



SENADO FEDERAL
Instituto Legislativo Brasileiro - ILB

GUIDO NAZARETH JÚNIOR

**DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE
DIFUSO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO
E O PAPEL DO SENADO FEDERAL**

Brasília

2014

GUIDO NAZARETH JÚNIOR

**DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE
DIFUSO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO
E O PAPEL DO SENADO FEDERAL**

Trabalho final apresentado para aprovação no Curso de pós-graduação *latu sensu* em 2014 realizado pelo Instituto Legislativo Brasileiro como requisito para obtenção do título de Especialista em Direito Legislativo.

Área de concentração: Direito Constitucional

Orientador: Prof. João Trindade Cavalcante Filho

Brasília

2014

GUIDO NAZARETH JÚNIOR

**DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE
DIFUSO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO
E O PAPEL DO SENADO FEDERAL**

Trabalho final apresentado para aprovação no Curso de pós-graduação *latu sensu* em 2014 realizado pelo Instituto Legislativo Brasileiro como requisito para obtenção do título de Especialista em Direito Legislativo.

Brasília, _____ de _____ de _____

Banca Examinadora

Prof. Me. João Trindade

Prof. Me. Roberta Simões Nascimento

Dedico este trabalho a todos aqueles que têm a esperança de um futuro melhor para o nosso lindo e espetacular país. Que acreditam que a soma de todas energias e atitudes positivas por mais singelas que sejam, poderão mudar a realidade que nos cerca e permitir uma paz verdadeira às vindouras gerações.

AGRADECIMENTO

Agradeço primeiramente à minha iluminada e idolatrada filha, Joana, que mal chegou ao mundo e já me ensinou a olhá-lo com mais ternura, amor e esperança. A Graziela, minha amada esposa e parceira incomparável que sempre se põe do meu lado para que possamos passar juntos não só os percalços que a vida nos coloca como, principalmente, as inúmeras delícias que ela nos permite viver. A minha Mãe que acalenta meu coração e me inspira pela forma sempre positiva com a que ela encara a vida e seus desafios. Aos irmãos, cunhadas, que são verdadeiras irmãs e amigos por sempre estarem trocando toda a energia positiva, ainda que a distância. E, por fim, ao professor João Trindade, pela maestria com que exerce o ensino e cativa seus alunos, obrigado por me orientar no presente trabalho sempre com palavras e direcionamento iluminadores.

“Quero a utopia, quero tudo e mais. Quero a felicidade nos olhos de um pai. Quero a alegria muita gente feliz. Quero que a justiça reine em meu país. Quero a liberdade, quero o vinho e o pão. Quero ser amizade, quero amor, prazer. Quero nossa cidade sempre ensolarada. Os meninos e o povo no poder, eu quero ver [...] Assim dizendo a minha utopia eu vou levando a vida. Eu vou viver bem melhor doido pra ver o meu sonho teimoso, um dia se realizar”

Fernando Brant / Milton Nascimento.

RESUMO

O presente trabalho visa demonstrar a abstrativização do controle de constitucionalidade difuso-concreto no ordenamento jurídico brasileiro ocorrido ao longo dos anos, mais precisamente nos últimos sete anos. Esse fenômeno também pode ser denominado de expansão dos efeitos subjetivos do controle de constitucionalidade difuso. Essa constatação dar-se-á por meio de levantamento bibliográfico, análises de inovações legislativas e estudos e levantamento de jurisprudência do STF. A conclusão é de que embora o controle concentrado e o difuso sejam diferentes na gênese têm, paulatinamente, se aproximado no que diz respeito a seus efeitos, sendo que, não raro, os efeitos subjetivos do controle de constitucionalidade difuso resultem em impactos *ultra partes* ou até mesmo *erga omnes*, ultrapassando o clássico efeito *inter partes* tradicional do instituto e o aproximando inexoravelmente dos efeitos do controle de constitucionalidade concentrado. Essa característica torna o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro *sui generis*.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade; Abstrativização do controle difuso; Expansão dos efeitos subjetivos do controle de constitucionalidade difuso.

ABSTRACT

The present work aims to demonstrate the how the diffuse control of constitutionality in the Brazilian legal system became nearly abstract over the years, specifically the last seven years. This phenomenon can also be called the expansion of the subjective effects indifuse control of constitutionality. This observation will occur by means of literature survey, analysis of legislative innovations and case studies and a survey of the STF. The conclusion is that although the concentrated control and diffuse are different in genesis have gradually approached with regard to their effects, and, not infrequently, the subjective effects of fuzzy control of constitutionality result in impacts or *ultra parts even erga omnes*, surpassing the classic effect *inter parts* traditional of the institute and the inexorably approaching the effects of concentrated control of constitutionality. This characteristic makes the control system Brazilian constitutionality *sui generis*.

Key words: Control of constitutionality; Expansion of the subjective effects of diffuse judicial review

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO	10
2.	EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONTROLE DIFUSO-CONCRETO.....	13
2.1.	Origem do controle judicial da constitucionalidade das leis na Constituição de 1891	13
2.1.1.	.. Divisão de competências e participação do STF no controle judicial na Constituição de 1891.....	14
2.2.	Os avanços da Constituição de 1934.....	17
2.3.	Os retrocessos da Constituição de 1937.....	20
2.4.	Restauração democrática e instituição do controle de constitucionalidade misto pela Constituição de 1946 e EC 16/65	20
2.5.	Pequenas alterações trazidas pela Constituição de 1967 e ECs 1/69 e 7/7722	
2.6.	O controle de constitucionalidade na Constituição de 1988	23
3.	ELEMENTOS DA ABSTRATIVIZAÇÃO.....	25
3.1.	Nuances da cláusula de reserva de plenário (art. 97, CR/88)	25
3.2.	Da expansão subjetiva do efeito vinculativo.....	28
3.2.1.	A evolução do paradigma da suspensão senatorial de 1934 versus 1988	29
3.2.2.	Uma breve análise da Reclamação nº 4.335/Acre	31
3.2.3.	Alguns apontamentos sobre a mutação constitucional.....	36
3.2.4.	Alguns apontamentos sobre a súmula vinculante.....	40
4.	ANÁLISE CRÍTICA, PERSPECTIVAS.....	43
5.	CONCLUSÃO.....	53
6.	REFERÊNCIAS	56

1. INTRODUÇÃO

A Constituição como verdadeira Carta Magna, como verdadeiro ápice do arcabouço normativo do Brasil. É exatamente nessa direção e sentido que vem evoluindo o Estado Brasileiro, ainda que de forma mais tímida do que poderia e deveria. A evolução no sentido de dar maior efetividade e alcance ao texto constitucional para que deixe de ser uma mera carta de intenções para passar a ser um verdadeiro vetor de atuação do Estado refletido nas ações de suas funções Legislativa, Executiva e Judiciária.

Nesse contexto é que foi concebido o chamado sistema de controle de constitucionalidade, para garantir que o texto constitucional, o principal regramento que vigora em um Estado dito democrático de direito, possa sempre ter seu conteúdo aplicado e respeitado por todas as esferas de poder.

Controlar a constitucionalidade significa aferir se determinada lei ou ato do poder público está em consonância com as normas emanadas do texto constitucional. Para tanto é imperioso que a supremacia do texto constitucional se faça presente na prática. Esse controle pode se dar questionando a lei ou ato em tese, quando denomina-se controle de constitucionalidade concentrado, abstrato ou principal; ou quando tal questionamento exsurge de maneira incidental, portanto dentro de outro processo, quando é denominado controle de constitucionalidade difuso, concreto ou incidental.

Historicamente o controle difuso tem matriz no direito norte americano, em que impera a *common law*, onde quaisquer juízes podem monocraticamente de maneira incidental declarar a incompatibilidade de determinada legislação em cotejo com a Constituição. Já o controle concentrado tem gênese germânica, baseada na *civil law*, que prescinde de um Tribunal Constitucional para declarar a inconstitucionalidade de determinado texto legal.

Não obstante a organização e funcionamento do direito brasileiro serem baseados na *civil law*, o sistema de controle de constitucionalidade aqui criado, ou importado, melhor dizendo, foi inicialmente o americano, ou seja, o controle difuso. Posteriormente, agregou-se o controle concentrado, coexistindo com o difuso, dando origem a um verdadeiro controle de constitucionalidade jurisdicional misto.

Paulatinamente a diferença que parecia ser quase intransponível, de tão rígida, entre os dois tipos de controle foi demonstrando pontos de convergência e

hodiernamente pode-se afirmar que são confluentes. Em que pese o controle concentrado examinar a constitucionalidade da lei em tese e o controle difuso analisar a inconstitucionalidade tendo como pano de fundo um caso concreto, com a evolução do ordenamento jurídico pátrio houveram significativas mudanças no sentido de aproximação dos efeitos do controle difuso com os do concentrado. É exatamente nesse ponto em que se desenvolveu o presente trabalho, para apontar quais institutos ao longo do tempo fizeram com que ocorresse essa verdadeira abstrativização do controle difuso, que também pode ser chamada de expansão dos efeitos subjetivos no controle de constitucionalidade difuso brasileiro.

Para conferir a objetividade desejável no trabalho acadêmico não se trabalhou no texto os diversos tipos de controle de constitucionalidade, seus requisitos, fundamentos legais ou afins. Nem mesmo trabalhou-se o direito comparado americano e o bávaro, no que tange ao controle de constitucionalidade. O foco foi na evolução do sistema de controle de constitucionalidade na história constitucional brasileira, mormente o difuso, e um aprofundamento das evoluções pelas quais passou o controle difuso-concreto que, definitivamente, o aproximaram do controle concentrado, por vezes até mesmo obtendo idênticos efeitos.

Nesse desiderato o cerne do texto foi desenvolvido em dois capítulos sendo que no primeiro foi realizada a contextualização do sistema de controle difuso dentro de cada texto constitucional desde a primeira constituição republicana de 1891 até a Constituição Cidadã de 1988. Já no segundo capítulo faz-se uma análise mais detida da evolução do controle difuso-concreto pós constituição de 1988, sendo decorrente tanto de alterações constitucionais, leis infraconstitucionais e até mesmo de mutações constitucionais e mudanças de paradigmas.

O ponto fulcral do trabalho se dá ao desdobrar a expansão vinculativa dos efeitos subjetivos do controle de constitucionalidade difuso, que nada mais é do que um estudo dos institutos que alteraram o direito brasileiro no sentido de expandir os efeitos do controle difuso julgados pelo STF, o que ocorre via de regra pela interposição e julgamento de recurso extraordinário.

Pode-se dizer que, inicialmente, esses efeitos subjetivos eram tão somente *inter partes*, para de maneira paulatina possibilitarem ampliação desses efeitos, podendo tornarem-se *ultra partes* ou até mesmo *erga omnes* em alguns casos, demonstrando cabalmente sua consolidada tendência à abstrativizar-se.

Dito de outra forma, nesse ponto do trabalho apresentam-se os argumentos que demonstram que os efeitos subjetivos do controle de constitucionalidade difuso-concreto quando decididos pelo STF têm sido ampliados para além das partes envolvidas na lide em que ocorreu a incidentalidade da inconstitucionalidade, alcançando terceiros, a exemplo do que ocorre quase sempre com controle concentrado, aproximando de fato e também de direito os institutos.

Traça-se importantes considerações também a respeito do papel do Senado Federal, tanto pelo prisma de sua evolução histórico-constitucional, quanto de qual a sua mais adequada aplicação nos dias de hoje. É a discussão acerca da existência ou não de mutação constitucional com relação ao art. 52, X, da CR/88, que, inclusive, teve um posicionamento efetivo do STF nesse sentido, oportunidade em que será realizado no decorrer do trabalho uma análise da Reclamação 4335/AC, que enfrentou frontalmente essa questão.

Todavia também serão apontados algumas perplexidades e incongruências de um Estado que se predispôs a abarcar em seu ordenamento dois modelos diversos de controle de constitucionalidade.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONTROLE DIFUSO-CONCRETO

2.1. Origem do controle judicial da constitucionalidade das leis na Constituição de 1891

Foi a partir da Constituição de 1891, a primeira da era republicana, que houve a primeira previsão no direito brasileiro do instituto do controle de constitucionalidade difuso. Em 1889, durante o Governo Provisório do Marechal Deodoro da Fonseca, foi instituída a “Comissão dos 5” que ficou com a missão de elaboração de um anteprojeto de Constituição. Esse anteprojeto foi submetido à revisão do “Governo Provisório” antes de ser encaminhado ao Congresso Nacional (BONAVIDES, 2006).

No desenvolvimento da revisão por parte do Governo Provisório ao aludido anteprojeto que lhe fora apresentado foi notória a contribuição de Rui Barbosa. As intervenções de Rui foram de tal monta que ele até mesmo reivindicou a autoria da Constituição de 1891 (BONAVIDES, 2006). Não sem razão, tendo em vista que a comissão eleita pelo Congresso Nacional com o intuito de manifestar-se a respeito do projeto apresentado pelo Governo Provisório alterou somente 16 dos 90 artigos que analisaram. Noutras palavras, 74 artigos do projeto ficaram intactos (BONAVIDES, 2006).

Rui Barbosa era dos poucos juristas à época que tinham conhecimento do funcionamento dos institutos inerentes ao governo norte americano, que exerceram forte influência em sua intelectualidade. Essa influência era deliberadamente assumida por Rui, como se pode depreender do trecho em que ele afirma que a “...lâmpada de segurança será o direito americano, suas antecedências, suas decisões, seus mestres. A Constituição brasileira é filha dele” (PIÑERO, 2012, pg. 138).

Diante dessa forte influência americana é que foi introduzido no direito pátrio a figura do controle difuso de constitucionalidade pelo qual a análise de uma contradição ao texto constitucional por parte de uma norma que ocorra incidentalmente em determinada lide, merece provimento jurisdicional que sane tal contradição. A maneira incidental que lhe é peculiar é o motivo pelo qual a eficácia da decisão nesse sentido seja somente *inter partes*.

É bem verdade que as decisões dos tribunais se ocupavam em fazer com que determinada norma inconstitucional não fosse aplicada ao caso concreto, todavia não tinham o condão de extirpar essa norma do ordenamento, que era incumbência exclusiva dos poderes competentes para tal. A retirada de lei do ordenamento jurídico prescindia de outro instrumento normativo para que a anulação se desse adequadamente, pelo menos era esse o posicionamento vigente. (PIÑERO, 2012).

2.1.1. Divisão de competências e participação do STF no controle judicial na Constituição de 1891

Nesse tópico far-se-á uma breve avaliação da distribuição das competências entre as justiças dos Estados e as da União para que possamos por meio de mais esse elemento amadurecer a convicção de como deveria hodiernamente funcionar o controle de constitucionalidade difuso.

Os artigos 59, §1º, 60 e 65, item 2º¹, da Constituição de 1891, tinham a seguinte dicção:

Art. 59. Ao Supremo Tribunal Federal compete:

.....
 § 1º Das sentenças das justiças dos Estados em ultima instancia haverá. Recurso para o Supremo Tribunal Federal:
 a) quando se questionar sobre a validade, ou a applicação de tratados e leis federaes, e a decisão do tribunal do Estado for contra ella;
 b) quando se contestar a validade de leis ou de actos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federaes, e a decisão do tribunal do Estado considerar validos esses actos, ou essas leis impugnadas.

Art. 60. Compete aos juizes ou Tribunaes Federaes processar e julgar:
 a) as causas em que alguma das partes fundar a acção, ou a defesa, em disposição da Constituição Federal;

¹ Neste momento duas ressalvas devem ser realizadas: primeiro ao texto, que se encontra no português originalmente grafado no texto da Constituição de 1891, comportando várias diferenças com a grafia hodierna do vernáculo; em segundo lugar quanto a uma falta de padronização no que tange à técnica legislativa da época, visto que o art. 60 se subdivide diretamente em alíneas, quando o deveria primeiramente fazer por incisos, a ex. do art. 59. Já o art. 65, não se utiliza nem de incisos, e nem das alíneas sendo diretamente detalhado por itens.

- b) todas as causas propostas contra o governo da União ou Fazenda Nacional, fundadas em disposições da Constituição, leis e regulamentos do poder executivo, ou em contractos celebrados com o mesmo governo;
- c) as causas provenientes de compensações, reivindicações, indemnização de prejuizos ou quaesquer outras, propostas pelo governo da União contra particulares ou vice-versa;
- d) os litigios entre um Estado e cidadãos de outro, ou entre cidadãos de Estados diversos, diversificando as leis destes;
- e) os pleitos entre Estados estrangeiros e cidadãos brasileiros;
- f) as acções movidas por estrangeiros e fundadas, quer em contractos com o Governo da União, quer em convenções ou tractados da União com outras nações;
- g) as questões de direito maritimo e navegação assim no oceano como nos rios e lagos do paiz;
- h) as questões de direito criminal ou civil internacional;
- i) os crimes politicos.

§ 1o E' vedado ao Congresso commetter qualquer jurisdicção federal ás justiças dos Estados.

§ 2o As sentenças e ordens da magistratura federal são executadas por officiaes judiciarios da União, aos quaes a policia local é obrigada a prestar auxilio, quando invocado por elles.

.....

Art. 65. E' facultado aos Estados:

1o Celebrar entre si ajustes e convenções sem character politico; (art. 48 n.16.)

2o Em geral todo e qualquer poder, ou direito, que lhes não for negado por clausula expressa ou implicitamente contida nas clausulas expressas da Constituição.

Sendo assim, a competência conferida aos Estados membros é a chamada competência residual, visto que tudo o que não estivesse no âmbito da justiça federal descrito taxativamente era, por conseguinte, competência da justiça estadual. À justiça estadual cabia, sobretudo, os assuntos exclusivos de carácter local dizer a última palavra. Inclusive com relação ao questionamento de lei em face de Constituição Estadual não cabia nenhum tipo de recurso ao STF (PIÑERO, 2012).

Com relação à defesa da Constituição propriamente dita o preciso apontamento de Rui Barbosa indica que a Justiça Federal, além de árbitra nos litígios interestaduais e entre os Estados e a União, também seria a verdadeira guardiã da Constituição Federal contra atos dos outros poderes, não só no âmbito federal como também no estadual, desde que a ofensa dissesse respeito de maneira imediata e exclusivamente ao texto maior. Exatamente como se extrai do art. 60, letra a supratranscrito (BONAVIDES, 2006).

O doutrinador Dirley da Cunha Júnior traz as palavras de Rui Barbosa ao se pronunciar a discussão da constitucionalidade das leis no direito pátrio:

A redação é claríssima. Nela se reconhece, não só a competência das justiças da União, como a das justiças dos Estados, para conhecer da legitimidade das leis perante a Constituição. Somente se estabelece, a falar das leis federais, a garantia de que, sendo contrária à subsistência delas a decisão do tribunal do Estado, o feito pode passar por via de recurso, para o Supremo Tribunal Federal. Este ou revogará a sentença, por não procederem as razões da nulidade, ou a confirmará pelo motivo oposto. Mas, numa ou noutra hipótese, o princípio fundamental é a autoridade, reconhecida expressamente no texto constitucional, a todos os tribunais, federais ou locais, de discutir a constitucionalidade das leis da União, e aplica-las ou desaplica-las, segundo esse critério. (JÚNIOR, 2008, p. 85).

Percebe-se então que a Constituição de 1891 previu o posicionamento do STF em dois tipos de questionamentos constitucionais. Aquele no qual o fundamento constitucional é direto e exclusivo (art. 60, “a”) funcionando como verdadeiro tribunal de segunda instância da justiça federal. Já com relação às decisões das justiças estaduais em última instância (art. 59, §1º, “a” e “b”) o recurso ao STF o coloca como verdadeira terceira instância e não como tribunal de revisão.

Numa leitura mais apressada poder-se-ia chegar a conclusão equivocada de que já existia em 1891 tanto o controle de constitucionalidade abstrato quanto o difuso. O que de fato ocorria já em 1891 era o controle direto e o indireto de constitucionalidade, porém sempre no caso concreto. Afirma-se isso diante de a possibilidade de uma parte ajuizar ação tendo como fundamento direto o texto de lei contrariando o texto constitucional e obter uma sentença favorável, todavia esse julgamento seria somente exequível *inter partes*, ou seja, não havia o efeito *erga omnes* inerente ao controle dito abstrato.

Pode-se afirmar, então, que a partir da Constituição de 1891 o direito brasileiro contemplou o controle judicial da constitucionalidade das leis atribuindo a cúpula desse sistema ao STF que assegurava a aplicação unívoca do texto Constitucional. Infelizmente ao trazer para o direito pátrio o *judicial review* americano olvidou-se de implementar um instituto similar ao *stare decisis*², também americano.

² Ao “importar” o *judicial review* norte americano a Assembleia Constituinte de 1890 levada a erro muito pela revisão do ante projeto engendrada por Rui Barbosa, introduziu o controle difuso de constitucionalidade, porém deixou de colocar no texto da Constituição instituto correlato ao chamado *stare decisis* americano. O *stare decisis* confere efeitos vinculantes e *erga omnes* às decisões

Essa ausência escancarou as deficiências do novel sistema de controle de constitucionalidade pátrio, pois permitia decisões conflitantes entre os vários órgãos judiciários competentes para a realização do controle de constitucionalidade, causando insegurança jurídica e congestionavam as instâncias ordinárias, visto que os efeitos das decisões eram tão somente *inter partes*. As deficiências apontadas somente foram um pouco atenuadas na Constituição de 1934.

2.2. Os avanços da Constituição de 1934

Como já destacado no tópico anterior o controle judicial de constitucionalidade fora implementado no ordenamento jurídico pátrio a partir da Constituição de 1891, que se baseou na experiência americana (*judicial review*), de controle difuso. Também ficaram apontadas as deficiências no advento deste tipo de controle da forma como foi aqui implementado, quais sejam: a insegurança jurídica em decorrência das possíveis diferenças de interpretação, já que o controle se dava de maneira espalhada por todos os órgãos judicantes; o injustificado aumento de demandas no judiciário buscando o deslinde de questões com base no mesmo conflito de lei em face da constituição em virtude de as decisões serem sempre *inter partes*; a inexistência de instituto, a exemplo do *stare decisis* americano, que fizesse com que as decisões exaradas em sede de controle de constitucionalidade automaticamente vinculassem a todos (*erga omnes*) desde que fossem proferidas pela Suprema Corte.

Pois bem, a Constituição brasileira de 1934 apresentou importantes avanços, que não só melhoraram o controle de constitucionalidade difuso pátrio como também já sinalizaram uma abertura para a futura inclusão do controle concentrado de origem germânica em nosso ordenamento.

Um dos avanços foi a instituição da denominada cláusula de reserva de plenário contida em seu artigo 179, nas disposições gerais³, que dizia:

proferidas em sede de controle difuso que se deem no âmbito da Suprema Corte. Esse é o principal validador do controle de constitucionalidade americano.

³ É interessante observar que a partir da Constituição de 1934 o Brasil retomou sua afeição por trazer ao texto Constitucional temas nitidamente que deveriam ser tratados por legislação infraconstitucional retornando a uma prática que constava da vetusta Constituição Imperial de 1824 e que, infelizmente não só perdurou como aumentou até os dias de hoje. A Constituição de 1824 tinha 179 artigos; a de 1891, 91 artigos e 8 disposições transitórias; a de 1934, mais que duplicando a anterior, trouxe 187 artigos e mais 26 disposições transitórias; a de 1937 continha 176 artigos; a de 1946 totalizava 218; a de 1967 189 artigos; a EC/69, que é uma verdadeira constituição continha nada menos do que 200

Art. 179. Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus juizes, poderão os tribunales declarar a inconstitucionalidade de lei ou de acto do poder publico.

Esse artigo visou racionalizar o sistema de controle de constitucionalidade difuso existente no Brasil à época, pois caso uma turma de um tribunal entendesse que existia a inconstitucionalidade de determinada norma no caso concreto, não poderia declará-la sozinha, precisando, para tanto de submeter está análise ao plenário e, ainda assim, a inconstitucionalidade só estaria declarada pela decisão da maioria absoluta dos membros do tribunal.

Uma outra novidade introduzida no texto da Constituição de 34, que diga-se de passagem pertine ao cerne da discussão do presente trabalho, em seu artigo 91, IV, que era interpretado conjuntamente com o art. 96:

Art. 91. Compete ao Senado Federal:

.....
 IV, suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou acto, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionales pelo Poder Judiciario;

.....
 Art. 96. Quando a Côrte Suprema declarar inconstitucional qualquer dispositivo de lei ou acto governamental, o Procurador Geral da Republica, communicará a decisão ao Senado Federal para os fins do art. 91, n. IV, e bem assim á autoridade legislativa ou executiva, de que tenha emanado a lei ou o acto.

Essa medida tentou, ainda que de forma tímida – que na verdade se revelou um óbice à plena coerência do sistema de controle de constitucionalidade pátrio, como se demonstrará adiante –, trazer instrumento que aproximasse um pouco o controle de constitucionalidade difuso brasileiro do americano, que tinha o *stare decisis*.

Pois a partir daí vislumbrou-se uma possibilidade ampliar o efeito da vinculação subjetiva dos julgamentos de controle difuso, desde que fossem proferidos pelo STF, de apenas *inter partes*, para, após a intervenção senatorial, para *erga omnes*. Segundo o mestre Eduardo Schenato Piñero atribuir essa competência ao

artigos; por fim, a chamada Constituição Cidadã, a de 1988 contém incríveis 245 artigos e mais 70 disposições transitórias.

Senado tinha o mister de reduzir o número de demandas repetitivas no Judiciário, evitando que fosse necessária a declaração da inconstitucionalidade em cada caso. Continuando, o doutrinador alerta que o Senado não passaria a dizer a última palavra na apreciação constitucional, mas tão-somente iria determinar a suspensão, ou não, conforme seu critério de conveniência (PIÑERO, 2012).

Diante do paradigma constitucional estabelecido em 1934 o Senado Federal foi formalmente alçado à condição de guardião da Constituição, é exatamente esse o comando constitucional contido no artigo 88 da CF de 1934:

Art. 88. Ao Senado Federal, nos termos dos arts. 90, 91 e 92, incumbe promover a coordenação dos poderes federaes entre si, manter a continuidade administrativa, **velar pela Constituição**, colaborar na feitura de leis e praticar os demais actos da sua competencia. (grifo nosso).

A esse respeito, aduz Pontes de Miranda:

...Se bem que escritores norte americanos falassem de veto judicial (Allen Smith, *The Spirit of American Government*, 95), o sistema dos Estados Unidos da America e do Brasil é o de simples julgamento, *in casu*, da inconstitucionalidade. Mas o art. 91, IV, da Constituição de 1934, reproduzido no texto de 1946, criou algo de novo, algo de mais próximo ao veto, se bem que só nos resultados, na *eficácia*, que é a *suspensão de execução*. (grifos no original). (MIRANDA, 1947, p. 58)

Nesse contexto tem-se então que o Senado Federal, a partir de 1934, passa a ser o verdadeiro guardião constitucional, incumbindo-lhe inclusive retirar do ordenamento jurídico dispositivo de lei que seja declarado inconstitucional no todo ou em parte após decisão definitiva da Corte Suprema.

Foi também na Constituição de 1934 que foi criado o primeiro instituto de controle judicial-constitucional que iniciou a recepção do modelo de controle de constitucionalidade concentrado por meio da chamada representação interventiva (que atualmente denomina-se ação direta de inconstitucionalidade interventiva), confiada ao procurador geral da república e julgada pelo STF (art. 12, V e §2º).

2.3. Os retrocessos da Constituição de 1937

No que tange ao controle de constitucionalidade a Constituição de 1937, que foi outorgada e não promulgada, manteve no essencial o controle de constitucionalidade como até então estava disposto nas constituições anteriores, todavia operou verdadeiro retrocesso no ordenamento jurídico pátrio. Afirma-se isso em decorrência da possibilidade que fora facultada ao Poder Executivo de tornar sem efeito decisão proferida pelos Tribunais em sede de controle de constitucionalidade desde que confirmado pelo voto de dois terços de cada uma das Casas Legislativas (art. 96, parágrafo único).

A Constituição de 1937 era semântica e foi supedâneo do poder ditatorial vigente à época, tanto que ela atribuiu verdadeiro poder moderador, nos mesmos moldes imperiais, ao Presidente da República, visto que, num completo paradoxo, concede a possibilidade de revisão das decisões do STF ao Poder Executivo mediante consulta ao Senado e Câmara num artigo, como dito acima, porém, noutra a frente (art. 178) dissolve a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, ficando o Presidente como único “guardião” da constituição sem nenhuma possibilidade de ingerência ou participação dos outros poderes.

2.4. Restauração democrática e instituição do controle de constitucionalidade misto pela Constituição de 1946 e EC 16/65

A Constituição de 1946 restaurou os termos do controle de constitucionalidade em quase sua totalidade nos moldes a que vigorava antes da constituição de 1937, é o que se depreende basicamente dos seus artigos 64, 101, e 200⁴:

Art. 64. Incumbe ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

.....

⁴ A Constituição de 1946 não reconheceu os juízes federais de primeira instância, mas previu a criação do Tribunal Federal de Recursos, que julgava, dentre outras demandas, aquelas nas quais a União fosse interessada como parte, assistente ou oponente, exceto as de falência.

Art. 101. Ao Supremo Tribunal Federal compete:

.....
 III – julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais ou juízes:

- a) quando a decisão fôr contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal;
- b) quando se questionar sôbre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada;
- c) quando se contestar a validade de lei ou ato de govêrno local em face desta Constituição ou de lei federal, e a decisão recorrida julgar válida a lei ou o ato;
- d) quando na decisão recorrida a interpretação da lei federal invocada fôr diversa da que lhe haja dado qualquer dos outros tribunais ou o próprio Supremo Tribunal Federal;

.....

Art 200. Só pelo voto da maioria absoluta dos seus membros poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Poder Público.

Portanto, estavam restabelecidos o controle de constitucionalidade difuso, a reserva de plenário, a suspensão de lei pelo Senado Federal em declaração inconstitucional definitiva do STF e o recurso extraordinário ao STF em caso de decisões de contrariassem a constituição.⁵

A novidade ficou por conta da EC 16/65 que instaurou verdadeiramente⁶ o controle de constitucionalidade misto – ou “ecclético” como o definiu Dirley da Cunha Júnior (2008) – no direito brasileiro ao alterar a alínea “k” do artigo 101, I, que estabelecia as competências originárias do STF, permitindo que o Procurador Geral da República (PGR) questionasse diretamente perante o tribunal lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, em tese, dispensando a existência prévia de caso concreto. Agora, além do controle concreto, de nascedouro americano, também estava presente no direito pátrio o controle de constitucionalidade abstrato, de origem

⁵ O texto constitucional de 1946, em que pese ter restabelecido a suspensão senatorial (art.64) não trouxe nenhum comando que indicasse o Senado, ou qualquer outro Órgão/Poder como responsável por velar, guardar a Constituição como o fizera de maneira expressa na Constituição de 1934 (art. 88).

⁶ Diz-se verdadeiramente pelo fato de que anteriormente, na Constituição de 1934, foi contemplado o modelo difuso concreto e também a representação interventiva que apesar de ser um tipo de controle abstrato se realizava tão somente com relação à agressão aos princípios constitucionais sensíveis, sendo campo de atuação muito mais restrito do que toda o corpo constitucional como passou a vigorar a partir da EC 16/65.

austríaca (kelseniana), vigorando portanto o sistema misto: difuso-concreto (incidental) e também o abstrato-concentrado (principal)⁷.

Aqui é importante que se abra um parêntesis com relação à conceituação da especificidade do controle misto para que se evitem confusões. O controle misto que passou a vigorar no ordenamento jurídico brasileiro a partir da EC 16/65 foi o concentrado e difuso, todavia ele é essencialmente jurisdicional. Diferentemente de outros países a exemplo da França na qual o controle é misto no sentido de ser jurídico e político. Não é esse o caso brasileiro.

2.5. Pequenas alterações trazidas pela Constituição de 1967 e ECs 1/69 e 7/77

A Constituição de 1967 manteve o sistema misto de controle de constitucionalidade até então vigente implementado pela Constituição passada, com algumas alterações pontuais. A mais relevante foi a não contemplação aos Estados Membros de poderem instituir o controle de constitucionalidade abstrato das leis e atos estaduais e municipais em face da Constituição Estadual. Todavia a EC 1/69 admitiu a instituição da representação interventiva pelos Estados, visando o resguardo dos princípios constitucionais sensíveis expressos na Constituição Estadual.

Houve outras alterações realizadas na Constituição de 1967 pela EC 7/77, lembradas por Dirley da Cunha Júnior (2008). Primeiramente, a instituição, para além da representação genérica de constitucionalidade já existente, da representação para fins de interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual a ser julgada pelo STF (art. 119, I, l), essa previsão não fora recebida pela vindoura CR/88⁸; em segundo lugar foi a previsão de possibilidade deferimento de medida cautelar em sede de representação genérica de inconstitucionalidade (art. 119, I, p), essa novidade fora mantida pela CR/88.

⁷ Outra importante criação no âmbito da EC 16/65 foi a autorização constitucional para que os Estados pudessem realizar o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos municipais em face da respectiva Constituição Estadual, sendo essa competência atribuída aos Tribunais de Justiça dos Estados (art. 124, XIII acrescentado pela EC 16/65)

⁸ Para o bem do ordenamento jurídico brasileiro este foi o único texto constitucional brasileiro a realizar tal tipo de previsão que fora extinta, corretamente, pela posterior CR/88. Imaginem se a todo questionamento com relação a legalidade federal ou Estadual de determinada legislação fossem desaguar no STF? a Suprema Corte simplesmente pararia. O texto constitucional de 1988 otimizou tal tipo de questionamento deixando o Superior Tribunal de Justiça como o guardião da legislação federal e não impedindo que os Tribunais de Justiça se encarreguem da legislação estadual.

2.6. O controle de constitucionalidade na Constituição de 1988

A Constituição de 1988, ao estabelecer o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, não só consolida o sistema vigente anteriormente como o dá maior envergadura criando novos institutos. Com efeito, a sistemática de controle de constitucionalidade fica consolidada contemplando os métodos concentrado-principal e difuso-incidental (DIRLEY, 2008).

O controle concentrado-principal fica sob a competência de julgamento exclusiva do STF em sede de ação direta que questione atos normativos federais e estaduais em face da Constituição Federal, por sua vez o rol de legitimados à propositura desta ação foi ampliado neste texto constitucional em comparação com os anteriores que somente consideravam exclusivamente o PGR como competente para tal propositura⁹. No âmbito estadual criou-se a possibilidade de os Estados Membros instituírem o controle concentrado de atos normativos estaduais e municipais em relação à respectiva Constituição Estadual¹⁰. Ainda com relação ao controle concentrado houve uma ampliação por meio da instituição dos seguintes tipos: da ação direta de inconstitucionalidade por omissão; da ação declaratória de constitucionalidade¹¹; da arguição de descumprimento de preceito fundamental¹²; e a manutenção da ação de inconstitucionalidade interventiva (DIRLEY, 2008).

⁹ A partir do texto constitucional de 1988 o rol de legitimados à propositura de ação de controle de constitucionalidade concentrado passa a ser, nos termos do art. 103, o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e, por fim, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

¹⁰ Pelo princípio da simetria a competência para a propositura deste tipo de ação não pode ser exclusiva de nenhum órgão, o PGE por exemplo, devendo ser ampliado nos moldes do disposto no art. 103 da CR/88.

¹¹ A Ação Declaratória de Constitucionalidade, a ADC, é considerada o oposto da Ação Direta de Inconstitucionalidade, a ADIN, pois visa a confirmar a constitucionalidade de maneira absoluta. Não nasceu junto com o texto de 1988, sendo nele incluída pela EC 03/93. Ambas, ADC e ADI, são regulamentadas pela Lei 9.868 de 10 de novembro de 1999.

¹² A Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, a ADPF, visa, em suma, o controle de compatibilidade com relação à Constituição Federal, de legislação municipal, ou ato normativo federal, estadual e municipal de vigência anterior ao texto constitucional, sendo regulamentada pela Lei 9.882 de 03 de dezembro de 1999.

Tendo sido apresentada uma estreita síntese da evolução dentro da história constitucional do controle de constitucionalidade no direito brasileiro, a partir daqui voltar-se-á o foco para o cerne do presente trabalho que é o apontamento de algumas incongruências que se referem ao controle difuso-incidental, ou concreto, e a sua crescente aproximação do controle abstrato-principal, mormente no que diz respeito à expansão subjetiva dos seus efeitos vinculativos. Para tanto adentrar-se-á mais minudentemente em sua análise estrutural no direito vigente, sempre que possível com o retorno a evolução constitucional do instituto.

3. ELEMENTOS DA ABSTRATIVIZAÇÃO

3.1. Nuances da cláusula de reserva de plenário (art. 97, CR/88)

O controle difuso baliza-se no dever de o magistrado aplicar as leis e a Constituição é lei, embora hierarquicamente superior as outras (MIRANDA, 1967). Sendo assim o juiz brasileiro tem a competência para decidir sobre a compatibilidade da lei ou ato do poder público com a Constituição, concluindo, a partir daí, sua aplicação ou não ao caso concreto.

No mesmo diapasão segue a competência dos Tribunais para decidir sobre a aplicabilidade de determinado texto que contrarie, ou não, o texto maior. Tendo em vista que, nesses casos, por se tratar de órgãos colegiados, a não aplicação demanda, nos termos da cláusula de reserva de plenário (art. 97, CR/88), a declaração da maioria absoluta da totalidade dos membros do Tribunal, ou dos respectivos órgãos especiais (art. 93, XI), quando existirem¹³.

O Código de Processo Civil dispõe sobre o procedimento inerente ao incidente de arguição de inconstitucionalidade, e o faz em seus artigos 481 e 482:

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

Art. 481. Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno.

Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão. (Incluído pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998)

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

¹³ O entendimento pacífico hodiernamente é de que a expressão Tribunais se referem a todos eles, inclusive os Tribunais de Conta da União, dos Estados e dos Municípios. Essa é a interpretação que se obtém a partir da análise da Súmula Vinculante nº 10 (Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.) e da Súmula 347 (“O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público.”), ambas do STF.

§ 1o O Ministério Público e as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, se assim o requererem, poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade, observados os prazos e condições fixados no Regimento Interno do Tribunal. (Incluído pela Lei nº 9.868, de 10.11.1999)

§ 2o Os titulares do direito de propositura referidos no art. 103 da Constituição poderão manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação pelo órgão especial ou pelo Pleno do Tribunal, no prazo fixado em Regimento, sendo-lhes assegurado o direito de apresentar memoriais ou de pedir a juntada de documentos. (Incluído pela Lei nº 9.868, de 10.11.1999)

§ 3o O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades. (Incluído pela Lei nº 9.868, de 10.11.1999) (grifo nosso)

Pois bem, o procedimento supra descrito regulamenta, evidentemente, o controle de constitucionalidade difuso-incidental e o ponto que mais chama atenção nesta regulamentação é o parágrafo único do art. 481, que fora grifado, informando que os órgãos fracionários dos tribunais sequer submeterão ao plenário a arguição de inconstitucionalidade quando houver posicionamento do plenário do STF sobre a questão. A pergunta que fica é: a decisão a respeito da inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo realizada pelo STF em sede de controle difuso – que a ele chega por meio do Recurso Extraordinário – teria a força de impedir que o órgão fracionário remeta a arguição de inconstitucionalidade ao pleno do tribunal nos termos do parágrafo único do art. 481 do CPC?

No entendimento consolidado no STF nesse sentido a resposta é sim. Para deixar assente o posicionamento do STF contido nos diversos precedentes nesse sentido¹⁴ extraímos emblemático trecho do voto do Ministro Marco Aurélio no RE 190.728 no qual julga ato de turma que deixou de remeter uma arguição de inconstitucionalidade ao pleno do respectivo tribunal (art. 97 da CR/88), porque o STF já havia decidido a respeito da inconstitucionalidade em sede de controle difuso:

Pois bem, a Turma julgadora deixou de deslocar o processo para o Pleno da Corte, porquanto o Supremo Tribunal Federal pronunciara-se no sentido da inconstitucionalidade do ato normativo em questão. Onde fica a razão de ser da regra constitucional caso vingue a óptica burocrática da Fazenda? O que

¹⁴ Alguns dos precedentes do STF que corroboram a tese são: AI 169964 AgR, AI 170303 AgR, RE 190725, RE 190726, RE 190727, RE 190730, RE 190731, RE 190732, RE 190734, RE 190735, RE 190737, AI 170198 AgR, AI 169649 AgR, AI 169957 AgR, RE 190728, RE 190729, AI 166735 AgR.

será do princípio da economia e celeridade processual? Mais do que isso, que importância tem o crivo da Suprema Corte? O que decidido pelo Colegiado de origem homenageia a interpretação teleológica do artigo 97 da Carta Política da República, não merecendo qualquer censura. O incidente de inconstitucionalidade, com remessa do processo ao órgão Maior da Corte de origem (artigo 97 da Constituição Federal) tornou-se desnecessário, prevalente a racionalização dos trabalhos judiciais, a partir do momento em que o Guardião Maior da Carta e ele ainda o é (artigo 102, caput, da Constituição Federal) - o Supremo Tribunal Federal - assentou, embora no controle difuso, o vício de inconstitucionalidade do ato normativo em questão. Por maior que seja a esperança da Fazenda em reverter o quadro, certamente o caminho não é o do apego à forma, ao fetichismo da forma, sobrecarregando-se, ainda mais, a máquina judiciária hoje muito próxima do emperramento.

É de suma importância salientar que o julgado do qual se extraiu o trecho acima foi proferido no ano de 1995, quando sequer existia o parágrafo único do art. 481 do CPC (que foi incluído em 1998). Ora, essa alteração legislativa – que dispensa a necessidade de envio de arguição de inconstitucionalidade ao pleno ou órgão especial, caso o pleno do STF já tenha se posicionado a respeito – se deu justamente consolidando a posição do STF em prol da economia processual e da racionalização do sistema de controle de constitucionalidade difuso.

Não é só isso, nesse mesmo comando do parágrafo único do art. 481 do CPC no que diz respeito ao STF exigindo o pronunciamento do plenário em nenhum momento se faz alusão a qual tipo de controle se refere: concentrado ou difuso. Noutras palavras, se o plenário do STF se pronunciar a respeito de determinada inconstitucionalidade, nenhum recurso extraordinário questionando a constitucionalidade da mesma lei ou ato normativo terá forças para ser analisado novamente pelo plenário STF. Seu mérito não será avaliado por uma segunda vez. Isso é de importância imperiosa para impedir que um grande número de causas repetitivas se acumule diante da nossa principal corte, que, não obstante a sua assessoria, é composta somente por onze Ministros.

3.2. Da expansão subjetiva do efeito vinculativo

Como já fora exposto, o controle de constitucionalidade difuso se faz presente no ordenamento jurídico brasileiro desde o advento da Constituição de 1891, sendo seguidor tenaz do direito norte americano¹⁵. A exemplo do que ocorria nos EUA os efeitos decorrentes da declaração de inconstitucionalidade se davam tão somente *inter partes*. Todavia, o direito brasileiro olvidou-se de importar do direito americano o instituto denominado *stare decisis* que maximizava os efeitos da decisão de *inter partes* para *erga omnes*.

Tal falha somente teve sua primeira tentativa de ser sanada nos idos da Constituição de 1934¹⁶ quando estabeleceu-se a competência do Senado Federal para que suspendesse a execução de lei determinada inconstitucional pelo STF. Essa estrutura foi mantida, com algumas mudanças, até a Constituição de 1988, no art. 52, X (PIÑERO, 2012).

Mas uma questão que teve uma brusca mudança diz respeito ao paradigma do guardião final do texto constitucional. Na Constituição de 1934 (art. 88) o Senado Federal fazia esse papel, e na Constituição de 1988 esse papel foi expressamente atribuído ao STF (art. 102), seguem os textos constitucionais para verificação da mudança de paradigma:

Art 88 - Ao **Senado Federal**, nos termos dos arts. 90, 91 e 92, incumbe promover a coordenação dos Poderes federais entre si, manter a continuidade administrativa, **velar pela Constituição**, colaborar na feitura de leis e praticar os demais atos da sua competência. (Constituição de 1934)

Art. 102. Compete ao **Supremo Tribunal Federal**, precipuamente, a **guarda da Constituição**, cabendo-lhe:
..... (Constituição de 1988)(grifos nossos)

A importância de trazer o paradigma destes dois momentos histórico-constitucionais diversos é para que se estabeleça o ponto inicial para realização de alguns apontamentos, o que será feito nas seções a seguir.

¹⁵ Consultar, supra, capítulo 1.1

¹⁶ Consultar, supra, capítulo 1.2

3.2.1. A evolução do paradigma da suspensão senatorial de 1934 versus 1988

Como já abordado o paradigma de guardião constitucional se deslocou do Senado Federal para o STF. A última palavra a respeito de questões constitucionais é do STF. Não obstante a isso o artigo 52, X repetiu, praticamente *ipsis literis*, o teor com o qual vem sendo escrito desde 1934, trazendo que compete ao Senado Federal “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”¹⁷.

O fato é que em que pese essa mudança de paradigma pode-se dizer que a aplicação da suspensão senatorial permanece praticamente incólume desde sua primeira existência constitucional em 1934. O que se buscou foi a criação de um mecanismo brasileiro que se assemelhasse ao *stare decisis* americano, para evitar a proliferação de ações judiciais propostas por todos os que da mesma forma se sentissem lesados pela lei ou ato inconstitucional e também para promover a uniformização da jurisprudência (DIRLEY 2008). O que não se alcançou na prática, porquanto no direito americano a decisão em sede de controle difuso pela Suprema Corte opera efeito *erga omnes per se*, o que não ocorre no direito brasileiro que fica sempre dependente de uma decisão senatorial discricionária para que se tenha o mesmo alcance do instituto em que se espelhou¹⁸.

Quanto à extensão da suspensão a ser realizada pelo Senado no que diz respeito à interpretação do trecho em que deve suspender “no todo ou em parte” o ato normativo ou lei declarada inconstitucional definitivamente pelo STF, é um ato que tem como supedâneo o teor da decisão do STF e com ela deve se coadunar. Dito de outra maneira o “Senado não tem competência para declarar a inconstitucionalidade de qualquer ato. Ele só age em função de uma decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal” (DIRLEY, 2008, p.150). Em que pese a existência de vozes dissonantes¹⁹,

¹⁷ Embora o texto constitucional seja silente sobre qual o tipo de controle, concentrado ou difuso, que dá ensejo a suspensão do art. 52, X, hodiernamente não paira mais nenhuma dúvida de que seja somente o controle difuso, pois desde a edição da EC 45/04 foi acrescentado o § 2º ao inciso III do art. 102 que conferiu ao controle concentrado a oponibilidade *erga omnes* imediata.

¹⁸ Dirley da Cunha Júnior sintetiza a suspensão senatorial do art. 52, X da seguinte maneira: “aquela disposição tão somente confere ao Senado a competência para deliberar sobre a suspensão da execução do ato, declarado inconstitucional, aqui sim, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, para o fim específico de emprestar eficácia genérica, ou seja, *erga omnes*, a essa decisão judicial, até então de efeitos *inter partes*.” (DIRLEY, 2008, p.148)

¹⁹ A exemplo do que diz Michel Temer ao afirmar que o Senado Federal, ao editar a resolução de suspensão de eficácia de lei declarada inconstitucional em definitivo pelo STF, poderia ficar aquém

nesse mesmo sentido advogam Pontes de Miranda (MIRANDA, 1967, p. 385-391), Clemerson Merlin Clève (CLEVE, 2000, p.121), dentre outros²⁰. Dito isso, afirma-se que não cabe ao Senado modular os efeitos da decisão do STF ou algo do tipo, devendo adstringir-se, na edição da resolução, estritamente à extensão decisão proferida pela Corte Suprema, nem mais, nem menos.

Com relação à discricionariedade, a atuação do Senado Federal no controle difuso, que se dá por meio da edição de uma resolução, é sim discricionária, pois não há nenhum dispositivo constitucional, legal ou mesmo regimental que lhe atribua algum prazo para agir ou sequer a obrigatoriedade de agir. Ao analisar-se este ponto fica evidente uma perplexidade possível no sistema de controle de constitucionalidade difuso pátrio, qual seja: o STF, que é o guardião da Constituição, pode declarar determinada lei inconstitucional de forma definitiva e, por conta de uma inércia do Senado em suspendê-la, ela, apesar de inválida, continua operando plenos efeitos, o que é um paradoxo completo.

A atuação senatorial por meio do art. 52, X, foi, enfim, tema discutido de maneira exaustiva e frontal pelo pleno do STF na Reclamação 4.335/AC. Sendo assim, ocorreu pela primeira vez na história do STF um debate franco e de contraposição de ideias especificamente a respeito do alcance e natureza deste dispositivo. Julgamento que sem nenhuma dúvida ficará na história como um dos mais relevantes da Suprema Corte no que diz respeito à constatação aproximação, sobretudo dos efeitos vinculativos, do controle difuso-incidental do outro, abstrato-principal no ordenamento jurídico pátrio.

dessa decisão, suspendendo tão somente uma parte da lei ou ato normativo que tenha sido em sua totalidade considerado inconstitucional pelo STF (TEMER, 2002, p. 48).

²⁰ O Ministro do STF Pedro Chaves, em voto proferido no MS 16.512, afirma que no que tange a resolução do Senado que suspende lei ou ato declarados inconstitucionais pelo STF o Senado deve se ater ao teor da decisão do STF não tendo “competência para examinar o mérito da decisão (...), para interpretá-la, para ampliá-la ou restringi-la.” (MS 16.512, RTJ, 38, n. 1, p. 12)

3.2.2. Uma breve análise da Reclamação nº 4.335/Acre

A Reclamação nº 4.335/Acre de 2007 vem sendo amplamente discutida doutrinariamente pelo fato de no seu cerne conter a discussão e posicionamento efetivo dos Ministros do STF quanto à verdadeira natureza e extensão da suspensão senatorial quando da decisão plenária do STF em sede de controle de constitucionalidade difuso, que ocorre via julgamento de Recurso Extraordinário que provoque a Suprema Corte para esse fim.

Foi exposta nesse julgamento, inicialmente pelo relator Gilmar Mendes, uma incisiva defesa deduzindo a ocorrência de uma mutação constitucional no art. 52, X da CR/88 no sentido de atribuir eficácia *erga omnes* e vinculante às decisões de inconstitucionalidade exaradas pelo STF em âmbito de controle de constitucionalidade difuso. A seguir far-se-á uma breve apresentação dessa ação e as considerações sobre os seus principais fundamentos.

A Reclamação 4335/AC foi ajuizada pela Defensoria Pública do Estado do Acre em face de decisão proferida pelo Juiz da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco que indeferiu o pedido de progressão de regime de réus que cumpriam penas de reclusão em regime integralmente fechado em decorrência da condenação por prática de crimes hediondos.

O reclamante alegou que o Juiz de direito da vara de execuções de Rio Branco, ao negar a progressão de regime aos réus, estaria descumprindo posicionamento do STF firmado em sede de controle difuso no HC 82.959²¹ em que declarou inconstitucional o §1º do art. 2º da Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos). O Juiz indeferiu a progressão com fulcro nos seguintes termos:

(...)conquanto o Plenário do Supremo Tribunal, em maioria apertada (6 votos x 5 votos), tenha declarado 'incidenter tantum' a inconstitucionalidade do art. 2o, § 1o da Lei 8.072/90 (Crimes Hediondos), por via do Habeas Corpus n. 82.959, isto após dezesseis

²¹ Ementa do HC 82.959 em que o STF, *incidenter tantum*, declara a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º da Lei 8.072/90: "PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.

anos dizendo que a norma era constitucional, perfilho-me a melhor doutrina constitucional pátria que entende que no controle difuso de constitucionalidade a decisão produz efeitos 'inter partes'.

[...]Assim, não havendo qualquer notícia de que o Senado Federal tenha sido comunicado e que tenha suspenso a eficácia do artigo declarado 'incidenter tantum' inconstitucional, o que se tem até a presente data é que ainda está em vigor o art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, que veda a progressão de regime. Se a decisão do Supremo Tribunal Federal tivesse sido tomada em sede de ação direta de inconstitucionalidade (controle concentrado), produziria eficácia contra todos e efeito vinculante, relativa aos demais órgãos do Judiciário e até à Administração Pública direta e indireta, nos exatos termos do art. 102, § 2º, da Constituição Federal. Todavia, como dito, não foi o que se verificou - a decisão se deu no controle difuso.

[...]Entender de outra forma seria negar vigência ao disposto no art. 52, inc. X, da Constituição Federal, contrariando o sistema constitucional adotado, ou seja o 'check and balances', ou freios e contrapesos, inspirado no modelo norte americano, onde um Poder é controlado pelo outro. Dito isto, o que continua líquido e certo até o momento, ante a inércia dos Poderes em fazer valer o disposto no art. 52, inc. X, da CF/88, é a eficácia do dispositivo da Lei dos Crimes Hediondos (art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90) que veda a progressão de regime aos crimes hediondos ou a eles equiparados.

O Ministro Gilmar Mendes²², relator desta Reclamação, concedeu medida liminar impedindo a aplicação do dispositivo que vedava a progressão nos crimes hediondos. Já em seu voto, argumentou no sentido de que o entendimento do art. 52, X nos paradigmas atuais deve receber uma nova significância:

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

Na sequência de seu entendimento o Ministro alçou a ousada tese da ocorrência de uma "autêntica" mutação constitucional ao aludido artigo. Para que se tenha uma ideia da envergadura da mutação proposta pelo Ministro Gilmar Mendes entende-se que o significado do art. 52, X, segundo da nova roupagem por ele sugerida, passaria a ser:

²² Cf. BRASIL. STF. Reclamação nº 4.335/Acre. Voto do relator. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/rcl4335eg.pdf>. Acessado em: 16.10.2014

ao Senado Federal está atribuída competência para dar publicidade à suspensão da execução de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. A própria decisão do Supremo conteria força normativa bastante para suspender a execução da lei declarada inconstitucional.²³

Para o Ministro Gilmar Mendes as decisões do STF exaradas em sede de controle de constitucionalidade difuso têm a mesma eficácia *erga omnes* e poder de vinculação que as realizadas em controle concentrado, com a única diferença que no controle difuso caberia ao Senado Federal a mera publicação dos efeitos do julgamento.

Com efeito, Mendes cita posição anterior de Lúcio Bitencourt nesse mesmo sentido afirmando que “o objetivo do art. 45, n. IV – a referência diz respeito à Constituição de 1967 – é apenas tornar pública a decisão do tribunal, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos”²⁴. E concluiu ser completamente incoerente e contra a teoria das nulidades que um órgão fique responsável por suspender a eficácia de lei declarada inconstitucional, visto que a lei inconstitucional seria nula *ipso iure*. Noutras palavras, não há a possibilidade de suspender algo que sequer existe no mundo jurídico, que é exatamente o que ocorre com a lei declarada inconstitucional²⁵.

O Ministro Eros Grau em seu voto endossa o entendimento exarado pelo relator e vai além – com uma boa dose de soberba é bem verdade –, pois a despeito de tal decisão ser contrária aos próprios precedentes da corte e também à doutrina majoritária ele conclui que a doutrina é que deve seguir a suprema corte e não o contrário, é o que se depreende do trecho:

Sucede que estamos aqui não para caminhar seguindo os passos da doutrina, mas para produzir o direito e reproduzir o ordenamento. Ela nos acompanhará, a doutrina. Prontamente ou com alguma relutância. Mas sempre nos acompanhará, se nos mantivermos fiéis ao compromisso de que se nutre a nossa legitimidade, o compromisso de guardarmos a Constituição. O discurso da doutrina [= discurso sobre o direito] é caudatário do nosso discurso, o discurso do direito. Ele nos seguirá; não o inverso.²⁶

²³ Síntese do novo significado dada pelo Ministro Eros Grau em seu voto vista (Cf. BRASIL. STF. Reclamação nº 4.335/Acre. Voto vista, Ministro Eros Grau. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/rcl4335eg.pdf>. Acessado em: 16.10.2014, p. 3)

²⁴ Ibidem p. 13

²⁵ Cf. BRASIL. STF. Reclamação nº 4.335/Acre. Voto do relator. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/rcl4335eg.pdf>. Acessado em: 16.10.2014, p. 39-40

²⁶ Ibidem p. 14

A importância deste julgamento é notória, pois coloca em franca discussão não só o alcance que deve ser dado ao art. 52, X como também a consolidação da uma maior envergadura as decisões do STF em sede de controle de constitucionalidade difuso – é fato que ao longo dos últimos anos vários institutos foram criados no ordenamento jurídico brasileiro com o objetivo de dar maior expansão das decisões do STF, o que será abordado em capítulo específico posteriormente.

O julgamento da Reclamação 4.335/Acre já foi consolidado pelo plenário do STF²⁷, concluindo pelo conhecimento da reclamação e a considerando procedente. Não obstante não se pode, de maneira nenhuma, afirmar que o STF considerou a ocorrência da mutação constitucional proposta pelo Ministro relator. Pois compulsando a ementa e inteiro teor dos votos na publicação do acórdão que se deu dia 22/10/2014 pode-se afirmar, sem açodamento, qual a nova orientação da corte nesse sentido.

Segue o inteiro teor da ementa de julgamento:

Reclamação. 2. Progressão de regime. Crimes hediondos. 3. Decisão reclamada aplicou o art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, declarado inconstitucional pelo Plenário do STF no HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1.9.2006. 4. Superveniência da Súmula Vinculante n. 26. 5. Efeito ultra partes da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso. Caráter expansivo da decisão. 6. Reclamação julgada procedente.

Segue ainda na ata da decisão que o Tribunal por maioria conheceu e julgou procedente a reclamação, sendo vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. Poder-se-ia inferir daí que, por exemplo, o Ministro Teori Zavask teria acompanhado a tese do relator de mutação constitucional, mas não foi este o caso.

²⁷ O teor da Ata de Julgamento publicada dia 01/04/2014 é o seguinte: “Decisão: O Tribunal, por maioria, conheceu e julgou procedente a reclamação, vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, que não conheciam da reclamação, mas concediam habeas corpus de ofício. Não participaram da votação os Ministros Luiz Fux e Dias Toffoli, que sucederam aos Ministros Eros Grau e Sepúlveda Pertence. Ausentes, justificadamente, a Ministra Cármen Lúcia, em viagem oficial para participar da 98ª Comissão de Veneza, na cidade de Veneza, Itália, e, neste julgamento, o Ministro Joaquim Barbosa (Presidente), que votou em assentada anterior. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski (Vice-Presidente no exercício da Presidência). Plenário, 20.03.2014.

Em que pese ter conhecido a reclamação e a julgado procedente o Ministro Teori Zavask fundamentou em linha completamente diversa dos posicionamentos expostos pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, e não acatou a tese da mutação constitucional e muito menos de que a reclamação poderia ser usada para questionar decisões tendo como base o posicionamento do STF em controle difuso. Muito pelo contrário ele rechaçou este entendimento²⁸. A fundamentação do Ministro Teori Zavask é no sentido de se manter a atual jurisprudência do STF, como se pode depreender do seguinte trecho extraído de seu voto:

Assim, sem negar a força expansiva de uma significativa gama de decisões do Supremo Tribunal Federal, é de ser mantida a sua jurisprudência, segundo a qual, em princípio, a reclamação somente é admitida quando ajuizada por quem tenha sido parte na relação processual em que foi proferida a decisão cuja eficácia se busca preservar. A legitimação ativa mais ampla somente será cabível nas hipóteses expressamente previstas na Constituição ou em lei ou de atribuição de efeitos vinculantes erga omnes - notadamente contra atos ofensivos a decisões tomadas em ações de controle concentrado de constitucionalidade e a súmulas vinculantes, em que se admite legitimação ativa mais ampla (CF, art. 102, § 2º, e art. 103-A, caput e § 3º; Lei 9.882/99, art. 13, e Lei 11.419/06, art. 7º)²⁹.

Apesar de ser contrário à tese do relator o Ministro Teori Zavask conheceu e deferiu a reclamação em virtude de que no lapso temporal de sua propositura e seu julgamento foi editada a Súmula Vinculante nº 26³⁰, esta sim, demanda o questionamento via o instrumento da reclamação e se aplica exatamente ao caso constante dos autos, impedindo a vedação da progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo ou equiparado.

De toda maneira, é interessante que se analise um voto contrário ao do relator, e que não reconheceu da reclamação, porém concedeu habeas corpus de ofício, que foi o Ministro Ricardo Lawendovisk³¹. Ele entende que considerar a

²⁸ Cf. BRASIL. STF. Reclamação nº 4.335/Acre. Voto Vista, Ministro Teori Zavask. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/rcl4335tz.pdf>. Acessado em: 17.10.2014.

²⁹ Cf. BRASIL. STF. Reclamação nº 4.335/Acre. Voto Vista, Ministro Teori Zavask. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/rcl4335tz.pdf>. Acessado em: 17.10.2014, p. 20-21

³⁰ Súmula Vinculante nº 26: "Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo ou equiparado, o juízo de execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico".

³¹ Cf. BRASIL. STF. Reclamação nº 4.335/Acre. Voto Vista, Ministro Ricardo Lawendovisk. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RCL4335.pdf>. Acessado em: 17.10.2014.

ocorrência de mutação constitucional com relação ao art. 52, X nos moldes em que pretende o relator extrapolaria os limites de atuação da interpretação jurídica e sugere que para que se vença as questões nesse sentido já fora conferido ao STF o poder de editar as súmulas vinculantes, que prescindem da participação senatorial para que exerçam a plenitude de seus efeitos, inclusive não só sendo erga omnes como também de observância obrigatória para a Administração Pública e Poder Judiciário. Diferentemente do Ministro Zavask, que entendeu que a Súmula Vinculante nº 26, em que pese ter sido publicada após a propositura da reclamação, daria supedâneo a reclamação, o Ministro Lawendovisk preferiu conceder habeas corpus de ofício, assim como fizeram os Ministros Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio.

Na verdade após a decisão do STF, em que pese os votos de minoria dissidente, restou a certeza de que a tese da mutação constitucional não se aplica ao art. 52, X. Também o Tribunal afirmou que há uma expansão dos efeitos em controle difuso, consolidando os vastos institutos que vão nesse sentido e serão abordados em tópicos posteriores. Mas é interessante ressaltar que o STF utilizou-se do termo eficácia *ultra partes* e não *erga omnes*, parece ser esse movimento uma postura defensiva, pois atribuir eficácia *erga omnes* sem nenhum tipo de tratamento legislativo poderia causar uma concentração injustificável de processos diretamente no STF. Esse tema necessariamente deverá ser melhor tratado via legislativa para que se retirem as dúvidas remanescentes.

3.2.3. Alguns apontamentos sobre a mutação constitucional

Ao delinear o exercício da interpretação constitucional, Konrad Hesse afirma que trata-se de encontrar o resultado constitucionalmente exato dentro de um procedimento racional e controlável, criando a certeza jurídica por meio de uma fundamentação também racional e controlável (HESSE, 1998, p.55).

A mutação constitucional está umbilicalmente ligada ao processo interpretativo, mormente quando se diz que “interpretar a constituição é muito mais do que fazer-lhe claro o sentido: é, sobretudo, atualizá-la” (JELLINEK, *apud*, RAMOS, 2013, p. 221.). A interpretação baseia-se na realização de escolhas e valorações a serem realizadas pelo intérprete à luz do caso concreto, colocando em evidência sua função criativa, que expressa-se por meio da interpretação construtiva e da

interpretação evolutiva. A primeira trata da ampliação do sentido de incidência antes não prevista. Já a segunda, a interpretação evolutiva, pertence na aplicação do texto constitucional às situações que não existiam ou mesmo que não foram vislumbradas à época de sua promulgação, mas que podem ser subsumidas dentro das possibilidades semânticas do texto constitucional, encontrando maior amplitude em constituições programáticas, dado o caráter prospectivo e transformador de seus princípios a ser explorado pelo intérprete e aplicador do direito (RAMOS, 2013).

A mutação constitucional ao contrário dos procedimentos de emenda e revisão – que são processos formais e institucionalizados de alteração do texto constitucional, inclusive nele mesmo previstos – consiste em processo não formal de mudança das constituições, por via da tradição, costumes, interpretação judicial ou doutrinária. No entendimento de Anna Cândida Ferraz a mutação constitucional é o processo que altera o sentido, o significado e o alcance do texto constitucional sem violar-lhe a letra e o espírito; portanto, mudança constitucional que não contrarie a Constituição ou seja por ela acolhida (FERRAZ, 1986).

Para Ramos, as atividades interpretativas não se confundem com a mutação constitucional. Ele afirma que a mutação constitucional:

[...]ocorre por força da modificação do sentido da norma em contraste com o entendimento preexistente. Diante da distinção entre texto e norma, a mutação é operada quando se extrai nova norma a partir da alteração do resultado da interpretação anterior sem que haja alteração formal do texto constitucional. (RAMOS, 2013, p. 223)

Com efeito, a mutação constitucional consiste na alteração da norma sem a alteração do texto constitucional do qual se extrai a norma. Noutras palavras, altera-se o sentido que se extrai do texto sem nenhuma alteração formal do texto em si. Tendo isso em vista fica evidente que o limite que deve nortear o aplicador do direito é, sem dúvida nenhuma, o próprio limite semântico do texto. Hesse traz entendimento esclarecedor ao tratar sobre os limites da interpretação constitucional:

Esse limite é pressuposto da função racionalizadora, estabilizadora e limitadora do poder da Constituição. Ele inclui a possibilidade de uma mutação constitucional por interpretação; ele exclui um rompimento constitucional e uma modificação constitucional por interpretação. Onde o intérprete passa por cima da Constituição, ele não mais

interpreta, senão ele modifica ou rompe a Constituição. Ambos estão proibidos pelo direito vigente. (HESSE, 1998, p.71)

A mutação constitucional traduz-se perfeitamente como a própria interpretação evolutiva desde que seja possível circunscrevê-la nas possibilidades semânticas do texto. Ultrapassar esses limites semânticos demanda a reconstrução do próprio texto o que só se torna possível diante da alteração formal por meio de Emenda Constitucional.

Nesse sentido também milita Luís Roberto Barroso, hoje Ministro do STF, ao tratar dos limites da mutação constitucional, afirmando que os primeiros limites correspondem a “a) as possibilidades semânticas do relato da norma, vale dizer, os sentidos possíveis do texto que está sendo interpretado ou afetado; e b) a preservação dos princípios fundamentais que dão identidade àquela específica Constituição”. Isso porque, continua o Ministro, “se o sentido novo que se quer dar não couber no texto, será necessária a convocação do poder constituinte reformador. E se não couber nos princípios fundamentais, será preciso tirar do estado de latência o poder constituinte originário” (BARROSO, 2010, p.128-129).

Ao analisar os limites semânticos possíveis de serem atribuídos ao art. 52, X, da CR/88, com toda vênia aos entendimentos divergentes, nem mesmo com hercúleo esforço de dilatação da significância possível consegue-se atribuir ao vocábulo “suspender a execução” o significado “dar publicidade da decisão” conforme almeja o eminente Ministro Gilmar Mendes acompanhado pelo, não menos eminente, Ministro Eros Grau.

No sentido da não recepção da tese da mutação constitucional, mormente no que tange ao art. 52, X, o Ministro Joaquim Barbosa afirmou que ainda que se fosse ventilar a tese da mutação constitucional ela padeceria de dois vícios fatais, quais sejam: o decurso de um espaço de tempo maior para essa constatação e o definitivo desuso do dispositivo, não ocorrendo, nesse caso, nem um e nem outro.

Nesse aspecto, importante dado obteve-se ao realizar consulta junto ao Senado Federal que informou que o exercício efetivo da suspensão de lei exatamente nos termos do art. 52, X, se deu por 544 vezes desde 1955. E que no ano de 2012 duas resoluções nesse sentido foram editadas³². Ora, como alterar a norma que se

³² Dado obtido mediante consulta no site do Senado Federal no site: <http://legis.senado.gov.br/sicon/#/avancada>, usando os argumentos de pesquisa “suspende e

extrai do texto se o Senado Federal tem exercido efetivamente o mister constitucional a ele conferido? E, mais, como afirmar que o entendimento mudou se o próprio STF reiteradamente ao longo dos anos, e até hoje, continua oficiando o Senado para o exercício da aludida suspensão? – ademais o Regimento Interno do STF em seu art. 178, em pleno vigor, atribui a obrigatoriedade de comunicação ao Senado Federal para que suspenda dispositivo ou ato normativo declarados inconstitucionais incidentalmente pelo plenário do STF.

Por outro lado, contrapondo as exigências elencadas como essenciais pelo Ministro Joaquim Barbosa para o advento da mutação constitucional, que seriam a paulatina mudança na norma que se extrai do texto e o efetivo desuso do dispositivo, milita interessante tese abordada por Carlos Henrique Ramos, que, ao trazer os ensinamentos do constitucionalista americano Bruce Ackerman, demonstra que “as mutações, embora em tese devam operar de modo lento e gradual, muitas vezes ocorrem por ‘saltos’, em momentos de intensa mobilização e debate público, o que ratifica a importância da soberania popular na mudança constitucional”. (RAMOS, 2013, p. 236). Ramos também aponta como casos de evidente mutação constitucional os julgamentos sobre a fidelidade partidária, mandado de injunção, união entre pessoas do mesmo sexo e a progressão de regime no caso de crimes hediondos (RAMOS, 2013, p. 237).

O Ministro Gilmar Mendes, no caso específico da Reclamação 4.335/Acre, acima detalhada, viu oportunidade de apresentar em sede de julgamento no STF um posicionamento que já defendia desde 2004, quando foi autor de artigo intitulado “O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional”³³. Com todo o respeito que o Ministro faz jus, se se tratasse de um “caso clássico” de mutação, as vozes dissonantes não haveriam de ser tantas.

Independente das justificativas elencadas pelos que argumentam a favor da tese de ocorrência de mutação constitucional do art. 52, X, os requisitos mínimos para que se concretizasse a tese não ocorreram de fato. O art. 52, X, não está em desuso, não há nenhum outro caso jurisprudencial que conteste efetivamente esse

execução e inconstitucionalidade”. Foram obtidos 544 Resoluções do Senado Federal suspendendo leis e atos normativos julgadas inconstitucionais pelo STF compreendidas no período de 1958 a 2012.

³³ MENDES, Gilmar Ferreira. **O Papel do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade: Um Caso Clássico de Mutação Constitucional.** Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/953/R162-12.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 12 out. 2014

ponto, e “suspender” têm sentido e aplicações práticas completamente diversas de “publicar”. Pensar diferentemente disso é fatalmente tornar o STF, além de último intérprete constitucional um legislador constitucional positivo, deturpando cabalmente a basilar tripartição de funções do poder remansosa no Brasil, que é um Estado Democrático de Direito.

Em suma, diante não só dos argumentos aqui colacionados, mas, sobretudo, pelo próprio posicionamento do STF ao julgar³⁴, após transcorridos sete anos, definitivamente a Reclamação 4335/AC, fica assente de fato e de direito que não houve mutação constitucional no art. 52, X, da CR/88.

3.2.4. Alguns apontamentos sobre a súmula vinculante

A súmula denominada vinculante foi introduzida no direito brasileiro a partir da chamada Reforma do Judiciário (EC 45/2004) nos seguintes termos:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, **após reiteradas decisões sobre matéria constitucional**, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (grifo nosso)

³⁴ Importante destacar que o julgamento definitivo da Rcl 4335/AC pelo STF foi coincidentemente publicado durante a confecção do presente trabalho (22/10/2014) e, felizmente, teve resultado ao encontro dos argumentos expostos enriquecendo a tese aqui trabalhada.

O foco de estudo do instituto da súmula no presente trabalho é o de analisar se – como fora afirmado por vários Ministros do STF, sobretudo na Reclamação 4.335/Acre, que já foi abordada em tópico anterior – seria a solução para a ampliação dos efeitos subjetivos das decisões do STF em caso de controle de constitucionalidade difuso.

Pois bem, o maior óbice que se ergue quando busca-se considerar como válida a Súmula Vinculante como instrumento para expansão dos efeitos de controle difuso de constitucionalidade é exatamente o requisito constante do trecho grifado na transcrição supra do art. 103-A da CR/88, qual seja, a súmula somente poderá ser editada “após reiteradas decisões sobre matéria constitucional”.

Ora, se não houver reiteradas decisões sobre a questão constitucional de que trata a súmula ela não pode sequer ser criada, porquanto há óbice constitucional direto para tanto. Então como ela pode ser a solução adequada para casos que sejam julgados pelo STF em poucos, ou até mesmo um único, Recurso Extraordinário ou em sede de controle incidental em *Habeas Corpus* como foi o caso do HC 82.959 que foi supedâneo da vencedora Reclamação 4.335/Acre?

Ao se tomar como exemplo o caso da Reclamação 4.335/Acre que questiona o posicionamento de decisão de juiz de direito que contrariou àquela tomada pelo STF em sede de declaração de inconstitucionalidade incidental tomada pelo pleno (em quórum apertado de 6 a 5) no HC 82.959, os Ministros Sepúlveda Pertence³⁵, Joaquim Barbosa³⁶ e Ricardo Lawendovisk³⁷, afirmam categoricamente ser o caso de uma edição de Súmula Vinculante, caso o STF assim entendesse e não de preterição da suspensão senatorial prevista no 52, X, da CR/88, via suposta mutação constitucional erigida pelo Ministro Gilmar Mendes.

Em que pese o acerto dos Ministros em termos de inexistência da mutação constitucional, conforme explicitado no tópico anterior, com toda a vênia, também parece que o instituto da Súmula Vinculante não se aplicaria àquela situação, pelo singelo motivo de que um de seus requisitos constitucionais estaria ausente, qual seja, o das reiteradas decisões sobre matéria constitucional.

³⁵ Cf. BRASIL. STF. Reclamação nº 4.335/Acre. Inteiro Teor do Acórdão. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>. Acessado em: 28.10.2014, p. 94-95

³⁶ OP. cit. p. 99

³⁷ OP. cit. p. 128

Pode-se tomar de exemplo para a efetiva crítica o que afirmou o Ministro Joaquim Barbosa em trecho de seu voto na Reclamação 4.335/Acre:

Reforça minha convicção a circunstância, revelada pelo próprio relator, de que o STF não depende mais do Senado para atribuir efeito *erga omnes* às declarações de inconstitucionalidade no controle difuso. Isso justamente porque, se o STF entender, **com base na gravidade da questão constitucional**, que a decisão deverá ter aplicação geral, deverá editar súmula vinculante a respeito³⁸. (grifo nosso)

Ora, não cabe ao STF editar Súmula Vinculante com base tão somente “na gravidade da questão constitucional” como afirmou o Ministro Joaquim Barbosa. A pensar dessa forma o STF tomaria por base quaisquer temas que entendesse de relevância constitucional e resolveria por si só a edição súmulas sem quaisquer pré-requisitos para tal, o que seria a confirmação de uma esdrúxula posição de efetivo legislador constitucional positivo, que seria uma verdadeira usurpação do Poder Legislativo. Não há nenhuma previsão constitucional para edição de Súmulas Vinculantes que prescindam das reiteradas decisões sobre a questão constitucional que se busca sumular, esse é o direito constitucional hoje posto.

Com efeito, ao elencar os requisitos de edição da Súmula Vinculante, André Ramos Tavares afirma que os requisitos elencados para que se edite a aludida súmula são: (i) ser subsequente a reiteradas decisões (idênticas); (ii) tratar de normas acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários (não intra-STF, portanto) ou entre estes e a Administração; (iii) que essa situação acarrete grave insegurança jurídica e, concomitantemente; (iv) redunde em multiplicação de processos idênticos (quanto à matéria), causando um aumento injustificado do volume de processos na justiça. Finalizando, o autor afirma que esses requisitos “são cumulativos e não alternativos” (TAVARES, 2009, p. 33).

³⁸ Cf. BRASIL. STF. Reclamação nº 4.335/Acre. Inteiro Teor do Acórdão. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>. Acessado em: 28.10.2014, p. 99

4. ANÁLISE CRÍTICA, PERSPECTIVAS

Inicia-se este tópico apontando aquela a qual se entende ser a maior incongruência do controle de constitucionalidade difuso-concreto no ordenamento jurídico pátrio. Hodiernamente, é possível que uma lei considerada inconstitucional pelo STF tenha eficácia ainda que seja írrita. Dito de forma diversa há a possibilidade de existência de lei inconstitucional, portanto inválida, com plena eficácia.

É exatamente isso que ocorre quando o STF declara a inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo via recurso extraordinário, ou seja, em sede de controle difuso-concreto, e depois comunica ao Senado para que exerça seu múnus constitucional de suspensão nos termos do art. 52, X. Só que o Senado, via de regra, não exerce essa competência constitucional com a celeridade desejada. Assim, o interregno temporal entre a comunicação do STF e a efetiva suspensão do dispositivo declarado inconstitucional, por vezes, demora anos. Como o entendimento doutrinário pacificado é de que a suspensão pelo Senado tem efeitos *ex nunc*, tem-se na prática um corpo sem alma, uma lei inconstitucional, mas com eficácia, é a verdadeira negação do Estado Democrático de Direito. Paulatinamente, foram sendo criados no ordenamento jurídico brasileiro institutos diversos que atenuam essa excecência ao expandir os efeitos subjetivos das decisões proferidas pelo STF em controle difuso-concreto.

Com relação aos efeitos subjetivos da decisão em controle de constitucionalidade difuso é um ponto que se pode dizer pacífico na doutrina constitucional brasileira. Na qual se afirma que em via de controle difuso-concreto os efeitos subjetivos são classificados, via de regra, como *inter partes*, já que os efeitos são imediatos tão somente com relação às partes litigantes, não sendo aplicáveis a terceiros externos à lide; e também são em regra retroativos (*ex tunc*), no que diz respeito à retroatividade da decisão com relação as partes envolvidas. Sendo que, caso o Senado exerça a suspensão da lei ou ato considerados inconstitucionais de maneira definitiva pelo STF a partir da publicação da resolução, nos termos do art. 52, X, da CR/88, esses efeitos subjetivos terão ampliação de seus efeitos, sendo que sua

eficácia passa a ser *erga omnes*, portanto oponíveis a todos, e *ex nunc*, não retroagindo, porém tendo eficácia a partir da publicação da resolução³⁹.

Contudo esses efeitos subjetivos não podem ser generalizados indistintamente, pois existem situações que a eficácia da decisão pela sua própria natureza já tenha efeitos *erga omnes* e/ou *ex tunc*, e mesmo outras situações em que o Senado não terá como exercer a suspensão, visto que poderá somente uma determinada norma extraída do texto ser considerada inconstitucional, nesse caso a sintaxe do texto, a sua construção gramatical, resta incólume, não tendo o que suspender. Enfim, essas dentre algumas outras situações que confirmam a paulatina abstrativização do controle difuso no direito brasileiro tratar-se-ão a seguir de uma maneira objetiva, porém abrangente e, também, de forma cronológica crescente.

Inicialmente abordar-se-á o advento das chamadas Ações Coletivas que foram introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro por meio do art. 103 da Lei 8.078/90⁴⁰, o Código de Defesa do Consumidor (CDC). Essas Ações Coletivas dizem respeito tanto aos direitos difusos, coletivos e aos individuais homogêneos. É importante que se faça uma prévia e exígua conceituação a respeito de cada um desses direitos.

Nas palavras de André Ramos Tavares os chamados direitos metaindividuais (direitos coletivos em sentido amplo) se subdividem basicamente em duas grandes categorias: direitos difusos e direitos coletivos (em sentido estrito). Os difusos têm como característica essencial “a indeterminação dos sujeitos (com o que sua titularidade transcende ao individual), ligados por uma relação fática comum e indivisibilidade do objeto”, continuando o autor, citando José Eduardo de Oliveira Figueiredo Dias, define os direitos coletivos como aqueles que estão “ancorados num portador concreto e determinado, já que sua titularidade é atribuída a uma figura subjetiva pública ou privada (associação, sindicato, ordem profissional, etc.)” (TAVARES, 2010, p. 882-883).

³⁹ A título exemplificativo, nesse sentido militam: HOLTE, 2008, p.172-173; TAVARES, 2010, p. 411; MORAES, 2013, p. 737

⁴⁰ Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

I - *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;

II - *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;

III - *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

Para que não ficassem dúvidas sobre os titulares das ditas Ações Coletivas o próprio CDC tratou de delinear-las em seu art. 81. Nesses termos pode-se afirmar que os interesses difusos são os transindividuais, de natureza indivisível, dos quais sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas entre si por uma circunstância de fato. Os interesses coletivos, por sua vez, são os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. Por fim, o código trata dos interesses individuais homogêneos, sendo assim entendidos os decorrentes de origem comum.

A importância de trazer a definição dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos é estabelecer o liame que une essas definições à abstrativização do controle difuso (que é o marco teórico do presente trabalho). Este liame é justamente a transcendência dos efeitos de um determinado julgamento incidental que declare a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em sede de Ações Coletivas para além das partes nominalmente envolvidas numa determinada lide.

Com efeito, o aludido art. 103 do CDC determina que a sentença proferida em Ações Coletivas fará coisa julgada *erga omnes* nos casos que envolverem interesses difusos ou individuais homogêneos. Já nos casos em que estiverem presentes interesses coletivos a coisa julgada se fará *ultra partes*, envolvendo todos aqueles que puderem ser determinados como componentes da coletividade dos autos.

Continuando na evolução cronológica a que se propôs, destaca-se a Ação Civil Pública criada pela Lei 7.347 de 1985. Essa ação tem por mister a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos⁴¹. O foco fica na alteração da redação do art. 16 no ano de 1997⁴² que determina que a sentença

⁴¹ Cf. art. 25, IV, a, da Lei Orgânica Nacional dos Ministérios Públicos Estaduais (Lei 8.625/93)

⁴² Segue a transcrição do art. 16 da Lei 7.347/85: A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova. (Redação dada pela Lei nº 9.494, de 10.9.1997)

civil⁴³ fará coisa julgada *erga omnes* nos limites da competência territorial do órgão prolator.

Nessa linha pode-se afirmar que em caso de controle de constitucionalidade incidental arguido em Ação Civil Pública de âmbito federal que seja julgado via recursal pelo STF a extensão dos efeitos da decisão, em que pese ser realizada incidentalmente, será necessariamente *erga omnes* e *ex tunc*. Por força não só da obviedade da natureza de interesse difuso atinente a este tipo de ação como pela determinação expressa e objetiva do art. 16 da Lei 7.347/85. Esta esteira de raciocínio se aplica *mutatis mutandis* também à Ação Popular⁴⁴.

Outro importante ponto a se abordar na evolução cronológica da ampliação dos efeitos vinculativos das decisões em controle difuso-concreto diz respeito a análise da mutação constitucional do art. 97 da CR/88 corroborada pela posterior inclusão do parágrafo único ao art. 481 do CPC. O artigo 97, também denominado de cláusula de reserva de plenário, que tem a mesma redação desde a promulgação da CR/88, impõe que “somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”. Todavia o STF, passou a dar entendimento pela desnecessidade de cumprimento da cláusula de plenário caso o próprio STF, ainda que em sede de controle difuso, já tivesse fixado posição com relação à lei ou ato normativo questionado.⁴⁵

Esse posicionamento fixado pela Suprema Corte foi em seguida corroborado pelo Congresso Nacional com a inclusão do parágrafo único do art. 481 do CPC que é um dos quais trata do incidente de arguição de inconstitucionalidade, ficando o novel texto com o seguinte teor: “Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão”.

Com esse posicionamento primeiramente do STF e em seguida referendado pelo Congresso Nacional, via alteração do CPC, trata-se de mais uma evidente situação de ampliação dos efeitos vinculativos de uma decisão em sede de

⁴³ Sentença Civil é a sentença exarada em sede de Ação Civil Pública

⁴⁴ A dicção do art. 18 da Lei 4.717/65, que regulamenta a Ação Popular, tem mesmo teor da alteração realizada no art. 16 da Lei 7.347/85 em 1997.

⁴⁵ Essa mudança foi indicada no RE 190.728. Remete-se o leitor para o capítulo 3.1 supra no qual esse tema foi mais explicitado.

controle difuso-concreto pelo STF. Noutras palavras, um único RE julgado pelo STF surte efeitos *erga omnes*, porém não vinculativos. Não vinculativos pois esta específica expansão dos efeitos é aplicável tão somente em sede recursal, para tanto a parte deverá necessariamente ter ajuizado ação antes. Não obstante, é um caminho no sentido inexorável de aproximação dos controles concentrado e difuso no ordenamento jurídico pátrio⁴⁶.

Outro caso de ampliação dos efeitos vinculativos ocorreu com a inclusão dos dispositivos 475-L, §1º e o 741, Parágrafo único no CPC⁴⁷ considerando inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal. Interessante ressaltar que essa alteração legislativa permite não só a expansão dos resultados da declaração de inconstitucionalidade difuso-concretos realizados pelo STF, que declaram a inconstitucionalidade em concomitância com a nulidade, que é a regra, como também agracia a interpretação conforme a Constituição, a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto⁴⁸ e a modulação dos efeitos, nos termos do art. 27 da Lei 9.868/99, que permite ao STF, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social possa restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado (efeitos prospectivos ou pró-futuro).

Já é sabido que, em regra, o STF se pronuncia a respeito do controle de constitucionalidade difuso-concreto quando é provocado a julgar tal questionamento pela via do recurso extraordinário (art. 102, III da CR/88). Dessa maneira pode-se dizer que o recurso extraordinário é o mais importante instrumento de controle de constitucionalidade difuso-concreto no ordenamento jurídico pátrio. Nas palavras de André Ramos Tavares “há uma subjetivação no sistema ou, se se quiser, uma humanização, considerando-se mesmo que o Direito está posto não para atender aos

⁴⁶ Esse é um caso típico de mutação constitucional visto que o art. 97 não teve seu texto alterado, mas a aplicabilidade do instituto sofreu mudança de interpretação.

⁴⁷ Dispositivos adicionados pela Lei 11.232 de 2005. Ambos têm exatamente o mesmo teor, sendo que o §1º do art. 475-L diz respeito à impugnação do Cumprimento da Sentença; e o parágrafo único do art. 741 trata dos Embargos à execução contra a Fazenda Pública.

⁴⁸ Essas técnicas de decisões constitucionais são, com razão, colocadas por Gilmar Mendes como óbices à atuação senatorial nos termos do art. 52, X, visto que são plenamente aplicáveis em sede de controle difuso e em ambas não há nenhuma alteração formal do texto, sendo assim não haveria o que ser suspenso pelo Senado (MENDES, 2004, p.155).

problemas abstratamente colocados. O Direito está a serviço do indivíduo, do Homem, e o controle concreto é aquele que mais bem representa essa ideia” (TAVARES, 2010, p. 358).

Com efeito, o recurso extraordinário por ser tão caro ao direito constitucional brasileiro se reveste de algumas especificidades e exigências próprias. Trata-se de recurso de índole objetiva, porquanto, em que pese sua gênese incidental, não se presta a causas “subjetivamente presentes no processo do qual, eventualmente, emerge o recurso em apreço” (TAVARES, 2010, p. 359).

O requisito do recurso extraordinário que se coaduna com perfeição à ideia de expansão dos efeitos do controle difuso que neste trabalho se defende é justamente a chamada “repercussão geral” que passou a ser exigida a partir da EC 45/2004 (Reforma do Judiciário). Mais precisamente com a inclusão do §3º no inciso III do art. 102 da CR/88 que fora regulamentado pela Lei 11.418 de 2006.

Essa Lei, a 11.418 de 2006, visando regulamentar o pré-requisito da repercussão geral em recursos extraordinários incluiu no CPC os artigos 541-A e 541-B. Chama a atenção §1º do art. 541-A em que é erigido como requisito necessário para a existência da aludida repercussão a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. Ora, aqui está a quebra de um dos maiores paradigmas no que diz respeito ao controle de constitucionalidade difuso-concreto, pois para que o recurso extraordinário seja admitido o tema analisado tem de transcender o interesse subjetivo das partes. Sendo assim pode-se afirmar que a questão constitucional combatida tem como requisito não se aplicar somente *inter partes*, daí nada mais lógico do que a ocorrência natural da expansão dos seus efeitos. Perde-se totalmente aquela noção de aplicação da lei no caso concreto, vencida nas instâncias inferiores que analisam as questões fáticas e de direito aplicáveis especificamente àquele caso. De fato analisa-se a constitucionalidade da lei pelo prisma abstrato, analisando a lei em tese, exatamente como se dá no controle concentrado-principal. Nesse sentido já consolidou o STF sua posição:

O instituto da repercussão geral representa, nesse novo contexto, um importante instrumento de objetivização dos julgamentos que o Supremo profere em sede recursal extraordinária.⁴⁹

No mesmo sentido, ao julgar Questão de Ordem no Agravo de Instrumento 760.358/SE, registrou o Ministro Gilmar Mendes, relator, com a adesão do Tribunal, que, julgado o recurso sob o regime da repercussão geral, passa a ser da competência dos tribunais e das turmas recursais de origem “a aplicação do entendimento firmado pelo STF”.⁵⁰

Dito de outra maneira, se o recurso extraordinário interposto diante do STF for somente de interesse das partes ele sequer é admitido derrubando de vez o argumento de que no controle difuso-concreto se analisa tão somente a aplicação da lei naquele determinado caso. Repise-se, se a transcendência subjetiva é requisito de admissão do recurso extraordinário, a conclusão lógica e óbvia é que o resultado de seu julgamento necessariamente não seja somente *inter partes*.

Ademais, o CPC no ponto em que regulamenta o recurso extraordinário, no §5º do art. 541-A, impõe que a decisão do STF que negue a existência de repercussão geral com relação a uma determinada matéria valerá para todos os recursos que questionem matéria idêntica. Decorre daí que os tribunais de origem espalhados pelo território pátrio indefiram liminarmente todos os recursos que tratem da mesma matéria considerada sem repercussão geral pelo STF. Essa é mais uma constatação da expansão dos efeitos subjetivos do controle difuso-concreto. Ao analisar este ponto da lei o professor André Ramos Tavares, que o chamou de “indeferimento geral”, afirma:

Isso permitirá desafogar o STF, que não precisará declarar a impertinência de certos recursos. A ideia, portanto, é de permitir que os tribunais de origem passem a seguir a decisão do STF proferida em um único recurso extraordinário. (TAVARES, 2010, p. 382)

Ainda dentro da análise da regulamentação da repercussão geral outro mecanismo importante criado foi o art. 541-B chamado “sobrestamento geral”

⁴⁹ Cf. BRASIL. STF. Reclamação nº 4.335/Acre. Voto Vista do Ministro Teori Zavask. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/rcl4335TZ.pdf>. Acessado em: 16.10.2014, p. 13-14

⁵⁰ (Questão de Ordem no Agravo de Instrumento 760.358/SE, Min. Gilmar Mendes, Pleno, DJe de 19/02/10).

(TAVARES, 2010, p. 382). Esse mecanismo determina que havendo multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia o tribunal de origem selecionará um ou mais recursos representativos da controvérsia e os encaminhará ao STF, sobrestando os demais até que o Tribunal Constitucional se pronuncie sobre. A decisão do STF deverá ser replicada para todos os recursos sobrestados. Esse também é um instituto que corrobora inexoravelmente a expansão dos efeitos subjetivos do controle difuso-concreto.

Outro importante instrumento que também confirma a expansão dos efeitos de que se trata o presente trabalho é o chamado “julgamento em bloco” tal qual fora realizado pelo STF em 2007 (TAVARES, 2010, p. 403). Nessa situação ocorreu o acúmulo de recursos extraordinários interpostos no âmbito do STF, mais precisamente 4.908, advindos de tribunais inferiores de todo o país em matéria que o STF não havia se manifestado ainda. Neste caso o STF julgou o mérito de alguns recursos sobre a mesma matéria e por meio de uma triagem realizada pelos Ministros com auxílio de seus gabinetes expandiu o resultado para todos os demais recursos. Como afirma o professor André Ramos Tavares “trata-se, portanto, de mais um mecanismo que promove certa objetivização de processos subjetivos. [...] É como se houvesse uma abstração das razões referentes à primeira decisão e, ato contínuo, sua aplicação para casos concretos outros” (TAVARES, 2010, p. 404).

Ainda no sentido da expansão dos efeitos temos o advento de um remédio constitucional: o mandado de injunção. O mandado de injunção está para o controle difuso-concreto assim como a ADI por omissão está para o controle concentrado-abstrato. Está previsto na CR/88 no art. 5º, LXXI, com o seguinte teor: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. Sendo assim o mandado de injunção é remédio constitucional colocado à disposição do cidadão para combater a omissão legislativa constitucionalmente relevante. Em que pese este instituto tenha sido previsto desde o advento da constituição de 1988 o que mudou de maneira drástica foram os efeitos dele advindos, mais precisamente a partir de 2007.

Inicialmente o STF⁵¹ dava contornos bastante tímidos ao instituto quando entendia que o mandado de injunção, não obstante ser autoaplicável, prescindindo de

⁵¹ O STF é originariamente competente para julgar o mandado de injunção sempre que o omissor for: o Presidente da República, o Congresso Nacional, a Câmara dos Deputados, o Senado Federal a Mesa

legislação regulamentadora, deveria guardar similitude com a ADI por omissão, quando a decisão do STF tão somente comunicava ao Poder responsável de sua omissão e da necessidade de adoção de medidas, salvo se o omissor fosse a Administração Pública, para, nesse caso, que sanasse a omissão no prazo de trinta dias. Essa posição inicial ficou consolidada na questão de ordem respondida pelo Ministro Moreira Alves no MI-107.

Avançando no entendimento o STF no MI 232, julgado em 1991 – em que o postulante requereu sua isenção de contribuição para a seguridade social, nos termos do §7º do art. 195 da CR/88 –, firmou posicionamento que além de constatar a mora legislativa deu prazo de seis meses para que o Congresso editasse a lei que regulamentasse o dispositivo constitucional questionado, caso contrário o postulante automaticamente passaria a gozar da imunidade pretendida.

Avançando ainda mais o STF ao julgar o MI 670⁵² em 2007 – no qual foi questionada pelo Sindicato dos Servidores Policiais Civis do ES, o SINDIPOL, a omissão constitucional de regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis –, firmou o plenário que sendo o Congresso notificado da mora legislativa e ainda permanecendo inerte, para que a omissão legislativa não se convolasse em uma inadmissível omissão judicial, os servidores públicos civis passariam a gozar, no que coubesse, do direito de greve nos termos da legislação aplicável aos trabalhadores da iniciativa privada.

Nesses termos destaca-se o caráter mandamental e não simplesmente declaratório do mandado de injunção, asseverando caber ao Judiciário, por força do disposto no art. 5º, LXXI e seu § 1º, da CF, não apenas emitir certidão de omissão do Poder incumbido de regulamentar o direito a liberdades constitucionais, a prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, mas viabilizar o exercício desse direito, afastando as consequências da inércia do legislador. Mas por se tratar de um mandado de injunção coletivo, no que diz respeito as partes envolvidas, como já abordado anteriormente, é inexorável concluir que se trata de uma extensão dos efeitos subjetivos de um controle de constitucionalidade difuso-concreto.

de uma dessas Casas legislativas, o Tribunal de Contas da União, um dos Tribunais superiores ou o próprio Supremo Tribunal Federal.

⁵² Esse mandado de injunção foi julgado em conjunto com outros dois exatamente no mesmo sentido: o 708 e o 712.

Ademais nesse caso o STF decidiu a inércia legislativa em definitivo e com efeitos gerais, ou seja *erga omnes*.

Nesse fio, diante dos institutos apresentados de maneira cronológica nesse tópico pode-se afirmar de maneira categórica que o controle de constitucionalidade difuso brasileiro tem caminhado, sim, na direção do controle concentrado. Sobretudo se se considerarem os efeitos subjetivos da decisão, situação em que muitas das vezes os efeitos são idênticos. Mais ainda, no caso do mandado de injunção, que é de índole difusa, os efeitos podem ser até mesmo superlativos aos obtidos em uma ADI por omissão, porquanto a colmatação normativa realizada pelo STF em um MI pode, dependendo do caso, ter efeitos *erga omnes*, como já ocorreu e foi demonstrado acima. Na ADI por omissão a colmatação ainda sequer encontra precedentes nesse sentido, ficando o STF somente na decretação de mora legislativa.

5. CONCLUSÃO

O controle de constitucionalidade brasileiro é um dos mais complexos, se não o mais complexo, do mundo, mormente pela congregação de dois institutos inicialmente díspares, mas que ao longo dos anos têm estreitado gradativamente sua interlocução, são eles o controle concentrado-abstrato, da escola americana e o difuso-concreto, da escola alemã.

Essa aproximação se deu muito mais pelas sucessivas e paulatinas alterações ocorridas no instituto do controle difuso na direção do controle concentrado, sobretudo no que diz respeito aos efeitos subjetivos expandindo os efeitos de inicialmente, somente *inter partes*, para posteriormente *ultra partes*, quando aplicáveis a uma coletividade, ou mesmo *erga omnes*, quando aplicáveis a todos indistintamente.

A participação do Senado no controle de constitucionalidade difuso, visando inaugurar instrumento que emprestasse às decisões *inter partes* a maximização dos efeitos *erga omnes*, a exemplo do direito norte americano, veio sendo repetida praticamente incólume nas constituições brasileiras desde 1934 e hoje se encontrando presente plasmada no art. 52, X, da CR/88.

Não obstante a intenção salutar de uniformização jurisprudencial, segurança jurídica e o desafogamento da pauta do STF com lides repetitivas, ao longo dos anos deve-se constatar que a atuação senatorial não tem se demonstrado um instrumento eficaz ao que se propõe, porquanto as leis declaradas inconstitucionais pelo STF em sede de controle difuso-concreto que têm essa situação comunicada ao Senado em regra demoram mais de ano para serem suspensas do ordenamento jurídico. Tal incongruência leva a efetiva existência de leis declaradas inconstitucionais pelo plenário do STF, portanto inválidas, que continuam tendo eficácia e alterando a vida das pessoas. São verdadeiros, corpos sem alma.

Isso sem embargo da impossibilidade de atuação senatorial quando o STF se utilizar das técnicas de decisão específicas de tribunais constitucionais, quais sejam: a interpretação conforme a Constituição, a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto e a modulação dos efeitos em virtude de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social. Nesses casos, todos aplicáveis plenamente em sede de controle difuso-concreto, não há nenhuma alteração do texto, sendo assim não há o que o Senado suspender.

Essa questão do papel do Senado foi enfrentada pelo STF no julgamento da Reclamação 4335/AC que demorou sete anos para ter o seu desfecho, indo de 2007 a 2014. É bem verdade que o art. 52, X, tem aplicação claudicante na prática e é artigo digno de uma emenda constitucional, mas nem por isso precisa-se alargar o conceito do instituto da mutação constitucional, como pretendeu o Ministro Gilmar Mendes, para dizer que a “suspensão” seria entendida hoje como “mera publicação”. Primeiro porque espanca o alcance semântico do texto, segundo porque mal ou bem o Senado continua exercendo este múnus constitucional e terceiro porque o próprio STF continua oficiando o Senado para o exercício deste desiderato, inclusive com supedâneo no próprio regimento interno do STF. Enfim, findado o julgamento o STF andou bem e se posicionou com relação à mutação constitucional do art. 52, X, não há o que discutir, ela não existiu e ponto.

Mesmo porque pensar diferente disso traria um problema muito maior do que a leniência com que têm ocorrido as suspensões senatoriais. É só imaginar, que se automaticamente, por mutação constitucional, o vocábulo “suspender” fosse entendido como “publicar” todas as decisões de controle difuso-concreto em sede de Recurso Extraordinário, e são milhares delas, dariam ensejo à ação de reclamação diretamente junto ao STF, o efeito seria de fato, catastrófico, já que as mudanças sempre foram no sentido de diminuição de causas junto ao STF, que objetiva julgar menos em volume e mais em relevância e qualidade.

Por outro lado, realmente é inconsistente manter no ordenamento duas situações praticamente idênticas com efeitos tão diversos. Explica-se, imagine que um determinado dispositivo de lei tenha sua constitucionalidade questionada via controle difuso por meio da propositura de um RE perante o STF. Ora, o RE somente será admitido se a discussão passar pelo crivo da repercussão geral implicando necessariamente que o interesse da lide transcenda o interesse subjetivo das partes e econômico, político, social ou jurídico. Sendo assim tal dispositivo somente poderá ser julgado inconstitucional se o for pelo plenário do STF em quórum de maioria absoluta de votos, ainda assim seus efeitos serão tão somente *inter partes*. Agora se se considerar uma ADI proposta em face deste mesmo dispositivo, o julgamento será realizado pelo mesmo Tribunal, pelos mesmos Ministros, com o mesmo quórum de julgamento, mas só os efeitos serão diferentes, nesse último serão *erga omnes*. Realmente alguma alteração constitucional deverá ser realizada para que essa anomalia seja sanada.

Como ficou cabalmente demonstrado no trabalho os institutos no sentido de expansão dos efeitos subjetivos do controle de constitucionalidade difuso, ou abstrativização do controle de constitucionalidade difuso, ou até mesmo objetivização do recurso extraordinário, independente do epíteto que se queira atribuir, são, dentre outros: Ações Coletivas, nas quais os julgamentos deverão atingir necessariamente, *ultra partes*, no caso de interesses coletivos, ou *erga omnes*, caso sejam envolvidos interesses difusos; mutação constitucional da cláusula de reserva de plenário, essa sim foi uma típica mutação, porquanto dispensa o envio de recurso ao plenário do tribunal ou órgão especial desde que o STF tenha se pronunciado sobre a constitucionalidade anteriormente; MI coletivo operando efeitos *erga omnes*. Pode-se afirmar que a hipótese defendida foi confirmada em sua plenitude.

6. REFERÊNCIAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito Processual Constitucional: Aspectos Contemporâneos**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BALEEIRO, Aliomar.1891 / Aliomar Baleeiro. **Coleção Constituições brasileiras**. Vol. II. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

BRASIL. STF. **Reclamação nº 4335/Acre**. Voto do Relator. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/rcl4335gm.pdf>>. Acesso em: 16 out. 2014.

BRASIL. STF. **Reclamação nº 4335/Acre**. Voto Vista. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/rcl4335eg.pdf>>. Acesso em: 16 out. 2014.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE Paes de. **História constitucional do brasil**. Brasília: OAB Editora, 2006.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional Positivo**. 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CLÈVE, Clemerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito brasileiro**. 2. ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1986.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HOLTHE, Leo Van. **Direito Constitucional**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2007.

HOLTE, Leo Van. **Direito Constitucional**. 4. Ed. Revista, Ampliada e Atualizada até a EC 56/2007. Salvador: Juspodivm, 2008.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. 5. ed., revista, ampliada e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2008.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

LEAL, Saul Tourinho. **Controle de constitucionalidade moderno**. 3. ed., revista e atualizada. Niterói: Editora Impetus, 2014.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade: Comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **O Papel do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade: Um Caso Clássico de Mutação Constitucional**. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/953/R162-12.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 12 out. 2014.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. Vol. II. Arts. 37-128. Rio de Janeiro: Livraria Boffoni, 1947.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. Tomo IV. Arts. 113-150, §1º. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1967.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PIÑERO, Eduardo Schebato. **O controle da constitucionalidade: direito americano, alemão e brasileiro**. São Paulo: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012.

RAMOS, Carlos Henrique. **Controle de constitucionalidade moderno**. Curitiba: Juruá Editora, 2013.

STRECK, Lênio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da Jurisdição Constitucional**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1498, 8 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10253>>. Acesso em: 12 out. 2014.

TAVARES, André Ramos. **Nova Lei da Súmula Vinculante: Estudos e Comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006**. 3. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Método, 2009.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 18. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Editora Malheiros, 2002.

VIEIRA, Renato Stanziola. **Jurisdição Constitucional Brasileira e os Limites de sua Legitimidade Democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.