

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXVII CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

CARLOS EDUARDO ZAGO UDENAL

**A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE E
A FUNÇÃO DA RESOLUÇÃO DO SENADO FEDERAL**

**CURITIBA
2009**

CARLOS EDUARDO ZAGO UDENAL

**A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE E
A FUNÇÃO DA RESOLUÇÃO DO SENADO FEDERAL**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba.

Orientador: Prof. Dr. Jorge de Oliveira Vargas

**CURITIBA
2009**

TERMO DE APROVAÇÃO

CARLOS EDUARDO ZAGO UDENAL

A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE E A FUNÇÃO DA
RESOLUÇÃO DO SENADO FEDERAL

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____

Avaliador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, de de 2009.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE JURISDICIONAL: DIREITO COMPARADO E SISTEMA BRASILEIRO	9
2.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES.....	9
2.2 SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE JURISDICIONAL.....	10
2.2.1 Sistema Difuso (de origem norte-americana).....	10
2.2.2 Sistema Concentrado (de origem austríaca).....	12
2.2.3 Sistema Misto.....	14
2.3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL.....	15
2.3.1 Quanto à Natureza.....	15
2.3.2 Quanto ao Momento.....	16
2.3.3 Quanto ao Sistema.....	17
2.3.4 Quanto ao Órgão.....	19
3 ASPECTOS ATUAIS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO	20
3.1 O CONTROLE DIFUSO DE NORMAS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	20
3.2 OS NOVOS RUMOS DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO NO BRASIL E NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE REALIZADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	22
3.2.1 A Natureza Objetiva do Recurso Extraordinário decorrente de Processos dos Juizados Especiais Federais.....	26
3.2.2 A Participação do <i>Amicus Curiae</i> no Recurso Extraordinário decorrentes de processos nos Juizados Especiais Federais.....	28
3.2.3 Súmula Vinculante.....	29
4 O PAPEL DO SENADO FEDERAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	32
4.1 O PAPEL DA RESOLUÇÃO DO SENADO FEDERAL E O FENÔMENO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	35
5 CONCLUSÃO	42
REFERÊNCIAS	46

RESUMO

A presente monografia tem por objetivo a análise da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, que é nova tendência do Supremo Tribunal Federal de ampliar os efeitos da decisão proferida no controle difuso de constitucionalidade, isto é, estender efeitos *erga omnes* e vinculante, de forma a deixá-lo mais “abstrato”. Analisam-se, o controle difuso de normas no STF, os novos rumos do recurso extraordinário no Brasil, bem como no controle difuso de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal, a natureza objetiva do recurso extraordinário decorrente de processos dos juizados especiais federais, bem como a participação de *amicus curiae* nestes processos, o instituto da súmula vinculante, o papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade e a ocorrência do fenômeno da mutação constitucional em relação ao artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, tudo isso, mediante estudo da mais abalizada doutrina, das recentes modificações legislativas, de sobremodo em relação à emenda constitucional nº 45/2004, da jurisprudência significativa do Supremo Tribunal Federal e da sua atual tendência.

Palavras-chave: Constitucionalidade; Controle; Difuso; Abstrato; Senado Federal; Papel; Mutação Constitucional.

1 INTRODUÇÃO

Como cediço pelos operadores de direito, o arcabouço normativo brasileiro contempla um sistema misto de controle de constitucionalidade judicial das leis, pelo fato de congregarem o modelo difuso (de origem norte-americana) e o modelo concentrado (de origem austríaca).

E, em linhas gerais e classicamente falando, tem-se que o controle difuso é realizado na via concreta (incidental), sendo que suas decisões produzem, *a priori*, efeito *inter partes* e, por outro lado, não possuem efeito vinculante, ao passo que o controle concentrado se dá pela via abstrata, tendo suas decisões efeitos *erga omnes* e vinculante em relação aos demais órgãos do Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal, consoante artigo 28, § único, da Lei nº 9.868/99.

Todavia, foram inseridas várias modificações no ordenamento jurídico brasileiro e o Supremo Tribunal Federal, ao seu turno, vem se debatendo com várias questões que têm aproximado os 02(dois) sistemas de controle judicial de constitucionalidade, tais como: a) a natureza objetiva do recurso extraordinário (repercussão geral); b) as súmulas vinculantes; c) a utilização de mecanismos próprios de controle concentrado no controle difuso, como à figura do *amicus curiae*; d) a caracterização da função da resolução do Senado Federal de que se trata o artigo 52, inciso X, da Constituição Federal.

E, além disso, parte da doutrina e alguns julgados do Supremo Tribunal Federal, enveredam-se para uma nova interpretação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso realizado pelo STF, com a possibilidade de estender efeito jurídico vinculante e *erga omnes* às estas decisões, independente de

resolução do Senado, que, por sua vez, reservar-se-ia a publicação da decisão no Diário do Congresso.

Em relação a este último, segundo o ministro Gilmar Mendes, teria ocorrido o fenômeno da mutação constitucional em relação ao art. 52, inciso X, da Constituição Federal, calcada numa investigação jurídica do referido dispositivo legal, passando o texto a ser lido de maneira que compete privativamente ao Senado Federal dar publicidade a suspensão da execução de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo, em vez de, compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Porém, a questão é tormentosa e encontra dissidentes no seio doutrinário e jurisprudencial em relação a essas novas tendências.

Tanto é que, perante o Supremo Tribunal Federal tramita a Reclamação nº 4335-5/AC, na qual há 02(votos), proferidos pelos ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, no sentido de conferir nova interpretação ao art. 52, X, da CF, para atribuir ao Senado Federal a competência para publicar as decisões incidentais definitivas do Supremo Tribunal Federal e, desta forma, as decisões proferidas pelo STF em sede de controle difuso de constitucionalidade teriam efeito jurídico *erga omnes* e vinculante.

Em sentido contrário, há 02(votos), proferidos pelo, então ministro, Sepúlveda Pertence e pelo ministro Joaquim Barbosa, no sentido de ser mantida a leitura tradicional do art. 52, inciso X, da CF, que trata de uma autorização ao Senado Federal de determinar a suspensão de execução do dispositivo tido por inconstitucional.

Veja-se, portanto, que a questão não está cristalizada, ou seja, não está pacificada no seio do Supremo Tribunal Federal.

Em razão disso, é imperioso levar a cabo a presente monografia, no sentido de trazer à tona esclarecimentos e colacionar dados para os operadores de direito que lidam com a presente matéria, demonstrando as críticas e os pontos positivos dessa nova tendência. Tudo isso através de pesquisas em material didático apropriado, como referências bibliográficas de autores renomados, em revistas jurídicas que tratam do assunto, bem como de diferentes correntes doutrinárias, com o intuito de propiciar maior riqueza de detalhes possível.

Além do que, será feita a análise de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, que foram criteriosamente selecionadas e que guardam simetria com os temas analisados.

Enfim, a presente monografia tem por escopo demonstrar a aproximação do controle difuso com o concentrado realizado pela via abstrata e as novas tendências do Supremo Tribunal Federal em relação ao controle difuso de constitucionalidade.

2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE JURISDICIONAL: DIREITO COMPARADO E SISTEMA BRASILEIRO

2.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Preambularmente, é imperioso anotar que a Constituição Federal de 1.988 é rígida, em relação à sua alterabilidade¹, o que implica um processo de alteração mais dificultoso, mais solene do que o exigido para alteração das normas não constitucionais.

A idéia de controle, então, partindo-se da rigidez pressupõe a noção de um escalonamento normativo, ocupando a Constituição Federal o ápice da pirâmide normativa, o que lhe caracteriza como norma de validade para os demais atos normativos.

Trata-se da supremacia constitucional, em que a “Constituição de um Estado é a norma suprema, ou seja, fundamental, pois nela é que busca a validade das normas existentes no ordenamento jurídico”.²

Uma vez reconhecido o escalonamento da ordem jurídica e que a Constituição fundamenta a validade do sistema como um todo, têm-se que as normas de grau inferior só valerão se forem compatíveis com as de grau superior, no caso, a Constituição Federal.

E, conclui-se que a norma constitucional, quando a Constituição é rígida e não flexível³, prevalece sempre sobre a norma ordinária conflitante.

¹ MOTA, Leda Pereira; SPITZCOVSKY, Celso. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999. p. 19.

² FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: RT, 1992, p. 10.

2.2 SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE JURISDICIONAL

O controle judicial de constitucionalidade gravita em torno de 02(dois) sistemas, de um lado o sistema difuso e, de outro, o sistema concentrado, cada qual surgido a partir de diferentes perspectivas históricas e filosóficas.

2.2.1 Sistema Difuso (de origem norte-americana)

O sistema de controle de constitucionalidade difuso é o da fiscalização constitucional que é exercido pelo Poder Judiciário, por qualquer Juiz ou Tribunal.

Todavia, em que pese qualquer órgão jurisdicional possa exercer a fiscalização constitucional, é a Suprema Corte que desempenha um papel decisivo no campo constitucional.

Nesse diapasão são os apontamentos de Mauro Cappelletti:

O resultado final do princípio do vínculo aos precedentes é que, embora também nas Cortes (estaduais e federais) norte-americanas possam surgir divergências quanto à constitucionalidade de uma determinada lei, através do sistema das impugnações a questão de constitucionalidade poderá acabar, porém, por ser decidida pelos órgãos judiciários superiores e, em particular, pela *Supreme Court* cuja decisão será, daquele momento em diante, vinculatória para todos os órgãos judiciários. Em outras palavras, o princípio do *stare decisis* opera de modo tal que o julgamento de inconstitucionalidade da lei acaba, indiretamente, por assumir uma verdadeira eficácia *erga omnes* e não se limita então a trazer consigo o puro e simples efeito de não aplicação da lei a um caso concreto com possibilidade, no entanto, de que em outros casos a lei seja, ao invés de novo aplicada.⁴

³ Quando a Constituição Federal é flexível inexistem hierarquia entre a lei infraconstitucional e a Constituição, sendo que as duas estão alocadas num plano horizontal.

⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1992. p. 80-81.

Com efeito, a *judicial review* foi definitivamente incorporada ao direito constitucional americano com a famosa decisão prolatada por Marshall no caso *William Marbury x James Madison*.⁵

Ressalta-se, contudo, que:

Marshall foi original na lógica imbatível de sua decisão, não porém quanto a substância da idéia. Ela já era corrente na jurisprudência (...) A Justiça do Estado de New Jersey, em 1780, declarou nula uma lei por contrariar ela a Constituição do Estado. Desde 1782, os juízes da Virginia julgavam-se competentes para dizer da constitucionalidade das leis (...).⁶

O Juiz da Suprema Corte, John Marshall, decidiu no célebre caso que em havendo conflito entre a aplicação de uma lei em um caso concreto e a Constituição, deve prevalecer esta em razão de ser superior hierarquicamente.

A tese de Marshall acabou sendo incorporada a experiência constitucional americana. Vejamo-la:

A Constituição ou é uma lei superior e predominante, e lei imutável pelas formas ordinárias; ou está no mesmo nível juntamente com as resoluções ordinárias da legislatura e, como as outras resoluções, é mutável quando a legislatura houver por bem modificá-la. Se é verdadeira a primeira parte do dilema, então não é lei a resolução legislativa incompatível com a Constituição; se a segunda parte é verdadeira, então as Constituições escritas são absurdas tentativas do povo para delimitar um poder por sua natureza ilimitável. Certamente, todos quantos fabricaram Constituições escritas consideram tais instrumentos como a lei fundamental e predominante da nação e, conseqüentemente, a teoria de todo o governo, organizado por uma Constituição escrita, deve ser que é nula toda a resolução legislativa com ela incompatível [...] Se nula é a resolução da legislatura inconciliável com a Constituição, deverá, a despeito da sua nulidade, vincular os tribunais e obrigá-los a dar-lhe efeitos? [...] Enfaticamente, é a província e o dever do Poder Judiciário dizer o que é lei. Aqueles que explicam a regra aos casos particulares, devem necessariamente expor e interpretar essa regra. Se duas leis colidem uma com a outra, os tribunais devem julgar acerca da eficácia de cada uma delas. Assim, se uma lei está em oposição com a Constituição; se aplicadas ambas a um caso particular, o tribunal se vê na contingência de decidir a questão em conformidade da lei, desrespeitando a Constituição, ou

⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. 1. ed. São Paulo: RT, 1995. p. 51.

⁶ POLETTI, Ronaldo. **Controle da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 41.

consoante a Constituição, desrespeitando a lei; o tribunal deverá determinar qual destas regras em conflito rege o caso. Esta é a verdadeira essência do Poder Judiciário. Se, pois, os tribunais têm por missão atender a Constituição e observá-la e se a Constituição é superior a qualquer resolução ordinária da legislatura a Constituição, e nunca essa resolução ordinária, governará o caso a que ambas se aplicam.⁷

No sistema em questão, segundo a concepção mais tradicional, a lei inconstitucional é absolutamente nula, pelo que o Juiz apenas declara (pré-existente) a nulidade da lei inconstitucional.

Além do que, aludida decisão produz efeito *ex tunc*, sendo a invalidação *ab initio* dos atos praticados com base nela.

No entanto, tal sistema passou a admitir a mitigação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade e, em casos determinados, abrigou até mesmo a pura declaração de inconstitucionalidade, com efeito, exclusivamente pro futuro.

Por fim, anota-se que no controle judicial difuso de constitucionalidade o controle se exerce em via incidental.

2.2.2 Sistema Concentrado (de origem austríaca)

O sistema de controle de constitucionalidade austríaco atribui ao Tribunal Constitucional a competência para dirimir as questões constitucionais, mediante requerimento devidamente formulado pelo Governador Federal (*Bundesregierungen*), tendo como referência leis estaduais ou pelos Governos estaduais no que tange as leis federais, não estando obrigados demonstrar que a lei violou uma situação subjetiva.⁸

⁷ MARSHALL, J. Decisões Constitucionais. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1908 apud CLÈVE, C. M. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. 1. ed. São Paulo: RT, 1995. p. 53.

⁸ MENDES, G. F.; MARTINS, I. G. da S. **Controle concentrado de constitucionalidade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 13.

Hans Kelsen foi o idealizador desta engenhosa fiscalização de constitucionalidade, a qual foi incorporada pela Constituição da Áustria de 1.920, tendo sido posteriormente aperfeiçoada em 1.939.

Segundo Kelsen, a lei inconstitucional é ato anulável, isto é, a lei é provisoriamente válida, produzindo os efeitos até a sua anulação, além do que, a decisão que reconhece a inconstitucionalidade tem eficácia *ex nunc* e natureza constitutiva.⁹

Com efeito, a Constituição austríaca de 1.920 criou uma Corte Constitucional competente para, de modo concentrado e somente por ação direta, exercitar a fiscalização da constitucionalidade.

Por outra banda, inexistia qualquer previsão em relação aos processos em curso perante Tribunais e Juízos, ou seja, não havia previsão legal quanto ao controle difuso de constitucionalidade.

Com o advento da reforma constitucional de 1.929, a Constituição austríaca passou a admitir o controle concreto de constitucionalidade, provocado no curso de uma demanda judicial.

Porém, neste controle concreto, atribui-se a legitimação exclusiva dos órgãos de segunda instância para suscitar o exame contido na questão constitucional no caso concreto.

Ou seja, apenas pode ser provocada a questão constitucional perante os órgãos de 2ª instância, o que foi alvo de críticas, pois os outros juízes devem aplicar as leis aos casos que lhe forem submetidos a julgamento, não podendo abster-se da aplicação da lei, mesmo que entendessem que era inconstitucional.

⁹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 4. ed. Coimbra: Armênio Armado, 1979, p. 374.

No sistema em análise, a Corte Constitucional não declara uma nulidade, apenas anula uma lei que, até o momento em que não seja publicado o pronunciamento da Corte, é válida e eficaz.

Enquanto que no sistema difuso tem-se um controle meramente declarativo, o sistema austríaco possui um caráter constitutivo da invalidade e o pronunciamento da Corte acerca da inconstitucionalidade produz efeito *ex nunc*.

Todavia, o sistema austríaco que foi reformado em 1.929 admitiu, embora limitadamente ao caso concreto, que tenha sido emanado em via de exceção a questão de constitucionalidade, a lei contrária a Constituição deva ter incidência refutada nos fatos verificados antes do pronunciamento da Corte Constitucional¹⁰.

O modelo austríaco de jurisdição concentrada, idealizado por Kelsen, veio a ser seguido por diversos países europeus, em especial a Itália e a Alemanha.

2.2.3 Sistema Misto

O controle misto de constitucionalidade alia os dois sistemas de controle, o sistema concentrado e o difuso.

Em linhas gerais, no sistema difuso atribui-se aos órgãos ordinários do Poder Judiciário a prerrogativa de afastar a incidência de lei inconstitucional nas demandas judiciais que lhe são submetidas.

Porém, por outra banda, reconhece-se a determinado órgão de cúpula a competência para julgar ações de cunho abstrato.

O Brasil, atualmente, adota o sistema em questão, em que se conjugam o modelo difuso de constitucionalidade com as ações diretas de inconstitucionalidade,

¹⁰ CAPPELLETTI, op.cit., p. 121.

ações declaratórias de constitucionalidade, ação direta por omissão e representação interventiva de competência do Supremo Tribunal Federal.

Destaca-se, ainda, que no Brasil houve uma mitigação do princípio da nulidade com a introdução do art. 27 da Lei nº 9.868/99, *in verbis*:

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

Trata-se da técnica de modulação dos efeitos da decisão, tanto defendida pela professora Regina Maria Macedo Nery Ferrari em sua dissertação de mestrado.

2.3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

O presente capítulo tem por mira trazer à tona breves anotações acerca da forma, maneira em que se exerce o controle de constitucionalidade no Brasil.

2.3.1 Quanto à Natureza

Como observado, o Brasil adotou o sistema de controle jurisdicional misto dos atos normativos.

Todavia, tem-se, excepcionalmente, o controle político de constitucionalidade,

que é aquele que entrega a verificação de inconstitucionalidade a órgão de natureza política¹¹.

Barroso entende que o veto Executivo a projeto de lei por entendê-lo inconstitucional (veto jurídico) bem como a rejeição de projeto de lei na Comissão de Constituição e Justiça, seriam exemplos de controle político.¹²

2.3.2 Quanto ao Momento

O controle de constitucionalidade preventivo é aquele que é realizado durante o processo legislativo de formação do ato normativo, ao passo que o controle posterior é realizado sobre a lei e não mais sobre o projeto de lei.

Nas precisas palavras de Jorge Miranda, o controle preventivo dá-se “antes de concluído o procedimento de formação, ou antes, do momento de consumação da obrigatoriedade do acto”.¹³

Enquanto que no repressivo “o exame de fiscalização fez-se, assim, num momento sucessivo ao aperfeiçoamento do acto normativo, isto é, à sua promulgação, referendo, publicação e entrada em vigor”.¹⁴

No Brasil, o controle preventivo é realizado pelo Legislativo através de suas Comissões de Constituição e Justiça, bem como pelo Executivo quando veta o projeto de lei por entendê-lo inconstitucional ou contrário ao interesse público e, por fim, pelo Judiciário pela via difusa em defesa do direito do parlamentar em participar de um devido processo legislativo.

¹¹ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 51.

¹² BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 42-43.

¹³ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**: Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 53. Tomo VI.

¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito e constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 902.

Em relação ao controle posterior, este é realizado pelo Legislativo quando susta os “atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegações legislativa”¹⁵, ou quando o Congresso Nacional entende que a Medida Provisória é inconstitucional.

Além disso, é realizado pelo chefe do Poder Executivo quando deixa de aplicar uma lei por entendê-la inconstitucional¹⁶.

E, por fim, o Judiciário exerce o controle posterior dos atos normativos tanto pelo sistema de controle concentrado quanto pelo difuso, o que será objeto de maior digressão a seguir.

2.3.3 Quanto ao Sistema

No Brasil, com o advento da República, consagrou-se o sistema difuso do controle de constitucionalidade. No ano de 1.934 inseriu-se a ação direta como procedimento preliminar do processo de intervenção (CF/34, art. 12). Posteriormente, especificadamente em 1.946, consolidou-se o desenvolvimento da representação para efeitos de intervenção contra lei ou ato normativo estadual (CF/46, art. 8º § único). Em seguida, em 1.965 com a adoção da representação de inconstitucionalidade, passou a integrar ao nosso sistema o controle abstrato de normas (Emenda nº 16/65 à CF de 1.946). A Constituição Federal de 1.967/69, por sua vez, além de propor a representação interventiva em face do direito estadual (art. 11, § 1º, “c”), estabeleceu a representação de lei municipal, pelo chefe do Ministério Público local, tendo em vista a intervenção estadual (art. 15, § 3º, “d”). E,

¹⁵ Art. 49, V, da Constituição Federal.

¹⁶ Lei inconstitucional – Poder executivo – Negativa de eficácia. O poder executivo deve negar execução a ato normativo que lhe pareça inconstitucional (Resp 23121/GO, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 1ª T., 06.10.1993, DJ, 08.11.1993, pág. 23521, LEXSTJ 55/152).

por fim, a emenda n.º 7, de 1.977, outorgou ao Supremo Tribunal Federal a competência para apreciar representação do Procurador-Geral da República para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual, finalizando, assim, o conjunto normativo do controle de constitucionalidade no direito pátrio¹⁷.

Destarte, ao final da década de 80, tinha-se no Brasil o sistema de controle de constitucionalidade com elementos do sistema difuso, bem como do sistema concentrado, originando, por conseguinte, o sistema misto.

A Constituição Federal de 1988, ao seu turno, deu maior realce ao sistema concentrado, posto que as controvérsias constitucionais relevantes passaram a ser submetidas ao Supremo Tribunal Federal, mediante processo de controle abstrato.

Assim sendo, ao lado do sistema difuso, que outorga aos Juízes e Tribunais o poder de afastar a aplicação da lei *in concreto* e dos novos institutos do mandado de segurança coletivo, do mandado de injunção, do *habeas data* e da ação civil pública, sagra-se no sistema constitucional pátrio: a) ADIN – Ação Direta de Inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal/estadual em face da Constituição Federal, mediante provocação dos entes e órgãos elencados no art. 103 da CF; b) ADECON – Ação Declaratória de Constitucionalidade de lei ou ato normativo federal em face da CF, mediante provocação dos entes e órgãos elencados no art. 103 da CF; c) representação interventiva proposta pelo Procurador-Geral da República contra ato estadual que malferir os princípios constitucionais sensíveis ou para assegurar a execução de lei federal; d) ação direta por omissão, mediante provocação dos entes e órgãos elencados no art. 103 da CF.¹⁸

¹⁷ MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1111.

¹⁸ *Ibid*, p. 1112.

2.3.4 Quanto ao Órgão

O controle de constitucionalidade poderá ser realizado pela via incidental (também chamada de concreta ou via de exceção), onde o controle será realizado como questão prejudicial do pedido principal.

Outrossim, poderá ser realizado pela via principal (também chamada de abstrata), no caso, a análise da constitucionalidade da lei será objeto principal.

No Brasil, por regra geral, o sistema difuso é exercido pela via concreta, destacando-se, *in casu*, a experiência norte-americana, ao passo que o sistema concentrado é exercido pela via abstrata, o que decorre da experiência austríaca.¹⁹

Excepcionalmente, o controle será concentrado (em órgão de cúpula, em se tratando de competência originária) pela via incidental, isto ocorre quando a questão de constitucionalidade é ventilada como questão prejudicial ao objeto principal.

À guisa de exemplificação, o art. 102, I, “d”, da Constituição Federal, estabelece ser de competência originária do Supremo Tribunal Federal processar e julgar o *habeas corpus*, sendo paciente qualquer das pessoas elencadas nas alíneas anteriores.²⁰

No caso em apreço, a questão de inconstitucionalidade poderá ser argüida de maneira incidental no *habeas corpus*, sendo que seu processo e julgamento é de competência originária do Supremo Tribunal Federal.

¹⁹ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 143.

²⁰ *Ibid*, p. 144.

3 ASPECTOS ATUAIS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO

Atualmente, não há mais como falar em um sistema clássico de controle de constitucionalidade difuso, pois este vem sofrendo paulatinamente alterações de modo a deixá-lo “abstrato”, consoante as recentes modificações legislativas, constitucionais e da jurisprudência do STF.

Desta forma, o presente tópico tem por intuito pinçar os temas mais palpitantes em sede de controle de constitucionalidade difuso realizado pela via concreta, além do que demonstrar a aproximação dos 02(dois) sistemas de controle judicial de constitucionalidade, o que vem ocorrendo nas seara legislativa e jurisprudencial.

Aliás, é o que João Carlos Navarro de Almeida Prado chama de “sincretismo no controle de constitucionalidade, que decorreria da “influência da realidade concreta no controle abstrato e da abstrativização do controle concreto”²¹.

3.1 O CONTROLE DIFUSO DE NORMAS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Conforme abordado acima, o controle difuso de constitucionalidade pode ser exercido por qualquer Juiz ou Tribunal.

E, por intermédio do recurso extraordinário, a matéria poderá chegar ao Supremo Tribunal Federal que também realizará o controle difuso de constitucionalidade de forma incidental (concreta).

²¹ PRADO, João Carlos Navarro de Almeida. Sincretismo no controle de constitucionalidade. Parte II – abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. **Revista Jurídica Consulex**. Ano XI, n. 242, 15/02/2007, p. 62 e 64.

Frisa-se oportunamente que o recurso extraordinário é o instrumento por excelência do controle difuso realizado pelo STF, que também poderá ser no julgamento de recursos ordinários (art. 102, II, da CF).

Em igual entendimento, Marcelo Alexandrino e Vicente de Paulo ensinam que:

O recurso extraordinário é o meio idôneo para a parte interessada, no âmbito de controle difuso de constitucionalidade, levar ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal controvérsia constitucional, suscitada nos juízos inferiores.²²

No Supremo Tribunal Federal o julgamento da matéria exige quórum de 08(oito) ministros (Regimento Interno do STF, art. 143, § único), sendo que somente poderá ser proclamada a inconstitucionalidade ou constitucionalidade do preceito ou ato impugnado, se num ou noutro sentido, se manifestarem seis ministros (Regimento Interno do STF, art. 173, *caput*, c/c o art. 143).

Uma vez declarada a inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal no controle concreto, aludida decisão terá, a princípio, efeitos *inter partes* e *ex tunc*, sendo desprovida de efeito vinculante e serão comunicados os órgãos interessados, bem como o presidente do Senado Federal, para fins do disposto no art. 52, X, da CF.

Assinala-se, porém, que o STF já entendeu que em sede de controle difuso poder-se-á dar efeito *ex nunc* ou pro futuro.

O *leading case* foi o julgamento do recurso extraordinário 197.917, ocasião em que o STF reduziu o número de vereadores do Município de Mira Estrela de 11 para 09, sendo que referida decisão só atingiria a próxima legislatura.

²² ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, V. de. **Direito constitucional descomplicado**. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007, p. 734.

3.2 OS NOVOS RUMOS DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO NO BRASIL E NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE REALIZADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A Reforma do Judiciário, encampada pela emenda constitucional 45/2004, trouxe significativas alterações na disciplina do recurso extraordinário.

Com efeito, o § 3º do art. 102 da Constituição Federal, dispõe que:

No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

A Lei nº 11.418/2006 disciplinou a presente matéria, inserindo vários dispositivos no Código de Processo Civil, dentre eles o art. 543-A, cujo § 2º rege que “o recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral”.

Por sua vez, o § 1º do art. 543-A dispõe que:

Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

É de se ver que, no caso, o legislador valeu-se de uma fórmula que combina relevância e transcendência para definição de repercussão geral.

Sobre o assunto, azados são os ensinamentos do prof. Humberto Theodoro Junior:

Por repercussão geral, a lei entende aquela que se origina de questões “que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”, por envolver controvérsias que vão além do direito individual ou pessoal das partes. É preciso que,

objetivamente, as questões repercutam fora do processo e se mostrem “relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico” (art. 543-A, §1º)²³.

De outra parte, o artigo 543-A, § 3º, do CPC, põe que “haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal”.

Tal dispositivo estabelece uma verdadeira presunção absoluta de repercussão geral, o que não dispensa o recorrente de demonstrar que a decisão guerreada viola súmula ou jurisprudência dominante do STF.

Com efeito, pode-se dizer que o requisito de admissibilidade do recurso extraordinário – repercussão geral - que deve ser demonstrado em preliminar, veio a funcionar como verdadeiro filtro constitucional, tentando aproximar o STF de um verdadeiro Tribunal Constitucional no Brasil. Além do que:

Esta exigência demonstra a orientação gradativamente adotada no sentido de que este instrumento vem perdendo seu caráter eminentemente subjetivo, para assumir uma função de defesa da ordem constitucional objetiva²⁴.

Ademais, limita o acesso aos tribunais superiores e permite que o STF não julgue brigue particulares de vizinhos, ou contendas acerca de “assassinato” de papagaio ou furto de galinhas, o que já ocorreu.

Por outra banda, caso não haja a demonstração da repercussão geral, o recurso extraordinário não será admitido, valendo-se esta decisão para todos os recursos que versem sobre matéria idêntica, salvo se ocorrer à revisão da tese pelo STF, consoante se depreende no *caput* e § 5º do art. 543-A, do CPC.

²³ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 725.

²⁴ CAMARGO, Marcelo Novelino. **Teoria da constituição e controle de constitucionalidade**. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 175.

Nesse sentido, são os ensinamentos de Alexandre de Moraes:

Para garantir a efetividade das decisões do STF, bem como a celeridade processual, a lei estabelece que, negada a existência de repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica reconhecendo efeito vinculante a essa decisão.²⁵

Na mesma linha, os insígnies doutrinadores Marinoni e Mitidiero também visualizam uma vinculação horizontal na decisão da Corte acerca da repercussão geral, arrematando que “seu julgamento a respeito vincula o próprio Supremo Tribunal Federal”.²⁶

No caso, mister se faz registrar que a primeira decisão do caso em concreto servirá apenas como modelo servil para futuras decisões proferidas em casos análogos.

No entanto, sempre fica ressalvada a possibilidade do STF rever o seu próprio entendimento, sob pena de ocorrer à petrificação das normas em relação à evolução social.

Nesse sentido, assinala Celso de Albuquerque Silva:

Por serem os formadores da doutrina vinculante, os Tribunais Superiores necessitam de certa margem de liberdade para modificá-la, se razões suficientes demonstrarem necessidade de se adequar as decisões judiciais à realidade social que subjaz ao direito e que, por natureza e índole, é mutável, sob pena de petrificação do direito²⁷.

Por derradeiro, haverá uma verdadeira vinculação vertical da decisão do STF que negar a existência da repercussão geral, posto que os Tribunais não poderão

²⁵ MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 552.

²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. 1. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 21.

²⁷ SILVA, Celso de Albuquerque. **Do efeito vinculante**: sua legitimação e aplicação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 246.

remeter recursos que versem sobre idêntica matéria, conforme art. 543-B do CPC, *in verbis*:

Art. 543-B Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo. § 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte. § 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos. § 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se. § 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente o acórdão contrário à orientação firmada. § 5º O regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral.

O artigo em tela tem especial aplicação nas demandas que envolvem conflitos de massa e que tem o condão de ensejar multiplicidade de recursos com igual fundamento.

Além disso, o artigo em questão, especificadamente em seus §§ 3º e 4º apregoa que ocorrerá também uma vinculação vertical quanto ao mérito do recurso extraordinário, consagrando, com isso, a abstrativização do controle difuso realizado via recurso extraordinário, bem como menciona que haverá um efeito vinculante vertical que vincula os demais órgãos do Judiciário.

Ou seja, o referido dispositivo legal positivou a tendência (capitaneada por Gilmar Mendes) de se estender o efeito da decisão do STF proferida em sede de controle difuso via recurso extraordinário, a mesma eficácia vinculante das decisões proferidas em sede de controle concentrado.

Assim sendo, a adoção da repercussão geral para o recurso extraordinário atribui-o uma feição objetiva e de profundo interesse público, que abrange os modelos clássicos de controle de constitucionalidade judicial, não prevalecendo,

portanto, qualquer argumento para atribuir o efeito vinculante a um só modelo de controle de constitucionalidade e ao outro não.

3.2.1 A Natureza Objetiva Do Recurso Extraordinário Decorrente De Processos Dos Juizados Especiais Federais

Não bastasse a adoção da repercussão geral para o recurso extraordinário que conforme visto atribui-o feição objetiva, a Lei nº 10.259/01 em seus artigos 14 e 15 também caracterizam de forma expressa a natureza objetiva do recurso extraordinário, posto que referidos dispositivos legais estruturaram o recurso extraordinário nos juizados especiais federais à luz das disposições contidas na Lei nº 9.868/99 (ação direta de inconstitucionalidade/ação declaratória de constitucionalidade), bem como na Lei nº 9.882/99 (argüição de descumprimento de preceito fundamental).

Veja-se que o legislador adotou para julgamento do recurso extraordinário decorrente de processos dos juizados especiais federais disposições próprias acerca dos processos objetivos inerentes às ações diretas, a saber:

a) possibilidade de remeter alguns recursos para o STF para que este se pronuncie acerca da matéria constitucional, ficando sobrestados os demais recursos atinentes à mesma matéria; Nessa vereda, é a decisão monocrática do Min. Gilmar Mendes:

(...) Esse novo modelo legal traduz, sem dúvida, um avanço na concepção vetusta que caracteriza o recurso extraordinário entre nós. Esse instrumento deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesses das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Trata-se da orientação que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*). Nesse sentido, destaca-se a observação de Baberle segundo a qual 'a função da Constituição na proteção dos direitos individuais (subjetivos) é apenas uma faceta do

recurso de amparo', dotado de uma 'dupla função', subjetiva e objetiva, 'consistindo esta última em assegurar o Direito Constitucional objetivo' (Peter Haberle, O recurso de amparo no sistema germânico, *Sub Judice* 20/21, 2001, p. 39 (49)). Essa orientação há muito mostra-se dominante também no direito americano. Já no primeiro quartel do século passado, afirmava Triepel que os processos de controle de normas deveriam ser concebidos como processos objetivos. Assim, sustentava ele, no conhecido *Referat* sobre 'a natureza e desenvolvimento da jurisdição constitucional', que, quanto mais políticas fossem as questões submetidas à jurisdição constitucional, tanto mais adequada parecia a adoção de um processo judicial totalmente diferenciado dos processos ordinários. 'Quanto menos se cogitar, nesse processo, de ação [...], de condenação, de cassação de atos estatais – dizia Triepel – mais facilmente poderão ser resolvidas, sob a forma judicial as questões políticas, que são igualmente questões jurídicas' (TRIEPEL, Heinrich, *Wesen und Entwicklung*, VVDStRL, v5 (1929), p. 26). Triepel acrescentava, então, que 'os americanos haviam desenvolvido o mais objetivo dos processos que poderia se imaginar' (*Die Amerikaner haben für Verfassungstreitigkeiten das objektivste Verfahren eingeführt, das sich denken lässt*) (Triepel, op. Cit., p. 26). Portanto, há muito resta evidente que a Corte Suprema americana não se ocupa da correção de eventuais erros das Cortes ordinárias. Em verdade, com o *Judiciary Act* de 1925 a Corte passou a exercer um pleno domínio sobre as matérias que deve ou não apreciar (Cf., a propósito, GRIFFIN. Stephen M., *The age of marbury, Theories of judicial review VS, theories of constitutional interpretation*, 1962-2002, p. 34), Ou, nas palavras do Chief Justice Vinson, 'para permanecer efetiva, a Suprema Corte deve continuar a decidir apenas os casos que contenham questões cuja resolução haverá de ter importância imediata para além das situações particulares e das partes envolvidas' (To remain effective, the Supreme Court must continue to decide only those cases wich present questions whose resolutions will have immediate importance far beyond the particular facts and parties involved) (Griffin, op. cit., p. 34). De certa forma, é essa visão que a Lei n. 10.250/2001, busca imprimir aos recursos extraordinários convencionais em causas idênticas ou para os processos repetidos. [...] É inegável que a quantidade de recursos extraordinários nos quais se discute a pensão por morte está a exigir alguma medida de racionalização. Não se justifica a remessa de todos esses processos ao Supremo Tribunal, uma vez a este cabe a decisão do tema constitucionalmente relevante. Tal como ressaltado, não se pode exigir desta Corte, porém, a solução de cada controvérsia singularmente considerada. Nesse sentido afigura-se de bom aviso, senão a suspensão dos feitos em tramitação, pelos menos o sobrestamento dos processos referidos nas instâncias recursais dos juizados especiais. (...) (MC no RE 519.394-PB. Decisão Monocrática do rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, já. 19.12.2006, DJ 01.02.2007, p. 192.)

- b) possibilidade de se conceder medida liminar consistente no sobrestamento de processos nos quais a controvérsia constitucional seja idêntica;
- c) possibilidade de o relator solicitar informações ao Presidente da Turma Recursal ou ao Coordenador da Turma de Uniformização, bem como ao Ministério Público no prazo de 05 dias, além de eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo, no prazo de 30 dias;

Por fim, consigna-se que, em igual sentido à Lei nº 10.259/2001, o STF editou a Emenda Regimental nº 21/2007, que permite que o STF concentre seus esforços nos recursos extraordinários que ultrapassem os interesses subjetivos das partes no processo.

3.2.2 A Participação Do *Amicus Curiae* No Recurso Extraordinário Decorrentes De Processos Nos Juizados Especiais Federais.

Preambularmente, é imperioso anotar que § 2º, do art. 7º, da Lei nº 9.868/1999 (ação direta de inconstitucionalidade/ação declaratória de constitucionalidade), estabelece que:

O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior a manifestação de outros órgão ou entidades.

Referido dispositivo legal consagrou em nosso ordenamento jurídico a figura do *amicus curiae* ou “amigo da Corte”, que tem por intuito pluralizar o debate constitucional, na medida em que concede a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade para entidades ou instituições envolvidas com o tema para que possam trazer à baila outros aspectos.

Ainda, com relação à atuação do *amicus curiae*, após ter entendido que ela deveria limitar-se a manifestação escrita²⁸, o STF passou também a admitir a possibilidade de sustentação oral por parte desses partícipes.²⁹

²⁸ ADI-MC-QO 2.223/DF, Rel. Marco Aurélio, DJ de 18.10.2001.

²⁹ ADI-QO 2.675, Rel. Carlos Velloso, e ADI-QO 2.777, Rel. Cezar Peluso.

Posteriormente, foi editada Emenda Regimental nº 15 do Supremo Tribunal Federal que assegurou ao *amicus curiae* no processo de ação direta de inconstitucionalidade o direito de sustentar oralmente pelo tempo máximo de 15 minutos.

Por sua vez, a Lei nº 10.259/2001, em seu artigo 14, § 7º, *in fine*, c/c o art. 15 prevê também a possibilidade de participação da figura do *amicus curiae*.

Ou seja, os dispositivos legais supramencionados prevêem, assim como ocorre nas ações diretas de inconstitucionalidade, a possibilidade da manifestação de eventuais terceiros, ainda que não sejam partes no processo.

De ver-se, portanto, que por força da Lei nº 10.259/2001 agora também é possível nos recursos extraordinários decorrentes de processos nos juizados especiais federais a participação do *amicus curiae* – sistema difuso de controle de constitucionalidade - o que realça uma vez mais a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade.

3.2.3 Súmula Vinculante

A Emenda Constitucional nº 45/2004, inseriu na Carta Magna o art. 103-A que prevê a possibilidade da instituição de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal. Vejamo-la.

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. § 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 de idêntica questão. § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocado por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. § 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 aplicação da súmula, conforme o caso.

A Lei nº 11.417/12006 regulamentou o art. 103-A da Constituição disciplinando a presente matéria em relação à edição, revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, os enunciados da súmula aprovados pelo STF vinculam diretamente os órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública, além do que há a possibilidade de qualquer interessado fazer valer a orientação do Supremo via reclamação por descumprimento de decisão judicial.

Logo, em havendo súmula vinculante em relação à inconstitucionalidade de lei, terá esta efeito vinculante em relação aos órgãos do Judiciário e à Administração, obrigando-os a não mais aplicar a lei alvo da declaração de inconstitucionalidade.

Nesse sentido, é o escólio de Gilmar Mendes:

Não resta dúvida de que a adoção de súmula vinculante em situação que envolva a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo enfraquecerá ainda mais o já debilitado instituto da suspensão pelo Senado. É que a súmula vinculante conferirá interpretação vinculante à decisão que declara a inconstitucionalidade sem que a lei declarada inconstitucional tenha sido eliminada formalmente do ordenamento jurídico (falta de eficácia geral da decisão declaratória de inconstitucionalidade). Tem-se efeito vinculante as súmulas, que obrigará a Administração a não mais aplicar a lei objeto da declaração de inconstitucionalidade (nem a orientação que dela se deduz), sem eficácia *erga omnes* da declaração de inconstitucionalidade.³⁰

³⁰ MENDES, op. cit., p. 1012.

No mais, calha vincar que os dispositivos que tratam acerca da súmula vinculante tem feições objetivas, próprias do modelo abstrato, pois:

- a um, o § 2º do art. 103-A diz que a aprovação, revisão ou cancelamento da súmula vinculante poderá ser proposto pelos mesmos legitimados para aforarem a ação direta de inconstitucionalidade³¹;

- a dois, o art. 4º da lei 11.417/2006 prevê a possibilidade da técnica da modulação dos efeitos da decisão na súmula vinculante³²;

- a três, o § 2º do art 3º do referido diploma legal prevê ainda ser suscetível da intervenção de *amicus curiae* no procedimento de apreciação da súmula vinculante;

- a quatro, o § 3º do art. 103-A da Carta Magna prevê a reclamação constitucional para assegurar o cumprimento e a autoridade dos enunciados da súmula vinculante;

Diante do exposto, nota-se que a súmula vinculante, a maior grau, aproximou os 02(dois) sistemas de constitucionalidade judicial.

Além do que, o instituto da súmula vinculante inseriu o efeito vinculante no controle difuso, tendo em vista que aludidas súmulas originam-se de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no caso concreto.

É como observa Glauco Salomão Leite:

As súmulas vinculantes estabelecem uma conexão entre a jurisdição constitucional difusa-concreta, já que demandam a existência de uma controvérsia atual entre órgãos do Poder Judiciário, ou entre eles e a Administração Pública, e reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal em um mesmo sentido, e o concentrado-abstrata, em razão do efeito vinculante. Em outros termos, ela promove a generalização, com força obrigatória, da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal.

³¹ Ressalta-se que o rol dos legitimados foi alargado pelo art. 3º da Lei 11.417/06 que incluiu o Defensor Público-Geral da União, os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou dos Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais, os Tribunais Militares e o Município que, por sua vez, poderá propor incidentalmente ao curso do processo em que seja parte.

³² Aludida técnica foi importada do modelo concentrado de constitucionalidade previsto no art. 27 da Lei nº 9868/99.

Dessa maneira, elas contribuem para um maior entrosamento da jurisdição difuso-concreta com a concentrado-abstrato, atenuando a conhecida tensão dialética que caracteriza a convivência desses modelos.³³

4 O PAPEL DO SENADO FEDERAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Consoante retratado anteriormente, por intermédio do recurso extraordinário a questão constitucional argüida como questão prejudicial do pedido principal poderá ser levada a apreciação do Supremo Tribunal Federal que, por sua vez, realizará o controle difuso de constitucionalidade pela via incidental (concreta), sendo que referida decisão será despida de efeito vinculante e produzirá, a princípio, efeitos *ex tunc* e *inter partes*.

No que tange ao efeito *inter partes*, indaga-se: Haveria algum instrumento através do qual seria possível estender os efeitos de uma única decisão para todas as pessoas que estiverem em igual situação sem que cada um provocasse individualmente o Judiciário para tanto?

Resposta: Sim, pelo instrumento consagrado no art. 52, X, da Constituição Federal.

Uma vez declarada a inconstitucionalidade da lei, pelo Supremo Tribunal Federal no controle difuso, de forma definitiva e pela maioria absoluta do pleno do tribunal, o art. 178 do Regimento Interno do STF preconiza que será feita a comunicação, logo após o *decisum*, a autoridade ou ao órgão interessado, bem como após o seu trânsito em julgado ao Senado Federal, para os efeitos do art. 52, X, da Constituição Federal.

³³ LEITE, Glauco Salomão. **Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 199.

Por sua vez, o art. 52, X, da Constituição Federal estabelece ser de competência privativa do Senado Federal via resolução suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF.

Ou seja, somente a partir de resolução emanado pelo Senado Federal a lei declarada inconstitucional pelo STF no caso concreto ganharia efeito *erga omnes*.

Ressalta-se oportunamente que o dispositivo em questão desponta várias dúvidas que a doutrina vem enfrentando e consolidando certos entendimentos.

O primeiro, é de que a suspensão pelo Senado Federal poderá ser realizada em relação às leis federais, estaduais, distritais ou municipais que foram declaradas inconstitucionais de forma incidental pelo STF.

Nessa senda, é o entendimento de Pontes de Miranda:

A Constituição não distingue, aí, leis ou outros atos (dos poderes públicos) federais ou estaduais, territoriais, distritais ou municipais. Os pressupostos são apenas o de se tratar de regra jurídica e o de haver o Supremo Tribunal Federal julgado, por decisão definitiva, inconstitucional.³⁴

O segundo, é o de que o Senado Federal não é obrigado a suspender a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF, sob pena de quebra do princípio da separação de poderes. Aliás, essa é a posição dominante no seio doutrinário e jurisprudencial.

Nesse sentido, é a lição de Siqueira Junior:

Podemos concluir que a suspensão da execução de lei declarada inconstitucional é atividade privativa e discricionária do Senado Federal. O Senado atua como órgão político, verificando por critérios de conveniência e oportunidade o momento adequado para suspender a execução da norma. O Senado exerce função política e sua independência, que se traduz na

³⁴ MIRANDA, Pontes de. **Comentários à constituição de 1946**. 2. ed. p. 284. v.II.

não-obrigatoriedade da suspensão da execução, tem como fundamento o princípio da separação dos poderes³⁵.

O terceiro, é de que a expressão “no todo ou em parte” deve ser interpretada de maneira que ao Senado Federal é vedado modificar, ampliando ou restringindo, a extensão da decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal.

Arrematando o entendimento supra, Pedro Lenza explica que:

Assim, se toda a lei for declarada inconstitucional pelo STF, em controle difuso, de modo incidental, se entender o Senado Federal pela conveniência da suspensão da lei que já havia sido declarada inconstitucional, não podendo suspender menos do que decidido pela Excelsa Corte. Em igual sentido, se, por outro lado, o Supremo, no controle difuso, declarou inconstitucional apenas parte da lei, entendendo que o Senado Federal pela conveniência para a suspensão, deverá fazê-lo exatamente em relação à “parte” que foi declarada inválida, não podendo suspender além da decisão do STF³⁶.

O quarto, é de que uma vez suspensa a execução da lei, via resolução, pelo Senado Federal, a referida suspensão produziria efeito *ex nunc*.

Perfilha deste entendimento Themístocles Cavalcanti, sustentando que a “única solução que atenda aos interesses de ordem pública é que a suspensão produzirá os seus efeitos desde a sua efetivação, não atingindo as situações jurídicas criadas sob sua vigência”.³⁷

De igual forma, Bandeira de Mello ensinou que a “suspensão da lei corresponde à revogação da lei”, destarte, deve “ser respeitadas as situações anteriores definitivamente constituídas, porquanto à revogação tem efeito *ex nunc*”.³⁸

³⁵ SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. **Direito processual constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 133-134.

³⁶ LENZA, op.cit., p. 151.

³⁷ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Do controle da constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 164.

³⁸ MELLO, Osvaldo Bandeira de. **Teoria das constituições rígidas**. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1980. p. 211.

Assim sendo, pode-se concluir que a suspensão pelo Senado Federal, via resolução, trata-se de ato político e discricionário que empresta efeitos *erga omnes* à decisão definitiva proferida pelo Supremo Tribunal Federal em um caso concreto.

4.1 O PAPEL DA RESOLUÇÃO DO SENADO FEDERAL E O FENÔMENO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

No seio do Supremo Tribunal Federal vem ganhando terreno uma nova tendência, ainda não pacificada, de se aplicar a teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença também para o controle difuso.

Conforme dito, o ordenamento jurídico brasileiro congrega o sistema difuso e o sistema concentrando de constitucionalidade, dando ensejo a um sistema misto.

Ainda, como foi observado que no sistema difuso a arguição de inconstitucionalidade se dá, de modo geral, pela via incidental constituindo questão prejudicial e que sua decisão, a princípio, produz efeito *inter partes*.

Em sede doutrinária, destacando-se Buzaid³⁹, sempre se asseverou que:

Se a declaração de inconstitucionalidade ocorre incidentalmente, pela acolhida da questão prejudicial que é fundamento do pedido ou da defesa, a decisão não tem autoridade de coisa julgada, nem se projeta, mesmo *inter partes* – fora do processo no qual foi proferida.

Todavia, os modernistas, capitaneados pelo ministro Gilmar Mendes, enveredam-se para uma nova interpretação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso pelo STF.

³⁹ BUZAID, Alfredo. **Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1958. p.23-24.

Nesse sentido, destacam-se dois precedentes, o primeiro é a decisão proferida no recurso extraordinário 197.917 oportunidade em que o STF reduziu o número de vereadores do Município de Mira Estrela de 11 para 09, sendo que aludida decisão só atingiria a próxima legislatura.

Nesse julgamento, nos termos do Ministro Celso de Mello⁴⁰, o ministro Gilmar Mendes, em seu voto de vista:

(...) ressaltou a aplicabilidade, ao E. Tribunal Superior Eleitoral, do efeito vinculante emergente da própria *ratio decidendi* que motivou o julgamento do precedente mencionado. (...) Torna-se relevante salientar, na linha do que destacou o eminente Ministro Gilmar Mendes, que esta Suprema Corte deu efeito transcendente aos próprios motivos determinantes que deram suporte ao julgamento plenário do RE 197.917/SP, rel. Min. Mauricio Correa, especialmente em decorrência das intervenções dos eminentes Ministros Nelson Jobim, Gilmar Mendes e Sepúlveda Pertence. Cabe referir, em particular, neste ponto a intervenção do eminente Ministro Gilmar Mendes, que ressaltou a aplicabilidade, ao E. Tribunal Superior Eleitoral, do efeito vinculante emergente da própria 'ratio decidendi' que motivou o julgamento do precedente mencionado (ADIs 3.345 e 3.365)

O segundo precedente, é o do julgamento ocorrido no HC nº 82.959/SP, em que o STF declarou, *incedenter tantum*, a inconstitucionalidade do § 1º, do art. 2º, da Lei nº 8.072/90 com eficácia *ex nunc*, aplicando o art. 27 da Lei 9.868/99. Logo, no julgamento em questão “aplicou-se ao controle difuso de constitucionalidade um instrumento do controle concentrado, que é a possibilidade de o STF determinar, no juízo de inconstitucionalidade, a eficácia da sua decisão, *ex nunc* ou *ex tunc*”⁴¹.

Com efeito, a Lei nº 8.072/90, em seu art. 2º, § 1º, disciplinava o cumprimento da pena em regime integralmente fechado aos condenados em crimes hediondos e equiparados.

⁴⁰ O voto em questão pode ser encontrado em Notícias/STF, 29.08.2005.

⁴¹ DIDIER JUNIOR, F.; CUNHA, L. J. C. da. **Curso de Direito Processual Civil**. 3. ed. Salvador: Podivm, 2007. p. 278.

Aludido dispositivo até 2004 considerava-se constitucional. A despeito disso, despontava várias decisões do STF nesse sentido:

O Supremo Tribunal Federal continua entendendo pela constitucionalidade do cumprimento integral da pena em regime fechado, no caso dos crimes hediondos (STF, HC 77.023/5-SP, 2ª T., rel. Min. Maurício Corrêa, j. 12-5-1998, m.v., *DJU* de 14 ago. 1998, p. 6). No mesmo sentido: STF, HC 69.657-SP, rel. Min. F. Rezek, *RTJ* 147/598; HC 69.603-SP, rel. Min. P. Brossard, *RTJ* 146/611; STF, HC 69.377-MG, rel. Min. C. Velloso, *DJ*, 16 abr. 1993; HC 75.634/4-SP, 2ª T., j. 4-11-1997, rel. Min. Carlos Velloso; STF, HC 77.562-3-MS, 2ª T., rel., Min. Maurício Corrêa, j. 9-2-1999, *DJU* de 9-4-1999, *RT* 766/535.

Em 23 de fevereiro de 2.006, em julgamento de plenário, o STF reconheceu a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei dos crimes hediondos.

Posteriormente, foi ajuizada, pela Defensoria Pública da União, Reclamação Constitucional contra decisões, proferidas pelo Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais de Rio Branco/AC, que indeferiram pedidos de progressão de regime por condenados a crimes hediondos, e que tais decisões estariam malferindo a autoridade da decisão prolatada pela Corte no HC 82959/SP.

Em seu voto como relator da apontada Reclamação o ministro Gilmar Mendes conclui que a decisão proferida incidentalmente no HC 82959/SP é dotada de efeitos *erga omnes* e que merece ser julgada procedente. Vejamos:

Preliminarmente, quanto ao cabimento da reclamação, o relator afastou a alegação de inexistência de decisão do STF cuja autoridade deva ser preservada. No ponto, afirmou, inicialmente, que a jurisprudência do STF evoluiu relativamente à utilização da reclamação em sede de controle concentrado de normas, tendo concluído pelo cabimento da reclamação para todos os que comprovarem prejuízo resultante de decisões contrárias às suas teses, em reconhecimento à eficácia vinculante *erga omnes* das decisões de mérito proferidas em sede de controle concentrado. Em seguida, entendeu ser necessário, para análise do tema, verificar se o instrumento da reclamação fora usado de acordo com sua destinação constitucional: garantir a autoridade das decisões do STF; e, depois, superada essa questão, examinar o argumento do juízo reclamado no sentido de que a eficácia *erga omnes* da decisão no HC 82959/SP dependeria da expedição da resolução do Senado suspendendo a execução da lei (CF, art. 52, X). Para apreciar a dimensão constitucional do tema, discorreu sobre o papel do Senado Federal no controle de

constitucionalidade. Aduziu que, de acordo com a doutrina tradicional, a suspensão da execução pelo Senado do ato declarado inconstitucional pelo STF seria ato político que empresta eficácia erga omnes às decisões definitivas sobre inconstitucionalidade proferidas em caso concreto. Asseverou, no entanto, que a amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de se suspender, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, no contexto da CF/88, concorreram para infirmar a crença na própria justificativa do instituto da suspensão da execução do ato pelo Senado, inspirado numa concepção de separação de poderes que hoje estaria ultrapassada. Ressaltou, ademais, que ao alargar, de forma significativa, o rol de entes e órgãos legitimados a provocar o STF, no processo de controle abstrato de normas, o constituinte restringiu a amplitude do controle difuso de constitucionalidade. Considerou o relator que, em razão disso, bem como da multiplicação de decisões dotadas de eficácia geral e do advento da Lei 9.882/99, alterou-se de forma radical a concepção que dominava sobre a divisão de poderes, tornando comum no sistema a decisão com eficácia geral, que era excepcional sob a EC 16/65 e a CF 67/69. Salientou serem inevitáveis, portanto, as reinterpretações dos institutos vinculados ao controle incidental de inconstitucionalidade, notadamente o da exigência da maioria absoluta para declaração de inconstitucionalidade e o da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal. Reputou ser legítimo entender que, atualmente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado há de ter simples efeito de publicidade, ou seja, se o STF, em sede de controle incidental, declarar, definitivamente, que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação àquela Casa legislativa para que publique a decisão no Diário do Congresso. Concluiu, assim, que as decisões proferidas pelo juízo reclamado desrespeitaram a eficácia erga omnes que deve ser atribuída à decisão do STF no HC 82959/SP. Após, pediu vista o Min. Eros Grau.⁴²

O Ministro Eros Grau, em seu voto de vista, acompanhou o relator. No seu entender, o art. 52, X, da Constituição Federal deve ser lido de outra maneira, isto é, através do fenômeno da mutação constitucional.

Anota-se, oportunamente, que segundo Uadi Lammêgo Bulos, mutação constitucional é:

(...) o processo informal de mudança da constituição, por meio do qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados à letra da constituição, quer através da interpretação, em suas diversas modalidades e métodos, que por intermédio da construção (*construction*) bem dos usos e dos costumes constitucionais⁴³.

⁴² Informativo 454 – STF.

⁴³ BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição federal anotada**. Saraiva: São Paulo, 2000. p. 22.

É de se ver, portanto, que os ministros Gilmar Mendes e Eros Grau posicionam-se no sentido de dar uma nova interpretação para o art. 52, X, da Constituição Federal, em que asseveram o acontecimento de uma autêntica mutação constitucional, calcada na investigação jurídica do referido dispositivo legal.

Para melhor explicar, valho-me dos precisos ensinamentos do ministro Gilmar Mendes:

Vê-se, assim, que a Constituição de 1988 modificou de forma ampla o sistema de controle de constitucionalidade, sendo inevitáveis as reinterpretações ou releituras dos institutos vinculados ao controle incidental de inconstitucionalidade, especialmente da exigência da maioria absoluta para declaração de inconstitucionalidade e da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal. O Supremo Tribunal Federal percebeu que não poderia deixar de atribuir significado jurídico à declaração de inconstitucionalidade proferida em sede de controle incidental, ficando o órgão fracionário de outras Cortes exonerado do dever de submeter a declaração de inconstitucionalidade ao plenário ou ao órgão especial, na forma do art. 97 da Constituição. Não há dúvida de que o Tribunal, nessa hipótese, acabou por reconhecer efeito jurídico transcendente à sua decisão. Embora na fundamentação desse entendimento fale-se em quebra da presunção de constitucionalidade, é certo que, em verdade, a orientação do Supremo acabou por conferir à sua decisão algo assemelhado a um efeito vinculante, independentemente da intervenção do Senado. Esse entendimento está hoje consagrado na própria legislação processual civil (CPC, art. 481, parágrafo único, parte final, na redação da Lei n. 9756, de 17.12.1998).(...) Como se vê, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle incidental acabam por ter eficácia que transcende o âmbito da decisão, o que indica que a própria Corte vem fazendo uma releitura do texto constante do art. 52, X, da Constituição de 1988, que, como já observado, reproduz disposição estabelecida, inicialmente, na Constituição de 1934 (art. 91, IV) e repetida nos textos de 1946 (art. 64) e de 1967/69 (art. 42, VIII). (...) Ao se entender que a eficácia ampliada da decisão está ligada ao papel especial da jurisdição constitucional e, especialmente, se considerarmos que o texto constitucional de 1988 alterou substancialmente o papel desta Corte, que passou a ter uma função preeminente na guarda da Constituição a partir do controle direto exercido na ADIn, na ADC e na ADPF, não há como deixar de reconhecer a necessidade de uma nova compreensão do tema. A aceitação das ações coletivas como instrumento de controle de constitucionalidade relativiza enormemente a diferença entre os processos de índole objetiva e os processos de caráter estritamente subjetivo. É que a decisão proferida na ação civil pública, no mandado de segurança coletivo e em outras ações de caráter coletivo não mais poderá ser considerada uma decisão 'inter partes'. 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. Somente essa nova compreensão parece apta a explicar o fato de o Tribunal ter passado a reconhecer efeitos gerais à decisão proferida em sede de controle incidental, independentemente da intervenção do Senado. O mesmo há de se dizer das várias decisões legislativas que reconhecem 'efeito transcendente' às

decisões do STF tomadas em sede de controle difuso. Esse conjunto de decisões judiciais e legislativas revela, em verdade, uma nova compreensão do texto constitucional no âmbito da Constituição de 1988. É possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988. Valendo-nos dos subsídios da doutrina constitucional a propósito da mutação constitucional, poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica 'reforma da Constituição sem expressa modificação do texto' (FERRAZ, 1986, p. 64 et seq, 102 et seq; JELLINEK, 1991, p. 15-35; HSÜ, 1998, p. 68 et seq.). (...) Assim, parece legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Desta forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, esta decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa 'força normativa'. Parece evidente ser essa a orientação implícita nas diversas decisões judiciais e legislativas acima referidas. (...) A não publicação não terá o condão de impedir que a decisão do Supremo assuma a sua real eficácia. Essa solução resolve de forma superior uma das tormentosas questões da nossa jurisdição constitucional (...)⁴⁴

Assim sendo, é de se notar que os ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, deferiram o pedido de reclamação, julgando-a procedente, e invocaram o argumento de que, por intermédio da mutação constitucional, o art. 52, X, da CF, deve ser relido no sentido de que ao Senado Federal reservar-se-ia a publicação da decisão do Diário do Congresso, tendo em vista que a própria decisão incidental definitiva do Supremo Tribunal Federal emanaria efeito *erga omnes*.

Todavia, no *leading case* em questão, o ministro Joaquim Barbosa e o, então ministro, Sepúlveda Pertence não anuíram com os argumentos esposados acima.

Com efeito, o ex-ministro Sepúlveda, julgou improcedente a reclamação, em que pese ter concedido a ordem de *habeas corpus* para que o Juiz de 1ª instância averiguasse os demais requisitos para concessão da progressão de regime.

Em relação ao ministro Joaquim Barbosa, este, por sua, vez manifestou-se pelo não-conhecimento da Reclamação, todavia, também, deferiu o *habeas corpus*.

⁴⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, vol. 162, Brasília: Senado Federal, 2004, p. 163-166.

Tanto Joaquim Barbosa quanto Sepúlveda Pertence, apregoam que o Supremo deve valer-se do instituto da súmula vinculante em relação a validade, a interpretação e a eficácia da norma, sem precisar reduzir o Senado Federal a um órgão de publicidade de suas decisões.⁴⁵

Além disso, o ministro Joaquim Barbosa afastou a ocorrência da mutação constitucional sob o argumento de que:

(...) a proposta do relator, ocorreria pela via interpretativa, tão-somente a mudança no sentido da norma constitucional em questão, e, que ainda que se aceitasse a tese da mutação, seriam necessários dois fatores adicionais não presentes: o decurso de um espaço de tempo maior para verificação da mutação e o conseqüente e definitivo desuso do dispositivo.⁴⁶

Insta ressaltar que, até o fechamento da presente monografia, o julgamento encontra-se suspenso em virtude do pedido de vista do Ministro Ricardo Lewandoski.

⁴⁵ FERREIRA FILHO, Roberval Rochal. **Principais julgamentos do STF**. Salvador : Jus Podivm, p. 220-221.

⁴⁶ FERREIRA FILHO, op.cit., pág. 221.

5 CONCLUSÃO

O presente estudo teve por análise a ocorrência da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade e a apreciação do instituto da mutação constitucional no que toca ao art. 52, inciso X, da Constituição Federal.

De modo que, o enfoque dado teve por base as modificações constitucionais e legislativas, e, em especial, os estudos da doutrina do eminente ministro Gilmar Mendes.

Como visto, o sistema de controle de constitucionalidade misto vigente no país teve como origem o *judicial review* americano, no sentido da inexistência jurídica, mas sem adotá-lo fielmente, pela inexistência de vinculação aos precedentes (*stare decisis*), que empresta efeito vinculante das Cortes Superiores.

Em razão disso, que em 1.934, criou-se a suspensão de execução de lei inconstitucional pelo Senado como forma de atribuir generalidade à declaração de inconstitucionalidade, o que foi na contramão da idéia de nulidade da lei declarada inconstitucional pelo órgão máximo do Judiciário, posto que doutrina e jurisprudência acabaram por atribuir relevante significado à decisão do Senado no sentido de que somente com a resolução passaria a ter efeitos gerais à declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF no caso concreto.

Todavia, tal entendimento de que a lei declarada incidentalmente inconstitucional pelo STF somente passaria a ter efeitos gerais com a resolução do Senado Federal, não encontra mais substratos jurídicos para sua manutenção.

A amplitude conferida pela Constituição Federal de 1988 ao controle abstrato e a possibilidade de que se suspenda, liminarmente, a eficácia de leis com eficácia gerais, acabaram por demonstrar as insuficiências do controle difuso de constitucionalidade adotado pelo Brasil, que precisa urgentemente ser revisto.

O debilitado instituto da suspensão da execução de lei pelo Senado Federal mostra-se totalmente incompatível e inviável para os casos em que o Supremo Tribunal Federal, em via incidental no controle difuso, adota a interpretação conforme à Constituição, para os casos de declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto e aos casos de declaração de não-recepção de lei pré-constitucional.

Ou seja, nos casos concretos em que não se trata de declaração de inconstitucionalidade da lei, mas apenas de interpretação conforme a Constituição, ou de afastamento de um de seus significados normativos, não caberia qualquer intervenção do Senado Federal, estando o tema sem efeito vinculante e, por conseguinte, aberto para palco de inúmeras discussões.

Além disso, consoante visto fica a critério de oportunidade e conveniência do Senado Federal o ato de suspensão, não estando obrigado a expedir referido ato. Logo, enquanto não editada a resolução, poderá ocorrer que uma determinada lei possa ser não aplicada por determinados Juízes por entendê-la inconstitucional, enquanto outros Juízes, entendendo em contrário, poderiam aplicá-la.

Portanto, deve-se fazer uma releitura do anacrônico art. 52, inciso X, da Constituição Federal, de forma que a resolução do Senado Federal há de ter efeito de publicidade da decisão de inconstitucionalidade proferida incidentalmente pelo STF, através da mutação constitucional que consistente em processo de alteração informal da Constituição Federal.

Outro argumento, que deve ser ponderado, é a adoção da súmula vinculante, na qual se afirma se dada prática ou interpretação é inconstitucional.

In casu, a súmula vinculante acabará estendendo efeito vinculante à decisão de inconstitucionalidade proferida pelo STF em via incidental (concreta), haja vista

que estas súmulas decorram de decisões proferidas em casos concretos, que na maioria das vezes reclamam solução geral. Isto só corrobora a idéia de superação da tradicional leitura do art. 52, X, da Constituição Federal, posto que o STF poderá declarar inconstitucional determinada lei, com feito vinculante que obrigará à Administração e os demais órgãos do Judiciário a não mais aplicar a lei objeto da declaração, sem qualquer ingerência do Senado Federal.

De igual modo, as alterações legislativas e constitucionais concernentes ao recurso extraordinário trouxeram para este um novo requisito de admissibilidade consistente na necessidade do recorrente demonstrar que a questão constitucional nele versada apresenta repercussão geral, onde seu conceito apresenta características de relevância e transcendência.

E, com o advento da Lei n^o 11.418/2006, que introduziu os artigos 543-A e 543-B no Código de Processo Civil, forçoso é reconhecer uma eficácia vinculante nas decisões proferidas pelo STF nos recursos extraordinários, em igual semelhança as decisões proferidas em controle concentrado.

De forma que, essas alterações no Direito Positivo vieram a consagrar a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade e a objetivação do recurso extraordinário de forma a proteger a Constituição.

Ademais, o Judiciário vê-se, atualmente, de frente com a ocorrência dos conflitos em massa, que reclamam uma adequação a essas demandas, não podendo ser admitido que demandas idênticas sejam decididas de forma diferentes pelos Juízes e Tribunais, sob pena de quebra do princípio da isonomia e da segurança jurídica.

Diante do exposto, conclui-se que é imperioso modificar os alicerces para um controle difuso abstrato de constitucionalidade, na qual as decisões proferidas no

controle difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal passariam, com o trânsito em julgado, a ter efeitos gerais e vinculantes, em prol da segurança jurídica, duração razoável do processo e o princípio da isonomia.

E, que não merece ser mantida a leitura tradicional do art. 52, X, da Constituição Federal, ante a ocorrência da autêntica mutação constitucional, passando referido dispositivo a ser lido de maneira que compete privativamente ao Senado Federal dar publicidade a suspensão da execução de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, V. de. **Direito constitucional descomplicado**. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.
- BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. Saraiva: São Paulo, 2000.
- BUZAID, Alfredo. **Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1958.
- CAMARGO, Marcelo Novelino. **Teoria da constituição e controle de constitucionalidade**. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito e constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1992.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Do controle da constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1966.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. 1. ed. São Paulo: RT, 1995.
- DIDIER JUNIOR, F.; CUNHA, L. J. C. da. **Curso de Direito Processual Civil**. 3. ed. Salvador: Podivm, 2007.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: RT, 1992.
- FERREIRA FILHO, Roberval Rochal. **Principais julgamentos do STF**. Salvador: Jus Podivm.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 4. ed. Coimbra: Armênio Armado, 1979.
- LEITE, Glauco Salomão. **Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. 1. ed. São Paulo: RT, 2007.

MARSHALL, J. Decisões Constitucionais. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1908 apud CLÈVE, C. M. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. 1. ed. São Paulo: RT, 1995.

MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, vol. 162, Brasília: Senado Federal, 2004, p. 163-166.

MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, G. F.; MARTINS, I. G. da S.. **Controle concentrado de constitucionalidade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MELLO, Osvaldo Bandeira de. **Teoria das constituições rígidas**. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1980.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional: inconstitucionalidade e garantia da constituição**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2005. Tomo VI.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. 2. ed. v. II.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOTA, Leda Pereira; SPITZCOVSKY, Celso. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

POLETTI, Ronaldo. **Controle da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

PRADO, João Carlos Navarro de Almeida. Sincretismo no Controle de Constitucionalidade: Abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. **Revista Jurídica Consulex**. Ano XI, n. 242, 15/02/2007, p. 62 e 64.

SILVA, Celso de Albuquerque. **Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. **Direito processual constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.