogmático-funcional, a doutrina atual tem feito distinção em apreço.

Como se sabe, a Constituição, mormente a brasileira de 1988, a qual se insere dentre as chamadas Constituições analíticas (ou seja, as que têm ampla normatividade, trazendo regras e princípio sobre os mais diversos aspectos da vida), possui disposições específicas sobre a jurisdição, o direito de ação, as garantias asseguradas aos participantes da relação processual dentre outras<sup>3</sup>

As disposições acima compendiadas inserem-se no denominado direito constitucional processual. Coisa diversa, entretanto, é o conjunto de normas, principalmente de regras, destinadas a regular meios de afirmação ou proteção das normas constitucionais frente a eventuais ameaças de violação. São normas que viabilizam a defesa das demais normas, e o asseguramento da supremacia da Constituição no ordenamento jurídico positivo. É a aqui que se insere o sistema de controle de constitucionalidade, tema que será mais detalhado em outra parte deste trabalho<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Não são difíceis de reconhecê-las, pode-se lembrar, no art. 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil (CR/88): XXV – acesso à justiça; LIII – juiz natural; LIV - devido processo legal; LV contraditório e ampla defesa; LVI – vedação à prova ilícita;

<sup>4</sup> □ São exemplos de tais normas constitucionais: Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, [...]; § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, [...]. Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade [...], dentre outras.

Essas últimas integram o chamado **direito processual constitucional**. Neste, o processo se desvincula do seu aspecto eminentemente subjetivo, de conflito individualizados entre sujeitos determinados, para assumir contornos objetivos, i.é, conflitos de ordem normativa, nos quais se almeja a precedência da vontade constitucional.

Para esclarecer, a doutrina (CANOTILHO, 2002, p. 955-956) tem acolhido tal distinção:

[...] O direito processual constitucional tem por objeto o processo constitucional. O processo constitucional reconduz-se a um complexo de actos e formalidades tendentes à prolação de uma decisão judicial relativa à conformidade ou desconformidade de actos normativos públicos. Nesse sentido, **o processo constitucional é o processo de fiscalização da inconstitucionalidade das normas jurídicas** (cfr. CRP, art. 223º/1).

[...] não deve confundir-se com o direito constitucional processual. [...] nesse sentido, o direito constitucional processual abrange, desde logo, as normas constitucionais atinentes ao processo penal (*sic*). Na mesma perspectiva, passou também a ganhar foros de cidade o direito constitucional processual civil ou constituição processual civil para exprimir o conjunto de normas constitucionais processualmente relevantes para julgamento das chamadas causas cíveis ou civis.[destacou-se]

Pois bem, a proposta que aqui se apresenta busca rever, em certa medida, tal esquema teórico. Em verdade, intenta compreender um alargamento do direito processual constitucional, já que a fiscalização da constitucionalidade, ou a preservação da higidez da constituição, alvo do dito campo de especulação, pode se dar não apenas naqueles casos enumerados (ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, arguição de descumprimento a preceito fundamental *et cetera*), mas, também mediante instrumentos “ordinários” do vetusto Processo Civil.

Isto significa que no âmbito de um litígio comum, pode o juiz implementar uma aferição semelhante àquela realizada por um ministro do Supremo Tribunal Federal, no desfecho de uma daqueles expedientes processuais abstratos. Selecionaram-se, para fins de apreciação neste texto, dois meios processuais: o Incidente de Inconstitucionalidade nos Tribunais (arts. 480 et seq. do Código de Processo Civil – CPC) e o Recurso Extraordinários (arts. 544 et seqs, do CPC, e art. 102, da CR/88).

## **2. Breve notícia sobre o controle de constitucionalidade no direito brasileiro**

Como dito linhas atrás, o direito é um sistema, e, no núcleo desse, há a Constituição, de onde emanam disposições das quais o legislador e o aplicador do direito não pode se esquivar, seja lá qual for o terreno específico onde estejam se movendo. Em vista dessa característica assente, a dogmática constitucional tratou de assegurar uma verdadeira **jurisdição constitucional**: isto é, a atividade de interpretar e aplicar a Constituição.

Dentre os meios de exercício da jurisdição constitucional, encontra-se o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos do poder público. Quanto a este, um dos temas mais importantes e debatidos no direito constitucional, cabe aqui algumas considerações sobre seus pressupostos, seu fundamento, bem como suas modalidades, ou formas pelas quais se expressa.

Antes, porém, uma notícia histórica. Já se tornou trivial apontar o surgimento definitivo da aferição de constitucionalidade dos atos públicos no célebre caso decidido pela Corte Suprema estadunidense, nos idos de 1803, tendo como protagonista mais destacado o hábil *chief justice* John Marshall. Na contenda conhecida como *Marbury vs. Madison*, pioneiramente se fixou a tese fundamental de que os atos normativos em geral não podem vir a lume em desconformidade com o disposto na lei magna.

Mais que isso, assentou-se, naquele caso, que cabe ao poder judiciário decidir quando e em que medida determinado ato viola a Constituição. Não é o caso de se demorar neste tema, mais pela importância do julgado urge trazer à vista as lições proferidas pelo constitucionalista americano Bernard Schwartz (1966, p. 25-26):

Segundo a teoria adotada pelos tribunais americanos, a autoridade para declarar a constitucionalidade provém do dever judicial de determinar a lei. “Evidentemente é dever e incumbência do Poder judiciário”, afirmou o magistrado John Marshall precisamente no primeiro caso em que a doutrina do controle judicial foi suscitado pela Corte Suprema americana, “dizer o que é a lei. Aquêles que aplicam a regra aos casos particulares devem necessariamente expor e interpretar essa regra. Se duas leis entram em conflito, os tribunais devem decidir sobre a validade de cada uma delas. Assim, se uma lei está em oposição à Constituição; se tanto a lei quanto a Constituição se aplicam a determinado caso, de modo que o tribunal deva decidí-lo de acordo com a lei, não levando em conta a Constituição; o tribunal deve determinar qual dessas leis em conflito tem preeminência no caso em questão. Isso constitui a própria essência do dever judicial” [trecho da decisão *Marbury v. Madison*] [...] Uma constituição é apenas um pedaço de papel se as restrições nela contidas não puderem ser postas em vigor pelos tribunais.

Fundamental é explicitar o que os doutores no assunto alinham como pressupostos do controle de constitucionalidade. O primeiro vem a ser a chamada supremacia da Constituição, a qual releva a sua posição hierárquica mais elevada dentro do sistema, sendo ela fundamento de validade de todas as demais normas. Ao lado desta supremacia, frisa-se a chamada rigidez constitucional, pelo qual a norma para ter o *status* supremo precisa advir de um processo diverso e mais complexo do que aquele apto a gerar normas infraconstitucionais, pois do contrário, não haveria distinção entre normas constitucionais e as demais espécies legislativas (BARROSO, 2006, p. 1-2).

Doutra feita, o sistema de controle de constitucionalidade, ao prezar pela proeminência da Constituição, assegura a proteção e a efetivação dos chamados direitos e garantias fundamentais ao indivíduo e à sociedade. Averba Luis Roberto Barroso (2006, p. 2):

Um dos fundamentos do controle de constitucionalidade é a proteção dos direitos fundamentais, inclusive e sobretudo os das minorias, em face das maiorias parlamentares eventuais. Seu pressuposto é a existência de valores materiais compartilhados pela sociedade que devem ser preservados das injunções estritamente políticas. A questão da legitimidade democrática do controle judicial é um dos temas que têm atraído mais intensamente a atenção dos juristas, cientistas políticos e filósofos da Constituição, e a ele se dedicará um tópico desta exposição.

A preocupação com a legitimidade do controle constitucional tem sugerido uma nova análise dos meios pelos quais esse controle se manifesta. No campo dessas preocupações se insere o papel do juiz, e, por conseqüência, o meio pelo qual o mesmo exerce sua atividade, qual seja, o processo.

### **2.1. Controle difuso/controle concentrado x controle no caso concreto ou *incidenter tantum*/controle abstrato ou em tese: a necessária distinção**

A idéia americana lançada no notório precedente do *Marbury vs Madison* ganhou o mundo. Não foram poucos os países que seguiram o exemplo norte-americano, firmando este com características peculiares, que lhe conformaram um **controle difuso**.

Por este controle difuso, todo e qualquer juiz não somente pode como tem o dever de reconhecer a inconstitucionalidade de alguma norma, negando-lhe aplicação, quando, a seu juízo, assim entenda. Dentre esses países que o seguiram, está o Brasil, cuja primeira Constituição republicana, a de 1891, nitidamente influenciada pelo direito constitucional americano, consagrou o controle difuso de constitucionalidade.

Isso não impediu, todavia, que alternativas à solução de Marshall fossem formuladas. Assim, a adaptação da noção de controle de constitucionalidade produziu, em solo europeu, modelo diferenciado, no qual fiscalização constitucional foi atribuída à órgão específico, seja ele inserto na estrutura do poder judiciário, seja ele incorporado a órgão peculiar, de natureza política, externo ao judiciário. Tal Corte (freqüentemente nominada Corte Constitucional ou Tribunal Constitucional) detém monopólio da jurisdição constitucional nesses países, nos quais se proíbe que um juiz se manifeste quanto à constitucionalidade de determinada norma, devendo, se for o caso, remeter a questão à dita Corte, para pronunciamento.

O idealizador de tal sistema foi Hans Kelsen. Sua sistematização buscava equilibrar o controle de constitucionalidade com o poder historicamente atribuído ao parlamento e ao principal produto deste, ou seja, a lei. Tendo em conta o papel das Cortes Constitucionais, esse sistema é chamado de **controle concentrado**, por óbvias razões.

Outros, no entanto, optaram por harmonizar os dois sistemas, originando o sistema de controle misto. É o exemplo do Brasil, que desde o advento da emenda constitucional n.º 16, de 1965, intenta uma miscelânea entre tais modalidades de controle.

Perceba-se que o ponto nuclear na distinção acima aventada vem a ser o papel do **órgão** judicial, ou órgão constitucional, na efetivação do controle de constitucionalidade.

Como se sabe as classificações são instrumentos postos à disposição do estudioso para sistematizar o objeto de análise. Sendo assim, várias classificações podem ser erigidas, a depender do critério eleito para norteá-las<sup>5</sup>. Diversamente da classificação já exposta, há outra cujo critério que não pode ser confundido com aquele, qual seja, **a forma ou modo de controle judicial**.

Quanto a este aspecto, o controle poderá ser feito em tese, ou na **via abstrata**, ou seja, a aferição da constitucionalidade de lei ou ato normativo é feito em processo especialmente destinado a tal fim, de viés objetivo, alheio a discussões atinentes a direitos subjetivos, sem partes e litígio, na concepção tradicional do termo. Neste ponto o juiz não se atém às circunstâncias concretas do caso prático, ao reverso, a atividade jurisdicional é efetivada tendo em conta apenas normas.

Diverso é o controle na via incidental, no caso **concreto**, ou *incidenter tantum*. Aqui o juiz para solucionar o caso concreto precisa definir previamente, ou em sede prejudicial conforme se costuma dizer, se determinada norma infraconstitucional (ou mesmo pretensamente constitucional, no caso das emendas à Constituição) atende aos requisitos formais e materiais para se adequar ao tratamento constitucional.

É curial, no entanto, a freqüente confusão entre tais critérios. A razão para a usual indistinção está em que, geralmente, o controle difuso se faz de forma incidental e, mormente, o controle concentrado se faz na via abstrata. Apesar disso, não há uma relação

---

<sup>5</sup> Salientou GORDILLO (2003, p. 1-21): “Posiblemente no hay dos cosas en el universo que sean exactamente iguales en todos los aspectos. Por consiguiente, por semejantes que sean dos cosas, podemos usar las características en que difieren como base para colocarlas em clases distintas; “podemos elegir un criterio para la pertenencia a una clase tan detallado y específico que en todo el universo no haya más que un miembro de cada clase. En la práctica no lo hacemos porque entonces el lenguaje sería tan incómodo como lo sería si todas las palabras fueran nombres propios. Lo que hacemos es usar palabras de clase amplia — y luego, si es necesario, establecemos diferencias dentro de la clase como base para ulteriores distinciones — dividiendo la clase principal en tantas subclases como consideremos conveniente.”

necessária entre tais formas. São critérios distintos, podendo gerar combinação diversa. A necessária distinção entre tais modalidades de controle difuso é bastante relevante para este trabalho, de forma que se voltará ao tema mais adiante.

### **3. A abstração ou objetivação do controle difuso**

Após a distinção acima comentada, fica mais compreensível o fenômeno processual objeto da presente investigação. Com efeito, o método difuso não impede a aferição de constitucionalidade de atos e lei de forma abstrata, ou objetiva, isto é, no plano meramente normativo, sem se ater ao caso concreto. É isto que se denomina a abstração ou objetivação do controle difuso. *“Nada impede, porém, que o controle de constitucionalidade seja difuso, mas abstrato: a análise de constitucionalidade é feita em tese, embora por qualquer órgão jurisdicional”* (DIDIER, 2006, p. 106).

A partir deste instante, impende explicar essa tendência, as suas conseqüências para o ordenamento jurídico, bem como analisar alguns óbices levantados por especialistas. O fenômeno vem se apresentando na doutrina e também na jurisprudência brasileira, mormente através dos expedientes processuais do recurso extraordinário e do incidente de inconstitucionalidade.

A principal conseqüência é o fortalecimento do Supremo Tribunal Federal vez que as suas decisões teriam efeitos vinculantes e eficácia para todos não apenas no controle concentrado que lhe é próprio, mas também nas suas decisões em controle difuso. Esse fato gera questionamentos como aquele relativo ao papel do Senado Federal na emissão de resoluções, destinadas a dar eficácia *erga omnes* às decisões do STF em sede de recurso extraordinário, conforme dispõe o art. 52, X, da CR/88. Esse aspecto será enfrentado quando da análise do recurso extraordinário, mais à frente.

Outra conseqüência que se aponta é que haverá um desrespeito à legitimação prevista constitucionalmente para o desencadeamento de um processo de controle abstrato de normas. Esse é um óbice bastante sério que a doutrina (LIMA, p. 2) aponta, visto que:

A CF/88 elencou em seu art. 103 os legitimados para a propositura das ações do controle abstrato de constitucionalidade, queria o constituinte que este tipo de ação não fosse deflagrada por qualquer do povo, e admitindo-se a abstração dos efeitos da decisão no controle difuso, teremos um desrespeito a esta regra de legitimação, posto que qualquer pessoa que



tenha capacidade processual genérica, poderá ensejar a declaração de inconstitucionalidade de uma lei.<sup>6</sup>

Em que pese os impedimentos apontados, o fenômeno apresenta para o intérprete algumas vantagens, como também algumas desvantagens. Invoca-se uma manifesta economia processual que a tendência pode ensejar, pois se teria, como já dito, a declaração de inconstitucionalidade de uma lei em sede de controle difuso, mas com efeito *erga omnes*, não sendo exigido das pessoas que se encontrem na mesma situação jurídica, que estas ingressem em juízo para que obtenham o mesmo efeito prático já obtido pelo primeiro demandante (LIMA, 2007, p. 3). Ademais, a tendência vai ao encontro dos anseios do moderno constitucionalismo que pleiteia amplificação da legitimidade do debate constitucional, conforme alinhamos em passagem anterior<sup>7</sup>.

Acerca das desvantagens (LIMA, 2007, p. 4):

[A] primeira que vislumbramos é o desrespeito às competências estabelecidas constitucionalmente, o que abriria um perigoso precedente em que a jurisprudência estaria construindo um pensamento que contraria o texto constitucional, e se isso for admitido, por via de consequência, a própria Constituição estaria sendo fragilizada.

[...] a hipertrofia do poder judiciário diante dos outros poderes da República, tendo em vista que praticamente o STF teria o poder de retirar do ordenamento jurídico uma proposição legislativa que foi transformada em lei, seguindo o devido processo legislativo constitucional, pela apreciação de qualquer processo subjetivo, por inconstitucionalidade na via incidental.

#### 4. Os instrumentos processuais à luz da abstração

A materialização dessa tendência no direito brasileiro vem se dando através de dois expedientes albergados no processo civil. O recurso extraordinário e o incidente de inconstitucionalidade perante os tribunais são os meios mais usuais para efetivação do controle difuso de constitucionalidade.

---

<sup>6</sup> Compartilhando a mesma preocupação, Serra Júnior (2005, p. 3) “[D]evido a isso, atualmente, há diversas discussões entre doutrinadores processualistas sobre essa nova tendência ‘abstrata’ presente nos efeitos dos recursos extraordinários, fazendo surgir a possibilidade de, paulatinamente e indiretamente, ampliar o rol de legitimados a proporem ações que visem controlar, abstratamente, a constitucionalidade de leis ou atos normativos, posto que os efeitos de uma decisão num processo subjetivo não mas ficam adstritos, somente, às partes integrantes do litígio, mas, sim, estendem-se a diversas outras causas nas quais se discutem questões semelhantes.

Na se pretende demonstrar, com isso, que o rol de legitimados do artigo 103 da Lei Maior está sofrendo alteração, mas não se pode olvidar que as consequências trazidas por essas novas possibilidades defendidas pela Suprema Corte acabam, ainda que indiretamente, possibilitando tal interpretação.”

<sup>7</sup> Em ensaio já citado, Jonas Vieira de Lima (2007, p. 3): “[O] controle de constitucionalidade em tese estaria acessível aos cidadãos comuns, tendo em vista que não se exigiria legitimação específica para a ação, assegurando de forma mais abrangente a supremacia e a rigidez constitucionais”.

#### 4.1 O recurso extraordinário: características, finalidade, tratamento constitucional e infraconstitucional

O recurso extraordinário (RE) é o mecanismo posto à disposição das partes para permitir um juízo acerca da conformação de uma decisão judicial em relação ao disposto na lei maior. Na Constituição, sua previsão vem expressa quando do tratamento normativo dado ao STF, apontando-se as hipóteses que ensejam seu cabimento<sup>8</sup>.

Neste íterim, a doutrina tem, pacificamente, salientado a finalidade inerente ao recurso extraordinário, diversa da dos demais recursos, os quais são vocacionados para (re)discussão dos fatos que lastreiam o litígio. Diferentemente, o recurso extraordinário, juntamente com o recurso especial (Resp) (art. 105, CR/88), sendo este uma derivação daquele, destinam-se a um papel peculiar. Naquele determinado caso, em que é aviado, o recurso extraordinário tem por finalidade principal “*assegurar o regime federativo, por meio do controle da aplicação da lei federal e da constituição ao caso concreto. [...] por isso mesmo, esses recursos são chamados recursos de fundamentação vinculante*” (MARINONI; ARENHART, 2006, p. 569). Ainda nas palavras dos processualistas paranaenses Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (*idem, ibidem*):

Conclui-se, então, que tais recursos [refere-se ao RE e ao Resp] objetivam propiciar a correta aplicação do direito objetivo. Não se discute, portanto, em recurso extraordinário e especial, matéria de fato ou apreciação feita pelo tribunal inferior a partir da prova dos autos (Súmula 279 do STF e Súmula 7 do STJ). O âmbito de discussão aqui se limita, exclusivamente, à aplicação dos direitos sobre o fato, sem mais se discutir se o fato efetivamente existiu ou não.

Por causa, inclusive, dessa característica é que a decisão emanada do STF em sede de RE tem se afeiçoado à tendência de abstração ou objetivação do controle difuso. Daí que já se expressa no STF corrente no sentido de atribuir eficácia além das partes envolvidas no litígio especificado, *ad instar* das decisões oriundas de ação direta de inconstitucionalidade, por exemplo.

Nesse sentido, alguns julgados já apontam esta propensão, principalmente aqueles capitaneados pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, do STF. Para este constitucionalista (2006, p. 82):

Esse novo modelo legal traduz, sem dúvida, um avanço na concepção vetusta que caracteriza o recurso extraordinário entre nós. Esse instrumento deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Trata-se de orientação que os modernos

---

<sup>8</sup> Art. 102, III, “a”, “b”, “c” e “d”:

sistemas de Corte Constitucional vêm conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional (Verfassungsbeschwerde). Nesse sentido, destaca-se a observação de Häberle segundo a qual “a função da Constituição na proteção dos direitos individuais (subjectivos) é apenas uma faceta do recurso de amparo”, dotado de uma “dupla função”, subjetiva e objetiva, “consistindo esta última em assegurar o Direito Constitucional objetivo”<sup>9</sup>.

Acerca das transformações do recurso extraordinários, e identificando a tendência de objetivação do controle difuso, Fredie Didier (2006, p. 109-112) faz interessante apanhado do assunto:

Há diversas manifestações deste fenômeno que é importantíssimo, na jurisprudência e na legislação brasileira:

a) O primeiro exemplo é o procedimento do recurso extraordinário interposto no âmbito dos Juizados Especiais Federais, regulado pelo art., 14, §§ 4º a 9º, da Lei Federal 10.259/2001<sup>10</sup>. e art. 321 do RISTF [...]

---

<sup>9</sup> Segundo Lima (2007, p. 4-5) o posicionamento do Min. Gilmar Mendes foi expressado no processo administrativo n.º 318.715/STF que culminou na edição da emenda n.º 12 ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), publicada no DJ de 17/12/2003. Averbou o Ministro que 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 a que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm adotando.” Segundo o autor, “[A]centua-se ainda que a função do Supremo nos recursos extraordinários não é a de resolver conflitos subjetivos, nem o de revisar a decisão das cortes inferiores, mas que o recurso tem o papel de servir de pressuposto para uma atividade jurisdicional que transcende aos interesses subjetivos. Como podemos notar no texto acima, o eminente jurista não encara o Recurso Extraordinário como uma ferramenta à disposição das partes que litigam em juízo, mas uma ferramenta posta à disposição do próprio STF, para que ele analise a validade em abstrato da norma impugnada.”

<sup>10</sup> Neste dispositivo notam-se características próprias (em negrito) de um controle objetivo.

Art. 14. Caberá pedido de uniformização de interpretação de lei federal quando houver divergência entre decisões sobre questões de direito material proferidas por Turmas Recursais na interpretação da lei.

[..].

§ 5º No caso do § 4º, presente a plausibilidade do direito invocado e havendo fundado receio de dano de difícil reparação, poderá o relator conceder, de ofício ou a requerimento do interessado, **medida liminar determinando a suspensão dos processos nos quais a controvérsia esteja estabelecida.**

§ 6º **Eventuais pedidos de uniformização idênticos, recebidos subsequentemente em quaisquer Turmas Recursais, ficarão retidos nos autos, aguardando-se pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça.**

§ 7º Se necessário, o relator pedirá informações ao Presidente da Turma Recursal ou Coordenador da Turma de Uniformização e ouvirá o Ministério Público, no prazo de cinco dias. **Eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo, poderão se manifestar, no prazo de trinta dias.**

§ 8º Decorridos os prazos referidos no § 7º, o relator incluirá o pedido em pauta na Seção, com preferência sobre todos os demais feitos, ressalvados os processos com réus presos, os habeas corpus e os mandados de segurança.

§ 9º **Publicado o acórdão respectivo, os pedidos retidos referidos no § 6º serão apreciados pelas Turmas Recursais, que poderão exercer juízo de retratação ou declará-los prejudicados, se veicularem tese não acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça.**

Art. 15. **O recurso extraordinário, para os efeitos desta Lei, será processado e julgado segundo o estabelecido nos §§ 4º a 9º do art. 14, além da observância das normas do Regimento.**

Art. 321, § 5º, do RISTF (Regimento interno do STF):

**[...]parágrafo quinto: Ao recurso extraordinário interposto no âmbito dos Juizados Especiais Federais, instituídos pela lei 10.259 de 12 de julho de 2001, aplicam-se as seguintes regras: I- verificada a plausibilidade do direito invocado e havendo fundado receio da ocorrência de dano de difícil reparação, em especial quando a decisão recorrida contrariar súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, poderá o relator conceder, de ofício ou a requerimento do interessado, ad referendum do Plenário, medida liminar para determinar o sobrestamento, na origem, dos processos nos quais a controvérsia esteja estabelecida, até o pronunciamento desta Corte sobre a matéria;**

b) O art. 103-A da CF/1988 consagra a “súmula” vinculante em matéria constitucional, que poderá ser editadas após reiteradas decisões do STF sobre questão constitucional, todas tomadas em controle difuso de constitucionalidade.

c) 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 questão constitucional, adotado em julgamento de outro recurso extraordinário<sup>11</sup> [...].

d) No julgamento do RE 298.694, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 233.04.2004, decidiu-se, por maioria, admitir-se a possibilidade de o STF julgar o recurso extraordinário com base em fundamento diverso daquele enfrentado pelo tribunal recorrido.[...]<sup>12</sup>

e) O §3º do art. 475 do CPC dispensa o reexame necessário, quando a sentença se baseia em posicionamento tomado pelo pleno do STF[...]

f) O STF tem admitido reclamação constitucional como mecanismo processual para garantir a obediência às decisões, definitivas ou liminares, proferidas em ADIn ou ADC. [...]<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> No AI 375.011, a Min. Ellen Gracie expressou: “[E]stou, entretanto, mais inclinada a valorizar, preponderantemente, as manifestações do Tribunal, especialmente as resultantes de sua competência mais nobre – a de intérprete último da Constituição Federal. **Já manifestei, em ocasiões anteriores, minha preocupação com requisitos processuais que acabam por obstaculizar, no âmbito da própria Corte, a aplicação aos casos concretos dos precedentes que declaram a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de normas.** Ao votar, na Primeira Turma no RE 222.874-AgR-ED, de que fui relatora, expressei-me da seguinte forma: “**Entendo que este Supremo Tribunal deve evitar a adoção de soluções divergentes, principalmente em relação a matérias exaustivamente discutidas por seu Plenário. Manifestei esta posição no julgamento da Ação Rescisória 1.713,** de que fui relatora (Plenário, unânime, DJ 19/12/2003): ‘Sobre a rescisória ajuizada com base no art. 485, V do CPC, quando em jogo a violação de dispositivo constitucional, asseverou o eminente Ministro Gilmar Mendes ao proferir seu voto no RE 235.794-AgR, que ‘a manutenção de soluções divergentes, em instâncias inferiores, sobre o mesmo tema, provocaria, além da desconsideração do próprio conteúdo da decisão desta Corte, última intérprete do texto constitucional, a fragilização da força normativa da Constituição.’ [...]”

<sup>12</sup> Neste julgado, ficou estabelecido que a *causa petendi* nos recursos extraordinários é aberta, possibilitando ao STF decidir a questão de constitucionalidade com base em fundamento diverso, ainda que não versado nas instâncias inferiores. Assim pontificou o eminente Min. Sepúlveda Pertence: “[C]onstituiria paradoxo verdadeiramente “kafkaniano” que, diferentemente, ao STF – guarda da Constituição, não fosse dado, no julgamento do RE, **declarar que a lei questionada é, sim, inconstitucional, embora com fundamento diverso do acolhido pelo acórdão recorrido,** e, em consequência, estivesse vinculado a aplicar a norma legal que considera incompatível com a Carta Magna.” [destacou-se].

<sup>13</sup> A Reclamação também admitida para garantir a aplicação das chamadas súmulas vinculantes, previstas no art. 103-A, do CR/88. O instrumento da Reclamação Constitucional tem sido objeto de considerações que buscam redefinir os seus contornos, atribuindo, também um caráter objetivo, conforme se depreende do voto do Min. Gilmar Mendes, agora em sede da Reclamação<sup>9</sup> 4987-PE, na qual foi relator. Veja-se:

“A tendência hodierna, portanto, **é de que a reclamação assumira cada vez mais o papel de ação constitucional voltada à proteção da ordem constitucional como um todo.** Os vários óbices à aceitação da reclamação em sede de controle concentrado já foram superados, estando agora o Supremo Tribunal Federal em condições **de ampliar o uso desse importante e singular instrumento da jurisdição constitucional brasileira.** Nessa perspectiva, **parece bastante lógica a possibilidade de que, em sede de reclamação, o Tribunal analise a constitucionalidade de leis cujo teor é idêntico, ou mesmo semelhante, a outras leis que já foram objeto do controle concentrado de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.** Como explicado, não se está a falar, nessa hipótese, de aplicação da teoria da “transcendência dos motivos determinantes” da decisão tomada no controle abstrato de constitucionalidade. **Trata-se, isso sim, de um poder insito à própria competência do Tribunal de fiscalizar incidentalmente a constitucionalidade das leis e dos atos normativos.**”

Pode-se, por fim, apontar como corolário dessa tendência de objetivação que se manifesta no Recurso Extraordinário, o advento da chamada repercussão geral das questões constitucionais discutidas. O novo instituto, previsto pela emenda constitucional n.º 45, de 2004, objeto de recente regulamentação<sup>14</sup>, oferece traços explícitos que conduzem ao aprofundamento do caráter objetivo desta modalidade recursal.

Em verdade, a demonstração da repercussão geral das questões discutidas vem a ser um requisito específico de admissibilidade agregado ao recurso extraordinário. A relevância do instituto para a tendência de objetivação observada está em que o decidido pelo STF, quando da análise deste novo requisito de admissibilidade, vinculará os futuros casos semelhantes que futuramente sejam submetidos a julgamentos. Emprestando interpretação ao tema, Teresa Arruda Alvim Wambier, Luiz Rodrigues Wambier e Garcia Medina (2005, p. 105) pontificam:

Pensamos, assim, que havendo jurisprudência firme do pleno no sentido de que dada questão não tem repercussão geral, recursos extraordinários futuros que veiculem questões jurídicas idênticas poderão ser rejeitados por uma das turmas do STF ou até pelo próprio relator do recurso (cf. art. 557 do CPC) e não necessariamente por dois terços do pleno.

#### 4.1.1. A Súmula Vinculante

O novel instituto da Súmula Vinculante obriga que as decisões tomadas em sede de controle difuso sejam observadas em casos futuros por terceiros que não fizeram parte do

---

<sup>14</sup> Eis a configuração constitucional e legal do instituto, com destaque para os traços de objetivação.

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...]

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a **repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso**, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

A Lei Federal n.º 11.418/2006, inseriu os artigos 543-A e 543-B, no CPC. Nestes dispositivos pode-se visualizar a tendência de objetivação do Recurso Extraordinário. Vejamos:

Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.[...]

§ 5º Negada a existência da repercussão geral, **a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente**, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§ 6º 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.

Art. 543-B. **Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.**

§ 1º **Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.**

§ 2º **Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.**

§ 3º **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.**

processo no qual foi editada. A sua previsão constitucional bem como a sua regulamentação legal apontam nesse sentido.

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, **terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal**, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e **relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica**.

§ 2º **Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.**

§ 3º **Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.**

A Súmula Vinculante cumpre papel fundamental, mormente naqueles processos ditos de massa, em que a tese subjacente aos vários processos é a mesma. Sua criação se configura em um encômio ao princípio da segurança jurídica, vez que, em semelhantes causas, fixada a compreensão de uma norma pelo STF, todos os demais órgãos do poder judiciário, isso inclui o exercício do controle de constitucionalidade *incidenter tantum* por tais órgãos judicantes, ficam obrigados a acatar a orientação expandida pela Excelsa Corte. Da mesma forma, o novel instituto da Súmula Vinculante confere efetividade ao princípio da celeridade e da economia processual, vez que agiliza e aperfeiçoa a resposta jurisdicional a estes casos, poupando aos juízes singulares e demais tribunais, e ao próprio Supremo Tribunal, o trabalho de reanalisar lides cujas soluções já foram devidamente conferidas. Nas palavras de Monica Sifuentes (2004, p. 3):

Superados os questionamentos de ordem acadêmica e teórica, a súmula vinculante tem um notório valor pragmático: se não puser fim, pelo menos fará diminuir consideravelmente a quantidade de demandas repetidas. A par disso, dará segurança às relações jurídicas, ao cotidiano das pessoas que custam a entender como uma ação possa ser julgada de modo diferente do que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal.

Uma observação importante. Os princípios alinhados acima (segurança jurídica, celeridade e economia processual), fundantes do advento da Súmula Vinculante, são, da

mesma maneira, os argumentos basilares da tendência ora exposta, ou seja, da objetivação do controle difuso. Com efeito, tais razões conferem proximidade entre o novo instituto e esta reinterpretação do controle difuso.

#### **4.1.2. O papel do Senado Federal: mudanças à vista?**

Já se mencionou, linhas atrás, que essa tendência de objetivação no controle difuso implica comprometimento à competência do Senado Federal, consistente em emitir resoluções destinadas a suspender atos e leis declarados inconstitucionais pelo STF, emprestando efeitos *erga omnes* às decisões proferidas pela Suprema Corte em sede de controle incidental.

A referida cláusula tem previsão longeva na prática constitucional brasileira. Criada pela Constituição de 1934 (arts. 91, IV, e 96), todas as demais Cartas a previram. Tal competência é exercida pelo Senado, após comunicação oriunda do STF, tendo aquela câmara legislativa discricionariedade para suspender o ato normativo e a lei declarada inconstitucional pelo STF, apenas no âmbito da declaração incidental, operando efeitos *ex nunc* (ressalve-se que há divergência quanto a este ponto, entendendo parte da doutrina que tais efeitos são *ex tunc*).

Reconhece-se que a referida competência senatorial tem motivos históricos. Como se sabe o controle difuso do sistema americano se baseia em precedentes jurisprudenciais vinculantes, como é peculiar ao ordenamento jurídico dos EUA. Diversamente, a tradição jurídica brasileira não admitia a vinculação dos precedentes judiciais, atribuindo-se o mister ao Senado de conferir, nos casos que entender cabível, os efeitos *erga omnes* já assinalado (BARROSO, 2006, p. 109).

Na doutrina, já há sérios questionamentos quanto à utilidade desta função do Senado Federal. Por todos, Luís Roberto Barroso (2006, p. 111) traz lição contundente:

A verdade é que, com a criação, da ação genérica de inconstitucionalidade, pela EC n. 16/65, e com o contorno dado a ação direta pela Constituição de 1988, essa competência atribuída ao Senado tornou-se um anacronismo. Uma decisão do Pleno Supremo Tribunal Federal, seja em controle incidental ou em ação direta, deve ter os mesmos efeitos. Respeitada a razão histórica da previsão constitucional, quando de sua instituição de 1934, já não há mais lógica razoável em sua manutenção. Também não parece razoável e lógica, com a vênia devida aos ilustres autores que professam entendimento diverso, a negativa de efeitos retroativos à decisão plenária do Supremo Tribunal Federal que reconheça a inconstitucionalidade de uma lei. Seria uma demasia, uma violação ao princípio da economia processual, obriga um dos legitimados do art. 103 a propor ação direta para produzir uma decisão que se sabe qual é!

Essa tendência de revisão do papel do Senado na suspensão de atos e leis declarados inconstitucionais está sendo debatida no Supremo Tribunal Federal. Em julgamento ainda pendente<sup>15</sup>, o Min. Gilmar Mendes produziu longo voto atacando a manutenção desta prerrogativa deferida a Câmara Alta brasileira. Pela importância da tese vale transcrever alguns excertos:

Não é preciso dizer que a suspensão de execução pelo Senado não tem qualquer aplicação naqueles casos nos quais o Tribunal limita-se a rejeitar a argüição de inconstitucionalidade. Nessas hipóteses, a decisão vale per se. Da mesma forma, o vetusto instituto não tem qualquer serventia para reforçar ou ampliar os efeitos da decisão do Tribunal naquelas matérias nas quais a Corte, ao prover ou não um dado recurso, fixa uma interpretação da Constituição.

Da mesma forma, a suspensão da execução da lei inconstitucional não se aplica à declaração de não-recepção da lei pré-constitucional levada a efeito pelo Supremo Tribunal. Portanto, das decisões possíveis em sede de controle, a suspensão de execução pelo Senado está restrita aos casos de declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo.

A exigência de que a eficácia geral da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal fique a depender de uma decisão do Senado Federal, introduzida entre nós com a Constituição de 1934 e preservada na Constituição de 1988, perdeu grande parte do seu significado com a introdução do controle abstrato de normas.

[...]

A Constituição de 1988 alterou, de maneira radical, essa situação, conferindo ênfase não mais ao sistema difuso ou incidental, mas ao modelo concentrado, uma vez que as questões constitucionais passaram a ser veiculadas, fundamentalmente, mediante ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Apontando a contradição do instituto da suspensão de leis e atos normativos com a teoria da nulidade das leis inconstitucionais, ressaltou Gilmar Mendes:

Ainda que se aceite, em princípio, que a suspensão da execução da lei pelo Senado retira a lei do ordenamento jurídico com eficácia *ex tunc*, esse instituto, tal como foi interpretado e praticado, entre nós, configura antes a negação do que a afirmação da teoria da nulidade da lei inconstitucional. A não-aplicação geral da lei depende exclusivamente da vontade de um órgão eminentemente político e não dos órgãos judiciais incumbidos da aplicação cotidiana do direito. Tal fato reforça a idéia de que, embora tecêssemos loas à teoria da nulidade da lei inconstitucional, consolidávamos institutos que iam de encontro à sua implementação.

Ainda apontando as incoerências do instituto em apreço, o Min. Gilmar Mendes procurar ressuscitar antiga doutrina que via na competência do Senado apenas a função de dar publicidade à decisão emanada do STF, pois está sim se conformaria a teoria da nulidade

---

<sup>15</sup> RECLAMAÇÃO 4.335-5 ACRE, Relator Min. Gilmar Mendes, Reclamante(s): Defensoria pública da união, reclamado(a/s): Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco.



das leis inconstitucionais. Outra impropriedade proporcionada pelo art. 52, X, é a incompatibilidade sistêmica com a arguição de descumprimento de preceito fundamental, pois “A decisão do caso concreto proferida em ADPF, por se tratar de processo objetivo, será dotada de eficácia *erga omnes*; a mesma questão resolvida no processo de controle incidental terá eficácia *inter partes*. Concluindo sua tese, afirma:

Como se vê, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, acabam por ter eficácia que transcende o âmbito da decisão, o que indica que a própria Corte vem fazendo uma releitura do texto constante do art. 52, X, da Constituição de 1988, que, como já observado, reproduz disposição estabelecida, inicialmente, na Constituição de 1934 (art 91, IV) e repetida nos textos de 1946 (art. 64) e de 1967/69 (art. 42, VIII).

[...]

De qualquer sorte, a natureza idêntica do controle de constitucionalidade, quanto às suas finalidades e aos procedimentos comuns dominantes para os modelos difuso e concentrado, não mais parece legitimar a distinção quanto aos efeitos das decisões proferidas no controle direto e no controle incidental.

[...]

É possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988. Valendo-nos dos subsídios da doutrina constitucional a propósito da mutação constitucional, poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica *reforma da Constituição sem expressa modificação do texto*. [grifo no original]

#### **4.2. O incidente de declaração de inconstitucionalidade no CPC: marcas da abstração**

O controle difuso enseja o exercício da jurisdição constitucional por qualquer membro do poder judiciário, tanto pelos órgãos singulares como pelos órgãos colegiados. No que pertine a este último, a Constituição Federal faz uma exigência específica, consubstanciada na chamada cláusula de reserva de plenário, prevista no art. 97<sup>16</sup>, da CR/88. Por meio deste, exige-se a maioria absoluta dos membros integrantes do tribunal pleno ou órgão especial para declarar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos do poder público.

A regulamentação desta previsão constitucional adveio com o chamado incidente de inconstitucionalidade, delineado nos arts. 481 *et seq.*, do CPC, cujos contornos são assim traçados:

---

<sup>16</sup> Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Art. 480. Argüida a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, ouvido o Ministério Público, submeterá a questão à turma ou câmara, a que tocar o conhecimento do processo.

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.

Art. 482. Remetida a cópia do acórdão a todos os juízes, o Presidente do Tribunal designará a sessão de julgamento.

§ 1º O Ministério Público e as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, se assim o requererem, poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade, observados os prazos e condições fixados no Regimento Interno do Tribunal.

§ 2º Os titulares do direito de propositura referidos no art. 103 da Constituição poderão manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação pelo órgão especial ou pelo Pleno do Tribunal, no prazo fixado em Regimento, sendo-lhes assegurado o direito de apresentar memoriais ou de pedir a juntada de documentos.

§ 3º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

Como se depreende da dicção legal, o referido incidente pressupõe a cisão da causa. Com efeito, suscitada a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo perante um dos órgãos fracionários do tribunal, cabe a este, caso entenda procedente a argüição, encaminhá-la ao plenário ou órgão especial, para que este aprecie constitucionalidade em tese do ato ou lei confrontado<sup>17</sup>. Neste, se a maioria absoluta entender pela desconformidade do ato ou lei com a Constituição, será emitida declaração nesse sentido, decisão esta que vinculará o órgão fracionário (turma ou câmara) na resolução daquele caso específico.

São evidentes as proximidades deste instrumento com o controle concentrado. Nesse sentido, basta ter em vista que o exame levado a cabo pelo plenário em nada se diferencia do exame procedido em sede de ADIn ou ADC, em ambos, o controle é de caráter objetivo, sem se importar com as circunstâncias do caso concreto. Assim, Fredie Didier Júnior e Leonardo Carneiro da Cunha (2007, p. 432) ponderam:

---

<sup>17</sup> Neste ponto, interessante trazer o posicionamento de Eduardo Appio, no sentido de que inexistente no Brasil controle difuso de constitucionalidade, havendo apenas controle abstrato, ainda que se trate de aferição implementada por juiz singular, vez que trata-se apenas de verificar a adequação entre determinada lei e a Constituição, sem atenção às peculiaridades do caso concreto (*apud* DIDIER, 2006, p. 107).

Embora esse incidente seja um instrumento processual típico de controle difuso, a análise da constitucionalidade da lei é feita em abstrato. Trata-se de incidente processual de natureza objetiva (é exemplo de processo objetivo, semelhante ao processo de ADIN ou ADC). Embora a resolução da questão não fique sujeita a coisa julgada *erga omnes* (porquanto tenha sido examinado *incidenter tantum*), “a decisão do tribunal pleno não valerá somente para o caso concreto em que surgiu a questão de constitucionalidade. Será paradigma (*leading case*) para todos os demais feitos – em trâmite no tribunal – que envolvam a mesma questão”.

Ademais, o disposto no art. 482, §§ 1º e 2º, denuncia esta tendência. Em tais dispositivos assegura-se a intervenção do chamado *amicus curiae* neste incidente<sup>18</sup>. No art. 481, parágrafo único, dispensa-se instauração de novo incidente para decidir questão já examinada pelo tribunal em incidente anterior. Vê-se aqui o que a doutrina chama de eficácia *intra muros*<sup>19</sup>. A medida é semelhante aos incidentes de inconstitucionalidade do sistema europeu, sendo que nesses o processo é paralisado para ser a causa constitucional enviada ao tribunal constitucional, que apreciará o ato em tese. O expediente processual brasileiro, no entanto, encaminha a questão constitucional para o plenário ou órgão especial do próprio tribunal.

## 5. Conclusões

Para fins de encerramento, convém retornar as linhas iniciais deste trabalho onde se apontou que se tratava de um estudo situado numa zona de tensão entre o Direito Processual e o Direito Constitucional. Em verdade, não se concebe mais, nos dias atuais, um estudo compartimentalizado do fenômeno jurídico, mormente no atual estágio das coisas, no qual a Constituição é ponto de partida para o entendimento dos diversos institutos jurídicos.

Quanto ao processo civil não poderia ser diferente. Com efeito, neste em particular já surge estudos específicos, sugerindo a doutrina para algum desses estudos uma área de

---

<sup>18</sup> No que tange a esta inovação, Gilmar Mendes ressaltou a utilidade da medida: “[A] Lei n. 9.868 alterou o art. 482 do Código de Processo Civil, para admitir que o Ministério Público, as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado e os titulares do direito de propositura, referidos no art. 103 da Constituição, exerçam direito de manifestação no incidente de inconstitucionalidade, assegurando-se-lhes o direito de apresentar memoriais ou de pedir a juntada de documentos. Ademais, o § 3º do art. 482, acrescentado pela Lei n. 9.868, determina que, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

Tais providências conferem um caráter pluralista também ao processo incidental de controle de constitucionalidade, permitindo que o Tribunal decida com pleno conhecimento dos diversos aspectos envolvidos na questão. A possibilidade de manifestação de outros órgãos ou entidades representativas prevê a figura do *amicus curiae* no processo de controle de constitucionalidade, similarmente ao já disposto em outras passagens da Lei n. 9.868.”

<sup>19</sup> A expressão é de José Levi Mello do Amaral Júnior (*apud* DIDIER, 2006, p. 107), para quem a decisão vincula os colegiados fracionários do tribunal que dirimiu o incidente, valendo para os mesmos casos concretos supervenientes que envolva questão constitucional idêntica.

pesquisa própria: o direito processual constitucional. Este tem por fim disciplinar os mecanismo de supremacia da vontade constitucional.

Indubitavelmente, um dos instrumentos dessa jurisdição constitucional é o controle de constitucionalidade, nas suas diversas modalidades. O sistema brasileiro optou por um modelo sincrético de controle de constitucionalidade, albergando os dois modelos tradicionais: o controle abstrato e o concreto, o difuso e o concentrado.

A partir da distinção entre estas modalidades de controle, oriunda de critérios diversos, pode-se entender a tendência apontada por esta análise: a abstração ou objetivação do controle difuso de constitucionalidade. Esse fenômeno faz-se presente em dois meios processuais aqui abordados: o Recurso Extraordinário e o Incidente de Inconstitucionalidade nos Tribunais. O estudo das características desses dois mecanismos tipicamente processuais, sobretudo a partir das recentes inovações legislativas, amparadas na chamada “Reforma do Judiciário”, denunciam a influência desta inclinação. Acompanhando essas inegáveis transformações, a doutrina já começa a perceber o fenômeno, além da própria jurisprudência, com um certo pioneirismo, principalmente aquela do STF, sob a coordenação do Min. Gilmar Mendes.

Talvez a que mais se sobressaia, na dita objetivação, seja a constatação de um movimento que está em curso na atualidade, louvado por expressivos especialistas, mais ainda enfrentando sérias resistências. Trata-se da configuração do Supremo Tribunal Federal como uma autêntica Corte Constitucional<sup>20</sup>. É de se ter em mente que esse movimento busca uma redefinição qualitativa e quantitativa da atuação do STF, no sentido de que este tribunal deve trabalhar em menos causas para melhor julgá-las. Significa dizer que sua atuação deve se fazer perante as grandes questões nacionais, os grandes temas essenciais à nossa sociedade.

Nesta senda, a hipótese versada neste estudo enquadra-se no intento de se reforçar as decisões emanadas do STF. Não podia ser diferente, este é o órgão de cúpula do Poder Judiciário nacional, guardião da Constituição. O prestígio aos seus julgados contribui, em um primeiro momento, para a segurança jurídica, evitando-se múltiplas decisões sobre hipóteses idênticas, resguardando-se, inclusive, o princípio da isonomia, que não se

---

<sup>20</sup>. A discussão sobre os tribunais constitucionais(TCs), realidade em diversos países, passa por uma profunda compreensão do significado da tripartição dos poderes, vez que o TC implica uma jurisdição de cunho eminentemente político, implicando serias controvérsias acerca de uma possível usurpação de poderes por parte dos juízes em detrimento do parlamento, instituição esta que seria dotada de legitimação popular, faltante aos magistrados. Mais uma vez, alerta-se que não adentraremos em tais dilemas, ressalte-se, entretanto, que a defesa da jurisdição constitucional é feita tendo com base, dentre outros motivos, a necessidade de proteção efetiva aos direitos fundamentais.

restringe mais à igualdade perante a lei, mas alcança também a idéia de igualdade perante o juiz.

Contribuição não menos importante se devota ao princípio da economia e da celeridade processual, este último traduzido em direito fundamental individual acrescido no texto magno pela EC n.º 45/2004 (art. 5º LXXVII, CR/88). Não se compreende porque se reanalisar, no que tange a matéria constitucional, o que já restou decidido pela excelsa Corte, seja em sede de controle abstrato, seja no exercício do controle incidental. O Tribunal que decide em tese é o mesmo que julga incidentalmente.

Não se diga que o prestígio às decisões do STF implica cerceamento da criatividade jurisdicional que adviria dos juízes singulares e demais tribunais. O argumento é tecnicamente impróprio. Cumpre lembrar que, quando o STF decide um recurso extraordinário, o processo já lhe chega maduro, ventilado pelas mais díspares soluções, proporcionadas pela extensão do poder judiciário brasileiro. Mais de um juiz já se manifestou sobre o tema, seja naquele processo específico seja em outros.

O fenômeno aqui descrito ainda aguarda maiores desenvolvimentos doutrinários, constituindo esse trabalho uma modesta contribuição ao tema.

## Referências

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

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

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva: 2007.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5.ed. Coimbra: Almedina, 2002.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro. **Curso de direito processual civil**. 3. ed. Salvador: Juspodivum, 2007. v. 3.

\_\_\_\_\_. **Transformações do recurso extraordinário**: aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. Coordenação Nelson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 10.

GORDILLO, Augustín. **Introducción al derecho: derecho público y privado**. Buenos Aires: FDA, 2003. Common law y derecho continental europeo.

LIMA, Jonatas Vieira de. A tendência de abstração do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1320, 11 fev. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9485>>. Acesso em: 10 jun. 2007 .

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil: o acesso à justiça e as instituições fundamentais do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

\_\_\_\_\_ ; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual de processo de conhecimento**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Caderno de direito constitucional**. Porto Alegre: EMAGIS, 2006.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SCHWARTZ, Bernard. **Direito constitucional americano**. Tradução Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

SERRA JÚNIOR, Gervázio Fernandes de. Controle concreto ou abstrato? . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 755, 29 jul. 2005. Disponível em:

<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7087>>. Acesso em: 17 jun. 2007.

SILVA, José Afonso da. **Comentários contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2006.

SIFUENTES, Mônica. A súmula e os esqueletos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 466, 16 out. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5839>>. Acesso em: 9. jun. 2007.

WALD, Arnoldo. O incidente de constitucionalidade, instrumento de uma justiça rápida e eficiente. **Revista Jurídica Virtual**. Brasília, v. 1, n. 7, dez. 1999.

Todos os acórdãos citados estão disponíveis no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br).

**Revista Jurídica**

[www.presidencia.gov.br/revistajuridica](http://www.presidencia.gov.br/revistajuridica)

Artigo recebido em 25/02/2008 e aceito para publicação em 24/03/2008

A Revista Jurídica destina-se à divulgação de estudos e trabalhos jurídicos abrangendo todas as áreas do Direito, com foco na análise de políticas públicas, legislação, processo legislativo, jurisprudência e hermenêutica constitucional.

Os originais são submetidos à avaliação de especialistas, profissionais com reconhecida experiência nos temas tratados.

Todos os artigos devem vir acompanhados de uma autorização expressa do autor para publicação do material, enviada pelo correio eletrônico, em arquivos específicos.