

O controle de constitucionalidade das leis no Brasil como um sistema plural

The judicial review of legislation in Brazil as a pluralistic system

Antonio Moreira Maués*

Resumo

O artigo analisa as atuais características do controle de constitucionalidade das leis no direito brasileiro, com base nas categorias formuladas por Lucio Pegoraro (2004) para o estudo comparado da justiça constitucional. A partir de uma análise das matrizes teóricas que deram origem ao modelo norte-americano e ao modelo europeu de controle de constitucionalidade, identifica as similaridades e diferenças entre eles. Demonstra a imprecisão da tipologia tradicional dos sistemas de controle de constitucionalidade e defende o uso da distinção entre sistemas unitários e sistemas plurais como a mais adequada para compreender as principais variáveis que regem seu funcionamento. Conclui que o sistema de controle de constitucionalidade no Brasil deve ser classificado como um sistema plural, em que prevalece a concorrência de diferentes órgãos no julgamento da compatibilidade das leis com a Constituição.

Palavras-chave: Controle de Constitucionalidade. Direito Constitucional Brasileiro. Supremo Tribunal Federal.

Abstract

This article analyzes the present features of the judicial review of legislation in Brazilian law, based on the categories created by Lucio Pegoraro (2004) for the comparative study of constitutional justice. Beginning with an analysis of the theoretical foundations which gave birth to the American and the European models of judicial review, it identifies

* Professor Associado da Universidade Federal do Pará. Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Pesquisador do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico. E-mail: amaues@amazon.com.br

the similarities and differences between them. After the demonstration of the inaccuracy of the traditional typology of judicial review systems, it defends the distinction between unitary and pluralistic systems as the most appropriate to achieve understanding of the main variables affecting their operation. It concludes that the Brazilian system of judicial review should be classified as a pluralistic system, in which prevails the competition between different organs to judge the compatibility of the laws with the Constitution.

Keywords: *Judicial Review. Brazilian Constitutional Law. Federal Supreme Court.*

Introdução

No campo da justiça constitucional, a análise comparada sempre se demonstrou um terreno fértil para facilitar a compreensão das diferentes possibilidades de desenvolvimento de um sistema particular. No caso brasileiro, as mudanças ocorridas no controle de constitucionalidade, a partir da atribuição de efeito vinculante às decisões do STF e da criação da súmula vinculante, demandam a formulação de novas categorias que permitam identificar as principais variáveis que presidem seu funcionamento atual.

Neste trabalho, a partir de uma revisão dos fundamentos do modelo norte-americano e do modelo europeu de controle de constitucionalidade (seção 1), iremos criticar a validade da tradicional dicotomia entre controle concentrado e controle difuso, defendendo a adoção de uma nova classificação, de acordo com os estudos de Lucio Pegoraro (2004), baseada na distinção entre sistemas unitários e sistemas plurais (seção 2). Posteriormente, faremos a análise das atuais características do controle de constitucionalidade no Brasil, para defender a tese de que o sistema brasileiro se caracteriza como um sistema plural (seção 3), o que permite uma melhor compreensão de seu funcionamento e do espaço nele destinado à proteção dos direitos fundamentais.

1 Duas ideias e dois modelos

O ponto de partida de uma análise comparada dos sistemas de controle de constitucionalidade deve ser o exame das duas matrizes

teóricas que inspiraram os diferentes ordenamentos. Tal análise é relevante, tanto para compreender o contexto em que a garantia judicial da Constituição foi adotada, como também para examinar os princípios e objetivos que regem os sistemas e explicam suas características institucionais (LLORENTE, 1997, p. 467). O exame dessas matrizes demonstra que o modelo “norte-americano” e o modelo “europeu” de controle de constitucionalidade atendem a ideias distintas de Constituição e justiça constitucional.

1.1 O federalista e o modelo norte-americano

Na experiência norte-americana, os argumentos clássicos em defesa do *judicial review* encontram-se no artigo federalista nº 78, escrito por Alexander Hamilton. No conjunto da obra, esse texto encerra a exposição sobre a divisão de poderes adotada pela Constituição, tratando ainda da organização da judicatura federal. Nele, a tradição de independência judicial da *common law* aparece como um pressuposto da atribuição aos juízes do poder de fiscalizar as decisões do legislador.

Para Hamilton, a independência judicial é ainda mais importante no âmbito de uma “Constituição limitada”, que se define como aquela que “contém certas restrições específicas à autoridade legislativa, tais como, por exemplo, não aprovar projetos de confiscos, leis *ex-post-facto* e outras similares”. Nesse caso, somente a existência de tribunais poderia preservar, na prática, essas limitações, pois eles têm o “dever de declarar nulos todos os atos contrários ao manifesto espírito da Constituição”. (HAMILTON; MADISON; JAY, 1984, p. 577).

Embora não explique porque somente os tribunais poderiam garantir os limites da Constituição, Hamilton admite que o reconhecimento de sua competência para declarar nulos determinados atos do Legislativo, quando contrários à Constituição, tem sido criticado por levar à superioridade do judiciário sobre o legislativo. Para contestar essa ideia, o autor parte do princípio de que a autoridade do legislativo é delegada pela Constituição, devendo ser exercida em conformidade com ela, o que torna nulo quaisquer dos atos que lhe sejam contrários, pois “aqueles que agem em razão de delegação de poderes, estão impossibilitados de fazer não apenas o que tais poderes não autorizam, mas sobretudo o que eles proíbem”. (HAMILTON; MADISON; JAY, 1984, p. 578).

Por essa razão, não é “natural” que os congressistas sejam os “juízes constitucionais de seus próprios poderes”, impondo sua interpretação aos demais ramos do governo. Esse papel de manter o legislativo dentro de seus limites deveria ser atribuído ao judiciário, visto que a interpretação das leis é o campo de atuação próprio dos juízes, o que lhes permite desempenhar o papel de “órgão intermediário entre o povo e o legislativo”. É a própria concepção de Constituição que sustenta essa ideia, pois ela deveria ser interpretada pelos juízes como “lei básica”, prevalecendo sobre todas as demais leis. Assim, não haveria superioridade do judiciário sobre o legislativo, mas somente a supremacia do poder do povo, declarada na Constituição, sobre o poder de seus representantes. (HAMILTON; MADISON; JAY, 1984, p. 578).

No fundo da questão, encontra-se a preocupação com a proteção dos direitos individuais, ameaçados por decisões da maioria. Embora reconheça que o povo tem o direito de “alterar ou abolir” a Constituição em vigor, Hamilton assevera que os representantes não têm esse direito, nem podem pressupor que houve uma autorização do povo para tal, pois a Constituição só pode ser modificada por um “ato solene”. Assim, o judiciário deve impedir tanto as violações diretas à Constituição, quanto a aplicação de leis injustas e imparciais, mitigando sua severidade e restringindo sua amplitude. (HAMILTON; MADISON; JAY, 1984, p. 580).

1.2 Kelsen e o modelo europeu

Mais de um século depois da decisão do caso *Marbury x Madison*, a Europa conhecerá um novo modelo de controle de constitucionalidade das leis. A adoção de várias novas Constituições no período entre-guerras, de caráter republicano, tornava necessário o debate sobre os meios de consolidação da nova ordem constitucional, o que incluía a adoção de garantias judiciais de defesa da Constituição. Embora bastante conhecido entre os especialistas àquela altura, o modelo norte-americano não foi considerado adequado para oferecer a proteção judicial da Constituição.¹ Assim, o desenvolvimento da justiça constitucional na Europa partiu de outro conjunto de ideias, no qual se destaca a obra de Hans Kelsen.

¹ Para uma síntese das razões, ver Cappelletti (1992), Favoreu (1988) e Villalón (1987).

Para Kelsen, o problema central da defesa da Constituição era a busca de garantias do exercício regular das funções estatais, de acordo com sua concepção da estrutura hierárquica da ordem jurídica. Assim, os instrumentos de controle já existentes no campo da execução da lei deveriam ser expandidos para o campo da legislação: “Garantias da Constituição significam, portanto, garantias da regularidade das regras imediatamente subordinadas à Constituição, isto é, essencialmente, garantias da constitucionalidade das leis” (KELSEN, 2003, p. 126). O próprio Kelsen reconhece que a questão da garantia pressupõe, para ser resolvida, uma noção clara de Constituição, que, para o autor, significa “a norma que rege a elaboração das leis, das normas gerais para cuja execução se exerce a atividades dos organismos estatais, dos tribunais e das autoridades administrativas”. (KELSEN, 2003, p. 130).

Com base nessa concepção, o modelo kelseniano não reserva nenhum papel importante na justiça constitucional para a proteção dos direitos fundamentais,² tal como se verifica nas seguintes teses defendidas pelo autor:

- a) diferenciando a Constituição em sentido material da Constituição em sentido formal, Kelsen reconhece que, nesta última, podem estar presentes normas que regulam não a criação, mas o conteúdo das leis, tais como o catálogo de direitos fundamentais. Assim, uma lei pode ser inconstitucional, tanto por irregularidade no seu procedimento de elaboração (inconstitucionalidade formal) quanto por contrariar os princípios ou diretrizes formulados na Constituição (inconstitucionalidade material). Contudo, “a inconstitucionalidade material é, em última análise, uma inconstitucionalidade formal”, pois uma lei cujo conteúdo é incompatível com a Constituição poderia tornar-se válida se aprovada como lei constitucional. Assim, o

² De acordo com Llorente (1997, p. 475-476), os constituintes austríacos de 1920, que criaram o sistema concentrado de justiça constitucional, nunca chegaram a aceitar plenamente a ideia de que a Constituição é um corpo normativo do qual derivam, para todos os integrantes do corpo político, direitos e obrigações que os juízes devem proteger e fazer cumprir, inclusive frente ao legislador: “La Constitución obliga al legislador, pero no otorga a los ciudadanos, como correlato de esa obligación, derechos para los que éstos puedan pedir la tutela judicial; los derechos de los ciudadanos nacen sólo de la ley y sólo a la ley está sujeto el juez”.

estabelecimento de limites constitucionais ao conteúdo das leis “não passa de uma aparência desejada por motivos políticos”. (KELSEN, 2003, p. 132);

- b) a defesa da centralização do controle de constitucionalidade é feita com base em argumentos baseados somente na segurança jurídica, criticando a possibilidade de anulação de uma norma geral no caso concreto: “Os defeitos e a insuficiência de uma anulação assim limitada ao caso em exame são evidentes. Disso resulta, antes de mais nada, a falta de unidade das soluções e a insegurança do direito daí resultante [...]” (KELSEN, 2003, p. 144-145);
- c) ao discutir o objeto do controle de constitucionalidade, Kelsen exclui os atos jurídicos individuais praticados pelo judiciário e pela administração, “no interesse de uma delimitação clara de sua respectiva competência” (KELSEN, 2003, p. 161);
- d) as decisões de inconstitucionalidade não possuem efeito retroativo, “no interesse da mesma segurança jurídica” (KELSEN, 2003, p. 171).

Os diferentes princípios que regem os dois modelos ajudam a entender seu distinto caráter difuso ou concentrado. No caso norte-americano, a posição do judiciário como defensor do cidadão contra o poder legislativo permite a qualquer indivíduo ameaçado por um ato legal buscar o remédio judicial. No caso europeu, a defesa da ordem constitucional de competências requer a criação de um tribunal *ad hoc* e a limitação da legitimidade ativa.

2 Similaridades e diferenças

As primeiras experiências históricas do modelo europeu de controle de constitucionalidade, desenvolvidas na Áustria, Tchecoslováquia e Espanha (VILLALÓN, 1987), levaram a doutrina a estabelecer um nítido contraste com o modelo norte-americano, decorrente das diferentes concepções e finalidades que orientam os dois sistemas. Enquanto nos Estados Unidos todos os juízes e tribunais são competentes para fiscalizar a constitucionalidade das leis no âmbito de um “*case or controversy*”, como uma questão incidental ou prévia, tendo sua decisão caráter declarativo e efeitos *inter partes*, na

Europa, somente o Tribunal Constitucional possui competência para julgar a compatibilidade da lei com a Constituição, exercendo essa função por meio de um processo específico, cujo único objeto é o controle da constitucionalidade de uma norma, no qual a decisão tem caráter constitutivo e efeitos *erga omnes*. No período entre-guerras, tal contraste fundamentou a conhecida divisão dos dois sistemas em um conjunto de pares conceituais opostos, na qual correspondia ao modelo norte-americano o controle difuso, incidental, declarativo e *inter partes*, e ao modelo europeu o controle concentrado, direto, constitutivo e *erga omnes*. (CAPPELLETTI, 1992; SEGADO, 2004; VILLALÓN, 1987).

Contudo, o desenvolvimento das experiências originárias e a adoção do controle de constitucionalidade em outros países, no segundo pós-guerra, geraram uma aproximação dos dois modelos, ainda que sem eliminar os traços que os distinguem. Essa aproximação é verificada, especialmente, com o surgimento de sistemas “mistos”, que conjugam elementos de ambos os modelos, o que torna necessária a elaboração de uma nova tipologia que permita identificar as principais variáveis do controle de constitucionalidade nos dias de hoje, tal como veremos nas seções seguintes.

2.1 O debate sobre os sistemas “mistos”

A clareza da distinção entre os dois modelos, pautada nas oposições referidas acima, começou a ser posta em questão já em 1929, ano em que uma reforma legislativa criou a via incidental de controle de constitucionalidade na Áustria. Originalmente, somente os poderes executivo e legislativo federal e estaduais poderiam propor ações de inconstitucionalidade ao Tribunal Constitucional, a partir da reforma, os tribunais superiores passaram a ter competência para submeter questões de inconstitucionalidade, incidentes em casos concretos, ao Tribunal Constitucional.

Essa mudança significava algo mais do que a abertura de uma nova via processual para o exercício do controle de constitucionalidade, que vinha relativizar a oposição entre controle direto e controle incidental como elemento de diferenciação entre o modelo europeu e o modelo norte-americano. Ela fazia com que os tribunais superiores também passassem a realizar um juízo de constitucionalidade, a fim

de decidir sobre o encaminhamento ou não da questão ao Tribunal Constitucional. Assim, a ideia de que o sistema austríaco caracterizava-se pelo monopólio do controle de constitucionalidade nas mãos do Tribunal Constitucional, passa a ser substituída pela noção de que a esse órgão cabia o monopólio da declaração de inconstitucionalidade (*verwerfungsmonopol*), pois os tribunais superiores teriam que fazer um primeiro juízo de inconstitucionalidade para propor a questão ao Tribunal Constitucional, ainda que somente este tivesse competência para declarar uma lei inconstitucional. (SEGADO, 2004, p. 28-33).

Ao final da II Guerra Mundial, a via incidental também foi adotada nos dois países que irão representar, desde então, as principais expressões do modelo europeu: Alemanha e Itália. Nesses ordenamentos, todos os juizes e tribunais, e não apenas os tribunais superiores, têm competência para propor questões de inconstitucionalidade ao tribunal constitucional, o que tornou essa via particularmente importante para o exercício do controle de constitucionalidade.

Em consequência, passa a haver uma ligação orgânica entre a jurisdição constitucional e a jurisdição ordinária, tendo em vista a competência dessa última como filtro da propositura de questões de inconstitucionalidade ao Tribunal Constitucional. Esse acesso à Constituição que os juizes passaram a ter por meio da via incidental, fundamentando a apreciação dos pedidos da parte ou decidindo de ofício, com base em argumentos constitucionais, leva ao reconhecimento de um grau de “difusão” do controle de constitucionalidade no modelo europeu. (PEGORARO, 2004, p. 42).

A profundidade das mudanças ocorridas no modelo europeu no segundo pós-guerra só pode ser compreendida levando-se em conta a nova concepção de Constituição que se afirmou no período. Não deve ser considerada uma casualidade que países que passaram por regimes autoritários, como Alemanha e Itália, tenham adotado formas de controle judicial de constitucionalidade após a democratização. Embora a tradição francesa de garantia política da Constituição até então fosse dominante na Europa, a debilidade demonstrada pelos mecanismos de controle existentes diante da quebra do regime constitucional trouxe uma reavaliação da importância de controles judiciais nesses países. Essa perspectiva viu-se reforçada pelo fato de que, nos casos alemão e italiano, o próprio Parlamento servira à consolidação do autoritarismo.

Nesse novo período histórico, a experiência austríaca aparecia mais compatível com o direito continental do que o modelo norte-americano. Contudo, sua adoção iria representar um importante adendo às concepções kelsenianas. Tal como vimos, Kelsen considera que o controle de constitucionalidade opera, sobretudo, para preservar as competências estabelecidas na Constituição. Porém, a Constituição Italiana de 1947 e a Constituição Alemã de 1949 também contêm declarações de direitos – autoaplicáveis, na terminologia alemã – o que significa que o controle de constitucionalidade deve igualmente proteger os direitos fundamentais dos cidadãos das violações cometidas pelo Legislador. Assim, a Constituição passa a ser vista, de modo semelhante à concepção norte-americana, como um limite material aos poderes constituídos, em que, embora adotado o modelo de controle concentrado, o judiciário passa a cumprir um papel importante de defesa dos direitos fundamentais. (SEGADO, 2004, p. 59-69).

Além dos desenvolvimentos do controle de constitucionalidade na Europa, podemos observar na América Latina uma ampla variedade de sistemas que contêm elementos dos dois modelos, também caracterizados como sistemas mistos. As primeiras experiências de controle judicial de constitucionalidade na América Latina remontam ao século XIX, particularmente no México e na Argentina, sob a influência do modelo norte-americano. Sem embargo, cedo o continente também conheceu formas de controle concentrado de constitucionalidade, tal como as adotadas na Colômbia (1858) e no Chile (1925). No decorrer do século XX, a expansão da justiça constitucional na América Latina caracterizou-se pela incorporação de elementos dos sistemas difuso e concentrado. (ALCALÁ, 2004; SAGÜÉS, 2002).

Contemporaneamente, podemos identificar no continente sistemas que adotam o controle concentrado na Corte Suprema ou em uma de suas Salas (Uruguai e Costa Rica), com a peculiaridade de que, no primeiro caso, as decisões têm efeitos *inter partes*; sistema de duplo controle concentrado, dividido entre a Corte Suprema, com efeitos *inter partes*, e o Tribunal Constitucional, com efeitos *erga omnes* (Chile); sistemas de controle difuso articulado com controle concentrado em órgão especializado (Colômbia, Venezuela) ou não especializado (Brasil, México).

O resultado desses vários desenvolvimentos é que, contemporaneamente, os sistemas de controle de constitucionalidade

possuem várias características em comum, possibilitando que a interpretação da Constituição seja feita, tanto pelos órgãos especializados, quanto pelo conjunto do poder judiciário (FAVOREU, 1988). No caso europeu, vale observar que, embora o modelo kelseniano tenha visado proteger a Constituição em situações de crise, com a consolidação dos regimes democráticos a justiça constitucional passou a cumprir um papel de interpretação e atualização dos conteúdos constitucionais, adequando-os à própria evolução da sociedade. (TREMPS, 2003).

As aproximações entre os dois modelos de controle de constitucionalidade, representadas pelo uso da categoria “sistemas mistos”, não significa, porém, que tenham desaparecido todos os aspectos que os diferenciam, os quais se associam às diferentes concepções que se encontram na base dos sistemas. Dentre esses aspectos, destaca-se o monopólio da declaração de inconstitucionalidade, que continua caracterizando os ordenamentos baseados no modelo europeu. Na presença desse monopólio, embora o poder judiciário participe do exercício do controle de constitucionalidade pela via incidental, os juízes não dispõem de competência para afastar a aplicação da lei no caso concreto, ao contrário do que ocorre nos sistemas que se baseiam no modelo norte-americano. Esse contraste repercute sobre vários outros aspectos, notadamente sobre como se dá a elaboração da jurisprudência constitucional e sobre os efeitos das decisões tomadas no controle de constitucionalidade, além de diferenciar o tipo de proteção dos direitos fundamentais que é oferecido pelos dois sistemas.

Em consequência, os problemas atualmente enfrentados pelos diversos ordenamentos variam de acordo com a existência ou não do monopólio da declaração de inconstitucionalidade. No modelo europeu, embora a concepção de Constituição adotada no segundo pós-guerra tenha possibilitado a proteção de direitos fundamentais pela justiça constitucional, a estrutura do sistema muitas vezes dificulta a oferta dessa proteção, tendo em vista que o controle de constitucionalidade não se exerce no caso concreto. Mesmo naqueles países que admitem um recurso direto ao tribunal constitucional, como a Alemanha (*verfassungsbeschwerde*) e a Espanha (*recurso de amparo*) o volume de ações acaba se tornando incompatível com a dimensão do tribunal constitucional.

No caso dos sistemas que se baseiam no modelo norte-americano, a criação da via direta junto à Corte Suprema ou ao Tribunal Constitucional,

embora tenha dotado a justiça constitucional de um meio mais eficaz de proteção da ordem jurídica, não elimina a possibilidade de divergência na interpretação da Constituição entre o tribunal constitucional e as demais instâncias do poder judiciário. Mesmo contando com eficácia *erga omnes*, a decisão tomada na via direta pode não se aplicar a todos os casos que envolvem a mesma legislação, seja pela existência de decisões judiciais já transitadas em julgado, seja pela possibilidade de diferenciar circunstâncias do caso concreto. Assim, uma lei declarada inconstitucional pelo órgão encarregado do controle direto pode manter seus efeitos em algumas situações, enquanto uma lei julgada compatível com a Constituição pode não ser aplicada a determinados casos.

Portanto, verificamos que as concepções que orientam os dois modelos – o norte-americano, voltado para a proteção de direitos fundamentais; e o europeu, para a proteção da ordem constitucional de competências – continuam influenciando o funcionamento concreto dos sistemas, dificultando que suas funções sejam ampliadas para absorver, plenamente, as funções do outro modelo.

2.2 A necessidade de uma nova tipologia

O reconhecimento de que continuam sendo identificáveis diferenças importantes entre o modelo norte-americano e o modelo europeu de controle de constitucionalidade, apesar das aproximações havidas entre eles, torna necessária a construção de novas categorias que permitam classificar os vários sistemas. Essa classificação visa facilitar a análise comparativa da justiça constitucional, bem como identificar as principais variáveis que permitem compreender a dinâmica interna de cada ordenamento.

Na tipologia tradicional, o ponto de partida é a distinção entre sistemas concentrados e sistemas difusos, que funciona como um tipo de matriz a partir da qual as demais características são articuladas. No entanto, tal como vimos acima, a criação da via incidental alterou o funcionamento dos sistemas concentrados, trazendo um elemento de difusão para seu interior, representado pelo juízo de constitucionalidade efetuado pelos órgãos judiciais para decidir sobre o acionamento do Tribunal Constitucional pela via incidental. Por outro lado, sistemas

difusos passaram a conviver com a existência de via direta de controle junto a tribunais constitucionais ou à própria corte suprema do país.

O uso crescente da categoria “mistos” para definir os sistemas de controle de constitucionalidade que apresentam características tanto do controle difuso quanto do concentrado demonstra a inadequação da tipologia tradicional à realidade atual. Não obstante, é necessário continuar partindo dos aspectos estruturais como as categorias mais abrangentes que permitem compreender os diferentes sistemas, pois é necessário entender quem tem a competência para exercer o controle de constitucionalidade para entender de que modo e com quais efeitos essa competência é exercida.

Nesse sentido, dentre as várias novas tipologias propostas pela doutrina (MEZZETTI, 2009), a mais adequada é a defendida por Pegoraro (2004), que diferencia entre sistemas em que os órgãos de justiça constitucional operam em uma posição monopolista, chamados de *sistemas unitários*, e sistemas em que os órgãos de justiça constitucional operam em concorrência com outros sujeitos, chamados de *sistemas plurais*. Essa classificação reformula a clássica dicotomia entre controle difuso e controle concentrado, mas com a vantagem de incorporar a maior complexidade com que são distribuídas as funções de controle de constitucionalidade das leis nos ordenamentos contemporâneos.

Assim, o autor reconhece que entre um modelo de monopólio no exercício do controle e um modelo de completa difusão, podem ser posicionados vários sistemas particulares, em que, ao lado da competência da jurisdição ordinária para controlar a constitucionalidade das leis, há um tribunal constitucional ou mesmo uma corte suprema, que conta com competências exclusivas na via direta de controle de constitucionalidade. O caráter unitário ou plural do sistema deve ser apreciado, ainda, levando-se em conta a presença de diversos níveis territoriais de administração da justiça constitucional, tal como ocorre nos Estados Federais.³

³ A partir desses elementos, o autor prossegue seu estudo propondo quatro categorias:

- a) sistemas integralmente concentrados, onde uma única Corte ou Tribunal exercita todas as competências da justiça constitucional (Espanha, Itália, Bélgica, França, Romênia);

Essa classificação permite analisar com mais clareza como se distribui a competência para exercer o controle de constitucionalidade das leis em cada sistema, dando o devido destaque à variável representada pela existência de monopólio na declaração de inconstitucionalidade. Assim, a presença de um tribunal especializado em julgar a constitucionalidade das leis não é condição suficiente para caracterizar um sistema como unitário, tendo em vista que, caso essa função não seja exercida em caráter de monopólio, haverá uma situação de concorrência com outros juízes e tribunais no exercício do controle de constitucionalidade. Por outro lado, o caráter plural de um determinado sistema pode conviver com a atribuição de competências específicas no controle de constitucionalidade das leis a determinados órgãos.

Por fim, essa classificação também tem a vantagem de identificar a dinâmica dos diferentes sistemas, de uma maneira mais adequada que as categorias tradicionais. Em vez de trabalhar com a oposição concentrado/difuso ou com as fronteiras imprecisas da categoria “sistemas mistos”, a distinção entre sistemas unitários e plurais nos permite entender que o funcionamento dos vários ordenamentos pode levar a um grau maior ou menor de monopolização e concorrência, de acordo com o modo como se exercem, concretamente, as competências no âmbito do controle de constitucionalidade. Essa hipótese é bastante útil para compreender o funcionamento do sistema em países como o Brasil, tal como veremos a seguir.

-
- ³
- b) sistemas parcialmente concentrados, nos quais cada nível territorial conta somente com um órgão habilitado para fazer justiça constitucional, mas no interior do ordenamento geral convivem com competências diversas mais tribunais constitucionais (Alemanha, Áustria);
 - c) sistemas parcialmente desconcentrados, onde a função se distribui entre vários juízes e uma Corte Suprema, sem superposição de níveis (ordenamentos da common law não federais, Portugal, Grécia);
 - d) sistemas integralmente desconcentrados (Estados Unidos e outros países federais da common law, Rússia, Brasil, Argentina).

3 O desenvolvimento recente do controle de constitucionalidade das leis no Brasil

3.1 A constituição de 1988 e os modos de articulação entre via incidental e via direta

Em sua origem, o controle de constitucionalidade das leis no Brasil pode ser caracterizado como um sistema plural, no qual, inspirado no modelo norte-americano, todos os juízes e tribunais detinham competência para julgar a compatibilidade das leis com a Constituição. Contudo, a partir de 1965, o sistema passou a conhecer a via direta de controle de constitucionalidade, com a criação, pela Emenda Constitucional nº 16, da “representação de inconstitucionalidade”, encaminhada pelo Procurador-Geral da República ao STF contra lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual.

No período que antecede a promulgação da Constituição de 1988, podemos afirmar que o controle de constitucionalidade no Brasil conhecia dois sistemas paralelos, que incidiam, basicamente, sobre o mesmo tipo de lei, mas não conheciam mecanismos de articulação entre si. Em outras palavras, não havia meios pelos quais uma decisão tomada na via direta pudesse vincular os demais órgãos do poder judiciário, nem era possível que uma decisão tomada no controle difuso pudesse estender seus efeitos para a via direta. Assim, excetuando a possibilidade de edição de resolução suspensiva pelo Senado Federal, as decisões tomadas pelo STF no exercício do controle difuso de constitucionalidade permaneciam com sua eficácia restrita às partes. Por outro lado, caso a autoridade judicial aplicasse lei cuja eficácia fora cautelarmente suspensa ou declarada inconstitucional pelo STF, o Alto Tribunal somente poderia cassar essa decisão pela via do recurso extraordinário, embora o STF houvesse reconhecido, desde 1977, a eficácia *erga omnes* de suas decisões nas representações de inconstitucionalidade. Sem embargo, a presença do regime autoritário limitava a emergência dos conflitos entre as decisões tomadas pelos dois sistemas, o que seria alterado pela Constituição de 1988.

Tal como ocorreu em outros países que passaram por um longo período de autoritarismo, a reconstitucionalização no Brasil veio acompanhada do fortalecimento da justiça constitucional, decorrente da

adoção de uma ampla declaração de direitos, aos quais foi reconhecida “aplicabilidade imediata” (art. 5º, §1º); da criação de novas garantias processuais: mandado de segurança coletivo, habeas data e mandado de injunção; do restabelecimento das garantias da independência do Poder Judiciário, incluindo sua autonomia financeira; da manutenção do controle difuso de constitucionalidade e da ampliação da legitimidade ativa do controle concentrado de constitucionalidade.

Desde então, o desenvolvimento da justiça constitucional no país tem sido pautado pelos problemas decorrentes da convivência entre controle difuso e concentrado. Com a ampliação da legitimidade ativa nas ADIns e o incremento do exercício do controle difuso, a ausência de mecanismos de articulação entre os dois sistemas permitia julgar pela via incidental, diversas vezes, uma matéria sobre a qual o STF já se manifestara na via direta. Assim, tornou-se recorrente a divergência entre as decisões tomadas pelo STF e pelas demais instâncias do Judiciário, especialmente nos casos em que o Supremo Tribunal negava, em ADIn, o pedido cautelar de suspensão dos efeitos de uma norma, enquanto outros juízes declaravam-na inconstitucional no exercício do controle difuso. De modo semelhante, mesmo uma questão julgada repetidas vezes, em igual sentido, por meio de recurso extraordinário, poderia continuar recebendo decisões distintas dos demais juízes e tribunais.

Na busca de solucionar os problemas causados por essa divergência jurisprudencial sobre a interpretação da Constituição, foram adotadas as técnicas do efeito vinculante e da súmula vinculante, que trouxeram um conjunto de consequências para o sistema (SCAFF; MAUÉS, 2005, p. 69-70):

- a) o controle difuso e o controle concentrado passaram a se articular por meio do efeito vinculante das decisões tomadas pelo STF na via direta sobre as decisões tomadas na via incidental;
- b) a vinculação dos juízes à jurisprudência do STF deixou de ter um caráter meramente intelectual, baseado na força persuasiva de suas decisões, e passou a ter um caráter dissuasivo, no qual a não observância da jurisprudência acarreta a cassação de decisões por meio do instituto da reclamação;

- c) o efeito e a súmula vinculantes caracterizam-se como mecanismos de prevenção da divergência sobre a interpretação constitucional, e não como mecanismos de correção. Eles visam que os juízes se adaptem às orientações jurisprudenciais do STF, evitando que as dúvidas sobre a constitucionalidade da lei cheguem ao Tribunal e dificultando uma nova análise da questão que ensejou a divergência.

Essas mudanças têm dado ensejo à consideração de que o sistema brasileiro passou a ser caracterizado pelo predomínio do controle “concentrado” sobre o “difuso”, tendo em vista que o efeito vinculante limitaria sensivelmente a possibilidade de exercício do controle de constitucionalidade pelos demais órgãos judiciais. Tal como vimos acima, entretanto, a inadequação dessa tradicional dicotomia prejudica a análise do desenvolvimento recente do direito brasileiro, pois como a fiscalização da constitucionalidade permanece uma competência reconhecida a todos os juízes e tribunais do país, o sistema deve continuar sendo reconhecido como “misto”.

Como o fio condutor das mudanças tem sido a atribuição do efeito vinculante às decisões do STF, torna-se imprescindível modificar os termos do debate. A pergunta que deve ser feita é se o efeito vinculante tende a eliminar a concorrência no âmbito do controle de constitucionalidade em favor de um sistema monopolista, ou seja, deve-se investigar se o sistema brasileiro caminha de um controle de constitucionalidade de caráter plural para um controle de constitucionalidade de caráter unitário, o que será objeto de nossa análise a seguir.

3.2 O caráter plural do controle de constitucionalidade das leis no Brasil

A análise do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade a partir das categorias plural/unitário revela-se mais útil para entender seu funcionamento efetivo. Tal como a própria história brasileira indica, a presença no ordenamento de mecanismos da via direta não implica, necessariamente, restrição ao exercício do controle difuso, pois os dois sistemas podem conviver paralelamente. Portanto, a identificação das situações de concorrência e de monopólio no âmbito do controle de

constitucionalidade é a chave que nos permite compreender como se dá o exercício das competências pelos órgãos encarregados do controle, contribuindo também para abordar as tendências de desenvolvimento do sistema.

Considerando o caráter originariamente plural do controle de constitucionalidade no Brasil, o processo de mudança em direção a um sistema unitário teria como norte a retirada do âmbito do controle difuso da competência para decidir sobre a compatibilidade com a Constituição de determinadas espécies normativas. Assim, deixaria de haver a concorrência que caracteriza os sistemas plurais, em que diferentes órgãos possuem competência para controlar a constitucionalidade das leis, e poderia ser identificado um quadro de monopólio no exercício do controle.

No sistema brasileiro, tal resultado poderia ser obtido de duas maneiras, as quais serão analisadas a seguir: a determinação de competência exclusiva do STF para julgar a compatibilidade de determinadas leis com a Constituição ou a vedação do exercício do controle difuso como efeito de decisão do STF.

No que se refere à primeira hipótese, a Constituição de 1988, assim como todas as demais constituições republicanas, não estabeleceu nenhum limite material ao exercício do controle difuso. Repercutindo a influência do modelo norte-americano, a ordem constitucional brasileira não excetua nenhum ato normativo da possibilidade de controle pelos juízes (princípio da universalidade da jurisdição), do que também decorre a ausência de uma forma processual específica para o exercício desse controle. Pode-se afirmar, ainda, que a Constituição em vigor ampliou as hipóteses de exercício do controle difuso por meio da consagração da aplicabilidade direta dos direitos fundamentais.

As duas modalidades de controle direto implementadas após a Constituição de 1988 – a ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental – tampouco implicam que o STF exerça exclusivamente o controle de constitucionalidade sobre determinadas leis. Ao contrário, a ADC pressupõe a existência de controvérsia judicial relevante para seu ajuizamento (Lei nº 9.868/99, art. 14, III) e, portanto, o exercício do controle difuso, o que também se aplica a uma das modalidades da ADPF (Lei nº 8.882/99, art. 1º, parágrafo único, I).

Superada a hipótese de monopolização do controle de constitucionalidade por meio da atribuição de competência exclusiva ao STF para exercê-lo sobre determinadas espécies normativas, devemos examinar se é possível eliminar ou restringir, como efeito de decisão do STF, a concorrência de outros órgãos do judiciário no julgamento da compatibilidade das leis com a Constituição. Nesse campo, devemos analisar cada um dos efeitos das várias decisões do STF tomadas na via direta e as consequências da edição de súmula vinculantes sobre o controle difuso. A análise será baseada na própria jurisprudência estabelecida pelo Tribunal ao interpretar suas competências no âmbito do controle de constitucionalidade.

No que se refere ao controle de constitucionalidade pela via direta, oito tipos de decisão devem ser examinados:⁴

- a) deferimento de cautelar em ADIn: a hipótese de medida cautelar em ADIn encontra-se expressamente prevista no texto constitucional (art. 102, I, *p.*). A cautelar suspende a eficácia da norma até o julgamento final da ação, sendo concedida com efeitos *ex nunc*, salvo se o STF entender que lhe deve atribuir eficácia retroativa (Lei nº 9.868/99, art. 11, §1º);
- b) indeferimento de cautelar em ADIn: desde que o STF admitiu a concessão de cautelar em ADC, passou-se a debater no tribunal a possibilidade do indeferimento da cautelar em ADIn obstar a declaração de inconstitucionalidade da lei no controle difuso. Contudo, o STF não referendou essa tese, tal como se observa nos julgamentos da Rcl. 2.810 e da Rcl. 3.458, assim ementados: “O indeferimento de liminar em ação direta de inconstitucionalidade, pouco importando o fundamento, não dá margem à apresentação de reclamação”;
- c) procedência da ADIn: tal como vimos acima, desde 1977 o STF reconheceu a eficácia *erga omnes* dessa decisão, à qual se adicionou o efeito vinculante pela Lei nº 9.868/99 (art. 28,

⁴ O escopo da pesquisa não incluiu a análise das decisões tomadas pelo STF em ADPF. Apesar disso, o leitor perceberá que vários argumentos apresentados sobre ADIn e ADC também se aplicam àquela ação.

parágrafo único), confirmado posteriormente pela EC nº 45 (art. 102, § 2º). A declaração de inconstitucionalidade elimina a lei do ordenamento jurídico com efeitos *ex tunc*, salvo decisão de maioria qualificada do STF;

- d) improcedência da ADIn: a declaração de constitucionalidade também possui eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, mantendo a validade da lei no ordenamento jurídico, com base nos mesmo dispositivos acima citados;
- e) deferimento de cautelar em ADC: o art. 21 da Lei nº 9.868/99 prevê a medida cautelar em ADC, embora o STF já houvesse reconhecido essa possibilidade no julgamento da ADC nº 4. A cautelar implica a suspensão dos julgamentos dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação, até seu julgamento definitivo;
- f) indeferimento de cautelar em ADC: essa decisão autoriza a continuidade do julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei objeto da ação, tanto os que já estão em andamento quanto os futuros;
- g) procedência da ADC: desde sua criação pela EC nº 3, a decisão definitiva de mérito em ADC tem efeitos *erga omnes* e eficácia vinculante, mantendo a validade da lei no ordenamento jurídico, conforme ainda a Lei nº 9.868/99 (art. 28, parágrafo único);
- h) improcedência da ADC: com base nas mesmas disposições constitucionais e legais, essa decisão tem o mesmo efeito da ADIn, eliminando a lei do ordenamento jurídico.

Das hipóteses acima, quatro delas não têm o condão de alterar o caráter plural do controle de constitucionalidade no Brasil, quais sejam: o deferimento de cautelar em ADIn, o provimento da ADIn, o indeferimento da cautelar em ADC e o improvimento da ADC. No caso do deferimento da cautelar em ADIn, a suspensão da eficácia da norma pelo STF não significa que não possa ser exercido o controle difuso sobre ela, mas apenas que deixa de existir, temporariamente, o interesse da parte em provocá-lo. Além disso, nos casos em que, antes da liminar do STF, a lei já tenha sido objeto de declaração de inconstitucionalidade no controle difuso, a decisão do Alto Tribunal não acarreta nenhuma alteração na

situação jurídica do processo. De modo similar, como o indeferimento da cautelar em ADC não implica a suspensão da eficácia da norma, o acionamento do controle difuso continua necessário para impedir a aplicação da lei.

No que se refere ao provimento da ADIn e ao improvimento da ADC, o conteúdo da decisão é o mesmo, acarretando a declaração de inconstitucionalidade da lei e sua retirada do ordenamento jurídico. Nesse caso, não seria correto concluir que há um monopólio no controle de constitucionalidade, pois a mesma lei já pode ter sido declarada inconstitucional no controle difuso. A manutenção do caráter concorrente do sistema é acentuada nas situações em que a lei é declarada inconstitucional com efeitos *ex nunc* ou *pro futuro*, que não afetam o caráter retroativo das decisões de inconstitucionalidade tomadas no âmbito do controle difuso, já transitadas em julgado, sobre a mesma lei.⁵

Uma primeira hipótese em que seria possível aventar limitações ao exercício do controle difuso refere-se ao indeferimento da cautelar em ADIn. Como vimos, contudo, o STF não aderiu à tese de que essa decisão possui efeito vinculante, o que significa que o controle incidental de constitucionalidade pode continuar sendo exercido sobre a lei cuja eficácia não foi suspensa pelo STF.⁶

Restam-nos três outras hipóteses, as quais, ao contrário das anteriores, podem significar uma tendência à monopolização do controle de constitucionalidade no Brasil. A primeira delas é representada pelo deferimento da cautelar em ADC, que tem como efeito a suspensão do julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou ato normativo objeto da ação. Embora a ADC tenha sido criada em 1993, até março de 2010, somente sete pedidos de cautelar foram deferidos pelo STF, nas ADCs nºs 4, 5, 8, 9, 11, 12 e 18. O baixo impacto dessa

⁵ Um grau ainda mais elevado de concorrência pode ocorrer em situações em que uma decisão transitou em julgado antes da decisão do STF contrária a ela, seja pela constitucionalidade, seja pela inconstitucionalidade da lei. Nesse campo, contudo, discute-se a hipótese da “coisa julgada inconstitucional”, para desconstituir a decisão judicial mesmo fora do prazo da ação rescisória.

⁶ O reconhecimento de que os juízes poderiam deixar de aplicar uma lei julgada válida pelo STF na via direta foi cedo reconhecida. Durante o julgamento da ADIn contra o bloqueio de cruzados promovido pelo Plano Collor, o STF assim decidiu: “Indeferimento da suspensão liminar da MP 173, que não prejudica, segundo o relator do acórdão, o exame judicial em cada caso concreto da constitucionalidade, incluída a razoabilidade da aplicação da norma proibitiva da liminar.”

hipótese no ordenamento jurídico não autoriza a considerar que dela resulte uma mudança de qualidade no sistema brasileiro. Sem embargo, devemos examinar mais de perto os efeitos do deferimento da cautelar em ADC.

Como o próprio STF indica quando defere a cautelar em ADC, a suspensão dos processos significa que não pode ser prolatada qualquer decisão que tenha como pressuposto a inconstitucionalidade dos dispositivos alcançados pela liminar, além de que, no caso de efeitos *ex tunc* da cautelar, suspendem-se os efeitos de todas as decisões não transitadas em julgado que também tenham deixado de aplicar a norma pela mesma razão. À primeira vista, isso representa suspender a possibilidade do exercício do controle difuso, monopolizando, ainda que temporariamente, a fiscalização da constitucionalidade no STF.

No entanto, no julgamento de várias reclamações com base na cautelar concedida na ADC nº 4, o próprio STF reconheceu como válida a não aplicação da lei em casos concretos pelos demais órgãos do judiciário. Essa ação teve como objeto a declaração de constitucionalidade, com pedido de cautelar, do art. 1º da Lei nº 9.494/97, segundo o qual: “Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu §4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.” Como visto, essa lei estendia à tutela antecipada um conjunto de limitações já existentes no ordenamento jurídico para a concessão de liminares em mandado de segurança ou processo cautelar contra o Poder Público.

O conjunto de casos mais significativo referiu-se a diversas tutelas antecipadas concedidas para obrigar o Instituto de Previdência

⁷ “O benefício da pensão por morte corresponderá à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido, até o limite estabelecido em lei, observado o disposto no parágrafo anterior”. O §4º, por sua vez, estabelecia que “Os proventos da aposentadoria serão revistos, na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria, na forma da lei.”

do Estado do Rio Grande do Sul (IPERGS) ao pagamento de pensão integral às viúvas dos servidores públicos. Essas decisões do judiciário gaúcho baseavam-se na redação original do § 5º do art. 40 da CF⁷.

O primeiro argumento utilizado para fundamentar o indeferimento das liminares nas reclamações do IPERGS baseou-se na jurisprudência firmada pelo próprio Tribunal, segundo o qual o dispositivo constitucional que reconhece o direito à integralidade das pensões é autoaplicável. Nos termos da ementa do Agravo Regimental na Reclamação nº 1.132: “Não se justifica a concessão de medida liminar, em sede de reclamação, se a decisão de que se reclama – embora não observando a eficácia vinculante que resultou do julgamento de ação declaratória de constitucionalidade (CF, art. 102, § 2º) – ajustar-se, com integral fidelidade à jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal no exame da questão de fundo (autoaplicabilidade do art. 40, §5º, da Constituição, na redação anterior à promulgação da EC nº 20/98, no caso). A eventual outorga da medida liminar comprometeria a efetividade do processo, por frustrar, injustamente, o exercício, por pessoa quase nonagenária, do direito por ela vindicado, e cuja relevância encontra suporte legitimador na própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”.

Reconhecia-se, assim, que a eficácia vinculante da decisão na ADC nº 4 poderia ser afastada com base na “singularidade da questão” ou nas “peculiaridades do caso concreto”⁸, especialmente quando o direito objeto de tutela antecipada fosse reconhecido pela jurisprudência do próprio STF. Nos termos do voto do Relator no Agravo Regimental na Reclamação nº 1.105: “Ademais, na hipótese das pensões concedidas pelo Instituto de Previdência do Rio Grande do Sul – IPERGS – este Tribunal tem conhecido e provido centenas de recursos extraordinários ajuizados pelos beneficiários, cuidando-se de tema sobre o qual a Corte possui jurisprudência assente, que não atende ao que pretende o reclamante.”

O segundo argumento utilizado pelo STF para indeferir as liminares nessas reclamações referiu-se à extensão dos limites impostos pela Lei nº 9.494/97 à tutela antecipada. Alguns Ministros haviam manifestado o

⁸ Expressões utilizadas pelos Min. Celso de Mello e Néri da Silveira, nas Reclamações nºs 1.132 e 1.137, respectivamente.

entendimento de que “[...] a ementa da ADC nº 4, na sua conclusão final, suspendeu, como eficácia *ex nunc*, na liminar, e com efeito vinculante, aprovação de qualquer decisão sob o pedido de tutela antecipada contra a Fazenda Pública” (Pedido de vista do Min. Nelson Jobim no julgamento do Agravo Regimental na Reclamação nº 1.132 – negrito nosso). No entanto, julgou o tribunal que

a matéria concernente ao cálculo do valor de pensão previdenciária não se enquadra no âmbito da Lei nº 9.494/97, quando determina a aplicação da tutela antecipada de normas legislativas acerca de liminar em mandado de segurança, tendo em conta vencimentos e vantagens de servidores públicos. (Rcls. nºs 1.105 e 1.137 - Min. Néri da Silveira).

A partir dessas decisões, o STF firmou jurisprudência no sentido de que, tal como ementado no julgamento das Rcls. nºs 1.105, 1.137, 1.122, “A decisão na ADC-4 não se aplica em matéria de natureza previdenciária” e editou a Súmula 729, com o mesmo teor.⁹ Assim, esse caso demonstra que, mesmo na vigência de cautelar em ADC, a lei objeto da ação pode continuar tendo sua compatibilidade com a Constituição

⁹ Vale lembrar, ainda no âmbito da cautelar da ADC nº 4, vários outros casos em que a reclamação foi indeferida, tais como:

- a) impedir a redução de proventos de servidores de universidade federal, operada com base em parecer da Advocacia-Geral da União que concluiu pela ilegalidade das funções comissionadas instituídas pela Portaria 474/87, do MEC. Tutela antecipada concedida com base na impossibilidade de anulação do mencionado ato, pelo transcurso do prazo quinquenal previsto no art. 54 da Lei nº 9.784/99; na incorporação da verba remuneratória ao patrimônio jurídico dos servidores, ocorrida por força dos arts. 62 e 193 da Lei nº 8.112/90; e na ausência de instauração do devido processo administrativo para a redução daqueles proventos (Rcl. nº 1.578);
- b) determinar o depósito judicial da contribuição previdenciária por parte de servidor inativo (Rcl. nº 1.603);
- c) impedir o desconto da contribuição previdenciária por parte de servidor (Rcl. nº 1.601);
- d) determinar a imediata reintegração de servidores em cargos efetivos no serviço público municipal, com base na ilegitimidade do ato administrativo que declarou a nulidade da nomeação (Rcl. nº 1.870).

controlada pela via do controle difuso, quando circunstâncias particulares autorizam afastar sua aplicação a um caso concreto.

Por fim, temos as hipóteses gêmeas da decisão pela improcedência da ADIn e da decisão pela procedência da ADC. Em ambos os casos, o STF declara a lei constitucional, o que implicaria afastar o exercício do controle difuso, eliminando a concorrência no sistema de controle de constitucionalidade perante essas disposições. Do mesmo modo como argumentamos em relação às cautelares da ADC, o número ainda mais reduzido de decisões pela procedência dessa ação (ADCs nºs 1, 3, 4, 5, 9 e 12) não permite atestar uma mudança no sistema brasileiro do caráter plural para um caráter unitário. Já no âmbito das ADIns, o exame da jurisprudência do STF demonstra, mais uma vez, que mesmo uma lei declarada constitucional pelo STF pode continuar sendo objeto do controle difuso e não ser aplicada a casos concretos.

Dois exemplos ilustram essa situação. No julgamento do Agravo Regimental na Reclamação nº 3.034, ajuizada pelo Estado da Paraíba, o STF manteve decisão do Presidente do Tribunal de Justiça da Paraíba, que expedira ordem de sequestro de bens do Estado para quitação de precatório, em razão de grave moléstia que acometia a credora da Fazenda Pública. Para o Supremo Tribunal, essa decisão não conflitava com seu julgamento da ADIn nº 1.662, que declarara inconstitucional hipótese similar de sequestro. Nas palavras do Min. Eros Grau,

a situação de fato de que nestes autos se cuida consubstancia uma exceção [...] O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade, uma zona de indiferença capturada pela norma. De sorte que não é a exceção que se subtrai à norma, mas ela que, suspendendo-se, dá lugar à exceção – apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção.

Em decisão monocrática que indeferiu o pedido de liminar na Reclamação nº 4.374, ajuizada pelo INSS, o Min. Gilmar Mendes também reconhece que o STF pode mudar o seu entendimento sobre a constitucionalidade da norma em determinadas situações. Nesse caso, a reclamação fundava-se em pretensa ofensa à decisão do STF na ADIn nº 1.232, que julgara constitucional os critérios estabelecidos pelo §3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93 para o recebimento do benefício previsto no

art. 203, V, da CF. Na decisão reclamada, a Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais de Pernambuco afastara o requisito da renda per capita de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, considerando que tal critério legal não impede o deferimento do benefício quando demonstrada a situação de hipossuficiência. Na fundamentação de sua decisão, o Min. Gilmar lembra que o STF mantinha-se firme no deferimento de reclamações em casos semelhantes, mas que vinha revendo seu entendimento, baseado em que a reclamação não é um meio hábil para “reexaminar o conjunto fático-probatório em que se baseou a decisão reclamada para atestar o estado de miserabilidade do indivíduo e conceder-lhe o benefício assistencial sem seguir os parâmetros do §3º, do art. 20, da Lei nº 8.742/93”. Além disso, as decisões reclamadas não declaravam a inconstitucionalidade do dispositivo, mas buscavam interpretá-lo em conjunto com a legislação posterior (Leis nºs 10.836/04, 10.689/03 e 9.533/97), mais vantajosa para a análise da miserabilidade:

Não se declara a inconstitucionalidade do art. 20, 3º, da Lei nº 8.742/93, mas apenas se reconhece a possibilidade de que esse parâmetro objetivo seja conjugado, no caso concreto, com outros fatores indicativos do estado de penúria do cidadão.

Essas decisões demonstram que, ao julgar as reclamações fundadas em possível descumprimento de suas decisões que declaram a constitucionalidade de leis, o STF pode vir a ratificar o caráter plural do controle de constitucionalidade no Brasil, reconhecendo a manutenção da concorrência da via incidental com a via direta sobre a mesma disposição, caso haja novos argumentos a serem apresentados de acordo com as circunstâncias do caso. Assim, ainda que o ato normativo não seja julgado, pela via direta, incompatível com a Constituição, sua aplicação pode gerar situações inconstitucionais não previstas pelo STF, demandando que a lei não seja aplicada à espécie. Embora não haja declaração de inconstitucionalidade, a lei deixa de ser aplicada ao caso, o que representa igualmente uma forma de exercício do controle difuso.¹⁰

¹⁰ Essa visão também é adotada pelo STF, conforme a SV nº 10: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.”

Fora do âmbito das decisões tomadas pela via direta de controle, algo similar ocorre com as súmulas vinculantes que declaram determinadas leis compatíveis com a Constituição. Também aqui, a análise do caso concreto pode conduzir a uma interpretação diferente do conjunto normativo. Essa hipótese é reconhecida logo na primeira súmula, com um enunciado que, expressamente, assume a necessidade de análise das particularidades de cada caso para sua aplicação.¹¹

Exemplo mais característico pode ser encontrado na Súmula Vinculante nº 9.¹² Nesse enunciado, o STF declara a recepção do dispositivo da Lei de Execução Penal, que pune o condenado que praticar falta grave com a perda do direito ao tempo remido, mas, em alguns precedentes, os Ministros consideram que a desproporcionalidade na aplicação da norma poderia afastá-la.¹³

No caso concreto, portanto, a súmula não pode se sobrepor ao princípio da proporcionalidade da sanção, devendo o juiz levar em conta o tempo de trabalho já contado pelo preso e o tipo de infração cometida, pois a lei qualifica como “falta grave” condutas tão distintas quanto “fugir” (art. 50, II) e a inobservância pelo preso do dever de “respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se” (art. 50, VI, c/c art. 39, II). No decorrer dos debates sobre a redação do enunciado, isso foi admitido pelos próprios membros do STF, pela voz do Min. Carlos Britto: “Nós não estamos aqui fechando nenhum compromisso com o conceito de falta grave”. Pouco tempo após a edição da súmula, o STF teve que realizar esse *distinguishing*, deixando de aplicá-la no HC nº 94.701, em que o desconto de dias remidos em razão do preso não ter respondido à conferência na penitenciária foi considerado desproporcional.

¹¹ SV nº 1: “Ofende a garantia constitucional do ato jurídico perfeito a decisão que, sem ponderar as circunstâncias do caso concreto, desconsidera a validade e a eficácia de acordo constantes de termo de adesão instituído pela Lei Complementar nº 110/2001”.

¹² SV nº 9: “O disposto no artigo 127 da Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) foi recebido pela ordem constitucional vigente, e não se lhe aplica o limite temporal previsto no caput do artigo 58”.

¹³ Cf. HC nº 92.791 e RE nº 452.994.

O conjunto de casos aqui analisados serve para exemplificar que o direito brasileiro admite que o juiz afaste o precedente dotado de efeito vinculante, ou a súmula vinculante, sem desprezar a autoridade da decisão do STF, sempre que haja novos argumentos, diferentes daqueles que foram recusados pelo Alto Tribunal. Por essas razões, devemos concluir que a declaração de constitucionalidade em ADIn ou ADC e a edição de súmula vinculante que declara lei compatível com a Constituição não eliminam a concorrência no sistema de controle de constitucionalidade do Brasil, tendo em vista que permanece possível seu exercício no caso concreto. O indeferimento de reclamações pelo STF demonstra que o controle difuso continua ativo no exercício do juízo de constitucionalidade da lei, elaborando novos argumentos que podem, ao final, ser reconhecidos como válidos pelo próprio STF. Nada melhor para demonstrar o caráter concorrente de nosso sistema.

Conclusão

Os argumentos apresentados nesse trabalho indicam que o controle de constitucionalidade no Brasil continua sendo caracterizado como um sistema plural. Apesar da importância do efeito vinculante e das súmulas vinculantes no funcionamento do sistema, o exercício das competências de controle pelo STF e os demais órgãos do Poder Judiciário demonstra que a concorrência no julgamento da compatibilidade das leis com a Constituição continua firmemente presente no ordenamento brasileiro, mesmo quando determinada lei é declarada constitucional, seja por meio de ADIn e ADC, seja pela edição de súmula vinculante.

O quadro que emana dessa análise é positivo para a proteção dos direitos fundamentais em nosso ordenamento. Tal como vimos no início do trabalho, o modelo norte-americano de controle de constitucionalidade, fundado na competência de qualquer juiz ou tribunal julgar a compatibilidade da lei com a Constituição no caso concreto, tende a oferecer uma proteção mais ampla aos direitos fundamentais. Assim, as categorias aqui utilizadas demonstram que continuam abertas as vias para que o controle de constitucionalidade no Brasil cumpra esse importante papel.

Referências

ALCALÁ, Humberto Nogueira. **La jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales de sudamérica en la alborada del siglo XXI**. México, DF: Porrúa, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1992.

FAVOREU, Louis. Modèle américain et modèle européen de justice constitutionnelle. In: **Annuaire international de justice constitutionnelle**. 1988. v. IV. p. 51-66.

HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. **O federalista**. Brasília, DF: UnB, 1984.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LLORENTE, Francisco Rubio. La jurisdicción constitucional como forma de creación del Derecho. In: _____. **La forma del poder. Estudios sobre la Constitución**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 463-504.

MEZZETTI, Luca (Org.). **Sistemi e modelli di giustizia costituzionale**. Milan: CEDAM, 2009.

PEGORARO, Lucio. **La justicia constitucional: una perspectiva comparada**. Madrid: Dykinson, 2004.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. Justicia constitucional y control de la ley en América Latina. In: LÓPEZ GUERRA, Luis (Coord.). **La justicia constitucional en la actualidad**. Quito: Corporación Editora Nacional, 2002. p. 169-200.

SCAFF, Fernando Facury; MAUÉS, Antonio G. Moreira. **Justiça constitucional e tributação**. São Paulo: Dialética, 2005.

SEGADO, Francisco Fernández. **La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano**. México, DF: Universidade Nacional Autónoma de México, 2004.

TREMPS, Pablo Pérez. La justicia constitucional en la actualidad: especial referencia a América Latina. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n. 1, p. 29-39, jan./jun. 2003.

VILLALÓN, Pedro Cruz. **La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad de las leyes**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

Recebido em: 15/06/10

Avaliado em: 11/08/10

Aprovado para publicação em: 17/08/10