

Jurisdição Constitucional

Começar com a definição mais clássica das formas de jurisdição constitucional para chegar ao entendimento.

Existe uma forma adotada que defende que é possível classificar o controle de algumas maneiras e isso vai dizer qual é ou quais são as possibilidades de um sistema constitucional pode oferecer.

Quem controla? – Importante pergunta porque cerca de 187 países vão exercer o controle jurisdicional. A jurisdição constitucional, especificamente no controle de constitucionalidade é uma realidade no mundo todo, dificilmente os países saem desse modelo.

- **CONTROLE POLÍTICO** – exercido por um órgão político que de alguma maneira dialoga com processos democráticos ou dá voz a processos políticos. Exercido pelo poder legislativo ou executivo, mas de diversas formas que se pode pensar.
- **CONTROLE JURISDICIONAL** – Em regra, não é eleito.

Como se controla? – Não estamos tao preocupados com o campo político. Normalmente essas classificação vai aparecer por uma questão eminentemente jurisdicional porque no campo político talvez faltam bons exemplos em que tenhamos uma pluralidade de órgãos reguladores.

- **CONTROLE DIFUSO** – Vários órgãos discutindo a forma como uma lei é aprovada e testando a constitucionalidade.
- **CONTROLE CONCENTRADO** – um único órgão exercendo a competência de verificar se uma lei é contrária à constituição.
- Alguns autores vão levantar, por conta do Brasil e de Portugal, o **CONTROLE MISTO** = exercido ao mesmo tempo pelas duas vias.

Quando se controla?

- **CONTROLE PREVENTIVO** – quando se debruça, única e exclusivamente, sobre projetos que ainda tramitam na casa legislativa.
- **CONTROLE REPRESSIVO** – quando se tenta resolver um problema depois dele ter sido causado.

O que se controla? – o que está em jogo quando o órgão jurisdicional exerce a função de controle.

- **CONTROLE CONCRETO** – se se está em jogo uma questão concreta, há um litigio formado por partes interessadas nos seus direitos subjetivos e no seu resguardo, e há uma situação de litigio concreto que precisa ser pacificado.
- **CONTROLE ABSTRATO** – controle exercido sob uma lei abstrata.

Essa distinção é complicada. Parte da ideia de que existe algo pronto, concreto, palpável, e que o legislativo seja algo abstrato. Parte-se de uma distinção entre real e ideal.

A hermenêutica tenta colocar muito essa questão. Não é propriamente uma oposição entre fatos e realidade jurídica porque ela não contem fatos em sua análise. O que levantou essa discussão foi o próprio debate entre Carl Schimmit e Hans Kelsen sobre o quê e quem deve exercer a função de guardião da constituição, porque o Schimmit é quem dizia que os juizes julgam os casos concretos e que por julgarem casos concretos, os juizes não têm a dimensão política de como uma constituição se coloca perante uma determinada lei. Como os juizes trabalham com casos concretos, eles não entendem os jogos que estão por trás da política e que são mais fáceis de serem compreendidos por aquele que é parte essencial da política. → Esse deve ser o guardião da constituição. → **SOBERANO** (o chefe de Estado) – ele não está participando da política. O chefe

de Estado, no sistema Parlamentarista, seria imune à política e guardião da constituição. Imune aos lobbys que aparecem no contexto político. É bom que ele seja parte da política sim, mas é bom que ele esteja afastado desses lobbys. Kelsen, todavia, afirmava que há sim um caso sendo julgado mesmo quando se está falando de uma comparação entre a lei e a constituição. Há casos concretos ali sim e essa distinção real e ideal é artificial.

Kelsen está falando de uma análise malfeita por Schimmit, e o Kelsen sendo um normativista que era.

Repercussão direta no modo como se exerce a jurisdição constitucional difusa no Brasil. → Qual recurso pelo qual o STF participa do controle difuso? RECURSO EXTRAORDINÁRIO – na via extraordinária só seria cabível discussão de matéria de direito, não caberia discussão de matéria de fato.

É a mesma lógica que é levada adiante quando se fala de controle abstrato e controle concreto. Parte-se de uma artificialidade. Discussão a partir de fatos e a forma como se poderia compreender esses fatos. Ler de uma forma limpa, sem contato com nenhuma matéria de fato. Primeiro o STF, depois o STJ pensaram em uma via para tentar diminuir os recursos especiais extraordinários, dizendo que só cabe ao Supremo analisar matéria de direito. No máximo compara a constitucionalidade de uma eventual interpretação da lei com a constituição, mas só naquilo que é matéria de direito. Se ele tiver que revolver provas, ele não admite recurso extraordinário. E em não admitindo, em virtude dessa tese, o supremo deu um novo entendimento ao dispositivo da constituição que diz o contrário do que o Supremo quer hoje. → É o dispositivo da PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. Nós (o Supremo) só tratamos questões de direito, de modo que não seria possível trabalhar com questões de fato novamente/investigação, então, transitam em julgado em 2ª instância as questões de fato já resolvidas nas instâncias inferiores.

Se julgar necessário trabalhar com questões de fato para resolver questões de direito, vai trabalhar com questões de fato (quando for interessante).

Esse é o modelo para pensar o exercício do controle de constitucionalidade.

Podemos perceber que a jurisdição constitucional no Brasil vai tocar com várias dessas classificações:

O controle é JURISDICIONAL e na forma do exercício do controle jurisdicional é MISTO (concentrado e difuso) sem que o Supremo seja propriamente uma corte constitucional. O supremo exerce funções que caberiam a uma corte constitucional, mas também exerce outras funções.

Também CONTROLE POLÍTICO. Primeiro pelo Executivo com o VETO POR INCONSTITUCIONALIDADE (o veto tanto pode ser relativo a questões de oportunidade e conveniência sobre o mérito do próprio projeto de lei, mas também por inconstitucionalidade). Antes do próprio chefe do Executivo, exerce-se o controle político no Legislativo nas COMISSÕES DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA. No processo legislativo, temos a atuação no processo ordinário de duas comissões – uma que vai analisar o mérito e outra que vai analisar a inconstitucionalidade do projeto. → Observar que nesses dois casos é um CONTROLE POLÍTICO PREVENTIVO.

Fala-se também/alguns autores afirmam que existe um controle político REPRESSIVO no Brasil. Isso seria o fato de que o Congresso Nacional pode sustar atos do Executivo que exorbitem poderes de delegação fixados pelo CN. Processo legislativo da lei delegada pode o presidente cometer alguma inconstitucionalidade; o CN pode sustar esses atos do Executivo (art. 49 da CF).

A França adota um modelo de controle político que hoje é repressivo e preventivo. Começa com um controle preventivo e com o Governo Sarcozzi adota um sistema repressivo exercido pelo Conselho Constitucional que é um órgão político. Controle Preventivo. → No curso do processo legislativo ou depois de entrar na ordem jurídica, o juiz pode verificar se é uma questão de inconstitucionalidade e mandar o processo para a

Corte de Cassação ou para o Conselho Administrativo que pode optar por levar a causa à Corte Constitucional Francesa.

Percebe-se que o controle jurisdicional é misto, via de regra é repressivo, mas existem hipóteses de controle jurisdicional preventivo. As hipóteses de CJ PREVENTIVO são: processo de emenda constitucional – eventual lesão às cláusulas pétreas pode levar que um parlamentar impetre um mandado de segurança no STF para que o Supremo garanta o devido processo legal. Se no curso do processo legislativo houver uma violação das regras é possível que seja impetrado um MS no STF e o Supremo garanta esse direito ao devido processo legislativo pelas casas congressistas. SÓ O PARLAMENTAR PODE IMPETRAR PORQUE ELE É O VERDADEIRO INTERESSADO.

Controle Jurisdicional Exercido MAIS de forma repressiva.

Processo mais amplos de judicialização da política e às vezes da própria politização da justiça fizeram com que o judiciário tivesse um papel proeminente nesse campo, na definição até dos rumos do constitucionalismo no mundo inteiro e, no Brasil, de uma forma muito veemente.

O CJ aparece de forma muito mais clara no Brasil hoje e não é controle difuso que nós estamos lembrando na grande maioria dos casos, a não ser que seja a via pela qual o Supremo participa do controle difuso que é o recurso extraordinário.

JC brasileira exercida de forma ofensiva e quando o Supremo acha que deve agir em acordo com o que acontece no CN e no Executivo e quando essas políticas estão de acordo com o que pensam os ministros.

Observa-se que o sistema jurisdicional avançou demais, olhando essas linhas gerais. Os juízes passaram a ter um peso enorme na interpretação da constituição.

São os dois grandes sistemas/matrizes que vão interessar para nós:



Obs.: temos situações que fogem dessas duas grandes matrizes. Há situações em que o exercício da JDC não se desenvolveu ou se desenvolveu de forma bastante tímida. Onde não se desenvolveu: Canadá, Nova Zelândia e Reino Unido.

Canadá e NZ compartilham mais alguns aspectos que a própria common wealth em termos políticos e constitucionais.

O Reino Unido realmente não desenvolveu a jurisdição constitucional.

Na Inglaterra, tivemos um percurso nesse sentido a partir de 1998 apenas. Em 1998, a integração do Human Rights Act dentro da ordem jurídica do Reino Unido fez com que se criasse um dispositivo que talvez desse um pouco mais de poder aos juízes – poderiam declarar a incompatibilidade dos atos do legislativo com o Human Rights Act, provocava os órgãos políticos a alterar as circunstâncias e só se eles não alterassem é que poderiam agir de forma veemente para se opor àqueles atos. Até hoje isso não aconteceu. O que vem acontecendo é que essas comunicações acabam gerando efeitos positivos para os órgãos legislativos. Esses concordam com o juiz, então, não há propriamente um conflito, mas um diálogo institucional.

Agora isso deve mudar com o Brexit. Uma readequação do Human Rights Act e a coisa pode mudar de figurar.

No Canadá, vai haver um exercício da jurisdição constitucional que pode ser derrubado pelo Parlamento por decisão majoritária que pode confrontar a decisão do judiciário.

No resto do mundo, a predominância é da jurisdição constitucional. Começa com o exemplo histórico inicial norte-americano definido no caso que é provavelmente um dos mais importantes quando se considera que o direito e a política podem aparecer juntos que é o caso Marbury x Madison.

*Há uma controvérsia política.

Marbury x Madison (1803).

1789. Judiciary Act. Tratava de questões sobre o funcionamento do judiciário. Segundo essa lei, a Suprema Corte julgaria quaisquer ordens da segurança ("writ of mandamus") contra o secretário de estado (que seria equivalente ao nosso ministro das relações exteriores).

1787 – 1801 – Presidente John Adams (federalista) substituído por → Presidente Thomas Jefferson (republicano).

Nas eleições no final do mandato de John Adams, seu partido perdeu maioria no Legislativo e no Executivo. Buscando garantir a influência política dos federalistas, Adams busca influência no Judiciário. É criado, então, um novo Judiciary Act (1801) e o presidente nomeia vários de seus correligionários como novos juizes ("midnight judges").

William Marbury é nomeado juiz de paz do Condado de Washington.

O secretário de Estado John Marshall entraria para a Suprema Corte no fim do mandato do Adams/início do de Jefferson. Com pouco tempo restante do mandato de Adams, Marshall indo para a sua posse na Suprema Corte sem realizar a posse e Marbury.

→ Há uma controvérsia política.

Adams não se sagra reeleito. Percebe que há um espaço no Estado ainda não devidamente ocupado que fora gerado por uma lei anterior ainda que fora chamada de Judiciary Act. → Adams queria colocar todo mundo do partido democrata no judiciário e saiu nomeando os chamados "midnight judges" pra os quais ele providenciou a nomeação, mas não a posse de todos eles, incluindo o William Marbury. → Acho que o secretário, Thomas Jefferson, eleito presidente de 1801 até 1809 iria providenciar esse título. O secretário do TJ, James Madison, recusou-se a dar posse a esses juizes. Essa recusa fez que com que uma ação foi ajuizada diretamente na Corte (Writ of Mandamus). → Marbury vs. Madison. Tinha que ser decidido pelo presidente da Suprema Corte que era o Marshall (que tinha sido secretário de Estado do Adams); então, um sujeito ligado ao partido democrata deveria julgar uma causa ligada ao partido democrata.

A genialidade do Marshall foi inverter. Primeiro julgar o mérito e depois as preliminares de mérito/as questões que antecederam a possibilidade de julgar o próprio mérito.

Mérito. → Marbury ser empossado porque ele foi nomeado. Porém, tem um entrave para que eu possa reconhecer isso de forma vinculativa, "eu não tenho competência para decidir". Essa ação estaria incorretamente ajuizada na Suprema Corte porque não se poderia ajuizar ela na SC porque a competência havia sido criada para a SC não pela constituição, mas pelo Judiciary Act em 1789 quando na verdade SÓ a constituição poderia fazer isso ou uma emenda constitucional, o que não era o caso. Criou-se, portanto, uma nova competência para a Suprema Corte de modo inconstitucional e aí o Marshall disse que os juizes têm o dever de declarar a inconstitucionalidade do legislativo e do executivo que contrariem a Constituição; eles têm esse dever. A partir desse caso, a Suprema Corte passa, portanto, a exercer uma posição proeminente na ordem política, desafiando-se e se opondo aos demais poderes.

Judiciary Act. → Para julgamentos de Writ of Mandamus impetrados contra atos dos secretários de Estado.
→ Aí ficou confirmado o Constitutional Review/Judicial Review. Entra para o constitucionalismo como uma expressão recorrente que vai significar “controle jurisdicional de constitucionalidade” – uma revisão dos atos do executivo e legislativo pelo judiciário.

REGRAS BÁSICAS:

- ✚ Controle constitucional DIFUSO – todos os juízes devem revisar.
- ✚ Esse controle norte-americano é CONCRETO, diante de casos concretos. Só que para julgar o caso concreto é necessário trabalhar a questão de inconstitucionalidade como questão prejudicial.
- ✚ A inconstitucionalidade é uma PREJUDICIAL DE MÉRITO. Primeiro tratar da questão da constitucionalidade.
- ✚ O juiz deixa de aplicar a lei inconstitucional. O que permite que a não aplicação da lei inconstitucional tenha reflexo em outros casos vem de uma decorrência do SISTEMA DE PRECEDENTES. O juiz da Suprema Corte que resolve o caso concreto, mas o sistema de precedente acaba jogando ele para isso em uma dimensão maior.
- ✚ Também é preciso saber lidar temporalmente com as consequências da inconstitucionalidade.
- ✚ Efeitos. Quais são os efeitos dessa não aplicação da lei inconstitucional?
 - Efeitos Pessoais. Diz respeito às partes atingidas pela situação/decisão. Efeito inter partes.
 - Efeitos Temporais. John Marshall afirmou que a lei inconstitucional seria nula e irrita. O que acontecer com base nessa lei tem que ser desfeito. Os efeitos projetam para o passado, retroativos, ex tunc. Matriz americana, estadunidense.

Pelo sistema de precedentes, o órgão do executivo, mesmo o órgão do legislativo, o jurisdicionado em geral, vai atentar para o precedente sem que a decisão tenha necessariamente que ter efeitos erga omnes.

Matriz Austríaca (efeitos temporais segunda essa).

Vem da obra de Hans Kelsen.

O Kelsen tentou racionalizar muito o que acontecia na Europa continental que não tinha o sistema de precedentes. Países de civil law precisavam lidar com a matéria de maneira diferente. E por não haver um sistema de precedentes, Kelsen achava que era um problema o fato de juízes poderem tomar decisões de forma adversa. Para evitar um conflito decisório (discordância entre juízes). A inconstitucionalidade deveria ser aferida em um processo especial julgado por uma Corte que tenha essa atribuição, a Corte Constitucional. E por isso a CC tem que se debruçar sobre questões concretas, ela tem que fazer a função nobre de verificar se uma lei é contrária à constituição. Por isso alguns autores vão tender a dizer que esse modelo está realizando um controle abstrato.

E aí Kelsen achava que a Corte agia como LEGISLATIVO. Ela retira a ordem jurídica a lei inconstitucional. Positivo quem fez; negativo retira. Modelo concentrado, que pode e funciona na Áustria por duas vias:

1. **Ação direta.** Algum órgão legitimado ajuíza uma lei diretamente na corte constitucional. Minoria parlamentar, p. ex.
2. **Remessa Per Salto.** Num caso concreto, o juiz vê que para decidir a questão é necessário declarar uma lei inconstitucional e, ao invés de declarar essa lei inconstitucional, remete o processo para o tribunal que julga a inconstitucionalidade e remete o processo para o juiz.

As decisões da Corte Constitucional também têm efeitos específicos. O Kelsen defendia a CC como legislador negativo; se isso ocorre, a declaração de inconstitucionalidade tem efeitos erga omnes.

Por ser um processo especial, por não ser um processo ordinário, Kelsen achava também que a declaração de inconstitucionalidade não deveria operar efeitos retroativos, mas o contrário. Kelsen achava que as decisões da CC geravam efeitos dali em diante, efeitos ex nunc. Os efeitos próprios seriam aqueles de uma anulabilidade. REGRA. → Efeitos EX NUNC. Porém, pode a corte considerar razões de segurança jurídica e entender que pode ser necessário a geração de efeitos ex tunc. Ou ainda pensava Kelsen que a CC pode entender que a aplicação da lei seja necessário por algum tempo, como 6 meses como previa o art. 140.2 da constituição austríaca. E aí criou a possibilidade de efeitos pró-futuro.

Aula dia 03/04

O modelo austríaco – a tentativa de modelo feita pelo Kelsen não sai de todo exitosa por causa da interrupção que ia ter no curso da década de 1930. A consolidação desse tipo de modelo concentrado como modelo-chave vai aparecer no pós segunda guerra mundial. É depois da 2ªGM que diversos Estados na Europa vão enxergar a aplicação do modelo Kelseniano até com uma certa garantia contra os excessos que foram perpetrados, que aconteceram no curso da 2ª GM. A ideia é um pouco a seguinte: ‘se nós tivéssemos cortes constitucionais fortes, a reação contra os desmandos e violação em massa dos direitos fundamentais poderia ter sido justamente outra, poderíamos ter tido uma resposta mais efetiva, mais dura, se aquele mesmo modelo tivesse sido aplicado no contexto europeu continental. Aí diversas constituições vão caminhar no sentido da construção de modelos concentrados de controle de constitucionalidade, alguns vão responder diretamente, outros vão seguir modelos um pouco diversos, outros terão modelos adaptados ao contexto específico. Ex.: Áustria mantém o modelo austríaco; a Áustria reativa a constituição de 1920 e mantém o modelo concentrado com as duas vias – a via da ação principal/direta e a chamada via per saltum.

Via principal/direta – legitimados levam a questão à corte constitucional austríaca, com aquele problema mencionado anteriormente da questão abstrato, mas sim comparando então o texto legal com a constituição austríaca.

Ou pela via per saltum – um juiz, num caso concreto, verifica que existe uma questão de constitucionalidade a ser discutida, uma prejudicial de mérito; suspende o julgamento, manda para a corte constitucional. A Corte apenas compara a lei com a constituição austríaca e devolve o processo para ser julgado pelo juiz de primeira instância.

Esse modelo também é em parte o modelo que vai vigorar na Alemanha. Na Alemanha, encontraremos algo parecido, só que com uma terceira possibilidade. A Alemanha segue o modelo de definição da constituição que conta com uma tutela dos aliados, e a tutela dos aliados será importantíssima para definir o modelo de controle de constitucionalidade que irá aparecer na lei fundamental de Bonn de 1949, a constituição alemã. Estamos preocupados com o que a Alemanha ocidental consolidou que depois vai se tornar o modelo prevalecente com a unificação.

Com a lei fundamental de Bonn temos, na Alemanha, o modelo concentrado austríaco, criando, portanto, a possibilidade de controle por via de ação direta. SEMPRE CONCENTRADO, SEMPRE O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Ou a via de ação indireta pela possibilidade provocação per saltum. E uma outra via que é o chamado RECURSO CONSTITUCIONAL.

Então, uma minoria parlamentar, o presidente da República, os legitimados podem levar questão de constitucionalidade via ação direta em abstrato.

É possível, também, que uma parte atingida no caso concreto leve a questão a um determinado juiz e o juiz faça a remessa per saltum para a Corte Constitucional Alemã decidir a questão que está em abstrato na comparação entre a lei e a lei fundamental de Bonn.

Possível também que uma parte diretamente lesada por atos de governo em seus direitos fundamentais leve a questão à corte constitucional alemã. O recurso constitucional alemão/Verfassungsbeschwerde permite, portanto, que uma ação constitucional seja deflagrada por uma parte qualquer, um cidadão, um indivíduo que leva uma ação e uma questão de controle concreto diretamente à corte constitucional alemã. Então, a inovação e a separação em relação ao sistema austríaco é que aqui pode acontecer um tipo de controle abstrato, mas também pode acontecer um tipo de controle concreto. Por isso que alguns autores afirmam que a diferenciação entre controle concreto e abstrato não é tão pertinente porque você pode ter, como no caso alemão, uma espécie de controle concentrado que é concreto. Um ato de governo concreto pode ele levar ao controle de constitucionalidade pela corte constitucional alemã, mas que vai ter uma raiz, um nascimento concreto; não é propriamente uma parte invocando diretamente uma questão de comparação da lei em tese com constituição/lei fundamental de Bonn, MAS sim uma questão que tem para a solução do caso concreto invocar a discussão sobre a inconstitucionalidade de uma determinada lei federal.

O que filtra a questão do recurso constitucional para o contexto alemão? Ao recurso constitucional aplica-se o chamado PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE. Isso significa que o cidadão tem que demonstrar que não há nenhum outro meio legal de sanar a lesão ao direito fundamental, a não ser o recurso constitucional para a Corte Constitucional Alemã.

Aplicação desse princípio ao contexto brasileiro: ADPF vai exigir esse princípio também.

Uma outra característica do controle de constitucionalidade na Alemanha é a presença do **efeito vinculante**. Mais do que as decisões da Corte terem efeito ERGA OMNES, as decisões da corte tem efeito VINCULANTE para a administração pública direta e indireta e para todos os tribunais do país. O efeito vinculante seria o efeito erga omnes num sentido mais drástico ainda, num sentido mais poderoso ainda.

Espanha vai adotar tribunal constitucional com controle concentrado. Portugal vai adotar tribunal constitucional, mas com controle misto. Colômbia com corte constitucional próximo ao modelo austríaco. Coreia do Sul adota corte constitucional.

Percebemos, portanto, que a maioria dos Estados vai adotar o modelo Kelseniano, cada um com o seu modelo específico.

As cortes constitucionais passam a atuar com um papel muito mais proeminente na relação entre os poderes, passam a atuar também de uma maneira decisiva sobre como o legislativo e executivo atuam. Esse elemento passou a ser um elemento muito participativo da relação de poderes.

Caso brasileiro.

Não ter optado por uma corte constitucional no modelo europeu. O STF não é propriamente uma corte constitucional; ele exerce o controle de constitucionalidade, mas não foi configurado como corte constitucional pela CF/88.

DURANTE a constituição de 1824 havia controle de constitucionalidade? O único que detinha poder para dizer qual o significado da constituição perante qualquer confrontação que pudesse acontecer era o poder moderador. Então, não dá pra dizer que o poder moderador era uma espécie de controle de constitucionalidade. Não dá para esperar muito de um poder que tinha, claramente, um caráter autoritário.

É a constituição de 1891 que vai trazer para o Brasil um modelo de constitucionalidade. Isso por influência norte-americana e pela obra de um autor que vai achar importante o primado da doutrina Monroe naquele momento, o primado da importância de uma nova força no mundo e de instituições que pareciam se consolidar numa constituição que já se tornava bastante longeva. Enquanto os Estados passavam por várias e várias constituições no século XIX, os EUA conseguiram manter por pelo menos cem anos a mesma constituição e mesmo diante de uma guerra civil. Então, eles teriam uma instituição muito salutar, muito importante que ganhou sua importância sim a partir do caso Marbury vs. Madison, mas também a partir de outros casos. Então, havia um tribunal ali que se achava valer a pena ser copiado. Aí, o Rui Barbosa vai achar que essa cópia é um cópia interessante para o Brasil e ele traz o modelo de uma corte suprema para o Brasil.

Percebam que, na constituição de 1891, não há precisamente um rompimento total com o modelo anterior. O STJ é transformado em STF sem que se preocupe que houvesse novas nomeações de imediato. Porém, a formação não foi de um judiciário de rompimento total. O Supremo Tribunal de Justiça passa a ser o STF, e esse Supremo como órgão de cúpula do judiciário brasileiro exerceria um poder duplo – uniformização da aplicação da lei federal, ou seja, alguns vão dizer que ele é um sistema de agregação do sistema federativo, ajuda a cooperar para que a federação (união de elementos de dissociação e de união; elementos puxando para o centro e elementos puxando para fora; um dos elementos que puxaria para o centro seria o Supremo) se mantenha coesa; e deveria primar pela uniformização da aplicação da Constituição Federal. Esse último seria feito por meio do recurso extraordinário, criado já em 1891. Quando a Constituição diz que “cabe ao STF julgar o recurso extraordinário nas decisões que deixe de aplicar a constituição, que digam respeito a eventual conflito sobre o significado ou texto da constituição”, está criando espaço por meio do qual vai se entender que, no Brasil, o controle de constitucionalidade se torna possível. Se o STF tem que julgar o recurso que diga respeito à forma de aplicação da constituição, é porque os tribunais vão debater sobre como aplicar a constituição é porque eles vão encontrar situações nas quais eles podem encontrar leis inconstitucionais. Então, o controle difuso aparece a partir dessa base de existência do recurso extraordinário a ser julgado pelo Supremo Tribunal Federal. Por isso que se vai dizer que a forma pela qual o STF participa do controle difuso é a via do recurso extraordinário. Então, em 1891, é criado o recurso extraordinário.

Essa forma do exercício do controle de constitucionalidade ainda foi uma forma incipiente. Por se tratar de um período ainda inicial, de formação, intervenção etc., tudo isso colaborou para um Supremo menos ativo. O Supremo ainda não muito preocupado em garantir, assim como o judiciário como um todo, um levar adiante declarações de inconstitucionalidade. Ainda sim, essas declarações aconteceram. E uma outra preocupação apareceu durante os trabalhos da constituinte de 1934. A preocupação era de que as decisões do STF deveriam ter efeitos mais amplos e elas não tinham. O judiciário brasileiro pela configuração da constituição de 1891, poderia contar com decisões diferentes, juízes diferentes, cada um deles tendo as suas disposições sobre o significado da constituição. Isso parecia ser um problema para um Estado que sempre teve uma predileção pelo autoritarismo – juízes, cada um pensando de uma forma diferente. A gente precisava de uma decisão última dada pela nossa Suprema Corte. Na Constituinte de 1934, pareceu ser uma solução o caminho da criação de uma corte constitucional. Esse foi o debate na constituinte que levou ao texto de 1934. Porém, esse debate foi colocado de lado, foi vencido. Vamos manter a nossa tradição, vamos manter o supremo e nem submeter o Supremo à eventual decisão de uma corte constitucional. Vamos pura e simplesmente manter o Supremo, mas vamos dar a ele a possibilidade de que ele dê ou participe no processo na qual a sua decisão possa ter efeitos erga omnes. E aí a constituinte de 1934 cria uma nova possibilidade.

O Supremo continuaria a julgar os recursos extraordinários, mas se o Supremo verificasse que estava repetindo declarações de inconstitucionalidade, recursos extraordinários diversos, o STF oficiaria o Senado

Federal e o SF suspende a eficácia da lei declarada inconstitucional. Novamente, se o caso fosse julgado em primeira instância, não aplicando uma lei por inconstitucionalidade; julgado em segunda instância, não aplicando uma lei por inconstitucionalidade; viesse o STF, concordasse com a questão e não aplicasse a lei por inconstitucionalidade, o STF poderia evitar novas decisões no futuro, oficiando o SF para que o senado torna-se ineficaz a lei declarada inconstitucional pelo Supremo. Se o Senado suspendesse a eficácia, a decisão do senado tinha efeito ERGA OMNES. Ao passo que a decisão do efeito extraordinário tinha efeito inter partes, a decisão do senado teria efeitos erga omnes.

A decisão do recurso extraordinário tem efeitos inter partes. Como o Supremo bebia na fonte norte-americana, em relação aos efeitos temporais, a decisão teria efeitos ex tunc/efeitos retroativos (**os norte-americanos preferem aquela colocação de que a lei nasce morta; se ela nasce morta, não está apta a produzir efeitos**).

Quando o senado é oficiado, a coisa é diferente. **Efeitos pessoais erga omnes** (porque o senado suspende a eficácia da lei, e suspende para todo mundo, não apenas para um caso). E, além disso, a sua decisão teria **efeitos temporais ex nunc/daqui pra frente**. A doutrina brasileira se posicionou sempre e em sua maioria no sentido das decisões do senado terem efeito ex nunc, porque é suspensão da lei declarada inconstitucional, não é decisão que anula a lei inconstitucional. Ainda não havia controle de constitucionalidade concentrado no Brasil, é a suspensão da eficácia de uma lei declarada inconstitucional no Supremo, o que significa, no final das contas, o Supremo deixar de aplicar uma lei considerada inconstitucional.

Além de tudo, como que acontece dentro do senado essa sua decisão. Primeiro, o Senado Federal o faz por meio de resolução. A resolução, nos termos do art. 59 da Constituição, é um ato normativo primária, ou seja, que deriva a sua força do próprio texto constitucional de 1988 e teria também a sua força resguardada pela constituição de 1934. Esse ato produzido pelo senado o é por maioria simples (maioria dos presentes) que já é suficiente para que aprove a resolução no sentido de suspender a eficácia da lei declarada inconstitucional (tem que ter maioria absoluta no senado; vota, aí é a maioria simples que decide). Por ser um ato do legislativo, por respeito à separação de poderes, sempre se entendeu que o judiciário não determina que o senado cumpra uma função que é uma função própria do campo das suas funções legislativas. Ou seja, o senado não está obrigado a concordar com o STF; o senado pode deliberar por deixar a questão parada e também por rejeitar a produção de efeitos erga omnes, o que não compromete a decisão do Supremo com efeitos inter partes, mas não dá àquela decisão de efeitos inter partes efeitos erga omnes.

Sob a constituição de 1934 foi criada uma representação que foi chamada de REPRESENTAÇÃO INTERVENTIVA. Essa consistia em uma ação ajuizada pelo Procurador-Geral da República (PGR) no STF tendo por objeto/visando um ato que pudesse comprometer a federação no que foi consagrado como “princípios sensíveis”. Os princípios sensíveis da constituição de 1934 eram os princípios que, hoje elencados no art. 34 da atual constituição, seriam os princípios mais importantes para que a federação pudesse ficar de pé. Ou seja, na verdade a representação interventiva é uma ação ajuizada pelo PGR para que o STF permita o reconhecimento de uma violação que possa, ao cabo, levar a uma intervenção do presidente da República nos Estados e no Distrito Federal. Há entendimento na doutrina brasileira que esse tipo de representação, quando era sobre uma lei estadual, era uma espécie embrionária de controle de constitucionalidade concentrado. Naquela conformação da constituição de 1934, já teria espaço para o STF numa ação direta colocada pelo PGR discutir se, em abstrato, uma lei estadual contraditar a constituição federal. Toda a constituição federal? Não, apenas os princípios sensíveis da constituição federal de 1934.

O que a constituição de 1937 traz de inovação para o controle de constitucionalidade. A **Constituição de 1937 fez a previsão de que eventual declaração de inconstitucionalidade, mesmo em sendo confirmada pelo STF, essa declaração de inconstitucionalidade pudesse ser superada pelo Congresso Nacional.** Então, depois da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal, poderia haver uma decisão do congresso superando a decisão tomada pelo STF. Isso que poderia parecer com aquela possibilidade existente no controle de constitucionalidade canadense, na verdade tinha raízes no Brasil que eram eminentemente autoritárias. Era uma previsão da constituição de 1937 em que o Congresso Nacional havia sido fechado e aí quem substitua o CN nessa atividade legiferante era o Getúlio Vargas através de **decreto-lei** (ato normativo primário). E aí, o Vargas teve ocasiões de se contrapor ao STF em declarações de inconstitucionalidade via decreto-lei, derrubando decisões do Supremo Tribunal Federal. Então, quando se pensa no Brasil, essa hipótese tem que ser pensada com muito cuidado porque a raiz dessa questão no caso brasileiro é algo que vai aparecer em um contexto muito autoritário.

Comentado [RS1]: O decreto presidencial é um ato normativo secundário

Em 1946, a gente some com essa possibilidade da constituição de 1937 e mantém o sistema da representação interventiva embrionário com o controle difuso. O número de representações interventivas cresce nesse período. A representação interventiva tem algo interessante porque ela pode evitar que o próprio presidente decrete intervenção. Se o Supremo declara inconstitucional a lei na representação interventiva, aquilo já pode ser suficiente para resolver o problema e aí isso pode evitar que o presidente decrete a intervenção ao invés obriga-lo a decretar intervenção. Então, a representação continuou a ser manejada e o controle difuso existiu.

Em 1964, nós temos um golpe e o ato institucional I que tenta dar-lhe legitimidade. O ato institucional tinha uma cláusula muito famosa – cláusula de exclusão de apreciação do poder judiciário que estabelecia que nenhum dos atos da Revolução poderiam ser questionados perante o Poder Judiciário. Os demais atos aprofundaram o sentido dessa cláusula e repetiram essa cláusula.

Essa cláusula aparece no AI-1. Só que aí o poder que tomou conta do país percebeu que talvez isso fosse pouco e quem sabe a gente não faz no Brasil agora um controle de constitucionalidade concentrado porque se ainda que os juízes resolvam se insurgir (o que eles não achavam que iam fazer) vamos criar uma forma pela qual se uma discussão sobre os Ais, p. ex., começarem a acontecer nas instâncias inferiores, leva-se a questão diretamente para o STF acabar com a questão. O congresso Nacional que já estava bipartidário, tomado pelo governo ditatorial, fez aprovar a EC 66/65 à constituição de 1946. O AI-1 exerce um poder constituinte para manter a constituição de 1946. Essa EC vai criar a chamada REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE a ser ajuizada contra lei ou ato normativo federal no STF pelo PGR nomeado pelo Executivo (AGORA aparece o controle concentrado no Brasil). Então, uma ação para ser julgada pelo STF, cujos membros eram nomeados pelo Poder Executivo, e ajuizada por um sujeito nomeado pelo P. Executivo, ambos aprovados pelo senado de maioria Arenista. Em 1965, edita-se o AI-2 e o Supremo tem o número de ministros aumentado de 11 para 16 e aí a maioria vira de fato maioria do regime. Por que isso? Porque o Supremo estava dando sinais – o Supremo estava concedendo habeas corpus para governador contra a instauração de inquérito policial e militar (Miguel Arrais, p.ex.), habeas corpus para estudantes etc.

Na década de 1970, o AI-6 reduz o número de ministros de 16 para 11 e aí o Supremo vai ter aposentado os ministros um pouco mais progressistas. Mas antes disso mesmo, a constituição de 1967, já havia mantido o regime de controle misto – difuso e concentrado – no Brasil, mas com todos esses problemas já puxando para o lado mais concentrado. O controle difuso não é abolido, mas o controle concentrado é mantido nos termos da EC 65/66 e a constituição de '67 mantém a representação de inconstitucionalidade do PGR a ser

ajuizada no STF. Aí o Supremo vai julgar algumas representações, que não vão ser representações com efeitos drásticos.

Em 1977, a EC 7/77 (Pacote de Abril) vai criar uma outra ação de controle concentrado que foi a chamada **Representação Interpretativa** cujo sentido era o PGR bastaria a ele que tivesse alguma dúvida sobre se uma lei era constitucional ou inconstitucional que ele pudesse ajuizar uma ação de representação; não era necessário que ele pedisse que uma lei fosse declarada inconstitucional; poderia ajuizar uma ação com uma certa dúvida, normalmente querendo que ela fosse declarada inconstitucional. Era um processo de lenta e gradual abertura, de lenta distensão e o governo precisava de mais instrumentos para controlar o que ele ia fazer, e aí ele precisava controlar isso também perante o poder judiciário e aí ele iria fazê-lo dentro do Supremo.

Na representação de inconstitucionalidade, ele tem uma certeza, ele quer que a lei seja declarada inconstitucional. Aqui, o PGR tem uma dúvida, há motivos para a inconstitucionalidade, e pode fazer com que ela seja declarada inconstitucional, mas eu tendo a achar que ela é constitucional – Supremo, diga de uma vez que ela constitucional. Esse seria o embrião de uma ação que aparecia posteriormente chamada de ADC – ação direta de constitucionalidade – criada no governo FHC, em 1993, no contexto das chamadas privatizações.

No início da década de 1970, o Supremo ainda tinha uma dúvida sobre se no controle concentrado ele deveria provocar o senado ou não. Ou seja, o Supremo discutiu em alguns acórdãos se ele deveria provocar senado para que o senado suspendesse a lei inconstitucional mesmo depois da declaração do Supremo mesmo com o controle concentrado. Então, houve essa dúvida pelo Supremo. E aí o Supremo acabou caminhando no sentido de que não haveria razão de ter controle concentrado no Brasil se fosse necessário do Senado para ter efeito erga omnes. O Supremo acabou chegando ao entendimento de que as suas decisões por si só já tem efeitos erga omnes nas representações de inconstitucionalidade. Se a decisão é de recurso extraordinário, aí sim é preciso oficiar o senado. Se não é decisão de recurso extraordinário, o Supremo mesmo já atribui à sua decisão efeitos erga omnes.

Por outro lado, o Supremo já manteve a tradição que ele já mantinha desde 1891, no que diz respeito aos efeitos temporais. O Supremo entendeu e continua a entender até hoje que a nossa tradição é, mesmo no controle concentrado, de efeitos ex tunc/efeitos retroativos. O Supremo não atribui, como regra, efeitos prospectivos. Ele atribui efeitos retroativos e ele manteve isso mesmo no controle concentrado até hoje.

Em 1988. Lá pelos anos de 1993, o próprio Gilmar Mendes já dizia que no pós 88 o controle concentrado cresce assustadoramente no Brasil. O controle difuso desaparece perante o controle concentrado. A Constituição de 1988 vai manter o controle difuso pela via do recurso extraordinário. Manteve o controle como controle misto. Porém, também impulso muito o controle concentrado. Como?

Primeiro, a antiga REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE vai virar uma outra ação, a AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Além disso, a Constituição aumentou o número de legitimados sobremaneira; ao invés de um legitimado, o Procurador-Geral da República, ela mantém o PGR e acrescenta todos os legitimados previstos no art. 103 da CF. Então, a constituição tenta manter um contexto plural de acionamento da jurisdição constitucional, e isso seria algo muito interessante para pluralizar a forma de acionar o senado federal. Essa ADI vamos chamar de Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica, aquela que visa a inúmeros casos.

Além da ADI genérica, é criada uma outra ADI para resolver o problema velho da omissão constitucional – cria-se a ADI POR OMISSÃO. E também aparece a ADI INTERVENTIVA que substitui a representação

Comentado [RS2]: Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

- I - o Presidente da República;
- II - a Mesa do Senado Federal;
- III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
- VI - o Procurador-Geral da República;
- VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

interventiva. O texto constitucional também fez menção a uma outra ação, a ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. Essa ADPF deveria ser, segundo José Afonso da Silva, semelhante ao recurso constitucional alemão, deveria funcionar como uma ação a partir da qual qualquer cidadão pudesse provocar o STF, atendido alguns pressupostos colocados em lei. Contudo, a ADPF acabou virando mais uma ação de controle concentrado. A ADPF só teria a sua regulamentação feita em 1999. **A lei 9882/99** que regulamenta a ADPF.

A outra lei é **a lei 9868/99** que regulamenta o processo da ADI. Que tem o dedo do Gilmar Mendes, também. Mas a sua influência aparece ainda antes. Em 1993, a EC 03/93 – ainda no governo Itamar Franco, mas já no bojo de um processo que deveria levar adiante um processo de inauguração de um Estado neoliberal no Brasil com as privatizações, naquele contexto, uma emenda é aprovada em razão de diversas mudanças na ordem tributária brasileira, mas com a mudança que cria também, no país, a AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. Mais do que criar essa ADCON, é importante lembrar que **essa ação também insere o efeito vinculante**, no Brasil.

Depois, uma outra emenda constitucional é importante que é a EC 45/2004 que faz a reforma do judiciário e, no bojo dessa reforma, **estende o efeito vinculante para qualquer ação de controle concentrado** (não só a ADC) e, além disso, ela também **vai atingir o controle concentrado através da Súmula Vinculante**. Essa emenda também é responsável por tentar *abstrativizar* o próprio recurso extraordinário – mesmo aquele controle que seria concreto, ele se aproxima de soluções que seriam uniformes, gerais, amplas quando **a EC 45/2004 cria para o RE um requisito chamado de repercussão geral**.

Algumas mudanças também são importantes mais para o final da década de 2000 no Brasil. Primeiro, a mudança de jurisprudência no mandado de injunção – a reinterpretção do que o Supremo faz no mandado de injunção é fundamental para compreender a mudança no controle de constitucionalidade no Brasil -, aquilo que alguns autores chama de *commonização/aproximação* do direito brasileiro do common law através do novo CPC – criação do direito judiciário, criação do sistema de precedentes, etc. -, e o movimento de judicialização ao qual o STF se integrou nos últimos anos – papel no controle cada vez mais proeminente.

Aula 10/04

Controle difuso de constitucionalidade a partir da CF/88.

O sistema brasileiro, o controle difuso permaneceu com aquele caráter básico definido pelo sistema norte-americano. A prevalência de algumas determinações no sentido de que esse controle tente, de alguma maneira, reproduzir, no sistema brasileiro, aquilo que se definiu no sistema norte-americano, e isso com alguns problemas, alguns entraves etc., considerando que nos EUA temos um sistema de common law.

O controle brasileiro é, basicamente, um controle que se define por um decisão judicial, o controle difuso que se dá então por uma decisão judicial em qualquer tipo de processo – essa é a regra básica. Não interessa qual é o processo judicial, em qualquer processo judicial pode haver declaração de inconstitucionalidade, inclusive de ofício, independente de provocação das partes – isso é uma tradição conhecida ainda no processo de gestação inicial do controle difuso com Rui Barbosa a partir de 1891.

E vários autores batem muito na tecla de que apesar de que a decisão poder ocorrer em qualquer processo, inclusive em processo que não seriam propriamente judiciais – ex.: súmula do STF reconhecendo a possibilidade de controle difuso também por tribunais de conta, órgãos que são vinculados ao Legislativo. Vários autores reconhecem, então, que essa dimensão ampla não pode ser separada da ideia de que o que acontece no controle difuso é uma não-aplicação da lei inconstitucional. Uma coisa que o prof. Lênio Streck reforça muito – não se trata propriamente, então, de uma declaração de inconstitucionalidade que atinge,

Comentado [RS3]: http://www.stf.ius.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoTematica/anexo/Lei_9882.pdf

Comentado [RS4]: <http://www.stf.ius.br/portal/legislacao/AnotadaAdiAdcAdpf/verLegislacao.asp?lei=259>

na sua vigência, a lei; é um reconhecimento de que há uma invalidade gerada por uma interpretação feita àquele caso concreto que pede, portanto, uma não aplicação àquele caso concreto. Não significa, portanto, que a decisão para o caso concreto vai ter repercussão para outros casos. Essa primeira premissa parte da ideia de que não se trata de um sistema de common law, mas sim de um sistema de civil law, então, o juiz decide, para aquele caso, pela não aplicação daquela lei declarada inconstitucional. Aí o efeito é de que haveria uma aplicação direta da constituição ao caso concreto ao invés de uma aplicação da lei ao caso concreto. Essa exclusão da aplicação da lei faria com que houvesse uma decisão pela determinação de uma incidência direta da constituição na solução do caso concreto, fosse qual fosse a interpretação do juiz para aquele caso concreto.

Isso também é associado a algumas determinações tradicionais do processo civil no Brasil no sentido de que a inconstitucionalidade aparecia no processo como questão prejudicial de mérito e não como algo que integraria diretamente o pedido principal. O pedido principal estaria atrelado a outras questões de interesse para a solução de mérito daquele litígio. Só que para chegar à conclusão sobre aquela solução de mérito, o juiz precisa de uma questão prejudicial, uma questão anterior ao mérito, uma questão, portanto, que não pode ser ignorada sob pena de não se decidir o mérito. Então, o sujeito não quer pagar determinado imposto porque é inconstitucional, o objeto dito feito por aquele determinado sujeito é de não pagar imposto, só que, para não pagar imposto, o juiz precisa resolver uma questão anterior, uma questão prejudicial de mérito; qual? A da inconstitucionalidade. Então, o juiz resolve a questão da inconstitucionalidade para concluir que não cabe naquela relação jurídico-tributária determinar aquela obrigação para o indivíduo pagar o imposto que não deve ser pago porque é inconstitucional. → Aqui se trata de questão prejudicial.

No caso da ADI, é o contrário, pois o pedido é pela inconstitucionalidade; a questão de mérito é essa.

O que se percebe é que essa sistemática interessante, importante, que joga para o caso concreto a solução da demanda e ela foi reforçada até durante um longo tempo num embate que havia no Brasil entre doutrinadores que achavam que o controle concentrado por si só é autoritário e o controle difuso por si só é mais democrático. Esse embate que passou na década de 90/início da década de 2000 foi superado, porque passou-se a entender que o manejo do controle difuso tanto quanto o manejo do controle concentrado também podem acontecer de formas autoritárias e democráticas. Isso pode acontecer, p. ex., quando um juiz decide ignorando os argumentos dos argumentos e impõe o seu argumento acerca do que seria relevante para se declarar a inconstitucionalidade ou quando recusa a própria inconstitucionalidade por um motivo qualquer. Porém, isso mostra que o manejo pode acontecer de forma autoritária tanto no controle difuso quanto no concentrado.

Há um problema no Brasil que diz respeito ao controle concentrado que diz respeito ao fato dele ter crescido demais em termos de formas de provocação, de formas de ação e aí tem-se o prejuízo do controle de ação. Segundo, há o problema de que numa sociedade como a nossa talvez a ausência de cultura constitucional faz com que o juiz não se preocupe em realizar o controle difuso – são raros os casos em que os advogados levam a questão do controle de constitucionalidade, levantam a questão perante o juiz em casos específicos em primeira instância justamente com o objetivo de exercitar uma maior profusão do controle de constitucionalidade. As coisas acabam resolvidas “de cima pra baixo”.

Ainda assim, a sistemática brasileira do controle de constitucionalidade se dá, na primeira instância, dessa forma – decidem pela não aplicação da lei inconstitucional nos casos concretos.

Em segunda instância, nos tribunais, portanto, no controle difuso de constitucionalidade, é necessário observar uma cláusula específica. Essa cláusula ficou conhecida como **cláusula do full bench ou cláusula de**

reserva de plenário que é uma decorrência do **art. 97** da constituição. Essa cláusula quer fazer prevalecer um ideal de coerência e maior integridade por parte dos tribunais. Ao invés, então, de jogar a questão para ser resolvida em cada caso concreto por desembargadores de forma isolada dentro de um tribunal, a cláusula foge do regime geral da não aplicação estabelecida por um juiz monocraticamente para exigir que, nos tribunais, a decisão sobre a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo só possa acontecer por maior dos membros do tribunal ou por maioria dos membros do seu órgão especial. E aí nós sabemos que, na tramitação de uma eventual apelação perante o tribunal, a apelação viria a ser julgada, via de regra, em uma determina câmara por uma turma. Aquela turma de 3 julgadores daquela câmara integrada ou 5 julgadores, aquela turma é que julgaria um processo no qual, p. ex., no caso daquele contribuinte, a Fazenda Pública Estadual teria reconhecido alguma inconstitucionalidade e teria remetido o caso ao Tribunal de Justiça.

E aí, ao chegar aquela causa ao tribunal, teríamos uma questão de inconstitucionalidade posta para a turma. A turma poderia declarar inconstitucionalidade? A regra que sabemos que o controle deve ser feito amplamente por qualquer tribunal em qualquer processo nos levaria a crer que sim. Porém, a constituição de 1988 deu a essa manifestação jurisdicional um aspecto importante que tentou fazer com que o tribunal agisse segundo uma só voz. Ao invés da turma poder, então, julgar essa questão de inconstitucionalidade, a turma deve leva a questão de inconstitucionalidade (chamado INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE) ao pleno do tribunal ou ao órgão especial do tribunal onde ele existe. Se o tribunal por conta do seu tamanho não tem órgão especial, se é um tribunal menor, é o próprio pleno que faz o julgamento do incidente de constitucionalidade (verifica-se no nordeste, p.ex.). Voltando, remete-se a questão de inconstitucionalidade ao órgão especial e o órgão especial resolve apenas a questão da inconstitucionalidade, devolve o processo para terminar de ser julgado pela turma dentro de uma determinada turma.

Pleno do tribunal – a composição plena do tribunal.

Essa determinação é tão cogente que o Supremo começou a observar que alguns tribunais entravam nessa controvérsia – “ah mais aqui o tribunal não declarou inconstitucionalidade, só deixou de aplicar”, como se isso não redundasse, na verdade, num não reconhecimento na disputa da força normativa da constituição. Então, essa ideia começou a ser mal trabalhada pelos tribunais. Aí o Supremo editou uma **súmula vinculante** para exigir o cumprimento e dizer que **quando o tribunal afirma que não vai aplicar é o mesmo que reconhecer a inconstitucionalidade, e aí é preciso instaurar um incidente de incidente de inconstitucionalidade**. Tem que ser instaurado sempre que houver esse problema.

Nessa tramitação, observa-se que a questão da inconstitucionalidade deixe o Estado de Minas Gerais tão resignado que envolva, p. ex., violação da constituição federal que crie a possibilidade de que o estado possa recorrer ao Supremo Tribunal Federal caso haja a violação da constituição. Então, o processo pode não terminar ali. E, nesse caminho, pode ser que o STF participe desse controle difuso de constitucionalidade. O recurso cabível desse caso é o Recurso Extraordinário.

Quem julga nesse caso, se houver questão de constitucionalidade clara a ser resolvida é, então, o pleno do STF.

Recurso Extraordinário. Inúmeros requisitos fixados ao longo da jurisprudência desde os anos 1960, que foram engessando, abstrativizando a questão a ponto de torná-la algo longe daquilo que seria discutido em termos de controle difuso. Requisitos:

De índole constitucional. **REPERCUSSÃO GERAL** – precisa cumprir esse requisito. Daí deduziria um grau de objetivação maior ainda do controle difusa. A repercussão geral é demonstrar que a decisão não é uma

Comentado [RS5]: 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.

Comentado [RS6]: Súmula Vinculante 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.

decisão que não atinge apenas as partes daquele caso concreto de forma indireta. Em outras palavras, ainda que a solução seja uma solução para aquele recurso extraordinário, a decisão tomada no RE com repercussão geral reconhecida irá atingir outras partes em outros processos em tramitação ou mesmo que não esteja em tramitação; a repercussão geral pode ser jurídica, econômica, social etc.

A regulamentação, portanto, consolidada depois do novo CPC, vai fazer com que a repercussão ultrapasse as raias da mera questão jurídica, que a questão possa ser aferida pelo Supremo com uma discricionariedade muito grande, atingindo no seu ver casos que poderiam estar em outras situações longe daquela decidida por aquele caso concreto.

Ao conferir repercussão geral, o Supremo faz, geralmente, o julgamento com um bloco de recursos extraordinários, às vezes até imenso, que vai decidir vários Res que podem estar inclusive suspensos nas instâncias ordinárias aguardando a decisão do Supremo por conta de repercussão geral reconhecida num 1º RE.

O RE precisa ser admitido na instância de origem, pelos tribunais jurídicos, regionais, federais e tribunais de justiça; e nessa admissão, pode haver suspensão caso haja prévia repercussão geral reconhecida pelo Supremo. Suspensa até que o STF tome a sua decisão e aí não é na verdade nem necessário subir com aquele recurso extraordinário que está ali com julgamento suspenso.

Quando o Supremo reconhece a presença do RE é o primeiro sinal da sua admissão, mas há outros requisitos que precisam ser cumpridos.

Requisito 2. **VIOLAÇÃO DIRETA E FRONTAL DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.** A decisão recorrida deve claramente atingir o texto da constituição de 1988, sem que seja necessário percorrer qualquer tipo de legislação infraconstitucional. Ou seja, a violação direta e frontal se contrapõe à **violação reflexa da constituição**. A violação reflexa é aquela pela qual eu preciso primeiro ver como que a decisão atinge a legislação infraconstitucional para só perceber que aí há uma violação da constituição federal. Ex.: estou alegando que houve, na decisão recorrível, uma violação de devido processo legal porque antes da decisão, na apelação, houve uma questão de fato nova invocada pelas partes, decidida pelo desembargador, mas sem abrir contraditório para a parte oposta. Só que eu só consigo aferir isso porque eu descobri que houve violação de uma determinada norma procedimental – imagine uma norma procedimental fixada no Código Civil que vai exigir mais claramente a observância do contraditório. Então, para que eu possa chegar àquela conclusão, preciso, então, que o Supremo verifique a disposição específica do Código de Processo Civil para, só aí, chegar à conclusão da violação da constituição federal nos termos do devido processo legal. Se for necessário fazer análise de matéria infraconstitucional, a violação não é direta, ela é reflexa e, então, não cabe recurso extraordinário.

Requisito 3. Não cabe análise ou reanálise de matéria de fato em recurso extraordinário, apenas de matéria de direito. Segundo o Supremo, não serão re-analisadas provas que tenham sido previamente analisadas em instâncias inferiores. Como instância superior, o STF só trabalharia com violação de matéria jurídica. Há decisões do Supremo que dizem expressamente que depois que ele admite recursos extraordinários, abrem-se as portas da jurisdição para quaisquer controvérsias. → Ao mesmo tempo em que o Supremo afirma que só analisa aquilo que diz respeito à matéria de direito, depois que o RE é admitido aí eu posso pedir qualquer coisa, inclusive matéria de fato (arbitrariedade imensa).

Admitido o RE, a violação da constituição federal nesse caso pode ser ocasionada pela comparação de lei federal, lei estadual e lei municipal contra a constituição federal. O Supremo, no controle difuso, consegue

exercer uma jurisdição constitucional ampla a partir da constituição federal. Ele utiliza a constituição como parâmetro, mas a violação pode ter acontecido por lei federal, estadual e municipal.

Lei anterior à constituição também pode ser discutida no controle difuso. Leis anteriores à constituição serão resolvidas apenas por uma questão de não-recepção. O Supremo vai dizer que essa lei produzida em período anterior à constituição de 88 não se adequa mais e, por isso, nesse ponto, não foi recepcionada. Então, a lei vai continuar valendo para outros casos se não houver uma extensão dos efeitos, mas naquele caso específico ela não é recepcionada.

Essa ação sobre leis não federais apenas, leis municipais e estaduais também, é importante por conta da mecanicidade de atribuição de efeitos gerais. Sabemos que a CF/88 manteve aquele dispositivo da Constituição de 1934 que estabelece que, depois de transitado em julgado a decisão de um recurso extraordinário, o Supremo pode oficiar o Senado suspenda a eficácia da lei declarada inconstitucional (art. 52, X, CF). Decisão do Supremo transitada em julgado pode fazer com que o STF envie ofício ao senado para que esse suspenda a eficácia da lei declarada inconstitucional pelo Supremo. O Supremo sempre entendeu que essa lei pode ser federal, estadual e municipal.

Uma possível mudança em relação a esse dispositivo se descortinou a partir de 2007. E permaneceu uma controvérsia imensa entre 2007 e 2014, quando o Supremo resolveu manter o dispositivo do art. 52, X porque, em 2007, o Supremo começou a reclamação 4335/2007 e, nela, descontado dois votos que sinalizavam para a doutrina constitucional brasileira que o Supremo ia fazer algo inacreditável que era interpretar a constituição contra o texto da constituição. O Supremo se propôs, em 2007, a partir dos votos de dois ministros, Eros Grau e Gilmar Mendes? Entendeu-se que o art. 52, X vinha sofrendo uma mutação constitucional. Mutação constitucional não tem nada a ver com uma interpretação da constituição, é muito mais uma história atrelada ao autoritarismo constitucional alemão. A leituras autoritárias do 1871 e da de 1919 que teriam permitidos que autores como x falassem de mutação constitucional para falar de processos pelos quais o legislador ou mesmo o Executivo poderiam entender algo diverso do texto da constituição sem que precisasse alterar o texto da constituição. Polac explicitamente reconhece isso que uma eventual lei poderia alterar o texto da constituição e Elineck pensa a mesma coisa. É nesse contexto que aparece a mutação constitucional – é claro que isso parece interessante; talvez isso permita que se faça uma interpretação que não altere o texto, mas tente aperfeiçoar o texto constitucional num sentido que seja mais inclusivo, mais prospero. Porém, o Supremo estava dizendo que havia passado por uma mutação constitucional um dispositivo que dizia respeito a suas próprias competências; ele estava aumentando suas competências com base nessa mutação constitucional. Qual era o argumento do Supremo? Juiz nenhum descumpra as decisões do Supremo; todos os juizes cumprem as decisões do Supremo normalmente achando que se o Supremo decidiu, tem que seguir ele. E as **mudanças processuais acontecidas principalmente a partir de 1998** – a lei 9756/98 que alterava o CPC de 1973 – indicariam que, cada vez mais, a jurisprudência estava se enrijecendo para dar maior força à jurisprudência do Supremo. E essa lei permitiu, de fato, que juizes de primeira instância pudessem deixar de admitir apelações porque elas estariam em contradição com a jurisprudência do Supremo. Com essa mudança processual, o Supremo afirmou que quando por ele foi decidido, a história acabou. E eles estavam dizendo que não seria mais necessário oficiar o Senado Federal para que a decisão de recurso extraordinário tivesse efeito erga omnes. O Senado vai servir somente para dar publicidade às nossas decisões, torna-las mais conhecidas pelo Público.

Primeiro argumento é, portanto, as mudanças processuais que tornam a jurisprudência do Supremo mais forte.

Comentado [RS7]: Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

Segundo, a repercussão geral – o Supremo só recepiona o RE se ele vai ter uma decisão que atingirá um grande contingente de indivíduos.

Terceiro, a súmula vinculante – o Supremo se aproxima cada vez mais de um sistema de precedentes porque edita, inclusive, súmulas vinculantes.

Quarto, o Supremo propõe uma chamada TEORIA DA TRANSCEDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES (que acabou caindo por terra); havia uma outra reclamação que havia sido julgada antes e afirmando que essa teoria existia que partia do pressuposto que uma decisão judicial dividida em relatório, fundamentação e dispositivo tinha uma parte que ultrapassava sempre a decisão, que era a parte da fundamentação. A fundamentação pode ser usada em mais de um caso. Entendeu o Supremo que essa fundamentação ultrapassaria o caso e esse seria mais um motivo pelo qual o recurso extraordinário, em sua decisão tomada pelo Supremo, bastava-se por si próprio, ele já era suficiente. E aí aconteceu que esse texto que estava na constituição valeria de nada (art. 52, X da CF/88).

Esses dois votos foram os dois votos vencidos na reclamação, mas a reclamação ficou de 2007 até 2014 sem um julgamento final. E aí todo mundo começou a achar que o Supremo só iria confirmar os votos do Gilmar Mendes e do Eros Grau. Simplesmente o Supremo rejeitou no voto capitaneado pelo Teori Zavascki que reconheceu explicitamente a construção de uma *abstrativização* do controle difuso. Entendeu que uma *abstrativização* estava a caminho, que o CPC de 2015 era um código que indicava claramente o sentido da formação de um sistema de precedentes no Brasil, mas que não era possível, que não autorizaria ao Supremo ultrapassar o limite dos texto constitucional de 1988. Então, o Supremo deixa de entender que o papel do Senado é de mera publicização das decisões do Supremo. (Há uma confusão toda porque ele defende essa tese, mas julga a reclamação porque não é justamente um julgamento de procedência e reclamação porque ele faz aplicar uma súmula vinculante; a discussão centro dela era uma discussão sobre progressão de regime de crimes hediondos; isso começou em 2007, porque o Supremo julgou inconstitucional por redução de progressão de regime em 2006; um juiz no Acre se recusou a cumprir a decisão do Supremo Tribunal Federal e aí veio a declaração do Supremo; no meio dessa história o Supremo edita uma súmula vinculante; então, essa questão acaba ficando a mesma decisão do Teori quase que como *Obter Dictum*, julgamento de passagem, mas ficou definido que o Supremo não podia avançar tanto). Aí a decisão final foi que para resolver a questão aplicaria a súmula vinculante que sobreveio ao próprio caso, meio confuso, mas julga improcedente a reclamação e aplica a súmula vinculante (súmula 26).

É uma controvérsia importante porque tenta reconstruir o conceito de mutação constitucional, permanece e os ministros vão aplicando a mutação constitucional para tudo, inclusive para as coisas mais esdrúxulas, como, p. ex., que, no Brasil, o aborto tem que ser fundamentado com Roll vs. Wead e que essa questão merecia um revisão por conta de uma eventual mutação constitucional (voto maluco do Barroso na questão do aborto).

Essa é a conformação básica do controle difuso no Brasil e tende a ganhar uma nova dimensão com essa aproximação que o CPC fez com um eventual sistema de precedentes – os artigos 926 e 927 do novo CPC indicam que os tribunais devem manter a sua jurisprudência coesa e íntegra e essa indicação, portanto, tenderia a reforçar ainda mais essa tese que caiu por terra no Supremo. Seria melhor que uma EC alterasse o art. 52, X do que isso fosse mudado A BEL prazer pelo STF.

Então todas essas conformações poderiam ser ainda mais exploradas. Tem prevalecido, contudo, a tese de que, no pós 88, houve uma prevalência maior do controle concentrado de constitucionalidade.

O que se começa a perceber com esse controle concentrado.

Comentado [RS8]: O *obiter dictum* refere-se àquela parte da decisão considerada dispensável, que o julgador disse por força da retórica e que não importa em vinculação para os casos subsequentes. Referem-se aos argumentos expendidos para completar o raciocínio, mas que não desempenham papel fundamental na formação do julgado. São verdadeiros argumentos acessórios que acompanham o principal – *ratio decidendi* (razão de decidir). Neste caso, a supressão do excerto considerado *obiter dictum* não prejudica o comando da decisão, mantendo-a íntegra e inabalada.

Comentado [RS9]: SÚMULA 26 - Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

Comentado [RS10]: Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.
§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.
§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.
Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:
I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
II - os enunciados de súmula vinculante;
III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

A ação que será reiteradamente objeto de propositura no Supremo é a chamada AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE GENÉRICA. → Quer significar o grande grupo de ações de inconstitucionalidade que vão aparecer no controle concentrado que vão ser definidas em termos de objeto de forma diversa das demais ações propostas no controle de constitucionalidade.

A primeira delas a ADI genérica ou ADIN genérica – vem para substituir a antiga representação de inconstitucionalidade. E ela seria uma forma para tentar pluralizar o exercício do controle de constitucionalidade. Ela seria, na verdade, nessa nova conformação do pós 88, uma nova conformação do Supremo com os deputados que participaram da Assembleia Constituinte de 87/88. Os constituintes foram fortemente pressionados pelo STF para não criar uma Corte Constitucional no Brasil que pudesse estar fora do Supremo. É claro que esses ministros tinham uma força muito grande, um lobby que foi explícito, direto (9 ministros da ditadura + 2 nomeados pelo Sarney). Porém, os ministros avaliaram o projeto apresentado pela comissão de notáveis que vinham com a corte constitucional e, depois, eles analisaram a proposta que vinha do Plínio de Arruda Sampaio, do Márcio Tomás Bastos que estavam preocupados com um tipo de conformação do judiciário diferente. E aí os ministros pressionados isso diretamente.

Lembremos que a sessão que abre os trabalhos constituintes é presidida pelo Moreira Alves, que havia sido nomeado pelo Geisel, e afirmou, ali, que “esse é o passo mais claro, o último estágio da Revolução”. O Moreira Alves permanece no STF até 2001.

Sugestão aos constituintes que abrissem a legitimidade da ação direta de inconstitucionalidade, construam, então, uma ADC que possa ser proposta por inúmeros autores.

O art. 103 da CF vem com um rol de legitimados muito mais amplo do que aquele antigo que era o PGR só. Então, em termos de legitimidade, é um amplo rol de legitimados que podem propor. Só que o Supremo afirma que isso ia virar uma bagunça e acabaríamos tendo uma jurisprudência ingovernável. Sempre tem que algo mais plural, isso fica ingovernável. Criar, então, um requisito para restringir isso que é o requisito da PERTINÊNCIA TEMÁTICA – tem que demonstrar que a atividade que exercem tem relação com o objeto da ação direta de inconstitucionalidade, ou seja, que a lei ou ato normativo discutidos na ADI dizem respeito a questões que são trabalhadas por aquele legitimado; passa a exigir isso do governador dos estados e do distrito federal, mesa de assembleia legislativas, das entidades de classe de âmbito nacional e das confederações sindicais. Então, a Constituição abre o rol de legitimidade e o Supremo fecha.

Os demais legitimados citados pelo art. 103 da CF, o Supremo vai dizer que eles têm **legitimação ativa universal** – pode ajuizar ação direta de inconstitucionalidade sobre qualquer coisa.

O objeto da ADI é lei ou ato normativo federal ou estadual. E aí a gente já tem algumas definições. Óbvio que a lei ou ato normativo municipal não está inclusivo. Segundo, trata-se de “lei ou ato normativo”, ou seja, via de regra, só é lei geral e abstrata, aquele que é apta a produzir efeitos gerais. É preciso investigar se se trata de lei em sentido material – aquela lei abstrata, que não visa regular nem pessoas e nem situações específicas. Então, pode ser que eu tenha um decreto do presidente da República que seria um ato de efeitos concretos, que pela sua dimensão de eficácia, de destinatários, ela possa ser categorizada como lei em sentido material, p. ex.

Uma lei que desaproprie um bem é uma lei em sentido material? Não, é apenas uma lei em sentido formal. Uma lei desse tipo, segundo o Supremo, não pode ser objeto de uma ADI PORQUE TEM QUE SER LEI EM SENTIDO MATERIAL, que pode ser tanto uma lei em sentido formal e material quanto pode ser um outro veículo normativo que não é lei, mas que tem efeitos gerais e abstratos.

Comentado [RS11]: Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

- I - o Presidente da República;
- II - a Mesa do Senado Federal;
- III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
- VI - o Procurador-Geral da República;
- VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Comentado [RS12]: Precisam provar que estão tratando de questões que dizem respeito ao seu interesse regional. Sempre têm interesse REGIONAL, não nacional.

Comentado [RS13]: A confederação nacional dos trabalhadores da saúde nunca poderia propor uma ação direta de inconstitucionalidade sobre uma questão que não dissesse respeito à aplicação ou incidência de determinado tributo se esse tributo não diz respeito ao exercício de atividades próprias desse ramo profissional, por exemplo.

Nos últimos quatro anos, o Supremo vem revendo a sua jurisprudência sobre leis orçamentárias, porque via de regra, uma lei orçamentária seria uma lei de efeitos concretos. Porém, o Supremo vem estendendo também para leis orçamentárias a sua jurisdição constitucional.

O Supremo não admite ADI para lei anterior à constituição. Diz que isso deveria ser resolvido no Controle Difuso. Aí nós temos a ADI nº2 – nessa ADI é que o Supremo refutou essa possibilidade. Ela foi julgada em 1989/1990. O Supremo estava querendo evitar discussão sobre normas da ditadura, leis da ditadura, atos institucionais.

Parâmetro da ADI. O parâmetro é a constituição federal, ela que serve de análise para a discussão no controle de constitucionalidade. 1. O Supremo tem alguns votos, o voto do Ministro Celso de Melo em que ele fala de BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE – pode ser que tenham normas que não estão explícitas na Constituição e que sirvam para que eu declare a inconstitucionalidade de uma lei; normas que orbitam em torno dela e auxiliam na sua compreensão. Amplia, portanto, a sua jurisdição, porque o que não está no texto também pode servir. 2. Questão do CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE – O Supremo tem reconhecido a sua jurisdição também no âmbito do controle de convencionalidade, mas de uma forma obtusa; permite ali o controle dizem que a norma é supra legal, por isso ela deve se sobrepor à norma infraconstitucional, a não ser que o tratado tenha sido aprovado nos termos do art. 5º, §3º da constituição.

Importante o caso do depositário infiel e da audiência de custódia em que o Supremo reconhece esse controle de convencionalidade.

Aula dia 17/04

Em relação à ADI genérica, falamos dos legitimados, do objeto.

Podemos perceber que, em relação à ADI, boa parte do que fora definido em relação à sua determinação e à sua distinção veio através de jurisprudência do STF. É óbvio que aí a normatização básica precisa toda ser conferida; não podemos nem de um lado ignorar o que produzido pelo supremo desde 1988 até 1999 e, por outro lado, não podemos ignorar os elementos que aparecem com a lei 9868/99.

A lei veio para tentar condensar boa parte do que vinha sendo definido pelo STF. A definição dos legitimados, a sua legitimação universal para uns e a pertinência temática para outros, a definição do objeto e a definição do parâmetro foram questões definidas pela jurisprudência do Supremo. Definiu questões fundamentais ao tentar separar a ADI da Representação de Constitucionalidade e, por outro lado, ao tentar dar à ADI um perfil que fosse de fato um perfil que se centrasse mais no papel do STF em definir o controle de constitucionalidade, muitas vezes em prejuízo do próprio controle difuso de constitucionalidade, aquela ideia de que o STF passava a ser o defensor quase que por exclusividade da constituição de 88.

O que mais vai ser observar em relação à ação direta de constitucionalidade. → A própria lei 9868 vai trazer uma série de aspectos fundamentais para se compreender o procedimento.

A primeira questão é que nós temos, no procedimento da ADI, a possibilidade de concessão de medida cautelar que, no mais das vezes, corresponde à suspensão do ato impugnado até o final do julgamento. Essa concessão de medida cautelar é feita pelo próprio pleno do Supremo Tribunal Federal, ou não pior das hipóteses, pode acontecer de uma decisão ser conferida em período de férias pelo Presidente do STF **ad referendum** do próprio tribunal.

A medida cautelar, que consiste na suspensão do **ato impugnado**, então, você tem determinado questionamento de uma lei federal ou estadual e aí se suspenderia essa lei até a decisão do processo, ela tem efeitos ex nunc/prospectivos (via de regra) – porque a ideia é de que por se tratar de uma medida

Comentado [RS14]: Sujeito à aceitação posterior por parte de um colegiado (diz-se de ato tomado isoladamente).

Comentado [RS15]: Ato é aquele que é realizado para produzir consequências jurídicas, porém quando se verifica que o mesmo é ilegal e/ou inoportuno, poderá ser impugnado, ou seja, poderá ser contestada sua validade.

cautelar, junto com ela viria uma possibilidade de revogação da cautelar, e por isso os efeitos têm que ser apenas prospectivos), mas a própria lei 9868 permite que o tribunal confira também efeitos ex tunc caso a situação invoque essa possibilidade. – ex nunc via de regra, com possibilidade ex tunc.

O que determina essa possibilidade são razões de segurança jurídica ou interesse social seriam as razões pertinentes para permitir a modulação temporal na decisão definitiva de mérito.

Além disso, saberemos que os efeitos pessoais serão erga omnes em relação à essa decisão. Vamos falar propriamente aqui que tem, em primeiro lugar, efeitos erga omnes.

No procedimento da ação direta de constitucionalidade, participam algumas autoridades específicas. Em primeiro lugar, o relator irá conceder o prazo de 30 dias para que a autoridade/as autoridades que proferiram o ato – 30 dias para oitiva das autoridades que proferiram o ato. Quem serão essas pessoas? Lei federal – presidente e CN; tratando-se de lei estadual – o governo e a assembleia legislativa.

Temos, depois, o prazo de 15 dias para a manifestação do AGU e aí é preciso perceber algumas questões importante. O AGU, segundo o texto da CF, deveria defender o ato impugnado (art. 103, §3º da constituição); caberia, então, pela interpretação literal da constituição que, ao AGU, restaria uma função de um estabelecimento de um contraditório no controle de constitucionalidade. Tanto é assim que alguns autores usavam isso no argumento de que “não há no processo de controle de constitucionalidade a defesa daquilo que alguns autores, como Gilmar Mendes, querem para esse processo que é o que esses autores vão dizer que, para esse processo do controle de constitucionalidade seria um processo objetivo, ou seja, um processo sem partes. Gilmar Mendes diz que o processo do controle de constitucionalidade é um processo objetivo, um processo sem partes e, isso significa, portanto, que há um ampla tutela do processo realizada pelo STF, como se o Supremo pudesse cuidar de inúmeras questões relativas ao processo com uma capacidade de guarda de tutela do processo muito grande. Por exemplo, diz a lei 9868 que a petição inicial da ação direta de inconstitucionalidade deve trazer o objeto impugnado com o pedido de declaração de inconstitucionalidade e uma causa de pedido, ou seja, um pedido claro delimitando qual o objeto, como é definido aquilo que vai ser julgado, mas, também, os fundamentos que levam o legitimado à propositura da ADI a acreditar que há uma inconstitucionalidade.

Isso leva a duas questões. Primeiro, o processo da ação direta de inconstitucionalidade seria, então, regido pelo princípio do pedido, porque você requer legalmente que haja delimitação do pedido porque você quer vincular o exercício da jurisdição àquilo que se pretende como parte ao se ajuizar a ação. Porém, você também tem que vincular o processo de ação direta de inconstitucionalidade a uma causa de pedir que denuncia um fundamento específico feito por aquele legitimado.

Em termos processuais, a lei diz que tem que se delimitar claramente o que se quer ver declarado constitucional e porque se quer ver aquele ato normativo declarado inconstitucional. Então, se define que **a petição inicial deve ter um pedido claro e que a petição inicial precisa ter causa de pedido**, em termos processuais. A causa de pedido seria o fundamental a partir do qual se entende que a atuação da jurisdição constitucional deve acontecer naquele processo. Se o autor não apresenta esses elementos, o relator da ação direta de inconstitucionalidade pode indeferir de plano a inicial e extingue o processo sem julgamento de mérito. Por outro lado, o Supremo está dizendo que essa ADI é um processo objetivo, um processo que não tem partes e, quando o Supremo disse isso, ocasionando dois entendimentos complexos sobre o pedido e sobre a causa de pedido, quais sejam:

1. A causa de pedir é, na verdade, uma causa de pedir aberta. Isso significa que o Supremo pode declarar a inconstitucionalidade daquele determinado objeto por razões diversas daquelas invocadas pelo autor

da ação direta de inconstitucionalidade. Então, p. ex., o autor diz que a lei X federal viola dispositivos relativos a tutela do meio ambiente previstos no art. 225 da CF. Aí o Supremo vem e diz que essa lei viola dispositivos concernentes à fixação ampla do princípio da dignidade humana pela constituição federal de 88. O Supremo pode, portanto, optar por esse segundo entendimento em vez de simplesmente indeferir a inicial ou julgar improcedente o pedido. Ou seja, o Supremo não precisa se vincular aos argumentos das partes quando se ajuíza a ação direta de inconstitucionalidade.

2. O pedido precisa delimitar o objeto impugnado numa ADI; eu quero declarar inconstitucional a lei do Estado x e aí o autor precisa, também, impugnar eventual decreto do governador de Estado que regulamenta aquela lei. O autor tem que trazer a lei e qual o decreto vinculado àquela lei, sob pena de haver indeferimento da inicial de plano. Aí o Supremo diz que, entretanto, pode haver, dentro do processo de ADI, o que o professor chama de **INCONSTITUCIONALIDADE POR ARRASTAMENTO** que é o tipo de decisão de inconstitucionalidade que alcança outros dispositivos decorrentes logicamente do dispositivo principal. Isso significa que o Supremo está dizendo que se ajuíze a ADI dizendo que a lei A é inconstitucional pelo motivo X; você precisa dizer que a lei A é inconstitucional e, também, o decreto B que é inconstitucional. Se você não apontar o decreto B, eu indefiro a petição inicial ou se você trouxer fundamentos abertos, amplos, sem delimitar o que está sendo violado em relação à CF, eu também indefiro a petição inicial. Aí você trouxe tudo que me parece insatisfatório e eu entendo que me parece cabível julgar essa ADI. Quando chega no julgamento final, alguém na tribuna levanta uma questão relativa ao que está sendo dito, uma alínea D, F ou G que não havia sido apontada pelo autor da inicial, que não seria motivo de indeferimento, até porque o processo já está sendo julgado pelo tribunal na sessão de julgamento específica e, ainda sim, o Supremo acha que aquela questão está diretamente conectada ao pedido principal. Aí o STF declara a inconstitucionalidade por arrastamento.

Ao proceder desse modo, o Supremo está afirmando que cria uma série de ônus necessários e importantes para que as partes tenham menos chances de ajuizar uma ação direta de inconstitucionalidade, mas, ao mesmo tempo, condiciona a condução do processo para declarar a inconstitucionalidade do que ele quer e como ele quer. Por isso que a posição do AGU é importante nesse caso, porque se o AGU estabelece o contraditório é porque o processo não é objetivo; se o processo não é objetivo, eu posso encontrar outras razões também pelas quais esse processo também não é objetivo, como, p. ex., a exigência da própria lei 9868 de que haja clara delimitação de causa de pedir e pedido; só há clara delimitação de causa de pedir e pedido porque importa o que os legitimados dizem. Se importa o que os legitimados dizem, o processo é subjetivo.

Desse 1993 pelo menos, o prof. Haroldo Plínio Gonçalves que defendia justamente esse argumento – No curso da ADI, não podemos dizer que não há formação de contraditório porque a própria constituição diz que é papel do AGU defender o ato impugnado; se ele tem que defender o ato impugnado é porque ele tem que ter uma posição de contraposição à posição do legitimado de propor a ação direta de inconstitucionalidade. O AGU tem que construir, então, a paridade de armas necessárias para o processo de controle de constitucionalidade porque o processo é um processo subjetivo. Porém, o STF vai dizer que é um processo OBJETIVO.

E aí, como o STF é algo muito *coerente*, a partir de 2010, num debate, principalmente entre Marco Aurélio que defendia a constituição continuasse a ser observada e outros defendendo o contrário, a maioria dos ministros passou a entender que é possível que o AGU defenda a inconstitucionalidade do ato impugnado, mesmo que a constituição lhe dê uma função oposta. Então, p. ex., uma situação na qual o presidente da república optou por vetar um projeto de lei e esse veto foi elaborado pelo próprio AGU, mas o veto foi derrubado pelo CN e o projeto de lei acabou virando lei, o STF entende que o AGU é colocado em uma posição insustentável; ele teria que defender a inconstitucionalidade do ato, ainda

mais que se tratou de veto por inconstitucionalidade. Colocaria, então, o AGU em uma posição de discricionariedade sobre qual lado assumir em um processo de declaração de inconstitucionalidade.

São 15 dias para o AGU se manifestar.

Depois, são 15 dias para o Procurador-Geral da República. O PGR é visto, nesse processo, como *custus constituciones*. Em geral, nós sabemos que MP, no Brasil pós 88, exerce uma posição ampla dentro do processo de *custus leges*; em diversos procedimentos como, p. ex., MS, é preciso oficial membros do MP para que ele cuide da legalidade do processo que está em curso. E aí ele faz isso no papel do *custus leges*, proferindo um parecer sobre o que ele entende que está em jogo no processo, em termos procedimentais, do mérito da ação etc.

Em relação ao processo da ADI, haveria algo similar para o PGR, SÓ que aqui ele atua como um *custus constituciones*, não como um *custo* da própria ordem infraconstitucional, mas da ordem jurídica constitucional, de como o processo da ADI tem sido conduzido e como estão as questões centrais daquele processo que discute eventual inconstitucionalidade, proferindo um parecer.

Depois da manifestação do PGR, abre-se uma possibilidade bastante interessante de uma pluralização cada vez maior do controle de constitucionalidade, criada principalmente pelo [art. 7º, §2º Lei 9868/99](#). A lei tentou criar uma forma de oxigenar a relação do STF no controle concentrado. Muito ciente o legislador do fato de que existem questões que são discutidas no âmbito do processo de controle de constitucionalidade que dizem respeito a determinadas leis que tratam de termos específicos sob os quais não têm conhecimento o tribunal ou sobre os quais o tribunal pode levar a algum tipo de maturação da discussão por outros órgãos que integram o judiciário brasileiro. E aí a lei prevê várias possibilidades. Pode o relator, no processo da ADI, indicar a nomeação de peritos para discutir o tema central daquela ação direta de inconstitucionalidade. O relator pode indicar ou permitir a criação de uma comissão de peritos que vão discutir o tema central. O relator também pode oficiar no país tribunais que já tenham previamente discutido a questão de inconstitucionalidade. Pode ele também convocar a realização de uma audiência pública em que interessados na causa irão se inscrever e se apresentar perante o STF para, como representantes da sociedade civil, discutir o tema central daquela ADI. E nós podemos ter, finalmente, a admissão da figura que ficou conhecida como “amigo da corte”, *Amicus Curiae*, que seriam pessoas com algum conhecimento técnico ou algum tipo de ligação com tema central daquele processo para permitir que a corte levantasse informações mais apropriadas sobre o tema central da ADI. A admissão do *Amicus Curiae* é feita no processo por diversas formas de apresentação. Na primeira delas, ele pode ele mesmo pode se inscrever para participar da audiência pública; pode o *amicus curiae* também apresentar um memorial dizendo as razões pelas quais ele entende que o julgamento deva ser nesse ou naquele sentido, mas, também, faz o seu pedido de admissão ao relator; e pode o *Amicus Curiae*, também, desde que admitido, proferir sustentação oral na sessão de julgamento.

O STF admite participação do *Amicus Curiae* até a liberação do processo pelo relator para julgamento e inclusão na pauta. Se o relator já liberou o processo para julgamento, não há possibilidade mais de admissão de *Amicus Curiae*.

É preciso que aquele que vai requerer o seu ingresso como *Amicus Curiae* apresente dois grandes requisitos: pertinência do exercício das suas funções com o que está sendo discutido na ADI e relevância. O relator é que decide se o *Amicus Curiae* pode participar ou não. Seria uma decisão monocrática, mas, dessa decisão monocrática, cabe [agravo regimental](#) para o pleno.

A corte norte-americana já permite o acesso do *Amicus Curiae* a muito tempo e há julgamentos muito interessantes em que as suas colocações desempenharam papel importante.

Comentado [RS16]: Art. 7º, § 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

Comentado [RS17]: Recurso. Forma de se contrapor contra a decisão de relatores através do julgamento de um órgão colegiado. Agravo regimental é o recurso de agravo previsto nos regimentos internos dos tribunais. Agravo regimental é o mesmo que agravo interno - Art. 994, inciso III do novo CPC.

Depois de instruído todo o processo com essa manifestação e atuação do relator, o que acontece. Vimos que já teria havido o processo inicial que estabelece aquela primeira relação entre o próprio autor e o relator e que ele pode fazer o controle da inicial e evitar que o processo siga adiante. Vimos que tem a manifestação do AGU, do PGR, manifestação e eventual participação de todos aqueles que podem pluralizar o debate, principalmente o amigo da corte. E aí, já houve manifestação e discussão sobre a própria medida cautelar. E aí o processo estaria pronto e instruído para julgamento. Levado a julgamento pelo pleno do Supremo.

Nesse julgamento pelo pleno, a primeira coisa que se deve observar é uma questão regimental. A própria lei 9868, repetindo uma questão regimental e querendo reforçar um pouco da ligação do controle concentrado com o controle difuso através da chamada CLÁUSULA DA RESERVA DE PLENÁRIO, ela estabelece que o quórum para o estabelecimento de uma sessão em que vai haver julgamento de questão de constitucionalidade é um quórum de 8 ministros. 11 ministros na composição plena, mas é preciso que haja pelo menos 8 para que se possa deliberar a respeito da ADI. E aí, para que possa haver decisão no controle concentrado, num ou noutro sentido, declarando constitucional ou inconstitucional, é preciso o voto de pelo menos 6 ministros.

E aí vem uma outra característica da ADI. Pelo **art. 26 da lei 9868**, é possível perceber que a **ADI tem um caráter dúplice**. Em geral, uma ação julgada improcedente o seu pedido deveria ter como consequência um problema resolvido no âmbito do direito processual de improcedência do pedido, mas sem definição propriamente de uma questão que possa ter relevo, que possa ter definição específica de direito material. Em outras palavras, se o Supremo está dizendo que uma ADI é ou tem o seu pedido julgado procedente, ele está dizendo que a lei é inconstitucional. Porém, por ter a ADI um caráter dúplice, se ele julga improcedente o pedido, ele está dizendo que a lei é constitucional. O STF está decidindo de uma vez por todas uma questão que seria o litígio posto em discussão na ADI.

Ao declarar a inconstitucionalidade da lei, o Supremo precisa lidar com os efeitos temporais dessa declaração. A regra é, no Brasil, de que a declaração de inconstitucionalidade implica nos efeitos ex tunc, retroativos. E isso permaneceu em relação ao STF que aceitou, desde a década de 1970, que a regra dos efeitos ex tunc valeria para o controle concentrado. Só que desde a década de 1980, o Supremo começou a dar sinais da aceitação de efeitos prospectivos. Aceitou que efeitos ex nunc pudessem aparecer no controle concentrado e isso se radicalizou um pouco mais em 1990.

Quando apareceu a lei 9868/99, que tem um pai, Gilmar Mendes foi obter em técnicas de decisão que já apareciam na Alemanha, mas principalmente no disposto no **art. 282 da constituição portuguesa**, algo que ele achavam interessantíssimo e que fora pensado pelo Kelsen para a constituição austríaca de 1920, que era o conceito de **MODULAÇÃO TEMPORAL**. A modulação temporal aparece na Áustria e em diversos outros países que a aceitaram, mas ela também é aceita e aparece no contexto brasileiro. Gilmar Mendes trouxe para o **artigo 27 da lei 9868** o conceito de modulação temporal. Esse artigo da lei 9868 corresponde exatamente ao que o texto da constituição portuguesa diz. → Diz que por razões de interesse social ou segurança jurídica podem permitir que o STF atribua efeitos de três espécies:

Obs.: **Se o Supremo não falar nada na ADI é porque os efeitos são ex tunc**. Porém, a lei permite que por uma maioria de 8 ministros que haja uma modulação temporal que, ao invés de estabelecer efeitos ex tunc, possa estabelecer efeitos os outros três efeitos mencionados.

1. **Efeitos ex tunc restritos**. Marca-se uma data entre a publicação da lei e a decisão do Supremo para debitar a retroatividade dos efeitos entre essas duas datas.

Comentado [RS18]: Art. 26. A decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em ação direta ou em ação declaratória é irrecorrível, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória.

Comentado [RS19]: Artigo 282.º (Efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade)
1. A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a reinstauração das normas que ela, eventualmente, haja revogado. 2. Tratando-se, porém, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infração de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última.
3. Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido.
4. Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n.os 1 e 2.

Comentado [RS20]: Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

2. **Efeitos ex nunc.** Daqui pra frente.
3. Efeitos pró-futuro. Não tem uma limitação temporal. Pode alcançar até o infinito.

- 8 ministros para deliberar sobre a constitucionalidade.
- 6 ministros para aprovar pela inconstitucionalidade/constitucionalidade
- 8 ministros para optar pela modulação temporal.
- O Supremo não admitia, mas passou a admitir embargo de declaração para modulação temporal.

Efeitos pessoais. → Se tornaram o padrão nas decisões do controle concentrado de constitucionalidade. Todos as decisões no controle de constitucionalidade concentrado vão ter efeitos erga omnes e vinculante.

Qual a diferença entre efeitos erga omnes e vinculante para a doutrina e para o STF?

O efeito erga omnes, chamado efeito geral, seria um efeito que atingiria apenas o dispositivo da decisão. “Julgo procedente o pedido para declarar a lei X do Estado de MG inconstitucional” – esse é o dispositivo, esse é o excerto final da decisão que interessa às partes, que tem a base para pensar o que a jurisdição fez em relação ao caso concreto.

O efeito vinculante seria um efeito mais amplo no contexto alemão do qual ele foi importado. Isso porque ele alcançaria não apenas a parte dispositiva da decisão, mas, também, a fundamentação da decisão. Então, não é só geral e não é só vinculante, portanto, para todos os órgãos do poder judiciário e da administração pública direta e indireta o reconhecimento da inconstitucionalidade da lei feita na parte dispositiva da decisão, o é também a razão pela qual o STF entendeu que aquela lei X do Estado de MG é inconstitucional.

É algo mais sólido, mais rígido que pensar, p. ex., na força que argumentos de uma decisão judicial possam ter. Essa ratio decidendi está diretamente acoplada ao dispositivo da decisão e se eu sei que, p. ex., que a lei X do estado de MG é inconstitucional pelo motivo Y, automaticamente, com o efeito vinculante, a lei do Estado do RJ que tem eventual conteúdo similar à lei do Estado de MG também seria inconstitucional na ótica do STF. E Alí, para sanar e prover a autoridade das suas decisões, o efeito vinculante dá aquilo que o efeito erga omnes não dá que é a POSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO DE RECLAMAÇÃO; é a possibilidade de que eu possa pegar uma decisão do STF relativa ao estado de MG, questionar eventual lei de outro estado perante aquela decisão do STF, dizendo que aquela lei está violando a autoridade das decisões do STF ao tentar reproduzir conteúdo que já fora declarado inconstitucional pelo Supremo.

O Supremo tende a declarar e a tecer diversos argumentos para dizer que reclamação que só cabe para o diretamente interessado, mas, em diversas ocasiões, opta de forma arbitrária por reforçar a autoridade dos seus julgados sem precisar julgar novas ADIs. A razão da existência do efeito vinculante é de estabelecer um padrão de julgamentos rígido, bem delimitado para inúmeros processos a serem julgados pelos tribunais brasileiros. Tanto é assim que a reclamação vai ser cabível por motivos similares quando órgãos da administração pública direta e indireta e do Judiciário visarem descumprir conteúdo de súmula vinculante (pensou em vinculante, pensou em reclamação).

Aula dia 24/04

Pode-se fazer um estudo das demais ações constitucionais com base em comparativo com a ação de inconstitucionalidade.

Razões pelas quais o Supremo justifica modulação temporal. Art. 27, lei 9868 (ADC e ADI), segurança jurídica e interesse social.

A modulação temporal parte do pressuposto de que é possível aplicar legitimamente uma lei inconstitucional. Diante disso, a OAB ajuizou a ADI 2258, questionando vários dispositivos da lei 9868, especialmente o art. 27 e a modulação temporal. O STF juntou essa ação com a ADI 2154. → Ministro Sepúlveda Pertence: a modulação temporal deixa os legisladores e representantes do poder executivo que podem elaborar atos normativos mais à vontade para agirem do modo inconstitucional. Ex.: criar lei inconstitucional, criando impostos, ser cobrado por algum tempo.

Ministro

Aula 08/05

Arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF – veio com uma disposição da própria constituição (art. 102, §1º já fazia menção à ADPF). Quando a constituição veio, começou uma controvérsia sobre o que era ADPF porque ninguém sabia o que era. Então, havia um dissenso dentro da doutrina até mesmo sobre o que ela viria ser o próprio futuro da ADPF. A posição mais atraente na época era a posição do José Afonso da Silva que dizia que a ADPF viria a ser algo semelhante ao recurso constitucional alemão - werfassun weshberren.

Qual a história a história desse recurso constitucional alemão? → Não é um recurso propriamente, é uma ação em que qualquer indivíduo que tenha lesado algum direito seu por ato do Poder Público possa ele, então, provocar o exercício do controle de constitucionalidade daquele ato diretamente na corte constitucional alemã. Então, é uma forma pela qual teríamos, ao mesmo tempo, uma forma de controle concentrado e concreto, porque é uma violação de um ato específico do PP que atinge um direito e que permite que qualquer cidadão leve, na Alemanha, a questão diretamente à Corte Constitucional. Isso atendido o PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE – princípio segundo o qual o recurso constitucional só é cabível se o autor demonstrar que não há nenhuma outra solução dada por outro instrumento jurídico dentro da ordem jurídica alemã. Esse é o recurso constitucional alemão.

Em países como, p. ex., El Salvador, você tem um tipo de recurso como esse, você provoca a jurisdição constitucional concentrada da corte constitucional salvadorenha através de uma ação que pode vir de qualquer cidadão.

NO Brasil. De 1988-1999, todas as ADPFs que eram ajuizadas no Supremo, o STF nem conhecia sobre aquela ação, rejeitava de início, rejeitava qualquer análise porque não conhecia essa arguição, porque ela não aparecia como algo possível de ser discutido naquele momento sem a regulamentação legal. Em 1999, após a tramitação de um projeto de lei em que participaram ativamente dois juristas brasileiros, Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Mendes, e conseguiram fazer aprovar um projeto na Câmara que regulamentava o que eles entendiam como ser uma ADPF. Porém, como toda aprovação legislativa, teve algumas derrotas e uma delas foi na inclusão, na lei da ADPF, da possibilidade do seu ajuizamento não só pelos legitimados à propositura da ADI, mas também por qualquer cidadão. Lei 9882/99. Art. 1º, II. → VETADO. Porque isso saiu do projeto de lei quando saiu da câmara dos deputados e foi para a sanção presidencial do FHC, cujo advogado-geral da União era Gilmar Mendes. O Gilmar Mendes afirma que isso ia assoberbar o Supremo, o que é um argumento que tem alguma razão. E levando em conta que essa questão era de interesse público, o presidente FHC veta o dispositivo que diz que a ADPF é mais um instrumento claro de controle concentrado, mas não propriamente concreto. E aí vem a lei.

ADPF. Legitimados: art. 103 da CF/88.

Com todos aqueles requisitos a serem cumpridos: pertinência temática, enquanto outros tem legitimidade universal.

Comentado [RS21]: 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

Comentado [RS22]: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm

Parâmetro da ADPF. O preceito fundamental. O Gilmar Mendes faz uma lista do que ele acha que é preceito fundamental. O próprio Supremo acabou se colocando na seguinte “indefinição”/definição sem definição – diz que o preceito fundamental precisa ser aferido em cada caso concreto. Então, eu preciso, em cada ADPF, de demonstrar qual é o preceito fundamental da constituição que está sendo violado. Aí o Supremo vai sopesar para definir o que preceito fundamental em cada caso. Então, os dispositivos dos artigos 1º ao 5º da Constituição serão facilmente colocados como preceitos fundamentais. E aí é muita coisa. Argumentativamente, os legitimados vão tentando colocar lá.

Objeto da ADPF: ato do poder público. Aí que aparece a intervenção do Gilmar Mendes nessa lei porque ele pensou que a jurisdição constitucional do Supremo em relação à ADI foi construída com diversas restrições. Por exemplo, o Supremo não julga ADI de lei anterior à constituição, de lei municipal, de ato de efeitos concretos. E aí, o Gilmar pegou isso tudo e incluiu dentro desse ato do Poder Público. Ato do Poder Público não é só ato do legislativo, é algo muito mais amplo e que, portanto, inclui o poder legislativo, executivo e judiciário. A lei diz expressamente, então, para cobrir aquele espaço da jurisdição concentrada que não havia sido alcançado por meio da ADI; e, também, atos dos poderes público anteriores à constituição podem ser objeto de ADPF. Temos visto que boa partes dos casos mais famosos em relação à ADPF têm sido discutidos em relação a atos anteriores à constituição – lei de anistia de 1979, a ADPF 153 e a 320; a lei de imprensa, a ADPF 130; o código penal no que concerne às suas determinações sobre o aborto, especialmente em relação à anencefalia fetal, a ADPF 54; houve também a ADPF relacionada à criminalização de atos homoafetivos em quartéis em relação ao Código Militar etc.

A lei vai ser bastante extensa, dizendo que não depende só de ser um ato da esfera federal, mas que pode ser um ato do poder público federal, estadual e municipal. Com o ato do poder público municipal, a ADPF pega aquilo que estava fora da ADI.

Ademais, quando se fala em ato do poder público não é a mesma coisa que falar de lei ou ato normativo. O ato do poder público pode ter, também, efeitos concretos. Temos, então, uma atuação bastante extensa quando se trata de jurisdição constitucional com o advento da ADPF.

Pressuposto da ADPF. A ADPF também tem uma delimitação específica para evitar que o número de causas aumente no Supremo. A questão é que como a ADPF veio do Projeto de Lei como uma possível extensão dos legitimados para qualquer cidadão e depois isso foi vetado, a lei cuidou de tentar um aumento excessivo de ADPFs no Supremo incorporando o PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE. A lei estabelece, portanto, que a ADPF tem como pressuposto a demonstração pelo legitimado do cumprimento do princípio da legitimidade – tem que mostrar a ADPF é o único meio possível para sanar a lesão do preceito fundamental existente na jurisdição constitucional. Ex.: se se trata de uma lei estadual posterior à constituição de 88, em tese, cabe ADI? CABE. Se cabe ADI, não cabe ADPF.

Espécies de ADPF. Com a regulamentação, apareceu duas espécies para a utilização da ADPF:

1. ADPF ABSTRATA. O ato do Poder Público é muito mais em caráter de um ato normativo. Mas eu sei que para aquele ato normativo não cabe ADI, então cabe a ADPF abstrata. (Faz a ADPF ficar parecendo uma ADI).
2. ADPF CONCRETA. É preciso também, que o legitimado demonstre que há uma controvérsia judicial que precisa ser resolvida via ADPF. (Faz a ADPF ficar parecendo uma ação declaratória de inconstitucionalidade).

A MEDIDA CAUTELAR é parecida com essas espécies de ADPF. Pode ser de duas modalidades:

1. SUSPENSÃO DO ATO DO PODER PÚBLICO até o julgamento final.

2. SUSPENSÃO DE TODOS OS PROCESSOS que discutem a questão no Brasil.

Quanto ao processo da ADPF, observa-se que a ADPF foi interessante em termos democráticos porque a ADPF possibilita aqueles mesmos instrumentos de participação que acontecem para a ADI e para a ADC. É possível, então, *amicus curi*, audiência pública, assim como indicação de peritos na ADPF.

A ADPF tem uma regulamentação interessante em relação à participação do Advogado-Geral da União. O AGU PODE PARTICIPAR do processo da ADPF, a critério do relator.

Na ADI, o AGU TEM QUE PARTICIPAR, porque depende a presunção de constitucionalidade das leis.

Na ADC, o AGU NÃO PARTICIPA.

O Procurador-Geral da República tem que dar parecer em qualquer processo que tramita no Supremo.

A decisão, na ADPF, tem que ser tomada por uma maioria de seis ministros, julgando procedente ou improcedente o pedido. Porém, a ADPF também possibilita a modulação temporal – o quórum para modulação temporal é de oito ministros.

Mais duas situações de exercício do controle de constitucionalidade concentrado.

Não são propriamente ações, mas que estão dialogando com o papel do Supremo na Jurisdição Constitucional, principalmente reforçando o papel do STF.

1. RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL.

O SUPREMO tem reiteradamente julgado várias reclamações que reforçam ainda mais o seu papel na jurisdição constitucional.

A reclamação constitucional tem duas finalidades:

- a. Preservar as competências do STF;
- b. Ou garantir a autoridade/a força das suas decisões. Desse “*garantir a autoridade das suas decisões*”, extrai-se que a reclamação visa preservar o efeito vinculante, que é próprio das ações do controle concentrado.

Na reclamação, o Supremo define que qualquer interessado no resultado do julgamento principal que se visa preservar ou mesmo da autoridade das decisões do Supremo é parte hábil para a reclamação no Supremo e o MP (PGR) também. Ex.: durante a tramitação de uma ação penal contra o tenente Ustra, uma das coisas que ele fez foi para discutir a questão em 1ª e 2ª instâncias, aí ele ajuíza uma reclamação no STF que suspende o julgamento que vinha ocorrendo na 1ª e 2ª instância por suposta violação do Supremo na ADPF 153.

Então, as decisões do Supremo podem redundar tanto em suspensão dos processos como, também, cassação de decisões judiciais contrárias à decisão principal do Supremo. É instrumento, portanto, drástico. Alguns dizem que a mãe dessa reclamação é a antiga vocatória que existia no regime militar.

SÚMULA VINCULANTE

A súmula vinculante segue a mesma lógica de se achar que mais segurança jurídica é exatamente proporcional a mais segurança dos contratos, mais economia etc., ou seja, corresponde a uma nova etapa

de reforma do poder judiciário brasileiro que atenderia a interesses econômicos preocupados com o cumprimento padrão de contratos, de determinadas políticas econômicas no Brasil. Essa nova etapa aconteceu em 2004 com a Emenda Constitucional 45, chamada Reforma do Judiciário. Essa reforma do judiciário teve direta influências em três questões principais do controle concentrado brasileiro:

1. Diz que todas as decisões do governo em ações do Supremo do controle concentrado têm efeito vinculante. Diz isso expressamente porque já haviam ADIs no Supremo questionando o efeito vinculante dado pela ADC. O Supremo vinha dando sinais que o efeito vinculante não era problemático, mas, para acabar com a discussão, vem uma emenda constitucional e afirma isso.
2. O que se cria nessa questão de tentar industrializar a produção em série das decisões judiciais e de uniformizá-las de uma vez por todas de cima para baixo é a chamada REPERCUSSÃO GERAL DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Também vem com a EM 45/2004.
3. Cria-se um instrumento pelo qual o Supremo põe fim às controvérsias constitucionais de uma forma direta e de ofício – a chamada SÚMULA VINCULANTE.

Súmula existe, no direito brasileiro, desde pelo menos 1964. Em 1964, o Supremo começa a editar súmulas que seriam correspondentes à sua jurisprudência majoritária – sempre que o Supremo direcionasse o seu entendimento para determinada questão, o STF editava um excerto do seu entendimento e publicava aqui. Publicou inúmeras súmulas até 2004, como sendo orientações de jurisprudência. Só que súmulas não são vinculantes, são orientações, de modo que pode os magistrados seguir ou não. Em 2004, alguém teve a brilhante ideia do Supremo somar às suas súmulas o efeito vinculante. Não que as súmulas anteriores fossem imediatamente atribuídas com o caráter vinculante. A partir de 2004, o STF pode passar a editar essa súmulas vinculantes.

E aí a ideia era realmente engessar as coisas. Porque a súmula vinculante pode ser editada, revista ou cancelada.

A súmula pode ser editada, revista ou cancelada de ofício pelo Supremo, ou por provocação dos seguintes legitimados: art. 103 da CF, mas a regulamentação legal da súmula vinculante adicionou mais três legitimados – quaisquer tribunais do país, o defensor público geral da União e qualquer município de forma incidental. O município, então, precisa ser parte num processo específico que discuta uma questão que esteve em andamento no Supremo e em outros tribunais, e que seja uma questão constitucional controversa. Se ele for parte em um determinado processo, o município pode pedir edição, revisão ou cancelamento de uma súmula vinculante que tenha haver com aquela discussão do seu processo. Por isso se diz que o município atua de forma incidental.

No processo da súmula vinculante pode haver participação de **Amicus Curiae**, pode haver audiência pública, participação de técnicos relacionados à questão da súmula vinculante.

O processo da súmula vinculante tem um pressuposto que é a **controvérsia constitucional** – então, a constituição diz expressamente que tem que haver dissenso entre os juízes, eles têm que estar discutindo a questão. Não pode ser uma questão que o Supremo retire “do nada”. → Só que o Supremo já fez isso, como no caso da súmula vinculante nº 5, aquela que estabelece que não fere a ampla defesa a ausência de advogado em processo administrativo disciplinar de servidor público; só que o STF editou essa súmula com base em um número reduzido de processo e logo depois do STJ ter editado uma súmula justamente no sentido contrário. O STJ cancelou depois a súmula.

A decisão tem que ser uma decisão por maioria de 2/3 dos ministros do Supremo.

Na súmula vinculante também pode ter modulação temporal.

Comentado [RS23]: *Amicus curiae* ou amigo da corte ou também amigo do tribunal (*amici curiae*, no plural) é uma expressão em Latim utilizada para designar uma instituição que tem por finalidade fornecer subsídios às decisões dos tribunais, oferecendo-lhes melhor base para questões relevantes e de grande impacto.

Na decisão, o ato administrativo que descumpra súmula vinculante cabe, para o Supremo, reclamação. O Supremo pode cassar decisão judicial e determinar que o juiz ou o tribunal profira outra decisão num ou no mesmo sentido da súmula. Há um grau de discricionariedade possível para o Supremo naquela situação concreta, para que uma outra interpretação seja dada para essa situação concreta, mas mantendo a súmula vinculante de pé, mas no sentido diverso daquele sentido que tanto o Supremo teria dado em termos de súmula vinculante quanto o magistrado teria encontrado na decisão que ele proferira.

O Supremo já tem sido bastante criticado no que diz respeito à súmula vinculante.

Aula dia 15/05

Pós 2ªGM – crescimento bastante expressivo do número de cortes constitucionais, ter uma constituição escrita e passando a adotar um sistema de controle de constitucionalidade judicial. De um lado, teremos algo acima de 190 países adotando o sistema de controle de constitucionalidade.

Por outro lado, observa-se um outro movimento para a disciplina da pós, Hugh Herschel (?) trabalhar o conceito de juristocracia para tentar entender como que um país que já tinha tradição manifestada no regime de common law ou tinha mais razões para adotar o common law, em que o Parlamento é aquele que finaliza a questão sem que haja uma possibilidade de revisar a decisão judicial ou constitucional, mesmo esses países caminharam para estruturar uma constituição escrita ou uma declaração de direitos e, de outro lado, criar cortes com competências para julgar e aplicar de forma coercitiva essas declarações de direitos ou essas constituições. O Herschel vai trabalhar com quatro casos, que são os do Canadá, Israel, Nova Zelândia e África do Sul para mostrar que esses países têm mais razões para manter um sistema mais próxima do sistema inglês, mas não caminharam na direção do sistema inglês; caminharam para a construção de um sistema que terá a atuação de juízes. Herschel vai falar que isso não é porque as pessoas passaram pelas ruas, que é porque movimentos sociais queriam constituições para defender os seus direitos etc. Na verdade, isso é fruto de decisão de certas elites políticas que veem ameaçadas em certos contextos, ou por direitos de minorias, ou por discussões e mudanças no clima político que lhe parecem ameaçadoras, e, então, eles compõem com juízes um certo interesse. Interesse de preservar as suas atribuições ou de expandir o seu poder, seja interna ou externa. Então, cria-se uma lei básica, fundamental e atribui-se a uma suprema corte o poder de aplicar com uma força coercitiva o direito estabelecido nesses documentos. E aí é uma forma de exercício de controle de constitucionalidade que acaba acontecendo nesses casos.

Se você disser isso de países que caminharam nesse sentido apesar da tradição de common law, aí o Herschel vai mostrar que, nos últimos 20 anos, isso não contribuiu nada em relação a redistribuição de direitos, muito pelo contrário, houve piora em sistemas que já tinha índices de desigualdade de direitos que era ruim, e imagina o que será dito de países em que já havia consolidado um sistema muito claro, predefinido de controle de constitucionalidade. Aí acaba ficando a razão com autores como Jeremy Waldron que terão um pé atrás em relação ao controle de constitucionalidade.

Observa-se a partir das discussões, portanto, países como os EUA que têm uma tradição de se preocupar, de achar que o judiciário tem um papel muito importante, se aparecem posições controversas (Jeremy Waldron), republicanas (nem deveria ter controle como esse), mesmo em países como esse, a centralização na dicção sobre o sentido da constituição permaneceu com o judiciário.

Vão aparecer publicações da década de 1980 ou mesmo recentes (American Profers) que comparam juízes a deuses, profetas etc. Então, acaba-se construindo uma base para o que poderia ser uma *juristocracia* de verdade. Uma forma pela qual se pode atribuir cada vez mais e mais poderes ao Poder Judiciário.

Na Europa, não foi diferente e o sistema de controle de constitucionalidade contribuiu muito para isso, aliado ao que se costumou chamar de neoconstitucionalismo que vai fazer com que as cortes tenham um papel fundamental na ordem constitucional. Esse neoconstitucionalismo como ele é chamado no Brasil, vai aparecer em países como a Alemanha com essa centralidade depositada no Tribunal Constitucional Federal Alemão – desde a década de 1950, esse tribunal é uma instituição essencial para mudança e desfazimento do regime nazista e na construção de uma nova imagem do judiciário a partir da lei fundamental de Bonn. Os debates que precedem justamente a adoção da lei fundamental de Bonn vão nesse sentido; a lei fundamental de Bonn parece com várias constituições de Estados que vinham sendo implementadas logo depois da 2ªGM, mas ela também vai trazer a centralidade de defesa do judiciário. A lei fundamental de Bonn foi desenhada para que a corte constitucional tivesse sim um papel fundamental e ela não se desvincilhou desse papel, porque entendeu-se que a corte constitucional não era um órgão do judiciário tradicional, o judiciário tradicional era, em suma, nazista e a corte seria formada por pessoas opositoras do nazismo, que eram frontalmente contra o nazismo. Essas pessoas acharam que conduziram a partir de 1958, principalmente, um tipo de entendimento, de leitura da corte constitucional alemã que pudesse ser mais adequado como judiciário mais proeminente, mais forte. Passou a ser chamado de JURISPRUDÊNCIA DE VALORES, às vezes uma expressão meio controversa, mas que tenta sintetizar a ideia de que a lei fundamental de Bonn É ORDEM CONCRETA DE VALORES E QUE CABE À CORTE DEFENDER ESSA ORDEM CONCRETA DE VALORES.

Alexy é o principal nome que leva essa bandeira pra frente. Alexy tem a sua própria concepção sobre o papel e a legitimidade da corte constitucional. O autor defende que a corte constitucional deve exercer um papel de espaço do diálogo, do debate ou de defesa de uma extensão ou representação argumentativa da sociedade. A corte não exerce representação direta porque ela não é lei, ela não foi feita para isso, mas, por meio dos seus votos, da sua leitura, da sua fundamentação, ela dá significado para a constituição e o significado que a sociedade espera que ela dê para a constituição.

Em situações em que você tem transição para um regime democrática e aí há uma corte que não está vinculada ao Judiciário, há uma possibilidade de que essa corte possa exercer alguma proteção sobre direitos de uma forma que não aconteceria pelo judiciário ordinário, até o judiciário ordinário era mais vinculado ao regime e ele sendo vinculado ao regime, é difícil depurar o judiciário como um todo numa transição como essa, e foi o que aconteceu com a Alemanha. Só que muitos autores vão afirmar que, na Alemanha, “o tiro saiu pela culatra”, como é o caso do Habermas, por exemplo. Esses autores vão achar que a corte constitucional passam a atuar e se debruçar sobre questões que não deveriam ser parte da suas competências.

No BRASIL, nós tivemos uma transição complicado e a constituição de 1988 que derivaria de uma Assembleia Constituinte bastante democrática, não conseguiu engendrar, estabelecer, fixar um sistema constitucional que fosse próprio de um sistema democrático. Ainda que o texto tenha espaço para leituras desse tipo, se paramos para prestar atenção, a prática institucional foi aquela que manteve resquícios do regime ditatorial. Nenhuma mudança drástica aconteceu.

Década de 1960-1970. Quais autores começam a aparecer como autores fundamentais para se pensar o direito constitucional brasileiro? José Afonso da Silva – bebe na fonte da italiana e vai trazer para o Brasil uma teoria da eficácia das normas constitucionais que vai ser mantida em diversas ocasiões para se evitar aplicar essas normas constitucionais. Publica isso em 1968, um dos livros mais importante no estudo do direito constitucional brasileiro.

Na década de 1970, um autor que ganha notoriedade, que tem um diálogo com várias áreas do direito e que vai tentar fazer uma leitura da constituição que não é uma leitura muito crítica, que é muito mais legitimadora do regime daquele momento que foi o Pontes de Miranda. Dentre outros estão Francisco Campos, Manuel Gonçalves Ferreira Filho que escreve um livro chamado *Democracia Possível*. Sobre o próprio direito constitucional numa perspectiva filosófica outro autor que tem influência é Miguel Reale.

Esses autores vão, de alguma forma, conformar o direito constitucional que aparece na década de 1980 quando um famoso ator constitucionalista vai defender também a sua tese sobre a **efetividade das normas constitucionais**, muito importante naquele momento e que tentava superar muito do que vinha no pensamento do autor José Afonso da Silva, mas que tem também as suas limitações – o nome dele: Luís Roberto Barroso. Barroso vai criar certas chaves de leitura para a constituição de 1988 que vão acabar por ter influência no judiciário.

Estavam acostumados a achar que a carta constitucional seria algo sem muita efetividade, quando chega na constituição de 1988 e essas pessoas continuam a trabalhar sobre o mesmo pano de fundo, nada vai mudar. Durante a constituinte de 87/88, discute-se a criação de uma corte constitucional no Brasil e essa discussão para, é abafada diretamente. Aliás, o judiciário e o próprio STF foram pressionar os constituintes diretamente para que isso não acontecesse porque a corte constitucional não seria integrada com os juízes do Supremo e os juízes do Supremo não queria perder o poder que eles tinham. Lembrando que em 88, 9 dos 11 ministros eram egressos do regime ditatorial.

A discussão que aparec hoje no âmbito historiográfico é que toda vez que o judiciário queria preservar uma prerrogativa ou criar uma nova prerrogativa em termos corporativos, ele falava que essa prerrogativa era para assegurar imparcialidade. Esse judiciário agora precisava ser imparcial porque o judiciário era coagido pelo sistema ditatorial, sendo que o número de perseguições e cassações de juízes foi muito restrito. A ação do judiciário foi mais de proximidade, concordância e apoio.

Na década de 1990, o Supremo será enfrentado diversas vezes para dizer qual a efetividade de diversos direitos, como qual era a efetividade de um dispositivo que existia no art. 192 da CF que estabelecia que as instituições financeiras poderiam cobrar só juros de até 12 por cento ao ano. Porém, o Supremo dizia que essa era uma norma de eficácia limitada, nós precisamos, então, que uma lei regulamente o sistema financeiro no Brasil e essa lei que vai estabelecer essa limitação de juros – e essa lei nunca apareceu, todavia. E aí o Supremo manteve essa posição durante toda a década de 1990 até que uma emenda constitucional retirou da constituição esse dispositivo.

Observa-se que isso foi se repetindo durante a década de 1990, que o Supremo mantinha uma posição muito cética em relação à constituição de 1988, senão uma posição reservada de não se posicionar. O ministro Moreira Alves, que permanece no STF até 2002, vai ser alguém que vai capitanear muito o que Supremo vinha fazendo e direciona muito a jurisprudência do Supremo; vai chegar num ponto de definir uma tese específica sobre o que uma declaração de constitucionalidade, vai definir muito o que o Supremo vai fazer.

Na década de 2000, o Supremo vai sofrer uma série de mudanças, uma reviravolta. Aparece uma vaga no Supremo e o FHC nomeia o AGU, Gilmar Mendes, para ocupar. Gilmar Mendes havia sido orientado pelo Moreira Alves no seu mestrado na UNB. Gilmar Mendes tinha uma carreira acadêmica influente. Alguns autores mais progressistas como Bonavides eram estudos, mas não geravam impacto na maioria.

Alguém tem a ideia de fazer um curso mais palatável. O sujeito que era promotor de justiça em SP, viu que também era bom ser professor e escreve um livro que acaba estourando, o Alexandre de Moraes. Torna-se

um sujeito que vai formar diversas pessoas e que depois vão ingressar em carreira jurídicas. Tudo pode ser piorado.

Paralelamente ao aprofundamento dos manuais, há, também, um aprofundamento de exigência teórica.

O Virgílio Afonso da Silva vai para a Alemanha e faz seu doutorado com Robert Alexy e aí você tem o problema do neoconstitucionalismo Brasileiro começando a brotar. O Barroso contribui mais para essa ideia de neoconstitucionalismo porque ele vem com essa ideia de efetividade e depois ele também se sente seduzido por essa questão de que a constituição é uma ordem concreta de valores, de que os direitos fundamentais têm que ser ponderados, de uma colisão de direitos, sem muito rigor metodológico, mas achando isso muito interessante e ultra sofisticado, porque na outra ponta o que estava no Brasil era o Positivismo que pegava a lei e aplicava ela – a lei resolve o problema. E o princípio da proporcionalidade é a tábula de salvação para todo mundo aqui no Brasil.

Aí o Gilmar Mendes também percebe que isso é interessante e começa ele a trabalhar com o Alexy na década de 2000. Faz seu manual e vai incorporando tudo isso e passa a justificar muita coisa no controle de constitucionalidade com base na teoria alexyana porque a teoria do Alexy tende a dar mais poderes para os juízes.

E aí começa esse movimento que poderia ser sintetizado como neoconstitucionalismo no Brasil que vai encontrar como adeptos o Barroso, o Gilmar Mendes (com as devidas ressalvas), Virgílio Afonso da Silva, Daniel Sarmento, dentre outros autores, que começam a defender que a máxima da proporcionalidade é algo fundamental sem perceber que um excesso de poder estava sendo depositado no judiciário. Acaba que se tem como resultado justamente o fato de que quando percebemos que alguns dos direitos previstos na constituição não vão ser institucionalmente garantidos pelo legislativo e pelo executivo, passa-se a recorrer ao judiciário.

Todo esse espaço em que o judiciário pode atuar de forma proeminente. O que acontecer é que pelo menos desde a década de 1950, nenhum dos tribunais achavam que a solução era tão somente chegar e falar que as coisas são inconstitucionais. E aí os tribunais começam a apostar as fichas em um caminho que pudesse ser diverso. Se as pessoas estão legitimando o judiciário, invés das pessoas declararem a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade pura e simplesmente, ele mesmo não toma uma decisão que fique no meio do caminho, que quebre com esse código binário; que fique no meio do caminho, mas não que fique no meio do caminho para resolver nada, mas que fique no meio do caminho para resolver as coisas na ótica do próprio judiciário. Se nós podemos recorrer a esse ativismo judicial, porque não colocar esse ativismo judicial TAMBÉM dentro do controle de constitucionalidade? A questão é como fazer isso bem feito.

Era necessário uma expressão que pudesse condensar tudo isso. Na década de 1990, houve uma série de conferências das cortes constitucionais europeias e aí teve esse ideia. → Nós achamos que essa conferência deveria discutir um problema que é recorrente na corte dos tribunais, porque eles não ficam mais naquele básico constitucional-inconstitucional, eles adotam o que se chama de SENTENÇAS INTERMEDIÁRIAS que são decisões que rompem com o código binário constitucional/inconstitucional, ultrapassando-o. Todo esse arcabouço de técnicas pode ser chamado de sentenças intermediárias/sentenças intermediárias.

Podemos fazer uma classificação um pouco mais singela para entender o que entra dentro dessas sentenças intermediárias.

1. Primeira subespécie seriam as chamadas SENTENÇAS INTERPRETATIVAS – partem de um pressuposto básico, de que há uma diferença entre norma e texto de norma. Não dá para dizer que o art. 121 é o uma norma, é um texto de norma, p. ex. A partir dessa distinção, as sentenças interpretativas vão

assumir como possível que a gente faça temperamentos sobre o que possa significar o sentido da norma. E aí vão aparecer técnicas como, p. ex., a INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. Pode ser que as pessoas estejam discutindo o sentido da constituição e aí é necessário mostrar qual o sentido que ali faz mais sentido. Pode ser também que o papel da corte seja de dizer qual o sentido que é inconstitucional, aí vai ser o contrário e a técnica será de DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM REDUÇÃO DE TEXTO – eu aponto o sentido em que o texto é inconstitucional.

- Podemos encontrar algumas técnicas mais sofisticadas e, aí, cortes mais ativistas como a corte constitucional italiana vão entrar num terreno mais complexo e vão afirmar que vai o legislador devia ter dito outra coisa ou que ele deixou de dizer uma coisa que deveria ter dito, tem que acrescentar, e esse é o terreno das chamadas técnicas das chamadas **SENTENÇAS MODIFICATIVAS**, das quais podemos separar as **SENTENÇAS ADITIVAS** (acrescentam algo) e as **SENTENÇAS SUBSTITUTIVAS** (elas que dizem que o que o legislador delimitou está errado). Dentro ainda desse terreno porque as sentenças aditivas e substitutivas trabalham todas com o conteúdo da decisão; dentro desse terreno poderíamos acrescentar uma outra técnica que tem se tornado famosa devido à Corte Constitucional Colombiana – as **SENTENÇAS ESTRUTURAIS**. Traçar um plano de governo – tudo que for feito tem que seguir esse plano de regras e depois vai aferir se o que você fez está de acordo com essas regras. As sentenças estruturais aparecem a partir do **ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL (ECI)**.
- Além disso, vamos discutir a chamada **INCONSTITUCIONALIDADE POR ARRASTAMENTO** (DENTRO do conteúdo das decisões).

Comentado [RS24]: O Supremo fez isso da ADPF 347 do sistema prisional.

Dentro dos efeitos, o que vamos perceber.

Primeiro, fala-se principalmente em relação às chamadas **SENTENÇAS TRANSITIVAS** – nessas, o que se discute é justamente como afastar, como limitar a supremacia constitucional. Vamos dizer se é constitucional ou se é inconstitucional, e vamos colocar uma limitação bastante severa. A gente pode fazer isso, p. ex., através das sentenças de **MODULAÇÃO TEMPORAL**.

Podemos falar, também, de uma outra técnica de origem alemã que é a chamada **DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM PRONÚNCIA DE NULIDADE**. É inconstitucional, mas deixa pra lá. A ideia por trás disso seria que declarar a inconstitucionalidade seria pior do que conviver com a inconstitucionalidade.

Tem também o chamado APELO AO LEGISLADOR em que declara-se a constitucionalidade, mas com um olho na sua futura e progressiva inconstitucionalidade.

Também é preciso mencionar no âmbito dos efeitos o **EFEITO VINCULANTE** e **REPRISTINATÓRIO**.

AULA DIA 29/05

Passamos para um momento em que não é possível mais resolver as questões de constitucionalidade dizem que algo é constitucional ou inconstitucional.

Essa ideia é uma ideia interessante de ser recuperada porque muita gente vai criticar, p. ex., a jurisprudência de valores (que o professor defender ser a base por trás dessas decisões todas) que vai criticar dizendo que essa jurisprudência de valores defende que é possível decidir questões de justiça e de direito fazendo ponderações ou usando códigos graduais, ou seja, eu posso relativizar os direitos a serem aplicados. Permeia toda a discussão e a tipologia e as formas de decisão no controle de constitucionalidade.

E aí autores como Luman e Habermas vão dizer que o direito funciona num código binário, ou você diz que uma questão é correta ou incorreta, ou você diz que ela é justa ou é injusta. Não há como você não fazer esse raciocínio quando você está falando de inconstitucionalidade. Ou é constitucional ou é inconstitucional. A decisão precisa ser o resultado específico que tenta proclamar que há força normativa no direito vigente ou na constituição vigente. Essa força normativa só aparece quando falamos de um código binário. Se eu falar do código como um código gradual (é mais ou menos constitucional ou inconstitucional), então, estou relativizando o código do direito. O Luman diria que você não está trabalhando com o sistema do direito, mas com o sistema da política, da economia etc; esses sistemas aceitam algum sistema de relativização porque eles funcionam desse jeito. Se você está trabalhando com uma lógica que é relativa, que é gradual, você está saindo fora do sistema jurídico; se você está saindo fora do direito, não é do direito que se trata.

A pergunta que aparece quando falamos de sentenças intermediárias diz respeito à própria classificação. Se você de uma decisão intermediária, de sentenças intermediárias, você parte do pressuposto de que o sistema jurídico não é binário. Porém, observa-se que os tribunais têm adotado essa tipologia, ainda que prefiram não adotar a expressão “sentenças intermediárias”. Um termo que para nós pode ser inadequado na perspectiva do CPC, mas não é inadequado em termos comparativos. Em geral, os autores aceitam que o termo sentença possa ser interessante.

Já vimos um pouco dessa tipologia.

Verifica-se que existem as sentenças interpretativas que dizem respeito ao conteúdo da decisão existem as sentenças interpretativas que dizem respeito ao conteúdo da decisão. Então, eu estou trabalhando sobre a forma como o juiz, o tribunal vai enxergar a lei. Eu não preciso dizer se ela é constitucional ou inconstitucional, e, nessa forma, ele trabalha mesmo sobre o conteúdo da decisão – qual o resultado que vai constar do dispositivo da decisão; esse resultado pode apontar para sentenças que seriam sentenças interpretativas ou apontar para sentenças substitutivas.

Nas sentenças interpretativas, o pressuposto básico é que o texto da lei admite diversas interpretações. Esse pressuposto é um pressuposto da teoria do direito como um todo. Mas aí autores vão dizer que você não trabalha com a lei que está no vade mecum, mas com o sentido que você pode obter daquele texto. Ora, se você pode obter sentidos de um texto, obviamente, eles não estão enclausurados no texto porque ele não consegue fechar todos os sentidos – isso é um pressuposto hermenêutico fundamental. Daí eu posso ter diversas e inúmeras interpretações e, se isso acontece, eu vou ter sentenças/decisões que não vão dizer que a lei é propriamente inconstitucional; eles vão tentar dizer em quais sentidos a lei é constitucional e em quais sentidos ela é inconstitucional.

Na primeira tipologia que aparece, eu tenho uma interpretação conforme a constituição. Daqui se pode guardar que a interpretação conforme a constituição quer aproveitar a lei, não quer declarar a lei inconstitucional. Ou seja, se há um pedido de declaração de inconstitucionalidade, logicamente o pedido deve ser julgado improcedente. ADI – na sua petição inicial, esse pedido tem que ser julgado improcedente porque eu preciso aproveitar a lei, quero manter ela no ordenamento.

Na segunda tipologia, entendeu-se que isso poderia não ser suficiente. Vamos ser um pouco mais lógicos e daí pensar uma técnica que diga para nós quais as hipóteses são inconstitucionais; quero tentar aproveitar a lei, mas eu quero como corte ou juiz demonstrar em que sentido há uma inconstitucionalidade. Eu não quero tentar aproveitar para dizer que é constitucional em um sentido, eu quero demonstrar qual o sentido em que há inconstitucionalidade. Eu quero julgar procedente o pedido, mas para um sentido específico. Então, eu vou deixar o texto intacto, mas eu aponto uma hipótese na qual há inconstitucionalidade –

declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto. Declara-se uma hipótese na qual há inconstitucionalidade, mas não há uma ação sobre o texto. Então, eu vejo que há um julgamento de procedência parcial do pedido. Pode acontecer em boa parte dos casos.

Ainda tratando do conteúdo da decisão, não falando ainda do desdobramento da decisão, vamos encontrar as chamadas SENTENÇAS MODIFICATIVAS; aqui, o espaço para que haja ativismo judicial é muito maior. A corte tem um papel ainda mais importante na formatação dos poderes, ela deve ir além, ela não deve se restringir a apenas indicar o sentido de inconstitucionalidade, quer mais. Nesse caso, eu vou dizer que o legislador eventualmente se esqueceu de algo, que ele estabeleceu determinadas definições normativas no texto, mas o judiciário pode acrescentar mais hipóteses àquela disposição textual. Na verdade, o que o tribunal o que o juiz quer é agir num sentido ainda mais corretivo no trabalho do legislador. Você poderia ter ido além, poderia ter dito mais etc. É o espaço para as sentenças modificativas e a primeira delas é a SENTENÇA ADITIVA em que esse papel de acréscimo está claro. Esse problema se torna ainda mais complexo quando a gente vai verificar como que o STF tratou da questão da omissão inconstitucional, quando ele tratou da questão do mandado de injunção. O STF passou anos achando que o mandado de injunção era para mandar um recado para o legislador e aí ele passou a entender que teria que fazer bem mais do que isso, teria que agir para resolver o problema da omissão constitucional, tratar de inúmeras questões que o legislador não tratou.

Dentro das sentenças modificativas, ainda há outro tipo ainda mais complexo. O legislador fez algo, tratou da matéria, mas a constituição pede que ele faça isso de uma maneira diferente – o juiz coloca isso. O tribunal vai afirmar isso, mas não vai deixar um vácuo normativo e aí substitui a vontade do legislador. – SENTENÇAS SUBSTITUTIVAS.

Dentro do bojo dessa questão, ainda vamos tratar da INCONSTITUCIONALIDADE POR ARRASTAMENTO, que não é propriamente uma técnica, mas que diz respeito ao conteúdo da decisão, mas que podemos colocar como um adendo empregado pelo Supremo com frequência. Declaração de inconstitucionalidade que não pode se contentar meramente com a declaração de inconstitucionalidade da lei, mas preciso também declarar inconstitucional um decreto, um dispositivo que está diretamente conectado com a lei etc., que não foi colocado pelo autor.

Efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

SENTENÇAS TRANSITIVAS – eu vou colocar uma série de técnicas que vão estar trabalhando mais com os efeitos da decisão. Algumas delas são exatamente ou têm ligação com a própria noção de sentença transitiva. Quando se fala de sentença transitiva, eu quero muito mais transacionar, fazer uma transação com o princípio da supremacia constitucional. Eu sei que a constituição que manda, que determina, que é a norma por excelência da ordem jurídica, algo basilar, mas, ainda sabedor disso, eu sei que que posso atenuar essa soberania constitucional. E isso vai aparecer mais claramente em três técnicas. A primeira delas a chamada **sentença de modulação temporal**. Essas dizem respeito ao modo como tratar o problema da inconstitucionalidade em relação ao tempo. A lei é aprovada num tempo X e a corte decide num tempo Y, mas nunca conseguem ser exatas e rápidas, a não ser quando é interesse deles. Na modulação temporal, eu vou lidar claramente com esse problema; efeitos ex tunc, ex nunc, ex tunc restritos e. Uma inconstitucionalidade pode gerar um fato tão ruim que é melhor ficar com a lei inconstitucional – aí eu faço mesmo a transação mais ampla possível; vou dizer que nesse ponto é aceitável que o inconstitucional sobressaia sobre o constitucional e sem ter para delimitar isso no futuro – isso é a chamada DECLARAÇÃO DE INCOMPATIBILIDADE ou DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM PRONUNCIA DE NULIDADE (sempre tentar guardar o adágio que o Gilmar Mendes lembra de um autor alemão – “o tribunal não pode

dar pedra invés do pão”; se o Supremo declarar inconstitucionalidade sem resolver esse problema, sem dizer que talvez seja necessário tolerar ali aquela inconstitucionalidade, ele estará dando pedra ao invés do pão solicitado). Então, é necessário, às vezes, que o tribunal faça concessões em termos políticos e tolere que uma lei inconstitucional fique na ordem jurídica.

Às vezes você tem uma corte que precisa lidar com o passado dela, que precisa talvez entender porque que ela tem um papel importante na ordem jurídica, porque ela precisa entrar mais na política etc., e aí a corte ser mais proativa ainda; ela tem que dizer exatamente o que o Estado tem que fazer. E ao fazê-lo, ela tem que colocar exatamente as condições que têm que ser cumpridas pelo Estado e, depois disso, a Corte ainda vai fiscalizar se o Estado cumpriu aquelas condições. Esse tipo de sentença é chamada de sentença construtiva é que se pode denotar do chamado Estado de Coisas Inconstitucional, construído pela corte constitucional colombiana. É no sentido de quase traçar uma ordem de tarefas, dizer quais leis devem ser feitas, quais leis devem ser implementadas e, depois, fiscaliza-se se aquilo foi cumprido, para só talvez no futuro reconhecer uma plena inconstitucionalidade. Claro que isso vai acontecer em situações limites, complexas.

Por último, ainda na questão dos efeitos, podemos trabalhar com os efeitos VINCULANTE E REPRESINATÓRIO, porque eles vão ter efeito sobre a forma como o tribunal age.

O efeito vinculante é uma forma ainda mais complexa. Se você diz que o tribunal pode declarar uma lei inconstitucional, porém apenas em um sentido, porém você atribui a isso um efeito vinculante, você está partindo do processo de que um determinado sentido obtido pelo tribunal pode obrigar a todos e pode refutar eventuais outros sentidos que poderiam ser pensados. Então, eu faço duas coisas contraditórias – eu aceito que a corte possa dizer que sobre um texto há diversas interpretações possíveis e, ao mesmo tempo, eu permito que a corte escolha uma daquelas interpretações para ser a interpretação exclusiva e acaba sendo uma contradição em termos. Porém, **a nossa lei 9868/99 permite isso, atribuindo à interpretação conforme a constituição a possibilidade de efeito vinculante.**

E o efeito repristinatório diz respeito ao próprio modo como o tribunal se relaciona.

E aí a gente precisa saber o que vai acontecer em hipóteses de inconstitucionalidade de uma lei ulterior, posterior a uma determinada lei pode fazer com que uma lei ressurgja dentro da ordem com força jurídica.

Interpretação conforme a constituição. Não é novidade. Virgílio Afonso da Silva lembra que a própria corte da Flórida já falava em interpretação conforme a constituição lá em 1953. Os tribunais falam realmente da interpretação conforme a constituição de forma recorrente, em uma necessidade de saber qual é o sentido que pode ser obtido da constituição e que vai ordenar a interpretação de uma determinada lei. A base da interpretação conforme a constituição é de que haveria uma presunção da constitucionalidade das leis. É uma lei porque foi uma lei votada pelo poder legislativo e sancionada pelo Executivo, então, seria uma lei presumivelmente constitucional. Então, eu não tenho que declarar a constitucionalidade de uma lei, na verdade, tenho que trabalhar para aproveitar ao máximo o trabalho do legislativo. E, ao fazer isso, eu posso tentar, portanto, obter uma interpretação que mantenha a lei dentro da ordem jurídica. Encontramos a interpretação conforme sendo exercida por tribunais na Alemanha e pela corte constitucional sul-africana (daniel’s case e Hyundai case). Daniel’s case era um caso que envolvia matrimônio e, para determinada religião, estabelecia a possibilidade de que não houvesse proteção para determinadas relações porque aquelas relações não seriam “abençoadas pelo casamento”. Então, aquele caso em que houvesse uma união estável (comparando com um instituto brasileiro, algo semelhante com) a esposa seria tratada,

juridicamente, numa situação de concubinato que não seria propriamente a situação de maior resguardo de direitos na ordem jurídica sul-africana. E a corte entendeu que a proteção deveria ser estendida amplamente por mais que aquela religião quisesse estabelecer algum tipo de discriminação. No Hyundai case, a corte constitucional vai estender determinados direitos de proteção de acusados, direitos relativos ao devido processo legal, tentando dar uma interpretação a uma lei infraconstitucional, a um act aprovado pelo parlamento sul-africano que pudesse aproveitar, ao máximo, o devido processo legal, sem que houvesse declaração de inconstitucionalidade.

Discute-se quais limites teria a interpretação conforme a constituição. Para alguns autores, a interpretação conforme a constituição tem que ser guiada pela vontade do legislador. Isso é um contrassenso, porque se você admite que a lei pode ter vários sentidos, você dizer que é guiado pela vontade do legislador é admitir que existe um sentido apenas. Então, alguns autores que defendem que o limite seria a vontade do legislador na interpretação conforme a constituição, eles estão partindo de uma clara contradição. A interpretação conforme princípios não teria limites, esses limites seriam, na verdade, pautados e definidos pelo próprio limite constitucional. É claro que aí eu posso ter problemas, desvios, mas a ideia é que o sistema constitucional conduz a interpretação de alguma maneira sim. Problemas vão aparecer, a corte constitucional ou o tribunal pode tomar em última instância uma decisão que pode ser ela interpretação conforme inconstitucional ou contrária à constituição, e aí a gente sempre vai ficar com aquele problema de quem guarda o guardião. Vamos encontrar um problema em última instância que pode ser superado com uma mudança no futuro, mas somente isso.

Discute-se se cabe interpretação conforme em relação à emenda constitucional. Gilmar Mendes tinha essa posição no seu livro. Em sua tese *Jurisdição Constitucional*, ele vai afirmar que é demais você permitir que se dê interpretação conforme de uma constituição a uma emenda constitucional é você querer desqualificar uma maioria qualificada, porque a EC foi aprovada por 3/5 em dois turnos nas duas casas do CN. Vai vir um tribunal com 11 ministros que há um problema naquilo que foi feito e vai dar uma interpretação substitutiva da vontade dessas pessoas? Um argumento que normalmente é levantado por aqueles que se opõem ao controle de constitucionalidade. O professor acha esse argumento um pouco ruim, é argumento numérico, não é lógico.

Só que o próprio Supremo passou a entender que isso não era um problema. Ele fez isso, em primeiro lugar, na verticalização dos partidos políticos, achou que a EC que estabeleceu, em 2006, a proibição da verticalização dos partidos políticos não poderia ser aplicada às eleições de 2006 e, ao invés de usar a modulação temporal, o Supremo deu a interpretação conforme a constituição para dizer que a EC se aplica a partir de 2006.

Na ADI 5316, discutia-se a EC que estabeleceu a possibilidade de aposentadoria para os servidores públicos a partir dos 75 anos de idade; a aposentadoria compulsória é alterada dos 70 anos para os 75 anos de idade. E aí havia uma discussão sobre se era possível aplicar diretamente essas disposições aos tribunais superiores e aos demais juízes porque a alteração via EC só atingia, textualmente, juízes de tribunais superiores. O Supremo deu uma interpretação conforme a constituição para dizer que era necessário uma lei complementar para regulamentar a questão em relação aos demais juízes no Brasil, assim como para os demais servidores públicos. Não bastava, portanto, a EC; essa era só para os membros dos tribunais superiores. Essa foi a ADI mencionada anteriormente que teve um julgamento ultra célere (ajuizada no dia 12 de maio e julgada no dia 26 de maio). Depois, o CN regulamentou rapidamente com lei complementar.

A interpretação conforme aparece, no Brasil, há muito tempo. Aparece de forma mais organizada na Representação de Inconstitucionalidade 1417. Nessa RI, o Supremo discutia uma lei que tratava do

pagamento de auxílio moradia para magistrados e ela remetia à necessidade de uma lei regulamentando essa questão. A lei complementar 35/79, o Estatuto da Magistratura, fala em pagamento de auxílio moradia, mas remete isso à existência de lei. Havia uma lei que tinha sido editada no estado do RJ. O Supremo deveria dizer, portanto, que aquela lei deveria ser uma lei federal. Ao invés de dizer isso, o Supremo acabou declarando a inconstitucionalidade daquela lei estadual, mas passou vários momentos no voto do Moreira Lopes tratando da diferença entre interpretação conforme a constituição, declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, já sinalizando que o STF ia se utilizar dessa técnica no futuro. Então, essa decisão é importante por conta do próprio *obiter dictum* dela, daquelas coisas ditas de passagem. Não é o que fundamental para decisão, mas o que é fundamental para entender o que o Supremo vai fazer nos próximos anos.

Na medida cautelar em ADI 491, o Supremo discute a diferença entre esses dois tipos de técnica e, depois, o Supremo vai utilizar essa técnica de maneira recorrente, a interpretação conforme a constituição. Como, p. ex., na ADC 29, na ADI 4430 etc.

Nas duas decisões, o Supremo vai dar interpretação conforme à constituição que diz respeito a matéria eleitoral. Vamos perceber que o Supremo vai recorrer, em inúmeros casos, à interpretação conforme a constituição para tentar manter determinadas leis na ordem jurídica. O problema é que o Supremo não faz isso na intenção de reafirmar o quão certo o CN estava de atual daquela maneira. O Supremo faz isso de uma forma mais proativa. Vai fazer isso inúmeras vezes em relação a decretos que tratam do servidor público, leis que tratam de contratação temporária. A ADI 3247 é um caso curioso, porque o Supremo vai dizer que vai interpretar em conformidade à constituição uma lei estadual e, para isso, vai se utilizar de um decreto de um governador de Estado como critério de interpretação. Ou seja, o Supremo pega a constituição como referência, mas tem um decreto como parâmetro para definir a sua interpretação em casos de controle de constitucionalidade.

ADPF 187, MARCHA DA MACONHA. O Supremo vai dizer que não é apologia ao crime a famosa marcha da maconha. E vai fazer isso dando interpretação conforme a constituição para o decreto-lei que estabelece o CP no Brasil. E depois o Supremo repete isso para a própria lei de drogas para dizer que não inconstitucionalidade nessas manifestações. Em relação a determinado tipo fixado no Código Penal, em relação a determinado tipo estabelecido na lei de drogas, o que eu vou definir é que uma interpretação específica seria uma interpretação que seria inconstitucional, aquela possibilidade de impedir a manifestação a favor da descriminalização do uso dessas substâncias.

Relações homo afetivas. Uma das decisões mais importantes que o Supremo já tomou em relação aos direitos individuais, que foi uma decisão tomada com a interpretação conforme a constituição. O Supremo vai dar interpretação conforme a constituição ao CC e vai dizer que esse precisa ser lido de forma que vá dar prevalência ao princípio da igualdade para não deixar desprotegidas da união estável as relações homo afetivas. Isso vai ser importante porque vai definir a atuação do próprio conselho nacional de justiça. O CNJ, depois, vai tomar uma decisão tida por alguns até certo ponto como proativas demais no sentido de regulamentar a questão através de uma resolução do CNJ. Não que ela seja proativa por conta da decisão, mas pelo fato de que aquilo ultrapassaria o que o CNJ poderia fazer em termos de resolução.

HC 124306, VOTO DO BARROSO, INAUGURA O DEBATE ACERCA DO ABORTO. Busca trazer a interpretação conforme a constituição, fazendo essa sobre o Código Penal para dizer que o aborto não seria por decisão da mulher crime, e utilizando de critérios que têm pouco haver com a nossa constituição. São os critérios adotados pela corte norte-americana no caso *Roll vs. Wayne*. Ele não explica porque ele utiliza esses

Comentado [RS25]: O *obiter dictum* refere-se àquela parte da decisão considerada dispensável, que o julgador disse por força da retórica e que não importa em vinculação para os casos subsequentes. Referem-se aos argumentos expendidos para completar o raciocínio, mas que não desempenham papel fundamental na formação do julgado.

critérios, não explica porque devemos adotar esses critérios, mas vai fazer essa interpretação conforme a constituição para incluir no caso brasileiro.

ADPF 378, QUESTÃO DO IMPEACHMENT. Estabelece regras básicas – impeachment tem importantes semelhanças com um processo de índole penal. É um processo que se dá sobre infrações político-administrativas e tem uma índole penal. Aí o STF coloca diversos critérios para fixar a forma de se entender o processo de impeachment, a forma de se entender a lei 1079/52 perante a constituição de 88; vai dizer que o processo só começa de fato com uma decisão de maioria absoluta do senado. Vai dar interpretação conforme a lei para refutar a possibilidade do processo começar com a decisão da Câmara, mas para aí ele para por aí. Ele nega outros pedidos que teriam o condão de tornar o impeachment mais semelhante ao processo penal. Defesa prévia do Presidente da República não vai poder acontecer, como aconteceria num processo penal; nós vamos entender o restante em conformidade com aquilo que o Supremo vai determinar nos termos dessa ADPF 378.

Discute-se também se a interpretação conforme seria cabível no controle difuso. Ela é com uma premissa básica – se eu estou dizendo que ao texto é dada diversas interpretações, eu tenho que partir do pressuposto que juízes também podem realizar interpretações conforme, também tribunais em geral podem realizar interpretação conforme no controle difuso. A gente tem casos como o caso em que o tribunal de justiça do Rio Grande do Sul, muito antes do Supremo julgar a inconstitucionalidade da lei dos crimes hediondos, da sua proibição da progressão de regime, o TJRS vinha dizendo que era inconstitucional e permitia a progressão de regime mesmo em crimes hediondos.

Outro problema: **associar o efeito vinculante à interpretação conforme**. Tudo bem, estou partindo da ideia de que a lei tem diversas interpretações, qual é aquela que seria mais de acordo com a constituição? A ideia é de que o Supremo atuasse mesmo como uma corte orientadora dos demais tribunais. Só que o Supremo, por expressa disposição da lei 9868/99, pode acrescentar o efeito vinculante à sua decisão. Então, será uma interpretação conforme com efeito vinculante. E sendo com efeito vinculante, isso vai cristalizar a decisão com efeito vinculante do STF. Esse é um PROBLEMA, algo que não pode permanecer, uma inconstitucionalidade por força da própria lei 9868/99. Ou seja, você tem inconstitucionalidade na lei que regula o processo de julgamento da ADI, da declaração de inconstitucionalidade. Porque **a lei 9868, no art. 28,** vai dizer expressamente que cabe efeito vinculante mesmo na declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto ou na interpretação conforme. Mesmo nessas duas formas, o efeito vinculante está presente. Essa lei é a própria lei que regula o julgamento da ADI e da ADC, MAS ela mesma estabelece uma inconstitucionalidade que é a de cercear ou fechar aquilo que o Peter H. chamava de “sociedade aberta de técnicas da constituição”.

Inconstitucionalidade sem redução de texto. Na Alemanha, esse tipo de técnica é usada desde 1954. Lá costuma-se dizer que isso é uma interpretação que vai se utilizar do termo ou da expressão de que “é inconstitucional desde que interpretado nesse sentido X”. Quer o tribunal alemão dizer que essa é a interpretação que gera inconstitucionalidade. Outras interpretações são possíveis.

Já o nosso Supremo não tem rigor metodológico, aí ele mistura as técnicas – tem acórdãos em que você encontra “interpretação conforme sem redução de texto”, misturando essas duas técnicas, sem fazer distinção nenhuma. Na medida cautelar, na ADI 491, o STF tentou fazer essa distinção, mas não permaneceu fazendo. O Supremo usou ela na EC 62, na ADI 4357 e na ADI 4425, que são as ADIs sobre a emenda constitucional 62, a emenda do calote – o Supremo usa de declaração de inconstitucionalidade sem redução

Comentado [RS26]: Art. 28, Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

de texto para tratar da forma como serão calculados juros de mora em relação ao pagamento de precatórios por dívidas tributárias. Na ADPF 54, a DPF da anencefalia, essa que seria a técnica adequada, que aparece de certa forma no voto do ministro Marco Aurélio – não há disciplina normativa do aborto como um todo, como tentou fazer o Barroso, mas é inconstitucional a hipótese normativa que tenta criminalizar o aborto nas hipóteses de anencefalia fetal. Portanto, ele diz qual é a hipótese que é inconstitucional a criminalização do aborto, mas o texto da lei continua íntegro.

Código civil, biografias. O Supremo também tratou da matéria usando da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto. Não é necessário o consentimento do biografado. É inconstitucional a exigência do consentimento do biografado para que se realize a biografia como lesão à própria liberdade de expressão. Caso muito interessante que se coloca para nós – será que temos de fato que esperar o Supremo decidir como a gente quer ou temos que nos contentar com o resultado final? A fundamentação importa ou o resultado que importa? O problema é a fundamentação sim, porque pode haver uma decisão interessante no caso, mas haver uma decisão em outro caso que será lesiva do próprio sistema constitucional. Se não exigirmos correção em relação a essa fundamentação, esse problema vai só se tornar mais agudo.

Financiamento de campanhas, ADI 4650. Importante que o Supremo exija que o financiamento seja apenas de pessoas físicas e nós tendemos a diminuir a influência do poder econômico nas eleições – sim, muito importante isso, salutar. Porém, o Supremo vai ter que interpretar duas leis eleitorais, a lei dos partidos políticos e a definir, portanto, que o financiamento por parte de PJs é inconstitucional. Porém, a base sob a qual o Supremo deitou a sua decisão não é muito sólida, não temos uma proibição ditada claramente pela constituição e aí o Supremo tem que fazer isso. O Supremo declara a inconstitucionalidade da hipótese que permite que empresas ou PJs financiem campanhas eleitorais. Porém, a base disso vai ser uma base para restringir outros direitos, como o direito de greve dos servidores públicos (como fez ano passado) etc.

Temos também as chamadas SENTENÇAS MODIFICATIVAS. As SENTENÇAS ADITIVAS vão aparecer como uma prática recorrente da corte constitucional italiana. Nas sentenças aditivas, nós acrescentamos o que o legislador não acrescentou e é algo que a corte constitucional italiana, tanto que vai criando tipologias para pensar ainda mais essas sentenças aditivas. Sentença 218 de 1994 – nessa, p. ex., a corte constitucional italiana foi fazer uma exigência, uma lei que tratava da prestação de serviços de saúde pública e que o portador de HIV informasse que ele era um portador do vírus em procedimentos cirúrgicos. Havia previsão legal, a corte constitucional italiana acrescentou a previsão legal.

Recurso extraordinário 635659 – esse recurso extraordinário é fundamental para pensarmos a dimensão da jurisdição constitucional. É a discussão sobre a criminalização ou não do uso de drogas. Discussão era sobre uso de maconha. O Barroso entendeu que poderia tratar de diversas outras questões como a quantidade que o sujeito poderia portar, como que iria acontecer essa eventual criminalização ou responsabilização, a necessidade de levar o preso à polícia imediatamente etc. Ele tratou, portanto, de muitas outras coisas que não eram parte da lei 11303/06 que ele achou que deveriam ser tratados ali.

Isso também vai acontecer em relação aos precatórios, à forma como o Supremo vai achar que o CNJ tem que fiscalizar o pagamento de precatórios. E em relação a esse RE 641320, o voto do Gilmar Mendes em que o Supremo trata de inúmeras questões em relação ao cumprimento de pena e a execução dessas penas, tratando também de outros requisitos, de outras atribuições para o CNJ não fixadas legalmente (?).

É dentro desse bojo que a gente acaba tratando das aditivas e do papel da omissão constitucional. O Supremo não tratou da omissão constitucional como se ela pudesse ser resolvida em termos interpretativos.

Ele cuidou dessas questões tentando criar sentenças aditivas. Quem falava muito disso era o próprio Gilmar Mendes, Fux fala disso de vez em quando. Nós três mandados de injunção mencionados, a ressalva é que já temos leis que regulamentam as questões para o setor privado, tanto em relação ao direito de greve quanto em relação à aposentadoria especial. O Supremo pegou aquela normatização e aplicou ao setor público, mas ele criou condicionantes específicas, adiantou questões relativos a setores públicos que não poderiam entrar de greve. E aí tentou fazer isso em termo de sentenças aditivas.

Nas sentenças substitutivas, a coisa é ainda mais grave. Não gostou do que o legislador fez e faz outra coisa. Reclamação 4335, em que o Supremo substitui o papel do Senado Federal, afirme que esse fique como órgão de publicação do controle difuso e o Supremo que passa a dizer que as decisões têm efeitos erga omnes – isso foi tentado pelo Gilmar Mendes e pelo Eros Grau, mas eles acabaram vencidos.

E no HC 126292, em que o Supremo substitui, de fato, o texto do art. 5º, inciso LVII da constituição – não é condenação com trânsito em julgado, é trânsito em segunda instância.

INCONSTITUCIONALIDADE POR ARRASTAMENTO – Atrai a inconstitucionalidade de outros dispositivos. É complicado porque é contraditória já que o Supremo diz que tem que apontar todos os dispositivos que você considera inconstitucional na inicial, porque se você não apontar eu vou indeferir a inicial. Só chegou lá na frente no processo, o Supremo aponta um dispositivo que entende que seria interessante declarar inconstitucional e aí não há problema nenhum.

SENTENÇAS TRANSITIVAS – Estaremos transacionando com o princípio da Supremacia constitucional, que é um problema que começa, em primeiro lugar, com as SENTENÇAS DE MODULAÇÃO TEMPORAL. Sabemos:

- tradição norte-americana, aparece no texto *Marbury vs. Madison* – a lei inconstitucional é nula e irrita, como se ela nunca pudesse ter produzido efeitos. E aí, a Suprema Corte mantém essa decisão por longa data, até chegar na década de 1940 e começar a ter diversos problemas sobre condenações criminais feitas com base em provas ilícitas. Aí ela começa a pensar se se aceita isso ou não – no caso *Wolf vs. Colorado*, a Suprema Corte decide que não tem problema, que vai aceitar a condenação com base em prova ilícita. Porém, depois diz que não pode tolerar mais isso. Porém, o que fazer com quem havia sido condenado com base em prova ilícita? Ia soltar todo mundo? → Caso *K vs. Walker* decide-se isso. No caso *Mapp vs. Ohio*, a Suprema Corte define que não pode ser condenado com prova ilícita. No caso, *Linkletter vs. Walker*, a Suprema Corte cria uma ideia de *prospectivity*, uma ideia que é aplicada no âmbito dos precedentes, eles só terão efeitos futuros, não têm efeito para o passado. Fala em *prospectivity*, *ex nunc* e, também, em *pure prospectivity*, no caso de defender uma tese em um caso e não aplicar nem naquele caso, jogar para os casos que venham a ser julgados depois. Daí, ela vai mantendo essa jurisprudência durante um período de maior proatividade.

Na década de 80, a corte volta para um movimento mais conservador e aí ela julga um caso de matéria penal que dizia respeito à formação de júris, que deveria conter, se o condenado fosse negro, também jurados negros e aí ela diz que não dá para tolerar mais isso. Aí, a constitucionalidade precisa ter efeitos *ex tunc*. Ela diz isso em casos tributários - *Harper v. Virginia Dep't of Taxation*. De acordo com a decisão desse caso, seria necessário devolver os tributos cobrados indevidamente. As declarações de inconstitucionalidade têm efeito *ex tunc*, retroativos. Então, volta para a retroatividade.

O Supremo Tribunal Federal faz aquilo que poderíamos chamar de **empréstimo constitucional indevido** – sujeito vai buscar algo na Suprema Corte norte-americana quando isso interessa.

Na Europa, proposta Kelseniana que vai constar do art. 140 da Constituição austríaca de 1920, que foi ressuscitada no pós-guerra, que vai permitir, inclusive, efeitos pró-futuro com uma limitação temporal.

Na Alemanha, tem algo ainda mais fácil – declara-se a inconstitucionalidade, mas mantém-se a lei dentro da ordem jurídica e se o legislador quiser ele retira ela da lei. É uma declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade.

De Portugal, herdamos a modulação temporal, igualzinho, o que está disciplinado no art. 27 da Lei 9868. Pega o art. 282 da constituição portuguesa em que está a modulação temporal com base em critérios de segurança jurídica e interesse social.

O Brasil ficou a decisão *ex tunc* primeiro, porque era a tradição do controle difuso. Na representação 971 e recurso extraordinário 79343, o ministro Leitão de Abreu falava da possibilidade de efeitos *ex nunc* sem aplicar isso. Depois de 1988, esse efeito *ex nunc* foi até utilizado de forma recorrente. E aí a lei 9868 incorporou toda a modulação temporal prevista pela legislação portuguesa. Teremos casos muito esdrúxulos – a ADI 3819 que tratava dos defensores públicos no chamado quadro suplementar; uma lei da década de 1990 criou, em MG, o defensor público legal. Esse é o defensor que é colocado no posto de defensor público sem ter feito concurso para tal. Eram advogados do banco minas caixa e outras empresas estaduais estatais que foram levadas a essa posição. Vem a ADI 3819 em que o Supremo diz que é inconstitucional. Pessoas que estavam exercendo a função desde 1994, situação muito complexa para cerca de 110 servidores. Aí o Supremo fala que iria anular temporalmente para que o Estado fizesse concurso público rapidamente e, assim, não deixaria essas pessoas na mão e, para isso, o STF deu o prazo de 6 meses. Nesse prazo, o Estado NÃO fez concurso. O governo de Estado à época, Aécio Neves, exonera todos esses servidores do quadro suplementar. Isso aconteceu em 2008.

E aí veio uma série de problemas porque o Supremo não sabia o que fazer, os servidores procuravam o judiciário, o judiciário mineiro atendeu a esses servidores e os manteve no exercício da função, deu uma reclamação pro STJ. Até que o Supremo se manifestou dizendo que a decisão tinha que ser mantida, que eles não poderiam ficar como servidores. O Estado acabou mantendo essas pessoas em outras condições da administração pública. MESMO assim, o Estado de MG não aprendeu e fez a lei nº 100. Pela lei 100, o Estado blindou funcionários que atuavam no exercício de funções precárias na educação mineira para dentro do Estado como se eles passassem a ser servidores.

O problema de se modular temporalmente é que o Estado, a União, todos podem dizer que fazem o que quiserem, porque será modulado lá na frente.

Aí vem a ADI 4876, declaração de inconstitucionalidade. Aí o Supremo tem que fazer modulação temporal, aquilo que o prof. Dierle chamou a atenção como sendo uma modulação pessoal. Foi olhar para toda o imenso conjunto de pessoas abrangidas pela lei 100, para saber a quais categorias se aplicaria os efeitos *ex tunc*, os efeitos *nunc* e a quais seriam atribuídos os efeitos *pró-futuro*. E aí alcançou o ápice da modulação porque na ADI dos precatórios também aconteceu um problema gravíssimo. Você tinha uma emenda constitucional que ia estabelecer um vigente pagamento de precatórios extremamente ruim para o contribuinte, que fixava quase que uma moratória de 15 anos, mas, no meio dessa história toda, teremos o Supremo declarando a inconstitucionalidade desse dispositivo, com o Fux concedendo uma liminar pra dizer que regime ainda ia ser aplicado por um determinado período e o Supremo sendo compelido no julgamento de mérito a fixar uma modulação temporal que quase beirou quinze anos (13 anos).

Inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade. Declara a nulidade, mas não vou dizer que há uma invalidade plena da legislação. Foi dado o exemplo de que o Supremo poderia ter feito isso no caso do salário mínimo, ADI 737, que foi julgada. O Gilmar defende que não dá para ficar sem lei do salário mínimo, ela

nunca atende aquilo que a constituição exige, mas não dá para ficar sem ela. É inconstitucional, mas eu não pronuncio a nulidade.

Em relação ao municípios, a criação dos novos municípios pós emenda constitucional 15/96, o Supremo fez isso também. A corte constitucional sul-africana fez isso também em relação à questão em relação ao problema do casamento homoafetivo (não exatamente igual, mas de certa forma) – o caso For ... Caso em que a Corte Constitucional sul-africana não vai declarar inconstitucional, MAS sinaliza que a lei de matrimônio sul-africana falha em não conseguir atender adequadamente a necessidade de proteção de casais homoafetivos, mas consegue fazer um diálogo com o parlamento em curto tempo e o parlamento atende rapidamente o pedido da corte constitucional.

APELO AO LEGISLADOR. É o sinal trocado da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, porque aqui eu digo que há constitucionalidade, que a lei é constitucional, mas existe possibilidade, lá na frente, de inconstitucionalidade. É aquilo que o Supremo chamou de uma inconstitucionalidade progressiva e a mudança de circunstâncias no tempo induz a uma inconstitucionalidade. Então, vai ter situações em que eu vou tolerar um prazo em dobro para recursos da Defensoria Pública porque a DP não está adequadamente estruturada hoje; quando ela estiver adequadamente estruturada, eu posso dizer que há inconstitucionalidade na diferença de tratamento entre DP e advogado comum. É um caso de apelo ao legislador.

Encontraremos ainda outras técnicas sendo adotadas pelo Supremo. Vamos ver que, na medida cautelar na ADPF 347, ele adota o Estado de Coisas Constitucional para falar tratar do sistema prisional brasileiro, faz clara remissão à corte constitucional colombiana que fixa um plano de metas que deveria ser seguido pelo legislativo e pelo Executivo no Brasil para tentar resolver ou atenuar o problema carcerário. O Estado de Coisas Constitucional passa por uma ideia básica que haveria um estado muito grave de inconstitucionalidade, amplíssimo, mas aí eu preciso trabalhar conjuntamente executivo, legislativo e judiciário para que tenhamos uma solução a ser dado por todos esses poderes, mas sempre o apito final parte do judiciário que faz uma “cartilha de políticas públicas” sobre como isso deve ser feito.

Efeito vinculante. Temos um problema vinculante agora porque ele vai se tornar ainda mais grave com o novo CPC; ele não era um “problema” para o controle de constitucionalidade porque a própria constituição desde 2004 diz que as decisões têm efeito vinculante. Porém, o novo CPC tentaria ajudar nisso “debaixo para cima” ao estabelecer um sistema análogo ao de precedente a partir dos artigos 926 e 927.

O EFEITO REPRISTINATÓRIO. A repristinação não existe no Brasil, segundo a lei de introdução ao direito brasileiro. A repristinação seria um fenômeno pelo qual não haveria declaração de inconstitucionalidade, mas a revogação de uma lei revogadora levaria ao ressurgimento da lei revogada. Ex.: Lei A revogada pela lei B. Vem lei C e revoga lei B. Significa que lei A ressurgir? Não! A não ser que a lei C diga isso expressamente.

O efeito repristinatório é justamente o contrário, porque ele existe no controle de constitucionalidade. Lei A revogada por lei B. O Supremo declara a inconstitucionalidade da lei B; a lei A está automaticamente ressuscitada; essa é a regra. O Supremo tem, então, tratado e se utilizado do efeito repristinatório. A questão é que o Supremo pode modular esse efeito repristinatório. Diz a lei 9868 que ele pode atenuar a incidência e dizer como vai acontecer esse renascimento da lei revogada. E aí coisa fica ainda mais perigosa, ainda que o Supremo tenha usado até agora da modulação do efeito repristinatório.

A base dessas decisões, dessas ponderações, dessas relativizações, a gente considera como sendo a PONDERAÇÃO DE VALORES. E aí veremos que o Supremo normalmente casa INTERPRETAÇÃO CONFORME

com PONDERAÇÃO, como no caso do aborto; MODULAÇÃO com PONDERAÇÃO, etc. Isso permeia a nossa ordem jurídica e o exercício do controle de constitucionalidade.

Vários casos. O Supremo trata da ponderação no controle de constitucionalidade desde a década de 1960, RE 18331.

Tratou disso, p. ex., no caso de lei estadual para existência de balanças em caminhões de botijões de gás. Tinha uma lei no Estado Paraná para que você pesasse e vesse quanto de gás restou dentro do botijão (nunca se consome todo o gás nele existente), e aí compensasse isso no preço. O Supremo declarou isso inconstitucional porque violou a proporcionalidade.

Caso Glória Treve. Extradicação de uma cantora mexicana famosa que foi presa no Brasil acusada, no México, de pedofilia e ela vem a ser presa no Brasil. E aí vem uma discussão se se poderia utilizar da placenta dela (filho nasce aqui) como meio de prova numa discussão que acontecia para saber quem era o pai da criança. Ela acusava um policial federal de ser o pai. O Supremo entendeu que não haveria violação do princípio da proporcionalidade na utilização da placenta.

HC 82424, questão do editor nazista que publica livro antissemita no Brasil. O Supremo aplica proporcionalidade dos votos, Gilmar Mendes e Marco Aurélio, indo ambos para caminhos contrários.

HC 126292, voto do Barroso que coroa mais a proporcionalidade para dizer que nós não temos mais a presunção de inocência com o trânsito em julgado.

Então, são vários os casos em que se trabalha a proporcionalidade e vai ver que essa proporcionalidade vai ganhar cada vez mais espaço.