

REFLEXÕES SOBRE O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL: O DECLÍNIO DO MODELO TRADICIONAL DE PRESERVAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

REFLECTIONS ON THE CONTROL OF DIFFUSE CONSTITUTIONALITY IN BRAZIL: THE DECLINE OF TRADITIONAL MODEL CONSTITUTION OF PRESERVATION

FERNANDO FORTES SAID FILHO¹

RESUMO

Em se tratando de um modelo de Constituição dotado de rigidez, é indispensável que o ordenamento jurídico brasileiro consagre mecanismos hábeis a assegurar o controle de constitucionalidade da produção legislativa, garantindo a superioridade das normas constitucionais. A Constituição brasileira de 1988 prevê um modelo híbrido de controle de constitucionalidade, podendo ser exercido através da via incidental e difusa - típico do sistema americano - e o controle por via principal e concentrada, motivado pelo sistema europeu, ambos com previsão expressa no texto constitucional, tendo no Supremo Tribunal Federal o órgão máximo de proteção da Constituição. O presente artigo tem como objetivo analisar os fatores que contribuíram para o declínio do controle difuso de constitucionalidade ante a expansão do controle concentrado, criando uma ruptura do direito brasileiro com a tradição estadunidense, permitindo que as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas diretamente ao Supremo Tribunal Federal através do controle concentrado, enaltecendo, cada vez mais, o papel do STF enquanto Corte Constitucional.

Palavras-chave: Constituição. Controle de constitucionalidade. Supremo Tribunal Federal.

¹ Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Advogado. Juiz Leigo do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí. Professor substituto do curso de Direito da Universidade Estadual do Piauí – UESPI. Professor de Direito dos cursos de graduação e pós-graduação do Centro Universitário Uninovafapi e da Faculdade Maurício de Nassau.

ABSTRACT

In the case of a constitution model endowed with rigidity, it is essential that the Brazilian legal system enshrines skilled mechanisms to ensure judicial review of legislative output, ensuring the superiority of constitutional norms. The Brazilian Constitution of 1988 provides a hybrid model of judicial review, and may be exercised by incidental and diffuse via - typical of the American system - and control for main and concentrated way, motivated by the European system, both with express provision in the Constitution , and the Supreme Court the highest body of the Constitution protection. This article aims to analyze the factors that contributed to the decline of diffuse control of constitutionality before the expansion of the concentrated control, creating a break of Brazilian law with the American tradition, allowing pertinent constitutional disputes are submitted directly to the Supreme Court through concentrated control, enhancing, increasing, the role of SC as a constitutional court.

Keywords: Constitution. Judicial review . Supreme Court.

1. À GUIA DE INTRODUÇÃO: A HIBRIDEZ DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

Num Estado Constitucional de Direito, a produção normativa deve obedecer aos ditames impostos pela Constituição, não apenas no que diz respeito ao conteúdo dos atos editados, sobretudo em relação à disposição do poder estatal e os direitos fundamentais, devendo ser analisada, também, sob o prisma das regras pré-estabelecidas para o procedimento de elaboração das normas infraconstitucionais. A não observância a tais preceitos indicam a inconstitucionalidade da norma editada que, à luz dos sistemas de fiscalização, possibilita a declaração de sua incompatibilidade (material ou formal) com a ordem constitucional vigente².

² De acordo com Bachof, pode conceber-se uma inconstitucionalidade de normas constitucionais, o que autorizaria, também, o controle por parte dos tribunais. Tal fato ocorre, por exemplo, em virtude de contradição de uma norma constitucional com normas constitucionais de grau superior. Na verdade, para o autor, o controle seria amplo, não se restringiria apenas às normas infraconstitucionais, pois “aos tribunais constitucionais também compete o controle de *constitucionalidade de normas da Constituição*, e da constitucionalidade no mais amplo sentido da validade (*Getlung*) das normas constitucionais à luz de todo direito incorporado na Constituição (Lei Fundamental ou Constituição de um Estado federado) ou por ela pressuposto” (BACHOF, Otto. **Verfassungswidrige**

Por tais razões, para uma melhor compreensão do controle de constitucionalidade, é indispensável que a própria noção de Constituição seja aclarada, na medida em que pode ser considerada em várias acepções do termo. Para os efeitos da presente pesquisa, indiscutivelmente dois sentidos podem ser atribuídos à Constituição, tanto na sua concepção material, que pretende designar o “conjunto de normas jurídicas fundamentales, escritas o no escritas, que establecen la estructura esencial del Estado”, como no contexto formal, sendo este o de “normas jurídicas diversas de las legislativas ordinarias, a causa de su procedimiento de elaboración más difícil, más solemne y más amplio” (DI RUFFIA , 1998, p. 499).

Toda interpretação se assenta na premissa de hierarquia jurídica da Constituição em relação aos demais atos normativos do Estado, em razão da qual nenhum desses atos deve ser considerado válido se contrariar o texto constitucional. Para Barroso, essa ideia de supremacia constitucional fundamenta-se, principalmente, na superioridade do poder constituinte que, via de consequência, “faz com que o produto do seu exercício, a Constituição, esteja situado no topo do ordenamento jurídico, servindo de fundamento de validade de todas as demais normas” (BARROSO, 2009, p. 153).

Em verdade, o controle que se faz dos atos normativos em face da Constituição representa um primado pela regularidade das funções estatais, pois “a anulação do ato inconstitucional é a que apresenta a principal e mais eficaz garantia da Constituição” (KELSEN, 2003, p. 148). Nesse sentido, tem-se na Constituição um modelo norteador de Estado, com a distribuição de competências e atribuições inerentes a cada órgão, com o intuito de evitar que os atos normativos editados contrariem os dispositivos característicos da ordem jurídica fundamental, mostrando-se como um mecanismo de limitação do poder estatal.

Outro fator preponderante diz respeito ao caráter rígido que é inerente à boa parte das constituições atuais, característica que a coloca numa posição de superlegalidade, sendo que a inobservância das prescrições formais e materiais ali contidas autorizam um mecanismo de controle sobre os atos considerados incompatíveis³. A rigidez é um atributo da Constituição brasileira, e é justamente

Verfassungsnormen? Tübingen: Verlag J. C. B. Mohr, 1951, trad. Port. Normas constitucionais inconstitucionais? Coimbra: Atlântida Editora, 1977, p. 86).

³ Para Barroso, pode-se falar em superlegalidade formal, considerada na perspectiva de fonte primária da produção legislativa, ditando competências e determinando procedimentos de produção das demais normas; e superlegalidade material, que exige a pertinência do conteúdo legal aos princípios e ditames

desta característica que emana a sua supremacia em relação às demais normas jurídicas, posto que “todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal” (SILVA, 2005, p. 45). Por conseguinte, há uma necessidade lógica de adequação formal e material das normas jurídicas à Constituição, legitimando o controle e posterior impugnação dos atos editados em dissonância com o texto constitucional ou, simplesmente, o controle de constitucionalidade dos atos normativos.

O controle de constitucionalidade foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro já no período da República, por meio da Constituição de 1891, com a previsão de competência dos órgãos judiciais para a invalidação de leis em face da Constituição. Trata-se de um mecanismo exercido de forma incidental, que, dadas as alterações que lhe foram peculiares, permanece no texto constitucional vigente, e confere “a qualquer órgão incumbido de aplicar a lei a um caso concreto o poder-dever de afastar a sua aplicação se a considerar incompatível com a ordem constitucional” (MENDES; BRANCO, 2012, p. 1099).

A legitimidade do controle concreto realizado pelos juízes e tribunais é pautada na premissa de que o ato judicial é, também, um ato de jurisdição constitucional, posto que “é dever do magistrado examinar, antes de qualquer outra coisa, a compatibilidade do texto normativo infraconstitucional com a Constituição” (STRECK, 2002, p. 362). Há casos em que a inconstitucionalidade se apresenta como uma questão prejudicial, ou seja, possui conexão com objeto da demanda, sendo imprescindível a sua apreciação para o julgamento da causa. Contudo, deve ser ressaltado que o juiz não possui competência para declarar a inconstitucionalidade da lei, mas apenas deixa de aplicá-la por entender incompatível com o texto constitucional.

Foi somente em 1934 que se introduziu um caso específico de controle concentrado de constitucionalidade no Brasil, pela via principal, de competência do Supremo Tribunal Federal, através da ação interventiva, de legitimidade do Procurador Geral da República. Posteriormente, com o advento da Emenda Constitucional 16/65 – ainda na vigência da Constituição de 1946, instituiu-se uma

constitucionais. Para o autor, a afirmação da supremacia constitucional e o controle de constitucionalidade no Brasil possuem conexão histórica com o *judicial review* norte-americano, adaptado ao direito brasileiro como um mecanismo de controle difuso de constitucionalidade (BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 153). Mas isso não impediu que fosse adotado um sistema eclético pela Constituição de 1988, com a previsão do controle incidental pelo sistema difuso e o controle direto pelo sistema concentrado.

forma genérica de ação de inconstitucionalidade, que aproximava o direito brasileiro dos modelos das cortes europeias, passando o STF a realizar o controle de forma abstrata.

A Constituição brasileira de 1988 manteve um modelo híbrido de controle de constitucionalidade, composto pelo exercido através da via incidental e difusa, importado do sistema americano, previsto desde o início da República, bem como pelo controle por via principal e concentrada, inspirado no sistema europeu de matriz austríaca. Ambos mecanismos possuem previsão expressa no texto constitucional, consagrando a atuação do Supremo Tribunal Federal como instância última de proteção da Constituição, quer seja pela análise do Recurso Extraordinário (controle difuso), quer seja pela apreciação das ações diretas de inconstitucionalidades de sua competência originária (controle concentrado).

A cumulação da competência pelo Supremo Tribunal Federal para o controle de constitucionalidade tanto por meio da via difusa quanto da concentrada demonstra que o sistema brasileiro não se apegou a um modelo específico, ora o STF se apresenta como um tribunal que exerce a função tipicamente jurisdicional, ora faz as vezes de um tribunal constitucional. Em outros termos, a proteção da Constituição no Brasil incumbe a um órgão integrante do Poder Judiciário, mas que exerce, também, competência semelhante à de um tribunal constitucional, mostrando que, no debate entre Kelsen e Schmitt (KELSEN, 2003, p. 251), o Supremo se adequa a ambas concepções como órgão autêntico para a guarda da Constituição.

No Brasil, além da previsão expressa do controle difuso pelos juízes e tribunais, cabendo a cada julgador, no exercício de sua função, afastar a aplicação de leis que eventualmente venham a contrariar dispositivo da Constituição, tem-se o controle específico desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal, a quem incumbe a apreciação das ações diretas de inconstitucionalidade. Mas, apesar de ser um modelo bem mais antigo no sistema brasileiro, as inovações legislativas que vem sendo introduzidas demonstram “uma nítida tendência no Brasil ao alargamento da jurisdição constitucional abstrata e concentrada” (BARROSO, 2012, p. 89), sobretudo após a promulgação da Constituição de 1988. Para Streck (2002, p. 367), o controle difuso não possui ainda o respaldo que lhe é devido, muito em virtude da errônea interpretação que é feita pela doutrina jurídica acerca da jurisdição constitucional, pois segundo o autor

Uma questão, nesse ponto, merece uma visão mais acurada, e que diz respeito ao fato de que o controle difuso, muito embora vigente entre nós há mais de um século, ainda não ter alcançado a devida importância. Ainda há, de fato, um excessivo apego à legislação infraconstitucional, que não é devidamente confrontada com a Constituição. Na prática, parcela expressiva da comunidade jurídica continua separando a legalidade da constitucionalidade, como se fosse possível separar a jurisdição ordinária da jurisdição constitucional. Como resultado, tem-se aquilo que se pode denominar de “baixa” aplicação do controle difuso pelo juiz singular, secundado por um pequeno número de incidentes de constitucionalidade suscitados pelos órgãos fracionários dos tribunais.

Há uma predominância do controle concentrado na Constituição de 1988, que, além de criar novos mecanismos de controle abstrato (ação declaratória de constitucionalidade – art. 102, I, “a”, ação de descumprimento de preceito fundamental – art. 102, §12), ampliou consideravelmente a legitimação para ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade (art. 103), o que leva a crer que o constituinte pretendeu “reforçar o controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro como peculiar instrumento de correção do sistema geral incidente” (MENDES; BRANCO, 2012, p. 1156).

Portanto, apesar de os dois modelos de controle estarem expressamente previstos na Constituição, pode-se perceber que o controle abstrato de constitucionalidade vem se expandindo no Brasil, mitigando a tradição do direito brasileiro com o modelo estadunidense. A guarda da Constituição, antes exercida de forma concreta por todo juiz no exercício de suas funções, passa a ser, cada vez mais, de competência própria do Supremo Tribunal Federal, que assume o papel de Corte Constitucional sob a influência do modelo europeu de matriz austríaca.

2 – DO COMMON LAW PARA O CIVIL LAW: A IMPORTAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO ESTADUNIDENSE

O controle difuso de constitucionalidade nasceu nos Estados Unidos em 1803 quando, no julgamento do caso *Marbury vs Madison*, a Suprema Corte Norte Americana, sob a presidência do juiz John Marshall, proferiu uma decisão que invalidou um ato normativo do Secretário de Estado do então Presidente da República Thomas Jefferson. De fato, o aludido caso tornou-se paradigma ao permitir ao Poder

Judiciário a revisão (judicial review) dos atos normativos editados pelo Executivo e Legislativo.

O controle de constitucionalidade nos EUA pode ser creditado aos juízes estadunidenses que, apesar da ausência de previsão expressa no texto constitucional de qualquer tipo de controle das leis, criaram um mecanismo de fiscalização da legitimidade constitucional das leis produzidas. A omissão da Constituição americana acerca do controle de constitucionalidade inviabiliza a existência de um controle abstrato, na medida em que este se realiza através de órgãos com competência própria para tanto, mas não obstaculizou que os magistrados observassem o seu dever de, quando da apreciação dos casos que lhes são submetidos, aferir eventuais incongruências entre as normas e a Constituição.

O mecanismo difuso de fiscalização foi erigido sob a égide da supremacia do Direito (Rule of law) herdada da tradição britânica, segundo a qual o intérprete tem por obrigação assegurar a aplicação e manutenção de um direito coerente. Com o advento da Constituição, dada a sua rigidez, a noção de Rule of law assume nos Estados Unidos uma concepção de supremacia da Constituição, impondo-se aos juízes o dever de garantir a efetividade do texto constitucional, inclusive afastando as leis que se mostrassem incompatíveis, o que a torna “a herança mais nítida que se pode perceber, no âmbito do direito constitucional, do common law britânico em relação ao common law estadunidense” (CICCONETTI; TEIXEIRA, 2010, p. 271).

Era da tradição inglesa a soberania do Parlamento sobre os demais Poderes. Cabia ao legislativo proceder livremente às alterações que entendesse necessárias ao texto constitucional, o que provocou, de certa forma, uma resistência nos Estados Unidos ante a possibilidade de os juízes controlarem a constitucionalidade dos atos normativos. Contudo, o entendimento de que “a legislatura possuiria uma mera autoridade delegada e limitada sob a Constituição e de que esses limites constitucionais, considerados como direito, deveriam ser aplicados por uma corte” (PIÑEIRO, 2012, p. 26) foi gradativamente se consolidando, tendo em vista que era condição indispensável à integridade da federação o estabelecimento de um Tribunal Supremo com competência para uniformizar a aplicação da Constituição.

Além de dirimir conflitos, o controle de constitucionalidade “apresenta-se como assegurador e protetor dos direitos dos indivíduos contra o infundado exercício do Poder Legislativo” (PINEIRO, 2012, p. 44), haja vista que o *judicial review* permite que os atos normativos sejam fiscalizados acerca de extrapolarem a

competência que lhe é delegada, anulando-se o ato e a consequente preservação da separação dos poderes com o ajuste das relações entre Estado e os indivíduos.

Ainda que não haja previsão expressa no texto da Constituição estadunidense, o controle difuso de constitucionalidade é legitimado na rigidez característica da Constituição, da qual emana a sua supremacia em relação às leis e dessas exige a adequação como fundamento de validade, bem como da obrigação inerente a todo juiz de interpretar as leis e a Constituição (Supremacy Clause, art. 6º, §2º da Constituição dos EUA), observando sempre a adequação material daquelas ao texto constitucional (CICCONETTI; TEIXEIRA, 2010, p. 267). Em outros termos, ao julgar, deve o magistrado afastar a aplicação da lei que entende não se adaptar aos ditames constitucionais, prevalecendo a Constituição como fonte máxima do ordenamento jurídico.

Em se tratando de um mecanismo de controle concreto, a não aplicação de determinada lei deve ser aferida pelo juiz em relação à controvérsia específica que lhe é submetida, não estando adstrito a qualquer outra análise já realizada mesmo que em casos idênticos. O fato da lei ter sido afastada por um juiz não vincula julgamentos posteriores em que ela seja questionada em outras controvérsias, cabendo ao julgador analisar a consonância entre lei e Constituição, ficando ao seu critério decidir pela sua (in)constitucionalidade, podendo-se afirmar que a decisão terá efeito apenas em relação às partes da demanda.

Ainda que se admita que a decisão proferida tenha efeitos apenas *inter partes*, não se pode ignorar que este *decisum*, mesmo que indiretamente, possa orientar o julgamento de casos futuros. Nesse sentido, “pode-se dizer que a decisão que não aplica a lei inconstitucional ao caso, mesmo sem tornar inválida a lei de um modo geral, apresenta semelhante resultado prático ao de uma invalidação geral” (PIÑEIRO, 2012, p. 47), na medida em que pode ser utilizada como precedente em casos análogos.

A jurisdição constitucional estadunidense, diversamente do modelo europeu continental de matriz austríaca, é exercida pelos órgãos do Poder Judiciário, através da análise que é feita por cada juiz acerca da aplicação ou não de determinada lei em razão da sua incompatibilidade com a Constituição. Essa fórmula permite que seja realizado um controle difuso, cabendo à Suprema Corte – órgão de hierarquia máxima, a decisão final sobre a (in)constitucionalidade de uma lei, o que não significa que as instâncias inferiores também não realizem essa fiscalização.

Com a importação do modelo estadunidense para o Brasil⁴, qualquer juiz ou tribunal, em território nacional, é competente para exercer o controle sobre as leis em face da Constituição, afastando a aplicação de atos normativos que entender incompatíveis com o texto constitucional vigente. Entretanto, o controle difuso vem perdendo espaço no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente após a promulgação da Constituição de 1988, que ampliou significativamente as ações diretas, dando ênfase ao modelo concentrado. Essa transição entre os mecanismos de controle de constitucionalidade afeta diretamente a forma de atuação do Supremo Tribunal Federal que, antes considerado um órgão máximo do Poder Judiciário, passa também a fazer as vezes de Tribunal Constitucional.

3. O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL: AS CAUSAS DE RETRAÇÃO DESTE MODELO

O controle incidental de constitucionalidade é o mais tradicional no Brasil. Integra o sistema jurídico pátrio desde a República, previsto expressamente na Constituição de 1891 e perdura até os dias atuais. Trata-se de um meio mais democrático, acessível a qualquer cidadão que, achando-se lesado por um ato normativo incompatível com o disposto no texto constitucional, poder socorrer-se nos órgãos do Poder Judiciário com o escopo de tutelar os seus direitos subjetivos constitucionais. Entretanto, mostra-se um modelo em declínio, sobretudo após a promulgação da Constituição de 1988 e inovações legislativas que se deram nos últimos anos, já que expandiram o controle concentrado de constitucionalidade, passando este último a se apresentar como um mecanismo mais comum, inclusive provocando a mutação da postura do Supremo Tribunal Federal.

Em se tratando de típica função jurisdicional, no controle de constitucionalidade pela via difusa qualquer juiz ou tribunal é competente para deixar

⁴ A Constituição norte-americana não influenciou apenas o constitucionalismo brasileiro. Mesmo após muitos anos da sua promulgação, a Constituição dos Estados Unidos continuou a irradiar disposições a diversos países da América Latina em desenvolvimento no século XIX, principalmente acerca da forma presidencial de governo e do modelo de Estado federado (DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. **Introducción al derecho constitucional comparado**. Traducción de Héctor Fix-Zamudio. México: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 506). No caso do Brasil, a influência estadunidense se deu em virtude de personalidades como Rui Barbosa, que teve fundamental participação na elaboração da Constituição do regime republicano, a primeira a estabelecer o controle de constitucionalidade, apenas da forma difusa (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1132).

de aplicar a norma que entender ser conflitante com a Constituição. A análise da constitucionalidade é matéria prejudicial ao mérito, uma vez que “o objeto do pedido não é o ataque à lei, mas a proteção de um direito que seria por ela afetado” (BARROSO, 2012, p. 115). Dessa forma, cabe a cada juiz, no exercício de sua função, diante da necessidade de aplicação do direito nos casos concretos que lhes são postos, verificar eventual divergência de leis em relação à Constituição.

Nesse sentido, é inegável que exista considerável autonomia dos julgadores para interpretação e aplicação da Constituição, o que faz suscitar eventuais subjetivismos que porventura venham a surgir quando da apreciação de determinada controvérsia. Ou seja, pode ocorrer de termos dois casos semelhantes em que um juiz considere um determinada lei inconstitucional enquanto outro magistrado a aplique sem qualquer restrição. Sendo um poder-dever de cada magistrado a interpretação do texto constitucional, a ausência de critérios hermenêuticos de aferição acerca da pertinência constitucional de determinada lei pode fazer surgir julgamentos em que se destaquem opções por critérios de consciência⁵.

A pluralidade de entendimentos judiciais sobre uma mesma lei acaba por dificultar o predomínio do controle de constitucionalidade pela via difusa, na medida em que deixa ao critério do julgador a opção por aplicá-la ou não ao caso concreto, de acordo com a sua conveniência. Ao considerar o sujeito como lugar da verdade e ponto de partida de qualquer conhecimento, a filosofia da consciência dá margem a ativismos e decisionismos que acabam por prejudicar a construção hermenêutica da decisão judicial e, até mesmo, enfraquecem o Direito, na medida em que deixa ao critério do sujeito solipsista a sua interpretação – o que dá margem a diversos entendimentos sobre o mesmo objeto.

Contudo, conforme Streck (2012, p. 25), “o direito não é (e não pode) ser aquilo que o intérprete quer que ele seja”. Dessa forma, a má interpretação da Constituição ocasiona consequências nefastas à democracia, haja vista a carência de

⁵ Através de uma análise das obras de Streck, observa-se uma densa crítica à forma como os tribunais pátrios vem atuando na prestação jurisdicional. Mais especificamente, o autor reprova o fato de que, mesmo após o *giro ontológico lingüístico* (e a superação do esquema sujeito-objeto), os magistrados – ou pelo menos boa parte deles – desprezando a invasão da linguagem na filosofia, ainda insistem em decidir utilizando parâmetros eminentemente subjetivos, sob a alegação de estarem julgando de acordo com a consciência. Ocorre que, segundo Streck, o sentido não está mais na consciência do sujeito, mas na linguagem, que passa a ser condição de possibilidade de estarmos no mundo, motivo pelo qual ela não pode ser produto de um sujeito solipsista que constrói o seu próprio objeto de conhecimento (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 10.ed., rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p.75).

critérios hermenêuticos no controle de constitucionalidade das leis enfraquece o Direito, por uma razão simples, se cada magistrado é dono de sua razão e se é esta quem aponta os parâmetros para a interpretação da lei, cada juiz é livre para aferir a (in)constitucionalidade de um ato normativo no caso concreto.

No direito comparado, utilizando-se como paradigma o controle difuso estadunidense, o remédio a tal inconveniente reside no princípio do *stare decisis* (CICCONETTI; TEIXEIRA, 2010, p. 268), cabendo à Suprema Corte, enquanto órgão máximo do Poder Judiciário, declarar definitivamente a (in)constitucionalidade de uma lei. A decisão da Suprema Corte vincula a atuação de todos os juízes que venham a apreciar controvérsias que tenham a lei julgada inconstitucional. De forma semelhante ocorre no Brasil, quando o Supremo Tribunal Federal, instância última do Poder Judiciário, declara um ato normativo inconstitucional.

Ocorre que, em se tratando de duas famílias distintas (*civil law* e *common law*), é inegável que nos Estados Unidos o precedente possui maior eloquência em termos de decisão judicial, sendo, inclusive, parâmetro para os julgamentos posteriores. Nessa tradição jurídica, a lei, diferentemente do *civil law*, não representa a principal forma de manifestação do direito. Na realidade, vige a doutrina judicial, como consequência da aplicação do *stare decisis*. Não se quer dizer com isso, entretanto, que o ato de julgar não demande a aplicação da lei, mas apenas que o juiz não está adstrito tão somente ao texto legal, podendo investigar decisões anteriores e quais as principais regras extraíveis sobre essa questão (STRECK, 2013, p. 35).

No caso do Brasil, todavia, tal regra não se aplica com tanta ênfase. De fato, não é raro que tenhamos divergência nos julgamentos proferidos pelos tribunais pátrios, ou mesmo dentro de um mesmo tribunal, o que aponta pela fragilidade de se manter o controle pela via difusa, já que, dada a prevalência pela aplicação da lei típica do *civil law*, não há como se construir bases sólidas para a eficácia normativa dos precedentes judiciais. Sem a pretensão de exaurir a discussão acerca do tema, em apertada síntese, o que se quer demonstrar é que o Brasil importou dos Estados Unidos um modelo de controle de constitucionalidade que pressupõe a prevalência do precedente judicial, mecanismo que não é adequada, em sua completude, ao primado da lei, preceito básico da família *civil law*. Concluindo, Streck (2013, p. 35) arremata

Assim, na tradição jurídica do *common law*, a jurisprudência é tipicamente uma das fontes do direito no sentido formal, ao lado do

direito legislativo, constitucional e as regras do Executivo. Ou seja, significa que, em determinados casos, as regras gerais e abstratas que os juízes utilizam para decidir as controvérsias, admitem, a um só tempo, uma dupla função constitucional. 1) Em relação ao caso concreto, são as *rationi decidendi* que justificam a decisão. 2) No que se refere a futuras controvérsias, podem vir a constituir precedentes dotados de eficácia normativa.

Ademais, sendo por meio do controle concreto, para que o STF aprecie o caso e se posicione é necessário que o processo percorra todas as instâncias, o que denota tempo, principalmente se pensarmos na atual crise que afeta o exercício da função jurisdicional e impede que o Poder Judiciário preste uma tutela adequada. A morosidade na tramitação processual faz com que as decisões provisórias (monocráticas ou de tribunais de segundo grau) acerca da inconstitucionalidade de uma determinada lei perdure por mais tempo, ocasionando, de certa forma, uma instabilidade no Direito, posto que o julgamento final cabe ao Supremo e, enquanto não for proferido, o posicionamento então adotado produz efeitos regularmente e nada impede que seja posteriormente reformado.

Na realidade, não se pode conceber que, nos dias atuais, numa sociedade pautada na agilidade da troca de informações e na dinâmica das relações intersubjetivas, tenhamos um modelo de jurisdição criado para funcionar sob a égide de um processo burocratizado que não atende aos anseios sociais de uma prestação eficiente e rápida. De acordo com Silva (2009, p. 89), a crise do Poder Judiciário “é reflexo de uma mais ampla e profunda crise institucional, que envolve a modernidade e seus paradigmas”, no sentido de que não se trata de um fator isolado, mas consequência de causas diversas em que se insere o modelo tradicional da jurisdição face às exigências de um mundo contemporâneo, ao qual não se adaptou. Questiona-se, dessa forma, se o Estado está apto a desempenhar a função jurisdicional de forma plena, considerando-se a estrutura atual do Poder Judiciário frente às exigências da sociedade contemporânea, inclusive no que diz respeito à jurisdição como locus central da resolução de conflitos. Para Dallari (1996, p. 1), o Judiciário representa um poder fora do tempo, necessita de reforma, para que atue “com o dinamismo exigido pelas condições da vida social contemporânea”.

Não é apenas o tempo que se torna um obstáculo à chegada do processo ao Supremo Tribunal Federal. Por ser um caso de controle incidental, da primeira instância ao órgão final vários recursos precisam ser interpostos, até que a matéria

seja levada ao conhecimento do STF com a interposição do Recurso Extraordinário. Desta feita, não se pode esquecer que as custas judiciais passam a representar um fator relevante, já que o interessado deverá desembolsar quantia razoável para arcar com os valores de tramitação processual. Mais uma vez, corre-se o risco de ter uma decisão proferida por um órgão judicial que não tem o condão de vincular julgamentos posteriores e, dessa forma, acaba prevalecendo a casuística, já que nada impede que outros juízes deem outra conotação à norma questionada.

Ainda que o Recurso Extraordinário seja interposto, não é certo que vá ter seu mérito apreciado pelo Supremo. A Emenda Constitucional 45/2004 acrescentou, como requisito de admissibilidade do Recurso Extraordinário, a repercussão geral, cabendo ao recorrente demonstrá-la em preliminar do recurso, sob pena de não ser conhecido (MOREIRA, 2012, p. 164). A matéria foi regulamentada pela Lei nº 11.418/2006, que inseriu o art. 543-A e 543-B no Código de Processo Civil. A opção do constituinte acrescenta mais uma formalidade a ser observada pela parte recorrente, intensificando a rigidez na triagem dos processos que venham a ser apreciados pelo STF, fazendo com que, em muitos casos, não tenhamos a apreciação da demanda de inconstitucionalidade incidental formulada.

Ademais, consoante já mencionado, há uma predominância do controle concentrado na Constituição de 1988, que, além de criar novos mecanismos de controle abstrato (ação declaratória de constitucionalidade – art. 102, I, “a”, ação de descumprimento de preceito fundamental – art. 102, §12), ampliou consideravelmente a legitimação para ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade (art. 103), o que demonstra a opção do constituinte pelo modelo europeu, apesar de que o controle difuso importado dos Estados Unidos está presente no ordenamento jurídico brasileiro há mais tempo.

Por tais motivos, percebe-se que há uma nítida expansão do controle concentrado de constitucionalidade no Brasil, com a opção de que a lei objeto de fiscalização seja, de imediato, submetida à apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, através das ações diretas de sua competência originária. Evita-se, dessa forma, que a morosidade processual e os custos de tramitação sejam obstáculos à análise da referida lei, além do que, não há lugar para o casuísmo inerente ao controle difuso. Eventuais questionamentos acerca da compatibilidade da legislação em face da Constituição podem ser formulados diretamente ao STF, a quem incumbe, em última instância e em caráter geral, decidir sobre a (in)constitucionalidade.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O controle de constitucionalidade é um mecanismo de proteção decorrente da rigidez que é peculiar a algumas constituições, característica esta que a coloca em posição de supremacia e, por tais razões, assume o papel de fundamento de validade das demais normas. Tal atributo faz com que a edição de atos normativos, por qualquer dos poderes inerentes ao Estado, sejam adequados, material e formalmente, aos preceitos insculpidos no texto constitucional, sob pena de serem extirpados do ordenamento jurídico vigente.

No Brasil, o controle de constitucionalidade é exercido de forma híbrida, tanto pela via do controle difuso (importado dos Estados Unidos) como por meio da via concentrado (matriz Europeia). Ambos possuem expressa previsão constitucional, no sentido de que, no primeiro, qualquer juiz, quando do exercício de seu ofício, deve declarar eventual inconstitucionalidade da norma que venha a ser apreciado na situação que lhe é posta, caso em que a análise da consonância da lei com o texto constitucional é prejudicial ao deslinde da controvérsia. Da mesma forma, a constitucionalidade também pode ser aferida por meio de um mecanismo concentrado, de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a quem compete a palavra final enquanto guardião da Constituição.

O modelo difuso é mais antigo, está previsto desde a República, sendo, pois, o mecanismo tradicional de proteção da Constituição. No entanto, o que se percebe é que este mecanismo encontra-se em declínio, sobretudo após a promulgação da Constituição de 1988, que expandiu consideravelmente os meios concentrados de controle. Trata-se de um modelo (incidental) que não foi criado pelo direito pátrio, mas importado de um ordenamento que faz parte da família *common law*, com regras e características que não se adaptaram ao sistema brasileiro, especialmente no que diz respeito à força do precedente como critério de homogeneização das decisões judiciais. Ademais, os obstáculos de acesso à justiça típicos da crise jurisdicional vivenciada no Brasil, como custos e tempo de tramitação dos processos nos tribunais, fazem com que o controle de constitucionalidade pela via difusa passe para segundo plano, já que a apreciação pela via concentrada – diretamente no Supremo - é menos morosa e evita o casuísmo, uma vez que a declaração do STF produz efeitos gerais.

Dessa forma, pode-se perceber que o controle difuso de constitucionalidade, antes exclusivo no sistema brasileiro, vem sendo reduzido com a expansão do

controle concentrado, criando uma ruptura do direito brasileiro com o modelo estadunidense e aproximando do modelo constitucional europeu de matriz austríaca, permitindo que as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas diretamente ao Supremo Tribunal Federal. O STF, que até então era a instância final no controle judicial pela via incidental, assume o papel de Corte Constitucional, desempenhando, cada vez mais, a função exclusiva de guardião da Constituição.

REFERÊNCIAS

BACHOF, Otto. **Verfassungswidrige Verfassungsnormen?** Tübingen: Verlag J. C. B. Mohr, 1951, trad. Port. Normas constitucionais inconstitucionais? Coimbra: Atlântida Editora, 1977.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição.** 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro.** 6ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

CICCONETTI, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição constitucional comparada.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes.** São Paulo: Saraiva, 1996.

DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. **Introducción al derecho constitucional comparado.** Traducción de Héctor Fix-Zamudio. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional.** Introdução e revisão técnica Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 7 ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro.** 29ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PIÑEIRO, Eduardo Schenato. **O controle de constitucionalidade: direito americano, alemão e brasileiro.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 25ª ed. Rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SILVA, OVÍDIO A. BAPTISTA. Da função à estrutura. **In: Constituição, sistemas sociais e hermenêutica:** programa de pós-graduação em direito da UNISINOS: mestrado e doutorado / orgs. Lenio Luiz Streck, José Luis Bolzan de Moraes; Vicente de Paulo Barreto ... [et al.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNISINOS, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 10.ed., rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

_____. **O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** / Lenio Luiz Streck; Georges Abboud. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.