

O CONTROLE DIFUSO E CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE NA ATUALIDADE DO DIREITO BRASILEIRO: UMA VISÃO CRÍTICA.¹

THE DIFFUSE AND CONCRETE CONTROL OF DE CONSTITUTIONALITY IN THE CURRENT BRAZILIAN LAW: A CRITICAL VIEW.

*Edilson Pereira Nobre Júnior*²
UFPE

Resumo

Na atualidade, o Estado democrático de Direito tem o seu fundamento na constituição, cuja garantia de sua observância incumbe à jurisdição constitucional, sendo a sua parcela mais relevante o controle de constitucionalidade. O presente artigo versa sobre o controle de constitucionalidade no sistema jurídico brasileiro, especialmente uma visão acerca do modelo difuso, a partir da súmula vinculante e repercussão geral, institutos que contribuíram para uma concentração de competência no âmbito do Supremo Tribunal Federal, reduzindo sensivelmente a importância da contribuição dos juízes e tribunais ordinários. A título de crítica, apontam-se questionamentos quanto à celeridade do julgamento de questões constitucionais, à segurança jurídica e à possível imutabilidade da interpretação da constituição.

Palavras-chave

Estado de Direito. Constituição. Jurisdição Constitucional. Controle Difuso de Constitucionalidade.

¹ Texto que retrata exposição do autor no Congresso THEMIS de Processo Constitucional realizado sob o patrocínio do Instituto *Publius* e do PPGD da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP, no dia 14 de março de 2022, durante o Painel II – O que resta do controle incidental de constitucionalidade? A temática tem aderência ao Projeto de Pesquisa “Globalização, controle das funções estatais e combate à corrupção”.

² Professor Titular da Faculdade de Direito do Recife – UFPE. Pós-Doutoramento pelo Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Desembargador do Tribunal Regional Federal da Quinta Região. Membro da Academia de Letras Jurídicas do Rio Grande do Norte. Membro do *Instituto Internacional de Derecho Administrativo* – IIDA. Coordenador do Grupo de Pesquisa CNPq – “Desafios do controle da Administração Pública contemporânea”.

Abstract

Nowadays, the democratic rule of law is founded on the constitution, whose guarantee of its compliance is the responsibility of the constitutional jurisdiction, and its most relevant portion is the control of constitutionality. This article deals with the constitutionality control in the Brazilian legal system, especially a view on the diffuse model, from the binding precedent and general repercussion, institutes that have contributed to a concentration of jurisdiction within the Supreme Court, significantly reducing the importance of the contribution of ordinary judges and courts. As a criticism, questions are raised as to the speed of the the of the judgment of constitutional issues, legal certainty and a possible immutability of the constitution's interpretation.

Keywords

Rule of law. Constitution. Constitutional Jurisdiction. Diffuse Control de Constitutionality.

“O princípio da legalidade revela, a esse respeito, a natureza de um complemento indispensável do controle de constitucionalidade da lei, e o juiz (ordinário ou administrativo) é chamado a assumir uma função de auxiliar do juiz constitucional” (Franck Moderne)³.

I – CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: UM POUCO DE NOSSA EXPERIÊNCIA (À GUIA DE INTRODUÇÃO).

As convicções que animam, na atualidade, o Estado de Direito se inclinam em direção à vinculação dos agentes e órgãos estatais, bem como dos particulares, à observância de uma ordem jurídica cujo ponto saliente é a constituição⁴.

³ “Le principe de légalité revêt à cet égard le caractère d’un complément indispensable du contrôle de constitutionnalité de la loi, et le juge ordinaire (judiciaire ou administratif) est appelé à assumer une fonction d’auxiliaire du juge constitutionnel”. Le juge constitutionnel face aux pouvoirs publics, *Anuário Português de Direito Constitucional*, ano I, v. 1, p. 63, 2001.

⁴ É de se recordar García Pelayo (El “status” del Tribunal Constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, v. 1, n. 1, p. 16-20, janeiro/abril de 1981), ao afirmar que o Estado de Direito passou – e vem passando – por adaptações históricas, podendo-se apontar três etapas. A primeira, traduzindo uma reação ao absolutismo e ao Estado de

Isso reclama, em primeiro lugar, não somente a presença de texto envolto pelo rótulo acima, mas que, antes, ostente determinado conteúdo valorativo.

Tanto é assim que se alude à concepção de constituição democrática, a qual deve conter a consagração de elementos representativos de valores consagrados pelo constitucionalismo. Peter Häberle⁵ aponta que, dentre esses elementares, estão: a) a dignidade da pessoa humana; b) o princípio da soberania popular; c) a existência de pacto que contenha a formulação de objetivos e valores de orientação, possíveis e necessários; d) o princípio da divisão de poderes; e) o Estado de Direito e o Estado social de Direito.

A Constituição de 1988, vista sob o prisma de seu texto, satisfaz, inquestionavelmente, o requisito, conforme doravante será frisado.

Numa segunda ordem de ideias, faz-se preciso que a constituição contenha, em sua estrutura, tratamento normativo que assegure a sua prevalência na realidade sobre a qual incide.

Não por outra razão que Kelsen⁶ aludiu à necessidade de garantias da Constituição, isto é, garantias que procurem assegurar a regularidade das regras imediatamente subordinadas àquela.

Daí se torna imprescindível o desenvolvimento da jurisdição constitucional, a qual não coincide com o controle de

polícia, voltou-se à garantia da liberdade, propriedade e segurança. Numa segunda fase, que vai até o término da Segunda Guerra Mundial, há uma maior aproximação ao campo administrativo do que ao político, manifestando-se pela submissão da Administração à lei, a qual, além de necessariamente não precisar resultar da vontade soberana dos parlamentos, não encontrava espaço para ter a sua constitucionalidade investigada. Num terceiro estágio, atualmente em curso, o Estado de Direito se baliza pela aceitação da constituição como norma fundamental, vinculando todos os poderes públicos, bem como pela indispensabilidade de sua garantia jurisdicional. Daí – temos como possível - a nomenclatura Estado constitucional.

⁵ *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Madri: Editorial Tecnos, 2000, p. 33-34. Tradução de Emilio Mikunda.

⁶ *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 126. Tradução do francês para o português por Maria Ermantina Galvão. Trata-se de escrito que retrata exposição do autor no ano de 1928.

constitucionalidade das leis⁷, muito embora, segundo o autor⁸, este seja, indubitavelmente, o seu componente mais importante.

O nosso contato com o controle de constitucionalidade se iniciou com a Constituição de 1891 que, a pretexto de estruturar o modelo republicano e o federativo, não pôde – principalmente em face deste – evadir-se da instituição de mecanismo capaz de verificar a compatibilidade das leis à Constituição, com o qual delimitava os espaços destinados à atuação da União e dos Estados.

Para esse fim, foram de inegável préstimo a prática do *habeas corpus*, com o propósito de pronta reação diante de atos arbitrários do Poder Público, a competência da Justiça Federal e o recurso extraordinário⁹, ambos inspirados no arquétipo norte-americano¹⁰.

Doravante o que se verificou foi um acréscimo de vários institutos, o qual se foi repetindo nas constituições seguintes, sem

⁷ Advertiu José Alfredo de Oliveira Baracho (*Processo constitucional*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 112) que a jurisdição constitucional, além do controle da constitucionalidade das leis, projeta-se para a realização de outras tarefas, tais como: a) a tutela dos direitos fundamentais frente a qualquer dos poderes públicos; b) resolução de conflitos de atribuições entre os poderes do Estado; c) julgamento das atividades ilícitas dos titulares de órgãos constitucionais (justiça política); d) controle da legitimidade dos partidos políticos; e) funções de contencioso-eleitoral; f) manutenção e garantia dos sistemas federais.

⁸ Ver *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 155. Tradução do francês para o português por Maria Ermantina Galvão.

⁹ O art. 60, alínea *a*, da nossa primeira Constituição republicana, ao tratar da competência da Justiça Federal, enumerava as demandas nas quais uma das partes fundamentasse a sua pretensão ou resposta em dispositivo da Constituição Federal. Ainda quanto à redação originária desta, o art. 59, §1º, alínea *b*, reportava-se ao cabimento de recurso para o Supremo Tribunal Federal das decisões dos Tribunais das Justiças dos Estados quando houvesse questionamento de leis e atos dos Governos Estaduais em face da Constituição Federal, havendo a decisão recorrida considerado válidos os primeiros.

¹⁰ Seja a influência norte-americana para a formulação de nosso controle de constitucionalidade, seja o papel do *habeas corpus* para esse fim, ver estrito de nossa autoria (Controle judicial de constitucionalidade: o contributo da Constituição de 1891, *História Constitucional*, nº 11, pp. 300 e 306-310, 2010. Disponível em: <http://www.historiaconstitucional.com/index.php/historiaconstitucional/article/view/273>. Acesso em: 05-03-2022).

que, para tanto, fosse preservada a indispensável harmonia e coerência entre eles.

Assim é que a Constituição de 1934 condicionou a declaração de inconstitucionalidade pelos tribunais à decisão da maioria absoluta de seus membros (art. 179). E, numa inclinação ao modelo de controle concentrado, que se inaugurava no continente europeu, previu, para fins de intervenção federal, em caso de violação pelo Estado-membro dos princípios constitucionais sensíveis (art. 7º, I, alíneas *a* a *h*), a representação interventiva, de iniciativa do Procurador-Geral da República, para que o Supremo Tribunal Federal reconhecesse a constitucionalidade da lei que decretasse a intervenção (art. 12, §2º).

Abstraido o nosso primeiro período autoritário, no qual o parágrafo único do art. 96 da Carta de 1937 praticamente suprimia o controle judicial de constitucionalidade, este volta a ter lugar com a Constituição de 1946.

A tendência à concentração logrou avanço significativo. Primeiramente, em decorrência de um maior emprego da representação interventiva, a qual foi objeto de disciplina legislativa¹¹, tendo da sua utilização decorrido raciocínio conducente à admissibilidade da tutela cautelar em tais demandas.

Em segundo lugar, a restrição do parâmetro de controle – o qual, na representação interventiva, estava encerrado ao campo dos princípios constitucionais sensíveis – fez com que fosse promulgada a Emenda Constitucional nº 16/65, instituindo a representação de inconstitucionalidade, sendo legitimado único o Procurador-Geral da República, para cujo ajuizamento poder-se-ia cogitar da ofensa às demais normas da Constituição, prevendo-se ainda sistema de controle a cargo dos tribunais de justiça.

Isso, porém, não eliminou institutos que advieram das disciplinas precedentes, tais como a reserva de plenário, a atuação complementar do Senado Federal e o recurso extraordinário.

¹¹ O procedimento da representação interventiva foi disciplinado, inicialmente, pela Lei nº 2.271/54, cujo art. 4º determinou a aplicação do rito do mandado de segurança, sendo substituída pela Lei nº 4.337/64. Recentemente, o tema veio a ser regulado pela Lei nº 15.562/2011.

Com a cessação de mais um período ditatorial, a Constituição de 1988¹² – que ora se encontra prestes a celebrar os seus trinta e cinco anos de vigência – conservou, integralmente, o modelo anterior, com a substituição nominal da representação pela ação de direta de inconstitucionalidade, trazendo inúmeros acréscimos, a saber: a) a ampliação da legitimidade para o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade, a qual passou a albergar também modalidade de fiscalização das omissões inconstitucionais; b) o mandado de injunção, igualmente predisposto ao controle da não aplicação das normas inerentes a direitos fundamentais pela ausência de disciplina legislativa integradora; c) a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

E, como se não bastasse, aditamentos à CRFB trouxeram a ação declaratória de constitucionalidade – cuja desnecessidade de seu tratamento autônomo era e ainda continua sendo de evidência palmar -, a súmula vinculativa e a repercussão geral como pressuposto do recurso extraordinário.

A incorporação, pura e simples, de novos institutos, sem as necessárias adaptações que exige a coerência sistemática, fez com que o nosso modelo de controle se tornasse portador de uma hibridez bastante complexa, o que, sem dúvida, reflete-se como comprometedor de sua eficácia.

Para essa compreensão, importante se afigura a descrição, por ocasião do tópico que segue, de alguns traços característicos que informam o diploma de 1988.

II – A CONSTITUIÇÃO DE 1988: UM PANORAMA.

Plenamente impossível uma análise global, num curto espaço de tempo, da Constituição então vigente há aproximadamente três décadas e meia. Os seus mais de duzentos e cinquenta artigos da sua parte permanente, aos quais se somam os atuais

¹² Designada na maioria das vezes no correr do texto mediante o emprego da sigla CRFB.

cento e dezoito do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, praticamente torna inviável a tarefa¹³.

No entanto, afigura-se apontar alguns traços gerais e que não ultrapassam a três.

O primeiro deles – e extremamente positivo – é a densidade valorativa de que se reveste. Exemplo marcante constitui uma quebra de paradigma, consoante a qual, numa inovação alvissareira, iniciou por um Título I dedicado aos princípios fundamentais, ao invés de persistir na prática adotada desde 1824 (Título 1º), onde o início do texto sobranceiro dizia respeito à organização do Estado. O simbolismo topográfico procurou, de logo, expressar a precedência do cidadão diante do aparato estatal.

Com o Título I, praticamente restaram consagrados os elementos do Estado constitucional, pois naquele se vê a referência à dignidade pessoal, à justiça social, aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, ao pluralismo político, à soberania popular, inclusive com a menção à possibilidade do seu exercício diretamente pelo povo, à divisão de poderes, entre outros.

Outra marca – também elogiável – é a expansão material dos seus dispositivos. Houve, sem dúvida, uma ampliação notável da regulação legal fundamental.

Novos assuntos passaram à estatura magna e não poderia ser diverso, uma vez assim exigir o sinal dos tempos. Novos direitos além daqueles de liberdade e sociais foram enunciados, tais como os coletivos e os difusos, os inerentes ao desenvolvimento e à paz. Seguindo o exemplo dos demais diplomas, promulgados ao depois da Declaração de Estocolmo de 1973, não pode ignorar a CRFB a necessidade da tutela do meio ambiente. Ao direito do consumidor não foi poupada referência. Da mesma forma, as relações jurídico-privadas tiveram seu prestígio na disciplina da família e dos direitos trabalhistas.

¹³ Isso sem contar com as inúmeras emendas constitucionais, num total de cento e vinte duas, posto consideradas as inerentes à revisão constitucional, muitas das quais contêm inúmeros preceitos constitucionais autônomos. Um exemplo interessante é a Emenda Constitucional nº 103/2019, a qual, alterando o sistema de previdência social, contém trinta e dois artigos, promulgados a pretexto de estabelecer um regime de transição.

Isso sem contar que, com a Emenda Constitucional nº 45/2004, inseriu-se §3º ao seu art. 5º, alargando formidavelmente o conjunto de direitos fundamentais, para considerar como tais os constantes nos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, uma vez equivalentes às emendas constitucionais¹⁴.

Com isso, é possível retratar fenômeno já observado por Hesse¹⁵, segundo o qual a Constituição não mais deve ser visualizada tão-só como ordenamento fundamental do Estado, mas, igualmente, da comunidade por inteiro.

Isso permitiu, nalgumas situações pontuais, uma elogiável atividade interpretativa pela jurisprudência.

Numa terceira característica geral – e que, lamentavelmente, reputo como não satisfatória – assistiu-se, na quase maioria do seu longo texto, a uma técnica que se voltou ao disciplinamento excessivamente detalhista dos assuntos aos quais coube abordar. Fez-se surgir artigos de enorme e jamais vista extensão, bem como a dispersão do tratamento de vários temas mediante a regulação extensa e autônoma constante em emendas constitucionais. E, como se não bastasse, substituiu-se, com assiduidade, a linguagem comum – que deve permear os textos constitucionais, tornando-os mais acessíveis à população – pela linguagem inçada de tecnicismo, o que é mais adequado à elaboração da legislação infraconstitucional.

¹⁴ Não poderia ser diferente, pois tinha o constituinte o dever inescusável de fazer incorporar no texto de sua obra as tendências dominantes ao instante de sua elaboração. Atualmente, por força dos Decretos nº 6.949/2009 e nº 9.522/2018, restaram incorporadas à nossa constituição, respectivamente, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinada em Nova York, e o Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual, ou com Outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto Impresso.

¹⁵ *Constitución y derecho constitucional*. In: *Manual de derecho constitucional*. Madri: Marcial Pons, 1996, p. 5-6. Tradução de Antonio López Pina.

O fenômeno fez com que, num eufemismo, a doutrina procurasse fugir, com vistas à classificação do diploma de 1988, inclusive a partir das suas modificações, ao dualismo entre constituição sintética e analítica, chamando atenção para a presença de uma terceira categoria, qual seja a da constituição prolixa¹⁶.

Disso emergem dois resultados conexos não satisfatórios. Em primeiro lugar, tem-se uma dificuldade no próprio desenvolvimento dos preceitos constitucionais mediante atividade interpretativa, de maneira a propiciar que aqueles, de forma constante, adaptem-se às mudanças exigidas pela evolução da sociedade, nos mais variados setores.

Ligado a isso se verifica um enfraquecimento de sua força normativa mediante sucessivas – e, até mesmo, observando-se o quadro brasileiro, infundáveis – alterações de seu texto pela via de reformas formais, muitas vezes descaracterizando o seu conjunto de valores. A sua mudança, assim, resta entregue à conveniência de necessidades transitórias, conforme se tem verificado entre nós. À sua rigidez formal, jamais vista por ocasião dos diplomas antecedentes¹⁷, a realidade do jogo político lhe legou uma substancial flexibilidade¹⁸.

Essas características conduzem a um ponto comum, consistente num imenso bloco de constitucionalidade¹⁹,

¹⁶ Para Bonavides (*Curso de direito constitucional*. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2020, pp. 91-92) as constituições prolixas são aquelas que trazem matérias que, por sua natureza, são estranhas ao direito constitucional, traduzindo minúcias de regulamentação que melhor caberiam em leis complementares, ou preceitos de legislação ordinária. Consoante o autor, um exemplo atual é justamente a CRFB, juntamente com a Constituição mexicana e a Constituição da Índia de 1950.

¹⁷ A CRFB é o diploma constitucional, com vigência nestas plagas, que mais alberga limitações ao poder constituinte derivado, bastando uma leitura do seu art. 60, incisos I a III, e §§1º a 5º.

¹⁸ Sobre o tema, ver textos de nossa autoria: A constituição de 1988: os inconvenientes da opção pelo detalhe. In: Dilemas na Constituição Brasileira. Fórum: Belo Horizonte, 2017. Org.: COPETTI NETO, Alfredo; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão; A contrarreforma e os riscos de um retrocesso sem igual, Consultor Jurídico - Conjur, edição de 24-01-2022. Disponível em: www.conjur.com.br.

¹⁹ O bloco de constitucionalidade (*bloc de constitutionnalité*) – conforme expõem Francis Manon e Michel Troper – “quer dizer o conjunto de normas cuja proteção e, portanto, o

favorecendo, de conseguinte, ao ajuizamento de uma multiplicidade incontida de demandas com fundamento extraídos de preceitos da constituição.

Isso afeta sensivelmente a experiência de nosso modelo de jurisdição constitucional, com um majoritário reflexo em nosso controle difuso de constitucionalidade.

III – O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO: UMA VISÃO ATUAL.

Na província da jurisdição constitucional é incontestado que o controle de constitucionalidade desempenha um papel de densa relevância, pois, a pretexto de assegurar a normatividade da constituição, visa trazer à sociedade e aos operadores jurídicos em geral segurança jurídica. Persegue-se, mediante tal instituto, uma certeza sobre a interpretação e aplicação das normas integrantes do sistema jurídico, o qual tem o texto constitucional como ápice. A validade, bem como e sobretudo, os efeitos dos fatos e atos jurídicos, não prescindem da sua conformação com os princípios e regras positivados na Lei Fundamental, cujo teor vincula os poderes públicos e os particulares.

A nossa experiência na matéria, conforme as suas primeiras manifestações, permitiram que se pudesse cogitar da denominação controle difuso quando a apreciação da questão de

seu respeito, impõe-se ao Parlamento quando vota uma lei ou ratifica um tratado – não se limita, portanto, ao texto fundador da V República” (c’est-à-dire l’ensemble des normes dont il assure la protection et dont le respect s’impose au Parlement lorsqu’il vote une loi ou ratifie un traité – ne se limite donc pas au texte fondateur de la V^e République. *Droit constitutionnel*. 35^a ed. Paris: LGDJ – Lextensoéditions, 2014, p. 751). Assim é – explicitam (ibidem, p. 750) - em face do Conselho Constitucional, pela assaz referenciada decisão de 16 de julho de 1971, relativa à liberdade de associação. O tema do bloco de constitucionalidade é também objeto de enfoque por Licínio Lopes Martins (O conceito de norma na jurisprudência do Tribunal Constitucional, *Boletim da Faculdade de Direito*, v. 75, p. 603), com relação à Constituição da República Portuguesa, compreendendo, com base em interpretação do seu artigo nº 277, nº 1, os preceitos da Constituição (normas-preceito, normas-disposição, ainda que programáticas) ou os princípios constitucionais, expressos ou implícitos.

constitucionalidade coubesse a qualquer juízo ou tribunal, conforme a regra de competência, o que evidenciava que o seu surgimento pressupunha – e ainda pressupõe – uma lide ou controvérsia a ser apreciada²⁰.

A sua inspiração foi o modelo norte-americano, mas deste nos apartamos cultural e juridicamente por vários aspectos. Um deles foi a não assimilação, a despeito de uma sinalização da doutrina, da teoria da vinculação aos precedentes, o que levou à sua instituição praticamente mediante emendas à CRFB e reformas legais, sendo a principal advinda com o Código de Processo Civil – CPC de 2015²¹. Portanto, inegável o traço de cunho compulsório mais do que de um imperativo lógico e de segurança jurídica que o instituto da vinculação jurisprudencial vem fruindo por aqui.

Noutros pontos, tem-se que o arquétipo norte-americano, além de se notabilizar por uma constituição concisa, consubstanciada em diretrizes genéricas, que, como já salientado, permitem o desenvolvimento um processo interpretativo evolutivo, inaugurou um federalismo real, dotando os Estados de uma maior e importante competência legislativa. Além disso, o Artigo III da Constituição de 1787 confere ao Congresso a definição da organização e

²⁰ É de observar que, quanto à representação interventiva, hoje ação direta interventiva, a doutrina, inclusive a atual, sempre considerou como uma hipótese de controle concreto, por a sua ativação decorrer de uma controvérsia entre partes, precisamente a União e o Estado-membro. Consultar: Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (*Teoria das constituições rígidas*. 2ª ed. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1980, p. 191-192), Clèmerson Merlin Clève (*A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 128), José Carlos Moreira Alves (Controle de constitucionalidade difuso e concentrado, *Fórum Administrativo*, ano 8, nº 92, p. 11, outubro de 2008) e Ana Paula de Barcellos (*Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 580). Esta, por sua vez, sustenta que, com a vigência da Lei nº 12.562/2011, o processo da ação direta interventiva se aproximou dos disciplinados pelas Leis nº 9.868/99 e 9.882/99. Em sentido contrário, Themístocles Brandão Cavalcanti (*Do controle da constitucionalidade*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 104-105), ao compreender a então representação interventiva como um meio de impugnação não do ato executório, mas da própria tese da lei.

²¹ É o que se pode visualizar dos arts. 926 a 928 do CPC (Livro III, Título I, Capítulo III).

da competência dos juízes e tribunais da União, de modo a permitir uma flexibilidade maior quanto à operabilidade do sistema, inclusive quanto à definição da competência da Suprema Corte, evitando esta que venha a conhecer de todos os litígios, de modo a lhe permitir unicamente o conhecimento das matérias que, por sua relevância, contribuam para o aprimoramento institucional dos Estados Unidos.

Por outro lado, não se pode negar que, no particular da jurisdição constitucional europeia, não se possa cogitar de um controle difuso. Isso porque, quanto às questões de constitucionalidade²², a sua suscitação sucede no âmbito dos litígios submetidos aos juízes. Estes, apesar de não poderem decidir sobre a compatibilidade das demais normas jurídicas frente à constituição, o que constitui monopólio do tribunal ou corte constitucional, não possuem um papel neutro no que concerne ao assunto²³.

²² Trata-se do que, na doutrina pátria, em especial Fernando Facury Scaff (Novas dimensões do controle de constitucionalidade no Brasil: prevalência do concentrado e o caso do difuso, *Revista Dialética de Direito Processual – RDDP*, v. 50, p. 24, maio de 2007), convencionou-se denominar *per saltum*. À guisa de exemplo, conferir as previsões legais de sistemas jurídicos italiano (*Legge* nº 87/1953, art. 23), alemão (Lei do Tribunal Constitucional Federal de 1951, §81), espanhol (*Ley Orgánica* nº 02/1979, artigos 35 a 37) e francês (artigo 61º - 1, Constituição de 1958; *Ordonnance* nº 1.067/1958, artigo 23).

²³ O papel do juiz ordinário para a jurisdição constitucional da Europa continental é destacado por Pablo Pérez Tremps (*Tribunal Constitucional y Poder Judicial*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, pp. 138, 143-144, para quem a formulação de uma questão de constitucionalidade equivale a uma *pre-cognitio* da constitucionalidade da lei, de maneira que, nessas situações, cumpre aquele uma missão auxiliar para a definição da compatibilidade ou não de uma lei com a constituição, tanto que, em havendo a suscitação da dúvida, a fundamentação do juiz da causa terá um grande valor para a decisão do tribunal ou corte constitucional. A mesma percepção é exposta, quanto ao controle em juízo incidental ou de exceção no sistema italiano, por Stefano Maria Cicconetti, ao frisar que “o juiz não é uma mera alça de transmissão passiva, mas, ao contrário, deve exercitar dois importantes controles sobre a exceção submetida, para decidir se a rejeita ou se transmite a relevante questão de legitimidade constitucional à Corte” (il giudice non è una mera cinghia di trasmissione passiva ma, al contrario deve esercitare due importante controlli sulla eccezione sollevata per decidere se respingerla

No entanto, nesse modelo a característica mais saliente se centra na circunstância de que o exame da questão de constitucionalidade é realizado, por via de regra, sob o prisma abstrato, não estando direcionado à solução de um litígio entre partes. Por isso, é igualmente nominado como controle abstrato. A singularidade de que tal competência – como ressaltado – possua um único e exclusivo titular (tribunal constitucional) faz com se justifique também a designação de controle concentrado.

Interessante notar que, na atualidade, uma maior aproximação de modelos, porventura por razões histórico-culturais, seja do brasileiro com o modelo lusitano, o qual, coincidentemente, mantém a concomitância do modelo difuso e concreto com o abstrato e concentrado²⁴.

Porém, é preciso notar que o traçado constante da CRFB acerca do controle difuso veio progressivamente sofrendo modificações, direcionadas para assentar o predomínio da importância institucional do Supremo Tribunal Federal - STF, aproximando-o, na prática, do molde concentrado. São exemplos diretos a súmula vinculante e a repercussão geral²⁵.

Isso se tornou mais saliente com o atual CPC e por várias razões. Uma delas foi a ampliação das situações onde admissível a

oppure trasmettere la relativa questione di legittimità costituzionale ala Corte. *Lezioni di giustizia costituzionale*. 3ª ed. G. Giappichelli Editore: Torino, 2006, p. 54).

²⁴ Há, em sede de controle de constitucionalidade, uma proximidade entre os sistemas brasileiro e lusitano, a partir da proclamação da república no Brasil e Portugal. Prova disso está em que a Constituição Política da República Portuguesa de 1911 (artigo 63º) adotou o modelo exclusivamente difuso e incidental, sob indiscutível influência da Constituição Federal de 1891 (art. 59, §1º, e art. 60, *a*). Atualmente, tem-se, entre os dois ordenamentos, a coincidência da adoção simultânea dos modelos difuso e incidental e abstrato e concentrado. Observar ainda, no particular da Constituição da República Portuguesa (artigos 280º e 281º), que nos inspiramos no seu artigo 283º para a instituição do controle abstrato das omissões constitucionais (art. 103, §2º, CRFB).

²⁵ A admissibilidade da ADPF em face de leis municipais permitiu ainda que a competência do STF se expandisse para atingir o exame da compatibilidade vertical das leis municipais. Ver, nessa direção, a observação de José Carlos Moreira Alves (Controle de constitucionalidade difuso e concentrado, *Fórum Administrativo*, ano 8, nº 92, p. 14, outubro de 2008).

repercussão geral, mediante a previsão de situações de sua obrigatoriedade. Se não já bastasse a hipótese de contrariedade à súmula ou jurisprudência dominante no Supremo Tribunal Federal, já constante do CPC de 1973, foi inserida a inerente às decisões que tenham reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, após a observância da reserva de plenário, nos termos do art. 97 da CRFB.

Significa dizer, então, que, somente podendo os demais tribunais declarar a inconstitucionalidade pela maioria absoluta de seus membros, ou do respectivo órgão especial, tem-se, em todas as hipóteses nas quais houver o reconhecimento de uma declaração de uma incompatibilidade vertical, como caracterizada a repercussão geral. Essa circunstância, ao lado do que aparenta ser uma presunção de reconhecimento da repercussão geral pelo constituinte²⁶, torna o acesso ao STF bastante amplo, cooperando, assim, para que seja retirada do âmbito dos demais juízos e tribunais a decisão final dos casos concretos nos quais se discute matérias constitucionais.

A prevalência do mecanismo da repercussão geral em sede do controle difuso pode ser visualizada também pela possibilidade de seu julgamento de mérito, mesmo quando manifestada a desistência do recurso, conforme a dição do parágrafo único do art. 998 do CPC.

²⁶ É o que se percebe do teor do §3º do art. 102 da CRFB, cuja parte final diz que a alegação de repercussão geral somente pode ser recusada pela manifestação de dois terços dos integrantes do STF quando – preciso dizer – tal fosse esse o quórum para a sua admissão. Diversamente, naquela que é apontada como a fonte inspiradora da repercussão geral, qual seja o *writ of certiorari* de competência da Suprema Corte norte-americana, a ênfase é a discrição da corte para o seu conhecimento. Ver, nesse sentido, a regra 10, primeira parte, da Suprema Corte: “**Regra 10. Diretrizes da revisão pelo Certiorari.** A revisão pela via do *certiorari* não é uma questão de direito, mas de discrição judicial” (**Rule 10. Considerations Governing Review on Certiorari.** Review on a writ of certiorari is not a matter of right, but of judicial discretion. A petition for a writ of certiorari will be granted only for compelling reasons.

<https://www.supremecourt.gov/ctrules/2019RulesoftheCourt.pdf>).

Aspecto interessante é o que diz respeito à eficácia da decisão proferida através do mecanismo da repercussão geral. Apesar de se tratar da solução de um problema surgido originariamente entre partes, havendo a fixação de uma tese jurídica, esta, na prática, espraia-se para atingir todas as causas nas quais se discute a questão, de sorte a poder inclusive privar de eficácia a coisa julgada proferida noutro processo como, por igual, respaldar a sua rescisão.

No caso, tem-se, no julgamento da repercussão geral, algo com maior potencialidade do que a própria súmula vinculante, bastando, para tanto, um único julgamento no qual haja o predomínio, no sentido de uma determinada orientação, de seis ministros do STF, ao invés de oito votos e de reiteradas decisões, tal qual exige o art. 103 – A, *caput*, da CRFB, como pressuposto do excerto sumular.

O reforço da força cogente da decisão do STF em sede de repercussão geral se centra na possibilidade de reclamação, cuja admissibilidade advém da interpretação em sentido contrário do art. 988, §5º, II, do CPC²⁷.

Com isso, tem-se dessa aparente mescla entre os diversos modelos de controle de constitucionalidade uma convergência para a preponderância de uma concentração de competência em favor do STF, quase monopolística, permitindo-lhe a realização de um exame tipicamente abstrato da questão constitucional, com efeitos verdadeiramente vinculativo e *erga omnes*.

²⁷ Esse traço do instituto da repercussão geral, praticamente inevitável nos dias atuais, foi registrado por Fernando Facury Scaff, antes da vigência do atual CPC, ao assinar: “Caso o Tribunal mantenha sua decisão em desacordo com o STF, e lhe encaminhe os Recursos Extraordinários sobrestados, o STF tem a *faculdade* de cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação sumulada. A força que este artigo atribuiu ao STF é algo sem paralelo no Brasil democrático ou autoritário. Pode ser considerada nula uma decisão proferida por um Tribunal em desacordo com a orientação firmada. É algo como uma *ação rescisória coletiva de ofício, sem processo específico*. De uma penada pode-se fazer cair por terra decisões de Cortes Estaduais ou Federais, proferidas na culminância de um processo de trâmite ordinário” (Novas dimensões do controle de constitucionalidade no Brasil: prevalência do concentrado e ocaso do difuso, *Revista Dialética de Direito Processual – RDDP*, v. 50, p. 29, maio de 2007).

Dessa maneira, remanesce para a atuação dos demais juízes e tribunais, no plano da aplicação da CRFB, poucas hipóteses, tais como as que poderemos denominar de um julgamento equitativo, mediante o qual, diante das singularidades especialíssimas do litígio, poder-se-á vislumbrar uma incidência inconstitucional de uma regra legal ou ato normativo²⁸, ou, quando muito, uma interpretação conforme.

IV – DIFICULDADES RESULTANTES DA IMPLANTAÇÃO DO NOVO MODELO.

O fenômeno, decorrente da aplicabilidade do novo arcabouço do controle difuso, se, por um lado, veio a propiciar a busca de uma interpretação uniforme do sentido da constituição, o que, sem dúvida, condiz com a certeza e previsibilidade do direito, não esconde problemas, muito embora estes possam, caso não afastados, serem amenizados.

O primeiro deles é o de que o controle difuso, ressalvadas as hipóteses excepcionais onde há competência originária do STF, inicia-se quase sempre no primeiro grau de jurisdição e, portanto, vem sendo objeto, na realidade, de um percurso de quatro graus, o que lhe outorga uma morosidade sem precedentes²⁹.

²⁸ Um exemplo nesse particular sucedeu com a interpretação que o STF legou ao art. 20, §3º, da Lei nº 8.742/93, superando em sede de reclamação (Rcl – 4374, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 26.02.2007; Rcl nº 3.805/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 18.10.2006; Rcl nº 4.422/RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 30.6.2006; Rcl nº 4.133/RS, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 30.6.2006; Rcl nº 4.366/PE, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 1.6.2006; Rcl nº 4.280/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 30.6.2006 e Rcl nº 4.164/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 29.05.2006) a orientação vinculativa firmada na ADI nº 1.232 – DF (Pleno, mv, rel. desig. Min. Néilson Jobim, DJU de 01.06.2001), permitindo, assim, que os juízes e tribunais pudessem aferir, de acordo com cada situação fática, o requisito de miserabilidade para a concessão do benefício assistencial (LOAS), retirando os contornos absolutos do critério de renda *per capita* familiar inferior a um quarto do salário mínimo.

²⁹ Ignorou-se a advertência e o vaticínio de Carlos Maximiliano (*Comentários à Constituição Brasileira de 1891*. Rio de Janeiro: Ribeiro dos Santos, 1918, p. 611. Edição fac-similar do Senado Federal, 2005), exposta ao instante da vigência da Constituição de 1891, ao salientar que, ao invés da necessária fixação de rígidos limites ao *habeas corpus* e ao recurso extraordinário, a própria Corte Suprema, no seu labor cotidiano, passou a aceitá-los quase sem restrições, correndo o risco de transformar-se – como de fato sucedeu – num

E assim é sem contar que, na hipótese de haver uma inclinação para a resolução na direção do reconhecimento de uma inconstitucionalidade, faz-se imprescindível, por injunção constitucional (art. 97, CRFB), a adoção do critério da reserva de plenário para os demais, a qual requer procedimento específico, similar ao do controle abstrato no STF, onde são chamadas a intervir, além das partes, as pessoas de direito público responsável pela edição ato, sem prejuízo da manifestação dos legitimados ao ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade e da intervenção de órgãos ou entidades, tendo em vista a relevância da matéria e a representatividade do postulante (*amicus curiae*).

Isso faz com que muitas relações jurídicas, especialmente de direito público, permaneçam sob uma densa zona de incerteza durante vários anos, sendo um exemplo as questões tributárias, cuja duração, desde o litígio em primeiro grau, vêm se alastrando dentre doze a dezoito anos.

E não é só. Tais questões, que envolvem uma multiplicidade de interessados, pois quase sempre decorrem de uma identidade absoluta³⁰, têm se delongado mesmo após o julgamento de mérito do STF, mediante a renovação de seu julgamento para fins de modulação da sua eficácia, tema normalmente agitado em sede de embargos de declaração.

Para amenizar tal consequência, talvez o mais correto tivesse sido a disciplina do incidente de inconstitucionalidade, substitutivo do recurso extraordinário, o qual já seria suscitado no

terceiro grau de jurisdição, ou mais assiduamente, a partir de 1988, tendo em vista a instituição do Superior Tribunal de Justiça, num quarto grau, caracterizado pela lentidão no decidir.

³⁰ Interessante Teresa Arruda Alvim Wambier (Precedentes e evolução do Direito. *In: Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 57-58. Coord.: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim), quando anota, no que concerne às técnicas de uniformização decisória em tema de precedentes, a existência do método da identidade absoluta ou integral, onde os fatos e a questão jurídica são absolutamente iguais, e aquele da identidade essencial (e não identidade absoluta), onde há semelhanças entre os litígios. A técnica da repercussão geral e dos recursos repetitivos tem, na sua maioria, revelado uma aproximação maior com a identidade integral.

primeiro grau de jurisdição, desde que o juiz, para a solução do litígio que lhe é submetido, considerasse a questão de constitucionalidade fundada e relevante para o enfrentamento do mérito, o qual não poderia ser satisfatoriamente resolvido pela via unicamente da aplicação da lei.

Porventura fosse a hipótese de instituir um incidente de inconstitucionalidade, substitutivo da repercussão geral e, de conseguinte, do próprio recurso extraordinário, a ser suscitado pelo juiz ou tribunal, de maneira que a matéria constitucional já seria, de logo, submetida ao descortino do STF. Evitar-se-ia, assim, o longo percurso de três instâncias anteriores, inclusive observando-se, quanto a pelo menos uma delas, a tramitação de procedimento específico (incidente de arguição de inconstitucionalidade) para possível declaração de uma incompatibilidade vertical, a fim de autorizar que assim possam decidir os órgãos fracionários.

Poder-se-ia, no plano da disciplina legal, conferir ao relator, a exemplo do que sucede atualmente com o recurso extraordinário, a competência para determinar suspensão dos processos, reforçada pelo sobrestamento do prazo prescricional, o que poderá contribuir para conter um ajuizamento de inúmeras demandas. Nessa hipótese, que pressupõe inicialmente aprovação de emenda constitucional, será possível avaliar-se também a utilidade da súmula vinculante, uma vez já se encontrar assentada a obrigatoriedade das decisões proferidas pelo STF no controle difuso e concreto. Talvez, diante do formalismo cultural que aqui predomina, fosse o caso de se prever expressamente a natureza vinculativa da decisão do incidente, principalmente para a sua aplicação no âmbito da Administração Pública.

Com isso, pretende-se simplificar o modelo então adotado, atribuindo uma maior funcionalidade e rapidez ao desenlace das controvérsias de estatura constitucional³¹.

³¹ Essa proposição foi defendida, ao que parece pioneiramente, por Marcelo Weick Pogliese, à feição de dissertação de mestrado perante o Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Norte em 2006, a qual foi posteriormente publicada como livro, havendo o autor rematado no sentido de que, mediante o incidente, “alcançar-se-á a tutela definitiva da questão constitucional suscitada no caso concreto em um menor espaço de tempo, diminuindo a espera das partes e assegurando

Além da morosidade, o modelo tal como estruturado é apto para conspirar contra a segurança jurídica, a partir da amplitude com a qual a legislação – e sobretudo a prática dos tribunais – vem admitindo as pretensões em favor da rescisão, ou do reconhecimento da inexigibilidade, dos julgados anteriormente proferidos em contraposição ao ponto de vista que, futuramente, vier a ser acolhido pelo STF.

Isso não somente quando houver incompatibilidade da decisão de juízo ou tribunal com o julgado do STF em sede de controle concentrado, mas igualmente quanto ao controle difuso.

Nesse sentido, dispõem os §§5º a 7º do art. 537 do CPC, desde que, nesses casos, a decisão proferida pelo Plenário do STF haja considerado lei ou ato normativo inconstitucional ou tenha apontado como incompatível com a CRFB uma aplicação ou interpretação de lei ou ato normativo em determinado sentido. Os mecanismos a serem utilizados serão a impugnação ao cumprimento de sentença ou a ação rescisória, conforme a decisão do STF seja, respectivamente, anterior ou posterior ao trânsito em julgado da decisão a ser objeto de cumprimento.

A previsão da arguição de inexigibilidade de uma sentença irrecurável, por incompatível com julgado do Plenário do STF em controle difuso, seja ou não à guisa de repercussão geral, equivale, na prática, a estender além das partes a eficácia de um acórdão daquele proferido noutro processo entre partes. Tal proceder, na realidade, é capaz de frustrar a confiança do jurisdicionado, pois, a despeito de vencedor do litígio, o que quase sempre sucede depois de um largo espaço de tempo, vê que a energia gasta durante toda a tramitação processual de nada adiantou.

uma duração mais razoável da demanda. Ademais, tal como se sugere, o incidente de inconstitucionalidade funcionará como um efetivo instrumento de migração do difuso para o concentrado, atingindo o efeito meta-processual (*erga omnes* e vinculante), sem prejudicar as prerrogativas constitucionais dos juízes e tribunais ordinários de fiscalizar a compatibilidade das leis e atos normativos face à Constituição” (*Incidente de arguição de inconstitucionalidade em tribunal*. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 212). Não desconhecemos que, diante da extensão de nosso bloco de constitucionalidade, inúmeras ainda serão as questões constitucionais com reflexos no cotidiano, mas, ao menos, tender-se-á a conferir uma maior agilidade na sua solução.

Mais preocupante, porém, é a previsão do ajuizamento da ação rescisória, porquanto o §8º do art. 537 do CPC, ao dispor que o termo inicial do prazo decadencial será o do trânsito em julgado da decisão do STF, consagra, de fato, um direito potestativo que pode se revelar de natureza quase eterna, podendo alargar demasiadamente uma situação de pendência, inclusive apanhando situações nas quais já corrido o cumprimento integral do julgado.

Traduz, assim, uma forte quebra da confiança legítima do jurisdicionado.

O direito brasileiro, nos termos do dispositivo legal referido, parece haver perfilhado, assim, uma orientação oposta à da maioria dos tribunais constitucionais, os quais, mesmo no controle abstrato, preservam a eficácia e a higidez da coisa julgada formada anteriormente à sua pronúncia³².

³² Nesse sentido, o artigo 282º, nº 3, da Constituição da República Portuguesa, põe a salvo dos efeitos das decisões do Tribunal Constitucional os casos julgados, salvo se a decisão deste for em matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social, e se evidenciar mais favorável do que a sentença. Na Itália, o artigo 30 da *Legge* nº 87/1953, a despeito de prever a eficácia para o futuro das decisões da Corte Constitucional, ressalva a retroatividade nas hipóteses nas quais aquelas forem de encontro com condenação criminal. A espanhola *Ley Orgànica* nº 02/1979, no seu artigo 40.1, consagra a intangibilidade da coisa julgada diante da decisão do Tribunal Constitucional, salvo se a decisão deste for mais benéfica em matéria criminal ou de sanção administrativa. De maneira não discrepante, o §79 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Federal alemão, que versa sobre o procedimento de controle abstrato, apenas prevê a retroatividade das decisões declaratórias de inconstitucionalidade no que toca às sentenças penais de condenação, louvadas em dispositivos tidos por inconstitucionais. A esse respeito, Francisco Rubio Llorente (La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho, *Revista Española de Derecho Constitucional*, ano 8, nº 22, p. 46, janeiro/abril de 1988), com vistas a discorrer sobre a eficácia temporal das declarações de inconstitucionalidades pelos tribunais constitucionais europeus, acentua a preponderância de dois princípios, quais sejam a intangibilidade das sentenças irrecorríveis proferidas mediante a aplicação da lei inconstitucional e o, simetricamente inverso, das nulidades de todas as condenações penais (inclusive a confirmação de sanções disciplinares) impostas em virtude da lei contrária à constituição. Por isso, afirma que, quando se cuida de leis penais, é concedida uma preferência ao valor justiça, enquanto que, nos demais casos, prevalece a segurança jurídica.

Isso quando a própria constituição, além de serviente à segurança jurídica, vem adotando orientação contrária em sede de controle difuso. É como se se tivesse esquecido, quanto à súmula vinculante, a explícita previsão do art. 103 – A, *caput*, da CRFB, no sentido de que os seus efeitos sucedam a partir de sua publicação na imprensa oficial.

É possível, num primeiro súbito de olhos, apontar que uma solução capaz de minorar essa antinomia reside, à primeira vista, no §13 do art. 525 do CPC, ao mencionar que o STF poderá modular os efeitos de sua decisão. No entanto, além da redação do texto legal se circunscrever à hipótese de inexigibilidade da decisão exequenda, foi empregado a formal verbal “poderá”, o que não traduz uma obrigatoriedade.

Assim, é que não se pode descartar, por ocasião do exame por juiz ou tribunal de uma arguição de inexigibilidade ou de ação rescisória, a aplicação, a partir de motivação idônea, da tutela da confiança legítima em benefício do titular da coisa julgada, de maneira que o seu desfazimento, ou afastamento de seus efeitos, não deve ser sempre encarado como algo automático.

Há aqui que se ter em vista Humberto Ávila³³, para quem, mesmo que não se possa considerar que uma mudança jurisprudencial com repercussão para o pretérito acarrete sempre uma insegurança jurídica, não se pode desconsiderar a frustração de uma segurança jurídica digna de tutela, desde que concorrentes alguns requisitos.

É indispensável, no dizer do autor, que se possa cogitar da existência de uma base da confiança, a qual surge “quando o cidadão legitimamente espera que o seu comportamento seja valorado de acordo com uma decisão com base na qual ele se orientou ou pode se orientar e que, mais tarde, veio a ser modificada”³⁴.

³³ *Teoria da segurança jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 498.

³⁴ *Ibidem*, p. 498.

Para a identificação das decisões que mereçam tal eficácia, frisa o autor³⁵ a necessidade de alguns fatores, num número de quatro, os quais funcionam como critérios heurísticos ou investigativos, com função meramente indicativa, de sorte que a ausência de um deles não necessariamente conduz à falta da proteção da confiança, mostrando-se decisiva uma visão do seu conjunto.

Aqueles consistem na: a) capacidade vinculadora e pretensão de permanência, cuja densidade é emanada da atribuição de sua obrigatoriedade pelo ordenamento jurídico (força normativa formal) e do conteúdo ou do órgão prolator (forma normativa material), não sendo necessariamente de presença simultânea; b) finalidade orientadora da decisão, decorrente da sua própria função, verificável, por exemplo, com as decisões das Seções do Superior Tribunal de Justiça e daquelas que são objeto de súmula; c) inserção da decisão numa cadeia de decisões, de modo que, em sendo proferidas num só sentido, autorizam a presunção de que manifestam o entendimento do respectivo tribunal acerca da matéria, podendo, portanto, servir de guia normativo; d) capacidade de generalização da decisão, o que se pode inferir das decisões dos tribunais superiores, especialmente do STF, diante do teor abstrato dos seus julgados.

A atuação do juiz, no âmbito do controle difuso, com o propósito de tutelar a confiança legítima foi, recentemente, realçada com o acréscimo das normas de direito público à LINDB pela Lei nº 13.655/2018, conforme se nota especialmente do seu art. 24³⁶.

Vê-se, portanto, do teor do art. 24 da LINDB que este é expresso quanto às mudanças jurisprudenciais com influência nas relações jurídicas que se controvertem no plano judicial. Desse modo,

³⁵ *Ibidem*, p. 498-504.

³⁶ Eis a redação do preceito: “Art. 24 A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas. Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público”.

independente da modulação dos efeitos pelo STF, nada impede que o juiz ou tribunal, verificando a indispensabilidade da tutela da confiança no caso sob julgamento, decida, motivadamente, pela preservação dos efeitos de uma coisa julgada anterior³⁷.

A admissibilidade dessa postura – que é inquestionável no direito pátrio – somente reforça o controle difuso.

À derradeira, é de se destacar uma última preocupação, consistente na necessidade de se viabilizar, com o dinamismo das relações sociais e políticas, uma atualização ou revisão dos entendimentos que alcançaram uniformização perante o STF. Atualmente, considerando-se que os juízes e tribunais estão obrigados a seguir os posicionamentos fixados em sede de repercussão geral, a tarefa torna-se bastante difícil, uma vez haver uma grande possibilidade da apreciação de ditas matérias ser obstada nos graus de jurisdição antecedentes, diante da adoção da sistemática processual vigente.

A despeito disso, considerando-se que no paradigma da vinculação dos precedentes é possível ao juiz ou tribunal se afastar da orientação daqueles, desde que, motivadamente, invoque uma razão bastante para esse fim, tais como a distinção (*distinguishing*), ou a demonstração da sua desconformidade com a nova conjuntura social, econômica, política, ou legal, a dificuldade decorrente da postura mecanicista adotada na prática forense pode ser superada com o auxílio das atividades dos patronos das partes, destacando os fundamentos apropriados, bem como de uma melhor triagem pelos magistrados, a partir da orientação de suas assessorias. O emprego da inteligência artificial, no sentido de identificar os fatos e as singularidades das argumentações, terá uma grande utilidade.

O importante, para aprimoramento do controle de constitucionalidade difuso, é que se assegure aos demais juízes e tribunais

³⁷ Antes do art. 24 da LINDB, o próprio STF enfatizou a segurança jurídica no que concerne à mutação de seus próprios precedentes, vinculando-se a um dever de respeitar as situações jurídicas que ele próprio consolidara. Prova disso se tem no RE 590809 – RS, julgado pelo seu Plenário (maioria, rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 22-10-2014).

formular o seu contributo para o desenvolvimento e atualização da jurisprudência do STF³⁸.

V – SÍNTESE CONCLUSIVA.

³⁸ Uma amostra do benefício que a atividade discursiva no âmbito dos juízos e tribunais pode provocar em prol da atualidade contínua da interpretação constitucional está no RE 1090591 – SC (Pleno, unânime, rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe de 07-12-2020), mediante o qual, ao se julgar o Tema 1.042, foi revista a orientação consignada na Súmula nº 323.

Em face do exposto, faz-se possível a elaboração dos remates a seguir enumerados:

a) à consideração de que o Estado de Direito, na atualidade, fundamenta-se na vinculação dos agentes e órgãos estatais ao texto constitucional, observa-se, no que diz respeito ao direito brasileiro, a partir da Constituição de 1934, um notável desenvolvimento da disciplina do controle de constitucionalidade, havendo a CRFB delineado um acentuado hibridismo entre os paradigmas difuso e concreto e abstrato e concentrado;

b) compulsando-se a CRFB, é de se constar a presença de algumas características, tais como uma notável dimensão valorativa, acompanhada por uma expansão da disciplina dos direitos fundamentais, juntamente com a presença, nos seus inúmeros dispositivos, de regras que esbanjam uma regulação assaz detalhista, a implicar num desmedido bloco de constitucionalidade, favorecendo o ajuizamento de uma plethora de feitos fundada em normas e regras constitucionais, fenômeno que repercute densamente no controle difuso da constitucionalidade;

c) guardando suas diferenças da experiência vivenciada nos modelos norte-americano e europeu, o nosso controle difuso e incidental sofreu modificações, de modo que, principalmente com o instituto da repercussão geral, cuja admissibilidade não sucede de modo tão restrito, constata-se uma forte concentração em favor do STF, outorgando-se a este a possibilidade de um exame abstrato das questões constitucionais, com o esvaziamento da competência dos demais juízos e tribunais para a interpretação da constituição;

d) num olhar analítico em torno da atualidade dos contornos do nosso controle difuso de constitucionalidade, além da busca de uma interpretação uniformizadora do texto sobranceiro, é de serem identificados aspectos desfavoráveis, tais como a morosidade na resolução das controvérsias constitucionais entre cidadão e Estado, uma crescente insegurança jurídica e a dificuldade para a atualização das orientações do STF, a partir da sua provocação no âmbito dos juízos e tribunais; tais entraves, contudo, são afastáveis, ou suscetíveis de uma redução, seja pela via da mudança formal do ordenamento ou pela senda interpretativa.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. Controle de constitucionalidade difuso e concentrado, *Fórum Administrativo*, ano 8, nº 92, outubro de 2008.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do controle da constitucionalidade*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

CICCONETTI, Stefano Maria. *Lezioni di giustizia costituzionale*. 3ª ed. G. Giappichelli Editore: Torino, 2006.

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

FRANCIS, Hamon; TROPER, Michel. *Droit constitutionnel*. 35ª ed. Paris: LGDJ – lextensoéditions, 2014.

HÄRBELE, Peter. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Madri: Editorial Tecnos, 2000. Tradução de Emilio Mikunda.

HESSE, Konrad. Constitución y derecho constitucional. *In: Manual de derecho constitucional*. Madri: Marcial Pons, 1996. Tradução de Antonio López Pina.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Tradução do francês para o português por Maria Ermantina Galvão.

LLORENTE, Francisco Rubio. La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho, *Revista Española de Derecho Constitucional*, ano 8, nº 22, janeiro/abril de 1988.

MARTINS, Licínio Lopes. O conceito de norma na jurisprudência do Tribunal Constitucional, *Boletim da Faculdade de Direito*, v. 75, 1999.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Teoria das constituições rígidas*. 2ª ed. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1980.

MODERNE, Franck. Le juge constitutionnel face aux pouvoirs publics, *Anuário Português de Direito Constitucional*, ano I, v. 1, 2001.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Controle judicial de constitucionalidade: o contributo da Constituição de 1891, *História Constitucional*, nº 11, 2010.

_____ A constituição de 1988: os inconvenientes da opção pelo detalhe. *In: Dilemas na Constituição Brasileira*. Fórum: Belo Horizonte, 2017. Org.: COPETTI NETO, Alfredo; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão.

_____ A contrarreforma e os riscos de um retrocesso sem igual, Consultor Jurídico - CONJUR, edição de 24-01-2022. Disponível em: www.conjur.com.br.

PELAYO, Manuel García. El “status” del Tribunal Constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, v.1, nº 1, janeiro/abril de 1981.

POGLIESE, Marcelo Weick. *Incidente de arguição de inconstitucionalidade em tribunal*. Salvador: Juspodivm, 2008.

SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira. *Comentários à Constituição Brasileira de 1891*. Rio de Janeiro: Ribeiro dos Santos, 1918. Edição fac-similar do Senado Federal, 2005.

SCAFF, Fernando Facury. Novas dimensões do controle de constitucionalidade no Brasil: prevalência do concentrado e o caso do difuso, *Revista Dialética de Direito Processual – RDDP*, v. 50, maio de 2007.

TREMPS, Pablo Pérez. *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do Direito. *In: Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.