UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ

CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS

Campus Jacarezinho

GUSTAVO POMPÍLIO

O EFEITO DAS DECISÕES PROFERIDAS PELO PLENÁRIO DO STF EM CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

JACAREZINHO-PR
2016

GUSTAVO POMPÍLIO

O EFEITO DAS DECISÕES PROFERIDAS PELO PLENÁRIO DO STF EM CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, sob a orientação do Professor Pós-Doutor Eduardo Augusto Salomão Cambi.

JACAREZINHO-PR
2016

P688d Pompílio, Gustavo.

O efeito das decisões proferidas pelo plenário do STF em controle difuso de constitucionalidade / Gustavo Pompílio. Jacarezinho, PR: Universidade Estadual do Norte do Paraná, 2016.

104 p.

Orientador: Eduardo Augusto Salomão Cambi.
Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, 2016.

1. Controle de constitucionalidade 2. Controle difuso 3. Efeitos da decisão 4. Supremo Tribunal Federal 5. Mutação constitucional. I. Título.

CDU 347.9

GUSTAVO POMPÍLIO

O EFEITO DAS DECISÕES PROFERIDAS PELO PLENÁRIO DO STF EM CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, sob a orientação do Professor Pós-Doutor Eduardo Augusto Salomão Cambi.

COMISSÃO EXAMINADORA

_____

Dr. Eduardo Augusto Salomão Cambi

_____

Dr. Gilberto Giacoia

_____

Dr. Jesualdo Eduardo de Almeida Júnior

Jacarezinho/PR, 01 de abril de 2016.

Dedico este trabalho à pequena Mariana, que veio para trazer muita alegria à nossa família. Dedico ainda a todos aqueles que buscam, por meio da docência, fazer do mundo um lugar melhor para se viver.

AGRADECIMENTOS

Grandes conquistas jamais se concretizam em virtude da ação de um só homem. Para atingi-las, é necessário o auxílio de muitos. O mestrado não fugiu a essa regra.

Desta feita, mesmo correndo o risco de esquecer pessoas importantes, não posso deixar de agradecer àqueles que tiveram um papel fundamental em mais este desafio de minha trajetória acadêmica.

Primeiramente, meus pais, Fábio e Cecília, que nunca mediram esforços para me proporcionar uma educação de qualidade. Espero um dia conseguir retribuí-los a altura.

Aos meus irmãos, Renan e Ana Laura, e meu cunhado, Hitoshi, pois souberam administrar minhas ausências da melhor forma possível.

Aos meus amigos, Alexandre Malheiro e Matheus Wellington, que estavam sempre dispostos a me incentivar e que não me deixaram, em momento algum, esquecer dos meus sonhos.

Ao Dr. Marcelo Misaka, exemplo de magistrado, pois, mesmo sem me conhecer, dedicou seu precioso tempo para me ensinar o caminho das pedras pelo qual pude seguir minha carreira acadêmica. Nunca vou esquecer o que o senhor fez por mim, obrigado.

Ao Dr. Eduardo Cambi, grande jurista, o qual não só tive a oportunidade de conhecer, escrever artigos juntos, dividir a coordenação do grupo de pesquisa, como também o privilégio de ser o seu orientando. Obrigado por todas as vezes que, quando solicitei, deixou de lado seus relevantes afazeres profissionais e pacientemente me atendeu.

À Fundação Araucária de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico, por todo incentivo e suporte financeiro despendido ao longo do curso.

Aos professores que fizeram parte das minhas bancas de qualificação e de defesa, Dr. Tiago Cappi Janini, Dr. Gilberto Giacoia e Dr. Jesualdo de Almeida Júnior.

A todos os professores do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da UENP, por me transformarem em um profissional melhor e, o mais importante, em uma pessoa melhor. Obrigado por me fazerem enxergar o mundo de uma outra maneira.

À Maria Natalina, por todo o apoio administrativo e por tudo aquilo que fez e representa para o Programa de Mestrado da UENP.

Aos meus colegas da XI Turma, pelo convívio e pelo aprendizado que me

proporcionaram.

À UniToledo de Araçatuba, por me proporcionar a alegria de poder fazer parte do corpo docente da instituição da qual tenho imenso orgulho, e, especialmente, ao coordenador do curso de Direito, Renato Freitas, pela confiança no meu trabalho e por ter me dado o suporte necessário para que eu conseguisse conciliar a docência e os afazeres do Mestrado.

Por fim, e não menos importante, aos meus queridos alunos. Ver o crescimento de cada um de vocês me dá a certeza de ter escolhido uma das mais belas profissões: ser Professor!

Novamente, muito obrigado a todos, sem os senhores eu jamais teria conseguido.

A aprovação do presente trabalho não significará o endosso do conteúdo por parte do Professor Orientador, da Banca Examinadora, ou da Universidade Estadual do Norte do Paraná à ideologia que o fundamenta ou em que nele é exposta.

POMPÍLIO, Gustavo. **O efeito das decisões proferidas pelo plenário do STF em controle difuso de constitucionalidade**. Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica – Área de Concentração: "Teorias da Justiça e Exclusão", linha de pesquisa: "Função Política do Direito" – da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP: Jacarezinho, 2016.

RESUMO

A presente dissertação teve por objetivo estudar o controle de constitucionalidade das normas no direito brasileiro, mais precisamente, quais seriam os efeitos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso. O tema ganha relevância a partir do momento em que surge uma corrente capitaneada pelo ministro Gilmar Ferreira Mendes no sentido de que teria havido mutação constitucional do artigo 52, X, da CF/1988, e que o papel do Senado Federal seria apenas o de dar publicidade às decisões proferidas pelo Pretório Excelso em sede de controle incidental de constitucionalidade. A fim de atingir os objetivos propostos, realizou-se uma análise bibliográfica/teórica com o levantamento de textos acerca do tema em livros, doutrinas, artigos científicos, etc. Ademais, examinou-se também a legislação pertinente, bem como o posicionamento do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Reclamação 4335/AC. Ao final, foi possível chegar à conclusão de que, de fato, houve a mutação constitucional do artigo 52, X, da Constituição, em virtude de atos praticados pelo próprio legislador brasileiro.

Palavras-chave: controle de constitucionalidade; controle difuso; efeitos da decisão; Supremo Tribunal Federal; mutação constitucional.

POMPÍLIO, Gustavo. **The effect of the judgment pronounced by the plenary of the Supreme Court in diffuse control of constitutionality**. Dissertation submitted to the Master's Program in Legal Science - Area of Concentration: "Theories of Justice and Exclusion", line of research: "Political Function of Right" - the State University of Northern Paraná - UENP: Jacarezinho, 2016.

ABSTRACT

This thesis aims to study the judicial review of the rules in Brazilian law, more precisely, what are the effects of the decision handed down by the Supreme Court in the diffuse control. The issue becomes relevant from the moment that arises a thesis headed by Minister Gilmar Mendes Ferreira in the sense that there would have been constitutional mutation of Article 52, X, of the Constitution/1988, and that the role of the Senate would only publicize the decisions made by the Supreme Court in incidental control of constitutionality. In order to achieve the proposed objectives, was held a theoretical analysis to the survey of texts on the subject in books, doctrines, scientific articles, etc. Moreover, was examined also the relevant legislation, as well as the position of the Supreme Court when it judged the Complaint 4335/AC. In the end, it was possible to conclude that, in fact, there was a constitutional mutation of Article 52, X, of the Constitution, because of acts committed by the Brazilian legislator.

Keywords: judicial review; diffuse control; effects of the decision; Supreme Court; constitutional mutation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 11

1 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL 14

1.1 O controle de constitucionalidade e a defesa/proteção da constituição 14

1.2 Modelos jurisdicionais de controle de constitucionalidade 15

1.3 Evolução do controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil 17

1.4 O controle *concentrado* de constitucionalidade 22

1.4.1 Ação direta de inconstitucionalidade 24

1.4.2 Ação direta de inconstitucionalidade por omissão 30

1.4.3 Ação declaratória de constitucionalidade 32

1.4.4 Arguição de descumprimento de preceito fundamental 33

1.4.5 Ação direta interventiva 34

2 O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE 37

2.1 Os efeitos das decisões e o papel do Senado Federal no sistema difuso 45

2.2 A *teoria da abstrativização do controle difuso* e a Reclamação 4335/AC 51

2.2.1 O voto do ministro Gilmar Ferreira Mendes 52

2.2.2 O voto do ministro Eros Grau 58

2.2.3 O voto do ministro Sepúlveda Pertence 60

2.2.4 O voto do ministro Joaquim Barbosa 60

2.2.5 O voto do ministro Ricardo Lewandowski 61

2.2.6 O voto do ministro Teori Zavaski 63

2.2.7 O voto do ministro Luís Roberto Barroso 65

2.2.8 Os votos dos ministros Rosa Weber, Marco Aurélio e Celso de Mello 66

3 O EFEITO DAS DECISÕES PROFERIDAS PELO PLENÁRIO DO STF EM CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE 68

3.1 A mutação constitucional 68

3.2 O artigo 52, X, da CF/1988 e a mutação constitucional em razão dos atos praticados pelo Poder Legislativo.....79

3.3 As consequências da adoção da teoria da abstrativização 95

CONCLUSÃO.....98

REFERÊNCIAS.....101

INTRODUÇÃO

A presente dissertação tratou a respeito do controle de constitucionalidade das normas no Brasil, mais precisamente, quais seriam os efeitos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concreto de constitucionalidade.

Seguindo a doutrina tradicional, as decisões proferidas pelo Pretório Excelso no controle de constitucionalidade exercido pela via incidental geram apenas efeitos *inter partes*, ou seja, suas consequências ficam adstritas às partes que figuram nos polos da demanda.

Todavia, existe um instrumento que pode fazer com que os efeitos dessa única decisão sejam estendidos às pessoas que estiverem na mesma situação jurídica, evitando, assim, a necessidade de cada uma delas provocar o Judiciário individualmente.

Esse mecanismo, que dá efeito *erga omnes* à decisão, encontra-se previsto no artigo 52, X, da CF/1988 e funciona, sinteticamente, da seguinte forma: o STF, em sede de controle difuso, declarada uma determinada lei inconstitucional. Tornando-se essa decisão definitiva, a referida Corte comunica o Senado Federal, que tem competência privativa para editar uma resolução suspendendo, no todo ou em parte, a execução da lei declarada inconstitucional pelo órgão máximo do Poder Judiciário. Se assim o fizer, a decisão do Supremo, que antes era válida somente entre as partes, passa a atingir a todos indistintamente.

Ocorre que, recentemente, surgiu uma nova tese no STF, chamada por alguns de *teoria da abstrativização do controle difuso*, a qual sustenta que seja feita uma releitura do papel desempenhado pela Casa Alta do Congresso no controle incidental de constitucionalidade.

O ministro Gilmar Ferreira Mendes, um dos principais expoentes desta corrente, advoga a ideia de que teria havido uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico, devendo-se admitir, por conseguinte, uma nova interpretação da regra contida no artigo 52, X, da Constituição de 1988.

Nesse sentido, a decisão proferida pelo Pretório Excelso em controle concreto de constitucionalidade já teria efeito *erga omnes*, independentemente de manifestação por parte da Senado Federal, entendendo que a regra prevista no indigitado

dispositivo constitucional apenas teria a função de dar publicidade à decisão do Supremo no Diário do Congresso.

Como o tema, embora tenha sido discutido no STF por meio da Reclamação 4335/AC, ainda continua em aberto, as perguntas que restam são as seguintes: é realmente possível que seja dado efeito *erga omnes* às decisões proferidas pelo STF em controle difuso de constitucionalidade, sem que as mesmas sejam submetidas ao Senado Federal, nos termos do artigo 52, X, da CF/1988? Ou, em outras palavras, seria possível, de acordo com o nosso ordenamento jurídico, adotar a *teoria da abstrativização do controle difuso*? Quais seriam as consequências de tal prática?

Levando em conta tais questionamentos, este trabalho teve por escopo, no primeiro capítulo, verificar a importância do controle de constitucionalidade em relação à defesa e à proteção da constituição. Mais do que isso, buscou-se ainda estudar os modelos jurisdicionais de controle de constitucionalidade, além de analisar o momento e o modo pelo qual os mesmos foram inseridos no ordenamento jurídico brasileiro para, posteriormente, tratar especificamente acerca do controle concentrado.

O segundo capítulo versou a respeito do controle difuso de constitucionalidade. Nesse sentido, averiguou-se quais são os efeitos das decisões proferidas no controle incidental, bem como qual é o papel do Senado Federal quando uma lei for declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, nos moldes do artigo 52, X, da Constituição Federal de 1988.

Ademais, verificou-se também quais são os contornos e fundamentos da chamada *teoria da abstativização do controle difuso*, tomando-se por base o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Reclamação 4335/AC.

Por fim, no terceiro capítulo, almejou-se sopesar se houve mutação constitucional do artigo 52, X, da Carta de 1988. Além disso, buscou-se ainda determinar se o ordenamento jurídico pátrio admite que uma decisão proferida pelo plenário do STF em controle difuso tenha efeito *contra todos* e, caso positivo, quais seriam suas consequências jurídicas.

A fim de atingir os objetivos propostos, fora efetuada uma análise bibliográfica/teórica com o levantamento de textos acerca do tema em livros, doutrinas, artigos científicos, etc. Examinou-se também a legislação pertinente e a posição do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Reclamação 4335/AC.

Realizou-se tudo isso com o fito de, ao final, concluir se a *teoria da abstrativização do controle difuso* poderia ser adotada pelo ordenamento jurídico pátrio e, caso positivo, verificar quais seriam as consequências jurídicas oriundas de tal prática.

1 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

O presente capítulo busca tratar a respeito do controle de constitucionalidade das normas previsto no ordenamento jurídico brasileiro.

Todavia, antes mesmo de adentrar nessa temática, convém efetuar algumas breves considerações acerca da importância do controle de constitucionalidade como instrumento de defesa e proteção da constituição.

1.1 O controle de constitucionalidade e a defesa/proteção da constituição

O constitucionalismo moderno, datado do final do século XVIII, trouxe, dentre suas principais características, o reconhecimento da supremacia da constituição e de sua força vinculante em relação aos Poderes Públicos (BULOS, 2014, P. 74-76).

Ocorre que, de nada adiantaria alçar a constituição a um patamar superior no ordenamento jurídico sem lhe conferir, por outro lado, instrumentos que pudessem assegurar essa condição, ou seja, ferramentas capazes de garantir superioridade hierárquica da constituição em relação às demais normas jurídicas.

É justamente por isso, para assegurar a supremacia da constituição e protegê-la, que o ordenamento jurídico prevê um conjunto de mecanismos conhecidos por *controle de constitucionalidade* (CAMBI, 2011, p. 207).

Assevera Paulo Bonavides (2009, p. 297) que, sem esse controle:

> a supremacia da norma constitucional seria vã, frustrando-se assim a máxima vantagem que a Constituição rígida e limitativa de poderes oferece ao correto, harmônico e equilibrado funcionamento dos órgãos do Estado e sobretudo à garantia dos direitos enumerados na lei fundamental.

O controle de constitucionalidade consiste, portanto, na importante tarefa de verificação da conformidade da lei ou do ato emanado pelo Poder Público com a constituição.

Esse mister pode ser exercido por meio de um órgão político ou de um órgão jurisdicional (MENDES; BRANCO, 2015, p. 1046).

O controle político pressupõe o exercício da fiscalização de constitucionalidade por um órgão que possua tal natureza. Esse modelo, geralmente, costuma ser associado ao sistema francês, que criou um órgão político, o Conselho Constitucional,

para controlar a constitucionalidade de determinadas leis.

No Brasil, embora não seja essa a técnica predominante, é possível citar como exemplo de controle político aquele exercitado pelo Senado Federal e pela Câmara dos Deputados, por meio de suas comissões, mormente as de Constituição e Justiça. Ademais, a possibilidade de veto à projeto de lei, oposto pelo chefe do Poder Executivo, com fundamento na inconstitucionalidade da proposta legislativa, também configura hipótese de controle de constitucionalidade realizado por um órgão político pátrio.

Apesar de intrigante, levando em conta os objetivos do presente trabalho, o controle político deixa de ganhar destaque para dar espaço, aí sim, ao controle judicial.

A depender do modelo adotado pelo ordenamento jurídico de determinado país, o controle judicial de constitucionalidade pode ser exercido por um tribunal específico e/ou por qualquer órgão jurisdicional que integra o Poder Judiciário. Aprofundando a respeito desse ponto, leia-se o tópico seguinte.

1.2 Modelos jurisdicionais de controle de constitucionalidade

Como visto, uma segunda técnica de controle de constitucionalidade das normas é aquela desempenhada por um órgão jurisdicional.

Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2015, p. 1.048), destacam a existência de três modelos para esse tipo de controle, os quais foram desenvolvidos a partir de distintas concepções filosóficas e de acordo com experiências históricas diversas: o modelo *difuso* (também conhecido como sistema americano), o modelo *concentrado* (também chamado de sistema austríaco ou europeu) e o modelo *misto*, que nada mais é do que uma combinação dos elementos dos dois primeiros.

O modelo *difuso*, precursor em relação aos demais, tem como referencial histórico a famosa decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos proferida no caso *Marbury v. Madison*, julgado em 1803, onde o referido órgão reconheceu a supremacia da constituição e admitiu, pioneiramente, o controle judicial de constitucionalidade.

No sistema americano, lecionam Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (2012):

> o controle de constitucionalidade (*judicial review*) pode ser exercido por todo e qualquer juiz, diante de um caso concreto que lhe seja apresentado. O controle é, portanto, *difuso*, porque pode ser exercitado por todo e qualquer o órgão do Poder

> Judiciário, e *concreto*, já que só pode ocorrer no julgamento de algum litígio intersubjetivo. Porém, sendo os precedentes judiciais naquele país vinculantes, como é característico da *common law*, as decisões da Suprema Corte que afastam uma lei, apesar de proferidas em casos concretos, tornam-se obrigatórias para todos os órgãos do Poder Judiciário quando apreciarem a mesma questão, vinculando também a Administração Pública.

Já o modelo *concentrado*, desenhando por Hans Kelsen no início do século passado, é bastante distinto do modelo *difuso* e foi acolhido pela primeira vez na Constituição austríaca de 1920, vindo a se espalhar, posteriormente, a outros países da Europa.

Muito se discutiu a respeito das razões da criação desse novo modelo, ao invés da adoção do simplificado sistema americano. Mauro Cappelletti, citado na obra de Dirley da Cunha Júnior (2010, p. 78-79) esclarece que:

> isto está vinculado ao fato de que a introdução do modelo de controle difuso nos sistemas de *civil law*, ou seja, de derivação romanística, aos quais pertencem os países acima apontados [países europeus], onde inexiste o princípio do *stare decisis*, que é típico dos sistemas da *common law*, levaria a indesejável consequência de que uma mesma lei poderia não ser aplicada por alguns juízes, porque julgada inconstitucional e, inversamente, aplicada por outros que a reputassem constitucional, causando uma grave situação de conflito entre os órgãos judiciários e de incerteza no direito, em detrimento dos indivíduos, da coletividade em geral e do próprio Estado. Além desse inconveniente, já suficiente *per se stante* para justificar a não adoção do modelo americano nos países da *civil law*, há ainda um outro, não menos grave. Consiste ele no fato de que o sistema difuso, nos países destituídos do princípio do *stare decisis*, pode propiciar uma multiplicidade de demandas, uma vez que, mesmo já declarada reiteradamente a inconstitucionalidade de uma lei, será sempre necessário que alguém interessado nesse mesmo pronunciamento proponha uma nova demanda em juízo, submetendo a mesma lei a um novo julgamento.

Levando isso em conta, em seu modelo, o jurista austríaco rechaçava a ideia do controle de controle de constitucionalidade ser exercido por todos os juízes, como no sistema americano, pois, para ele, os magistrados não estariam aptos para o exercício de tal função.

Pensando de forma diferente, Kelsen defendia que o indigitado poder deveria ser exercido com exclusividade por uma Corte Constitucional especializada. Esta Corte passaria a atuar de forma abstrata, não em casos concretos, sempre que um ato normativo contrariasse o disposto na constituição, proferindo decisões com eficácia *erga omnes*.

É por isso que Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (2012) afirmam que "O controle proposto por Hans Kelsen era, portanto, *concentrado*, porque monopolizado pela Corte Constitucional, e *abstrato*, uma vez que realizado 'em tese', sem que houvesse qualquer caso concreto submetido à apreciação jurisdicional".

Sem embargo desses dois sistemas, que serão tratados pormenorizadamente mais a frente, existe um terceiro modelo de controle de constitucionalidade, que é chamado de

misto.

O modelo *misto*, como o próprio nome já diz, é uma mescla dos elementos previstos nos dois sistemas já apresentados, congregando-os.

Daí porque Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2015, p. 1.049) aduzem que:

> Em geral, nos modelos mistos defere-se aos órgãos ordinários do Poder Judiciário o poder-dever de afastar a aplicação da lei nas ações e processos judiciais, mas se reconhece a determinado órgão de cúpula – Tribunal Supremo ou Corte Constitucional – a competência para proferir decisões em determinadas ações de perfil abstrato ou concentrado.

Logo, no sistema *misto*, coexistem tanto o modelo *difuso* quanto o *concentrado*. Nessa senda, é possível destacar como exemplos mais eminentes desse sistema, os regimes de controle de constitucionalidade adotados por Portugal e pelo Brasil.

Para entender porque o Brasil adota o sistema *misto*, primeiro, é preciso compreender como o controle de constitucionalidade foi inserido no ordenamento jurídico pátrio. Para tanto, segue o item específico que irá retratar o surgimento e a evolução do controle jurisdicional de constitucionalidade em terras tupiniquins.

1.3 Evolução do controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil

A começar pela Constituição Imperial de 1824, verifica-se que esta não contemplava nenhum sistema de controle jurisdicional de constitucionalidade de atos normativos. Esse fato se deu em razão da influência que o direito pátrio sofreu não só da concepção inglesa da supremacia do parlamento como também do dogma francês da rígida separação dos poderes (CUNHA JÚNIOR, 2010, p. 85).

Partindo desse pressuposto, a referida constituição assegurava ao Poder Legislativo a atribuição de “fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las”, assim como “velar na guarda da Constituição” (artigo 15, XIII e IX).

O pensamento da época, como dito, reflete o primado da soberania do parlamento, não havendo espaço para que um órgão judicial efetuasse qualquer controle de constitucionalidade.

A corroborar com o asseverado, vale trazer à baila a lição de José Antonio Pimenta Bueno (1978, p. 69) que, ao comentar a Constituição do Império, assim preconizava:

> Só o poder que faz a lei é o único competente para declarar por via de autoridade ou por disposição geral obrigatória, o preceito dela. Só ele e exclusivamente ele é quem tem o direito de interpretar o seu próprio ato, suas próprias vistas, sua vontade e seus fins. Nenhum outro poder tem o direito de interpretar por igual modo, já porque nenhuma lei lhe deu essa faculdade, já porque seria absurda a que lhe desse.

Não obstante, havia ainda a previsão do Poder Moderador, que atribuía ao imperador a função de coordenador dos demais poderes. Era o imperador, por meio do referido Poder, que tinha a atribuição de resolver os conflitos envolvendo os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Em razão disso, Clèmerson Merlin Clève (2000, p. 81) lembra que:

> Não foi apenas o dogma da soberania do Parlamento que impediu a emergência da fiscalização jurisdicional da constitucionalidade no período monárquico. O Imperador, enquanto detentor do Poder Moderador, exercia uma função de coordenação; por isso, competia a ele (art. 98) manter a 'independência, o equilíbrio e a harmonia entre os demais poderes'. Ora, o papel constitucional atribuído ao Poder Moderador, 'chave de toda a organização política' nos termos da Constituição, praticamente inviabilizava o exercício da função de fiscalização constitucional pelo Judiciário. Sim, porque, nos termos da Constituição de 1824, ao Imperador cumpria resolver os conflitos envolvendo os Poderes, e não ao Judiciário.

Levando-se em conta esses dois fatores, não restam dúvidas de que ainda não era o momento de o controle jurisdicional de constitucionalidade aflorar no Brasil.

Décadas mais tarde, aí sim, chega a vez de uma Constituição brasileira consagrar o controle de constitucionalidade exercido por um órgão judicial. Influenciada pela doutrina norte-americana, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891 passou a prever a possibilidade da realização do controle *difuso* de constitucionalidade das normas.

A propósito, lembra Dirley da Cunha Júnior (2010, p. 86-87) que esse sistema já se apresentava desde a Constituição Provisória de 1890 (Decreto n. 510, artigo 58, § 1º, alínea *b*) e do Decreto n. 848/1890, que organizava a Justiça Federal (artigo 9º, parágrafo único, alíneas *a* e *c*). Assim, a Constituição de 1981, então, reproduziu os dispositivos acima indicados, facultando a possibilidade de recurso para o Supremo Tribunal Federal "quando se questionar sobre a validade ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contra ela" (artigo 59, § 1º, alínea *a*), inaugurando, portanto, o controle jurisdicional de constitucionalidade brasileiro.

Em reforço a essa novidade, destacam-se o advento da Lei n. 221/1894 (artigo 13, §10 – "os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição") e a reforma constitucional de 1926, que tornaram induvidosa a existência do controle de

constitucionalidade no Brasil.

Esse modelo de controle de constitucionalidade, realizado, incidentalmente, pelo Poder Judiciário perdurou, com algumas modificações é claro, nas Constituições posteriores e vigora até hoje.

A Constituição de 1934, por sua vez, manteve o controle judicial *difuso* de constitucionalidade das leis e dos atos normativos do poder público (artigo 76, III, *b* e *c*), porém, introduziu no sistema algumas inovações.

Dentre as novidades trazidas pela Carta de 1934, Clèmerson Melin Clève (2010, p. 85) destaca as seguintes:

> (i) diante do art. 179, nos tribunais, a inconstitucionalidade somente poderia ser declarada pelo voto da maioria absoluta de seus membros. A exigência tem como precedente a orientação firmada pela jurisprudência norte-americana; (ii) atribuiu (art. 91, IV e 96), por outro lado, ao Senado Federal – órgão incumbido de coordenar os Poderes da República entre si (art. 88) – competência para 'suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário'. Pretendeu o constituinte, aqui, como será demonstrado oportunamente, instituir uma fórmula para dar eficácia *erga omnes* às decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal.

A principal delas, ao menos em relação ao escopo da presente pesquisa, diz respeito à criação da competência do Senado para suspender, no todo ou em parte, ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, dando eficácia *erga omnes* às decisões proferidas por este tribunal.

Essa novidade, segundo Dirley da Cunha Júnior (2010, p. 87-88), foi uma tentativa de corrigir uma deficiência do sistema *difuso-incidental*, que possibilitava a existência de decisões conflitantes entre os vários órgãos competentes para o controle de constitucionalidade, uma vez que as sentenças por eles proferidas geravam efeitos somente *inter partes* e não vigorava, no Brasil, o princípio do *stare decisis*, típico dos países de *common law*. Retomar-se-á este ponto mais para frente, em um momento oportuno.

A referida Constituição implantou ainda a chamada *representação interventiva*. Assim, a lei que decretasse a intervenção federal em virtude da violação de qualquer dos princípios constitucionais sensíveis – de observância obrigatória pelos Estados-membros e que estavam previstos no artigo 7º da Constituição – deveria ser previamente submetida ao Supremo Tribunal Federal, por meio de provocação do Procurador-Geral da República, a fim de que fosse declarada a sua constitucionalidade.

Isso significa dizer que a intervenção federal, decretada por lei, ficava condicionada à análise de sua constitucionalidade por parte do Supremo Tribunal Federal, devidamente provocada pelo Procurador-Geral da República, por meio da *representação*

interventiva.

Passo seguinte, a Constituição de 1937, imposta autoritariamente ao povo brasileiro, foi marcada por um retrocesso em termos de controle de constitucionalidade.

Embora tenha mantido o modelo de controle de constitucionalidade inaugurado pela Constituição de 1891 (artigo 101, III, *b* e *c*, da CF/37), bem como a exigência de maioria absoluta para a declaração de inconstitucionalidade dos atos normativos pelo Poder Judiciário, a Carta de 1937 deixou de versar a respeito da *representação interventiva* e também da suspensão, por parte do Senado Federal, da execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo.

Não bastasse isso, o problema mais grave foi a tentativa de enfraquecimento do Poder Judiciário no exercício do controle de constitucionalidade, pois, conforme ensina Uadi Lammêgo Bulos (2014, p. 202-203), a Constituição de 1937:

> Permitiu ao Presidente da República submeter ao Parlamento a lei declarada inconstitucional. Se, pelo voto de 2/3 terços de cada uma das Casas Legislativas, fosse confirmada a validade da lei, tornava-se insubsistente a decisão do Poder Judiciário que decretou a inconstitucionalidade (art. 96, parágrafo único). Estava aberta a porta para se cassarem vereditos jurisdicionais. Em 1939, o Presidente Getúlio Vargas editou o Decreto-Lei n. 1.564, "validando" textos de lei declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. Pôs em xeque o caráter incontrastável das sentenças judiciais, manchando o histórico do controle de constitucionalidade em nosso país.

Juntamente com a promulgação da Constituição de 1946, restaura-se a democracia. Nesse passo, o constituinte não mantém a previsão do artigo 96, parágrafo único, da Constituição de 1937, retornando ao Poder Judiciário a incumbência de dar a última palavra em questões de natureza constitucional.

A Lei Fundamental de 1946 mantém o controle *difuso* de 1891 (artigo 101, III) e reinsere as inovações trazidas pela Constituição de 1934 (*representação interventiva* e suspensão pelo Senado Federal da lei declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário), as quais tinham sido suprimidas pela Carta de 1937.

A grande novidade ficou por conta da Emenda Constitucional n. 16/1965, a qual inovou ao instituir, no Brasil, o controle abstrato de normas estaduais e federais. Analisando a indigitada emenda, Luís Roberto Barroso (2012) apregoa que:

> Por seu intermédio instituiu-se a então denominada ação *genérica* de inconstitucionalidade, prevista no art. 101, I, *k*, da Carta reformada. Passava o Supremo Tribunal Federal a ter competência para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato federal [ou estadual], mediante representação que lhe fosse encaminhada pelo Procurador-Geral da República. Introduzia-se, assim, no direito brasileiro mecanismo análogo ao das cortes constitucionais europeias: um controle por via principal, mediante ação direta, em fiscalização abstrata e concentrada no Supremo Tribunal Federal. O controle incidental e difuso, por sua vez, não foi afetado pela inovação, passando ambos a conviver entre si.

Em verdadeiro reflexo ao âmbito federal, a Emenda Constitucional n. 16/1965 trouxe ainda a possibilidade de controle de constitucionalidade das leis e atos municipais em confronto com as Constituições dos estados-membros, de competência dos Tribunais de Justiça (artigo 124, VIII).

Com estas inovações, ficou evidente que o Brasil adotou um modelo *misto* de controle judicial de constitucionalidade ao mesclar o sistema *difuso*, de competência de todos os órgãos jurisdicionais, a ser realizado nos casos concretos sujeitos a sua apreciação, e o sistema *concentrado*, seja de competência do Supremo Tribunal Federal em relação aos atos normativos estaduais e federais contestados em face da Constituição Federal, seja de competência dos Tribunais de Justiça no que concerne aos atos normativos municipais objetados em face das Constituições Estaduais.

Seguindo na linha do tempo, evoca-se as lições de Luís Roberto Barroso (2012) para tratar a respeito da Constituição de 1967/69:

> A Constituição de 1967 não trouxe modificações importantes ao sistema de controle de constitucionalidade, tendo deixado de reiterar a previsão da ação genérica estadual, contida na EC n. 16/65. A Constituição de 1969 (Emenda Constitucional n. 1, de 17-10-1969), por sua vez, previu a ação direta em âmbito estadual, mas limitada à hipótese de intervenção do Estado em Município. Por fim, a Emenda Constitucional n. 7, de 13 de abril de 1977, pôs termo à controvérsia acerca do cabimento de liminar em representação de inconstitucionalidade, reconhecendo expressamente a competência do Supremo para deferi-la (art. 119, I, *p*). Além disso, por seu intermédio foi instituída a "representação para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual", por via da qual o STF, mediante representação do Procurador-Geral da República, poderia fixar, em tese e com caráter vinculante, o sentido de uma norma. A Constituição de 1988 suprimiu a medida.

Por fim, chega-se à Constituição de 1988. A Carta vigente manteve o sistema *misto* (também chamado de *eclético* ou *híbrido*) de controle judicial de constitucionalidade das normas, porém, aprimorou-o em alguns aspectos.

A primeira inovação está voltada para a ampliação da legitimidade ativa para a propositura de ação direita de inconstitucionalidade (artigo 103), que, antes, era monopólio exercido pelo Procurador-Geral da República.

Outra novidade, foi a criação de mecanismos de controle de inconstitucionalidade por omissão, como, por exemplo, a ação direta com esse mesmo objeto (ADI por omissão – artigo 103, §2º).

Nessa senda, sobreveio a *representação de inconstitucionalidade* (artigo 125, §2º), recriando a ação direta de inconstitucionalidade no âmbito estadual e possibilitando a contestação de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face das Constituições Estaduais.

Mais uma novidade foi a criação da arguição de descumprimento de preceito fundamental (artigo 102, §1º) e a limitação do recurso extraordinários às questões constitucionais (artigo 102, III).

Posteriormente, a Emenda Constitucional n. 03/1993, criou a ação declaratória de constitucionalidade (artigo 102, I, *a*) que, após a Emenda Constitucional 45/2004, teve sua legitimidade ativa ampliada, igualando-se aos legitimados da ação direta de inconstitucionalidade (artigo 103).

Em resumo, Dirley da Cunha Júnior (2010, p. 92) sistematiza da seguinte forma o controle judicial de constitucionalidade atualmente previsto no ordenamento jurídico brasileiro:

> em face da normativa constitucional de 1988, o controle de constitucionalidade no Brasil compreende:
> 1) o controle *difuso-incidental*, provocado por via de exceção ou defesa, em um caso concreto, perante qualquer juízo ou tribunal, e
> 2) o controle *concentrado-principal*, provocado por via das seguintes ações diretas, perante o STF:
> 2.1) Ação direta de inconstitucionalidade – ADIN
> - por ação
> - por omissão
> 2.2) Ação direta de inconstitucionalidade interventiva – ADIN Interventiva
> 2.3) Ação declaratória de constitucionalidade – ADC (ou ADECON)
> 2.4) Arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF

Realizada esta viagem história, mister se faz tratar com maior profundidade a respeito dos dois sistemas de controle de constitucionalidade previstos em nosso ordenamento jurídico, a começar pelo *concentrado*, também chamado de *controle abstrato*.

1.4 O controle *concentrado* de constitucionalidade

Conforme outrora explicitado, o controle *concentrado* de constitucionalidade das normas federais e estaduais em face da Constituição surge efetivamente no Brasil com a Emenda Constitucional n° 16, de 26 de novembro de 1965, que criou a *representação genérica* de inconstitucionalidade, hodiernamente chamada de *ação direta* de inconstitucionalidade por ação, de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

Tal modelo, que seguiu o sistema austríaco/europeu de controle judicial de constitucionalidade, foi ampliado/aperfeiçoado pela Constituição vigente e tem como

principais características (i) *o pronunciamento em abstrato acerca da validade da norma*, ou seja, o controle da constitucionalidade se dá *em tese* porque inexiste um caso concreto subjacente à manifestação judicial – seu objeto é um pronunciamento acerca da própria lei contestada em face da Constituição; (ii) a discussão acerca da constitucionalidade da norma é tratada como *questão principal*, isto é, o juízo de constitucionalidade é o próprio objeto da ação, cumprindo ao tribunal se manifestar especificamente acerca da validade da lei, admitindo, ou não, sua permanência no sistema.

De maneira didática, Dirley da Cunha Júnior (2010, p. 172-173) aponta que:

> As ações especiais que suscitam o controle concentrado-principal de constitucionalidade têm natureza de ação objetiva, que instauram um processo objetivo por meio do qual será dirimida uma questão constitucional. Não se compõe, por meio delas, qualquer conflito de interesse. Em razão de sua natureza objetiva, no processo de controle concentrado-principal de constitucionalidade das normas não há partes, não há contenda, não há disputa ou tutela de direitos subjetivos, enfim, não há pretensão resistida. Há, tão-somente, já sublinhamos, a defesa objetiva da supremacia da Constituição, de interesse de toda a coletividade.

Embora o modelo *concentrado* de controle de constitucionalidade não seja efetivamente o foco do presente estudo, mister se faz analisar algumas de suas principais características, as quais, posteriormente, serão contrastadas em relação ao sistema *difuso*, mormente no que diz respeito ao efeito das decisões que declaram a inconstitucionalidade de determinadas leis ou atos normativos.

Partindo desse pressuposto, realizar-se-á uma análise sintética das ações típicas do controle *abstrato* (ação direta de inconstitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ação declaratória de constitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito fundamental e ação direta interventiva[1]), cujo julgamento compete ao Supremo Tribunal Federal.

Pelas razões acima expostas, vale registrar ainda que não haverá o estudo da *representação de inconstitucionalidade* (artigo 125, §2º, CF/1988), que trata do controle de constitucionalidade das leis ou atos normativos estaduais ou municipais analisados em face das Constituições dos Estados-membros.

[1] Também chamada de *representação interventiva* ou *ação direta de inconstitucionalidade interventiva*.

1.4.1 Ação direta de inconstitucionalidade

Nas palavras de Dirley da Cunha Júnior (2010, p. 189), a ação direta de inconstitucionalidade – ADI – nada mais é do que:

> uma ação de controle concentrado-principal de constitucionalidade concebida para a defesa genérica de todas as normas constitucionais, sempre que violadas por alguma lei ou ato normativo do poder público. Por isso mesmo é também conhecida como ação genérica.

A ADI tem por objetivo, basicamente, eliminar do sistema uma lei ou ato normativo que contrarie a Constituição.

Por se tratar de um processo de natureza objetiva, há um restrito rol de legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade. É bem verdade que a Constituição Federal de 1988 ampliou consideravelmente esse rol, que anteriormente era de iniciativa privativa do Procurador-Geral da República, mas isso não quer dizer que qualquer indivíduo pode ajuizar a indigitada ação.

De fato, são legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade tão-somente as autoridades, os órgãos e as entidades que estão previstas no rol do artigo 103, da CF/1988, quais sejam: 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; confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Dentre eles, a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, devem demonstrar ainda a chamada *pertinência temática*. Tratam-se dos denominados *legitimados especiais*, que, segundo Luís Roberto Barroso (2012) "são os órgãos e entidades cuja atuação é restrita às questões que repercutem diretamente sobre sua esfera jurídica ou de seus filiados e em relação às quais possam atuar com representatividade adequada".

Já no que concerne à legitimidade passiva, está recairá sobre os órgãos ou autoridades responsáveis pela lei ou pelo ato normativo objeto da ação direta de inconstitucionalidade, cabendo ao Advogado-Geral da União (artigo 103, §3º, da CF/1988) defender o ato ou o texto impugnado, atuando como verdadeiro *curador* da

constitucionalidade da norma.

A ação direta de inconstitucionalidade tem por objeto a lei ou ato normativo federal ou estadual que viola a Constituição Federal. Mais especificamente, Luis Roberto Barroso (2012) observa que podem ser objeto controle *abstrato* por via de ação genérica de constitucionalidade, cada qual com sua peculiaridade, as seguintes espécies normativas: *emenda constitucional; lei complementar; lei ordinária; lei delegada; medida provisória; decretos legislativos e resoluções; decretos autônomos; legislação estadual* e *tratados internacionais.*

O referido autor (2012) sistematiza ainda alguns casos em que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem afastado a possibilidade de controle *concentrado*, pronunciando-se pelo seu descabimento. Dentre eles: *atos normativos secundários; leis anteriores à Constituição em vigor; lei que tenha sido revogada; lei municipal em face da Constituição Federal; proposta de emenda constitucional ou projeto de lei* e *súmulas*.

O parâmetro de controle da ação direta de inconstitucionalidade é, exclusivamente, a Constituição vigente, não se admitindo, portanto, a fiscalização abstrata de leis em face de norma constitucional já revogada.

O procedimento da ADI está regulamentado pela Lei 9.868 de 10 de novembro de 1999. Analisar-se-á, daqui em diante, seus principais dispositivos.

Nos termos do artigo 3º, a petição inicial da ADI deverá indicar o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações, bem como o pedido e suas especificações. A exordial deve vir acompanhada ainda da cópia da lei ou do ato impugnado, assim como do instrumento de procuração, quando subscrita por advogado.

A petição inicial será liminarmente indeferida pelo relator quando for considerada inepta, não fundamentada ou manifestamente improcedente, cabendo agravo desta decisão (artigo 4º).

Luís Roberto Barroso (2012) lembra que a jurisprudência do STF considera "manifestamente improcedente a ação direta que verse sobre norma cuja constitucionalidade já haja sido reconhecida pelo tribunal, ainda que em sede de recurso extraordinário".

De todo modo, mesmo se tratando de norma cuja constitucionalidade já haja sido reconhecida, haverá a possibilidade de cabimento da ADI caso se verifique a ocorrência de significativas modificações de ordem jurídica, social ou econômica, ou, ainda, a superveniência de argumentos mais relevantes do que aqueles que prevaleciam

anteriormente[2].

Uma vez recebida a petição inicial, o relator pedirá informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado, que deverão prestá-las no prazo de 30 dias, contados do recebimento do pedido (artigo 6º).

Findo o prazo das informações, o relator ouvirá, sucessivamente, o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, que deverão manifestar-se, cada qual, no prazo de quinze dias (artigo 8º).

Após o vencimento desses prazos, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento (artigo 9º).

Ainda em relação ao procedimento, vale destacar que a ação direta de inconstitucionalidade não admite a desistência (artigo 5º). Também não se admite intervenção de terceiros (artigo 7º), embora a Lei 9.868/99 permita, levando-se em conta a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, a manifestação de outros órgãos ou entidades. Tem-se, aqui, a figura do *amicus curiae,* cuja participação fica a critério do relator.

Nos termos do artigo 9º, §1º, o relator poderá requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria, caso haja a necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos.

Cabe também ao relator, caso julgue pertinente, solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição (artigo 9, §2º).

Ainda com olhos para o procedimento, mister se faz tecer algumas linhas a respeito da possibilidade de pedido cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade.

O aludido pedido, além de ter previsão constitucional (artigo 102, I, *p*, da CF/1988), encontra-se regulado nos artigos 10, 11 e 12 da multimencionada Lei 9.868/99.

Uadi Lammêgo Bulos (2014, p. 303), admitindo a possibilidade de concessão de medida cautelar na ADI, adverte que se trata de providência de caráter

---

[2] Nesse sentido: STF, DJe, 15 out. 2009, AgRg na ADIn 4.071-DF, rel. Min. Menezes Direito: "Ação direta de inconstitucionalidade manifestamente improcedente. Indeferimento da petição inicial pelo Relator. Art. 4º da Lei n. 9.868/99. 1. É manifestamente improcedente a ação direta de inconstitucionalidade que verse sobre norma (art. 56 da Lei n. 9.430/96) cuja constitucionalidade foi expressamente declarada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, mesmo que em recurso extraordinário. 2. Aplicação do art. 4º da Lei n. 9.868/99, segundo o qual a petição inicial inepta, não fundamentada e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator. 3. A alteração da jurisprudência pressupõe a ocorrência de significativas modificações de ordem jurídica, social ou econômica, ou, quando muito, a superveniência de argumentos nitidamente mais relevantes do que aqueles antes prevalecentes, o que não se verifica no caso".

excepcionalíssimo, tendo em vista que as leis ou atos normativos devem ser presumidos constitucionais até que se prove o contrário. O referido autor vai além ao afirmar que:

> Na prática, contudo, pedidos de cautelares chegam aos montes no Supremo, causando perplexidade, criando uma *ordem jurídica de instantes*, amparada por providências efêmeras que se prolongam no tempo ou nunca são examinadas no mérito. A Corte ora defere liminares, que passam a ser definitivas nada obstante o caráter provisório delas, ora as indefere, deixando sua análise para data futura e incerta.

A medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, reunidos em sessão do Pleno com a presença de pelo menos oito ministros (artigo 10).

No período de recesso, a apreciação do pedido de cautelar incumbe ao Presidente do STF, ficando, contudo, condicionada ao referendo do Tribunal Pleno, assim que os trabalhos forem retomados.

A lei determina a prévia audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado acerca do pedido cautelar, os quais devem se manifestar no prazo de cinco dias (artigo 10), sendo possível, entretanto, a dispensa de tal manifestação em caso de excepcional urgência (artigo 10, §3º).

Caso julgue indispensável, o relator ouvirá, no prazo de três dias, o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República (artigo 10, §1º).

Uma vez concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União e do Diário da Justiça da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias (artigo 11). A medida cautelar será dotada de eficácia contra todos (*erga omnes*) e concedida com efeito *ex nunc*, salvo se o tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa (artigo 11, §1º).

Teori Albino Zavascki (2001, p. 67) explica porque o efeito da medida cautelar concedida é, em regra, *ex nunc*:

> Em face da sua natureza preventiva, destinada a afastar os possíveis danos que, daí em diante, possam comprometer a efetividade do provimento final, a medida liminar tem, em regra, apenas eficácia futura, ou seja, *ex nunc*. Mas, embora não produza a anulação ou a extinção de atos anteriores, compreende-se no provimento liminar a inibição dos efeitos futuros daqueles atos.

Daniel Amorim Assumpção Neves (2013), por sua vez, aduz que, com base no entendimento consagrado pelo Supremo Tribunal Federal[3], a decisão que concede a liminar possui ainda *eficácia vinculante*, permitindo, inclusive, o ingresso de reclamação constitucional nas hipóteses previstas em lei.

---

[3] STF, Tribunal Pleno, Rcl 2.256/RN, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 11/09/2003, DJ 30/04/2004.

Ademais, a concessão da medida cautelar torna, acaso existente, aplicável a legislação anterior à lei impugnada, salvo expressa manifestação em sentido contrário (artigo 11, §2º). Nesse particular, Lenio Luiz Streck (2013, p. 965) assevera que:

> Trata-se do denominado 'efeito repristinatório' [...] se uma lei é revogada por outra que é, posteriormente, declarada inconstitucional, ocorre esse 'efeito repristinatório', porque uma lei nula não pode anular outra. Registra-se que disposição semelhante consta no art. 282º, I, da Constituição de Portugal, segundo o qual a declaração de inconstitucionalidade faz com que haja a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado.

Tal regra decorre da máxima de que os atos inválidos, salvo situações excepcionais, não devem produzir efeitos válidos. Ora, se a lei é considerada inconstitucional e, por conseguinte, nula, ela não deve produzir quaisquer efeitos, aí incluído o de revogar a lei pretérita.

Nada obstante, o relator, verificando que o caso possui aspectos singulares, poderá adotar um rito abreviado (mais célere) para o processamento da ADI. Rito este que se encontra previsto no artigo 12, o qual determina que, havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação.

Por fim, resta tratar a respeito dos efeitos das decisões definitivas proferidas em sede de controle *abstrato* de constitucionalidade.

Gilmar Ferreira Mendes (2012a) resume bem quais seriam os efeitos da decisão que julga a ação genérica de inconstitucionalidade: "as decisões proferidas em ação direta de inconstitucionalidade possuem eficácia *ex tunc*, *erga omnes* e *efeito vinculante* para todo o Poder Judiciário e para todos os órgãos da Administração Pública, direta e indireta".

A começar pela eficácia *ex tunc*, vale dizer, que a decisão definitiva que declara a inconstitucionalidade de uma determinada lei ou ato normativo tem eficácia retroativa, ou seja, sendo o vício de inconstitucionalidade, em regra, congênito à norma, os efeitos da decisão que o pronuncia devem retroagir ao momento de seu ingresso no mundo jurídico.

Isso prova que o Brasil não adotou a doutrina segundo a qual se atribuí à lei inconstitucional a condição de ato normativo anulável, não considerando, por conseguinte, que a decisão que julga procedente a ação direta de inconstitucionalidade tem caráter *constitutivo*, mas sim *declaratório*.

Entretanto, a posição radical da teoria da nulidade não é absoluta. Nessa senda, destaca-se que o artigo 27, da Lei 9.868/99 permite que o Supremo Tribunal Federal, ao declarar a inconstitucionalidade de uma determinada lei ou ato normativo, possa *modular os efeitos* de sua decisão.

Para tanto, o STF deverá levar em conta razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social. Assim, poderá, por maioria de dois terços de seus membros (oito ministros), restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Nos termos do artigo 28, parágrafo único, da lei supramencionada, a declaração de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm *eficácia contra todos* (*erga omnes*) e *efeito vinculante* em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

De proêmio, mister se faz estabelecer a diferença entre *eficácia erga omnes* e *efeito vinculante*, o que não é uma tarefa das mais fáceis, conforme observa Teori Albino Zavascki (2001, p. 51-52):

> Há dificuldade em estabelecer, com precisão, o que é efeito vinculante e o que o diferencia da eficácia *erga omnes*. É que, conforme anotou o Ministro Moreira Alves, 'a eficácia contra todos ou *erga omnes* já significa que todos os juízes e tribunais, inclusive o Supremo Tribunal Federal, estão vinculados ao pronunciamento judicial'. Nos países da Europa em que tais institutos são adotados, considera-se efeito vinculante uma qualidade da sentença que vai além de suas eficácias comuns (*erga omnes*, coisa julgada, efeito preclusivo), 'uma peculiar força obrigatória geral', uma 'qualificada força de precedente', variável em cada sistema, extensivo, em alguns deles, ao próprio legislador. É esse o sentido que melhor se adapta ao sistema brasileiro: o efeito vinculante confere ao julgado uma força obrigatória qualificada, com a consequência processual de assegurar, em caso de recalcitrância dos destinatários, a utilização de um mecanismo executivo – a reclamação – para impor o seu cumprimento.

Assim, a eficácia *erga omnes* faz com que os destinatários da norma, ou seja, aqueles que tem por atribuição aplicá-la (Poder Judiciário e Administração Pública), fiquem sujeitos à decisão do Supremo Tribunal Federal que declara a sua inconstitucionalidade no controle *abstrato*.

Por sua vez, o *efeito vinculante* faz com que a referida decisão ganhe ainda mais força (uma qualidade a mais) ao admitir o cabimento da *reclamação* em caso de descumprimento do julgado por parte dos destinatários da norma, garantindo-se, assim, a observância da decisão do Pretório Excelso em controle *abstrato* de constitucionalidade.

A despeito dos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo via ação direta, vale registrar ainda a possibilidade de ampliação dos limites

objetivos e subjetivos das decisões proferidas em sede de controle *concentrado* de constitucionalidade. Isso seria possível por meio de uma construção chamada de *transcendência dos motivos determinantes*.

Segundo Luís Roberto Barroso (2012):

> Por essa linha de entendimento, é reconhecida eficácia vinculante não apenas à parte dispositiva do julgado, mas também aos próprios fundamentos que embasaram a decisão. Em outras palavras: juízes e tribunais devem acatamento não apenas à conclusão do acórdão, mas igualmente às razões de decidir.

A *transcendência dos motivos determinantes* retrata uma realidade atual: a aproximação do direito brasileiro ao sistema do *common law*, principalmente no que diz respeito aos precedentes judicias. É nessa linha, inclusive, algumas disposições previstas no Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015).

Embora sua adoção não seja pacífica no Supremo Tribunal Federal, a teoria da *transcendência dos motivos determinantes* tende a ganhar cada dia espaço no nosso ordenamento jurídico.

Verificadas as questões pontuais acerca da ação direta de inconstitucionalidade, falta tratar ainda a respeito da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, da ação declaratória de constitucionalidade, da arguição de descumprimento de preceito fundamental e da ação direta de inconstitucionalidade interventiva.

É evidente que a análise de tais ações será ainda mais resumida, por dois motivos: primeiro, porque já se examinou com mais vagar a ação direta de inconstitucionalidade, a qual servirá de parâmetro para as demais ações; segundo, porque, embora estas tenham sua relevância, o foco do presente trabalho reside nas decisões proferidas com base no sistema *difuso* de controle de constitucionalidade, razão pela qual o estudo das demais ações do controle *concentrado* fica restrito ao mínimo necessário.

1.4.2 Ação direta de inconstitucionalidade por omissão

Gilmar Ferreira Mendes (2012a) conceitua a ação direta de inconstitucionalidade por omissão – ADO, como sendo:

> o instrumento destinado à aferição da inconstitucionalidade da omissão dos órgãos competentes na concretização de determinada norma constitucional, sejam eles órgãos federais ou estaduais, seja a sua atividade legislativa ou administrativa, desde que se possa, de alguma maneira, afetar a efetividade da Constituição.

A ADO serve, portanto, para garantir efetividade à Constituição. Isso porque a inércia estatal impede a aplicação das normas constitucionais, violando, por conseguinte, a própria Constituição, o que, como outrora analisado, não é admissível.

É justamente nesse momento em que se verifica a força normativa da Constituição. É na análise da ADO que o estudo da omissão constitucional se mostra indissociável à ideia de que a Constituição não é uma simples carta de intenções, mas sim um conjunto de normas que devem ser concretizadas (MENDES; STRECK, 2013).

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão está regulada pela Lei 9.868/1999, com as alterações promovidas pela Lei 12.068/2009.

O parâmetro de controle da ADO é o mesmo da ADI, ou seja, as disposições previstas na Constituição vigente.

Os legitimados para a propositura dessa espécie de ação direta são aqueles listados no artigo 103, da CF/1988, devendo, inclusive, haver o cumprimento da chamada *pertinência temática* em relação a alguns deles, conforme já observado quando do estudo da ADI.

Em relação aos efeitos da decisão, ter-se-á dois caminhos. Conforme previsão do artigo 103, § 2º, da CF/1988, uma vez declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional: (i) será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias; ou (ii) em se tratando de órgão administrativo, as providências deverão ser adotadas no prazo de 30 dias (ou em prazo razoável a ser estipulado excepcionalmente pelo Tribunal, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso e o interesse público envolvido – artigo 12-H, §1º, da Lei 9.868/1999).

Não há como negar a existência de discussão acerca das medidas que poderiam ser adotadas pelo STF em caso de descumprimento, por parte do Poder competente ou do órgão administrativo, da decisão que declara a inconstitucionalidade por omissão.

O problema reside, justamente, na possível violação do princípio da separação dos poderes, uma vez que o Supremo Tribunal Federal, a par de declarar a inconstitucionalidade por omissão, não poderia atuar como legislador positivo, incumbência esta que recai, em regra, de acordo com a Constituição, sobre os ombros do Poder Legislativo.

De todo modo, sem entrar no mérito do debate, percebe-se que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, apesar de ter sido pensada como um importante instrumento de defesa da Constituição, acaba perdendo grande parte de sua efetividade em virtude da ausência de previsão de medidas que assegurem o cumprimento da decisão proferida pelo STF.

1.4.3 Ação declaratória de constitucionalidade

Linhas atrás, verificou-se que a ação declaratória de constitucionalidade – ADC, foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Emenda Constitucional n. 03/1999.

Luís Roberto Barroso (2012) esclarece que:

> Sua criação se deveu à constatação de que, sem embargo da presunção de constitucionalidade que acompanha os atos normativos do Poder Público, essa questão se torna controvertida em uma variedade de situações. Previu-se, assim, um mecanismo pelo qual se postula ao Supremo Tribunal Federal o reconhecimento expresso da compatibilidade entre determinada norma infraconstitucional e a Constituição, em hipóteses nas quais esse ponto tenha se tornado objeto de interpretações judiciais conflitantes. Trata-se de uma ratificação da presunção.

A ADC tem por escopo afastar a insegurança jurídica perpetrada pela incerteza sobre a validade ou aplicação de uma determinada lei ou ato normativo federal e se encontra regulamentada pela Lei 9.868/99.

Nessa perspectiva, a ADC muito se assemelha à ADI. Levando em conta tal característica, Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi (2014, p. 142) revelam que:

> Tanto na ADIn como na ADC a decisão soluciona a dúvida, dirimindo o conflito sobre a constitucionalidade. A diferença processual está no fato de que na ADC a decisão de constitucionalidade se dá julgando procedente a ação, sendo declarada a improcedência se for decidida a inconstitucionalidade. Já na ADIn, a declaração de procedência indica a inconstitucionalidade do dispositivo e vice-versa (art. 24 da Lei 9.868). Por isso afirma-se que as duas ações seriam no fundo idênticas, mas com sinal trocado. Além de sua semelhança estrutural (‘sinal trocado’), cada uma das ações é de *caráter dúplice* (ambivalente). Podem resultar na decisão de inconstitucionalidade e também na declaração-confirmação de constitucionalidade.

Em relação à legitimidade ativa, verifica-se que o rol de legitimados para a ação declaratória de constitucionalidade, num primeiro momento, se mostrou um pouco limitado, restringindo-se ao Presidente da República, à Mesa do Senado Federal, à Mesa da Câmara dos Deputados ou ao Procurador-Geral da República.

Entretanto, em 2004, esse rol foi ampliado. Passou-se a prever, por meio da Emenda Constitucional n. 45, que os legitimados ativos para a ADC seriam aqueles previstos na Constituição propor a ação direta de inconstitucionalidade. Unificou-se, portanto, no artigo 103, da CF/1988, os legitimados ativos, tanto para a ADI quanto para a ADC.

A ação declaratória de constitucionalidade tem por objeto lei ou ato normativo federal sobre o qual recaia controvérsia relevante acerca de sua compatibilidade com a Constituição.

O processamento da ADC é muito parecido com o da ADI e também está

previsto na Lei 9.868/99. Nele, admite-se a concessão de medida cautelar consistente na determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo.

Concedida a medida cautelar, por decisão da maioria absoluta de seus membros, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo o Tribunal proceder ao julgamento da ação no prazo de cento e oitenta dias, sob pena de perda de sua eficácia (artigo 21, parágrafo único).

Seguindo a mesma linha da ADI, a decisão definitiva proferida pelo Supremo Tribunal Federal em ação declaratória de constitucionalidade terá eficácia *ex tunc*, *erga omnes* e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública nas esferas federal, estadual e municipal.

1.4.4 Arguição de descumprimento de preceito fundamental

Embora tenha origem na Constituição Federal de 1988, a arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF, só foi regulamentada em 1999, por meio da Lei 9.882.

De acordo com André Ramos Tavares (2013):

> Trata-se de inovação brasileira, cujo objetivo central é, consoante a Lei, promover uma ‘complementação’ do modelo brasileiro de defesa da Constituição. Daí o caráter residual que o art. 4º da Lei lhe atribui: ‘Não será admitida a arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade’.

A ADPF tem por objetivo evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público, sendo cabível também quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

Tal ação é cercada de controvérsias, sendo discutida, inclusive, a própria constitucionalidade da lei que a regulamenta por meio da ADI 2231/DF, a qual ainda se encontra pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal.

Uma de suas grandes polêmicas é justamente definir o que vem a ser *preceito fundamental*, cuja violação é capaz de ensejar o ajuizamento da ADPF.

Reconhecendo esta dificuldade, Hely Lopes Meirelles, Arnoldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes (2009, p. 579) asseveram que "É muito difícil indicar, a *priori*, os preceitos fundamentais da Constituição passiveis de lesão tão grave que justifique o processo e julgamento da argüição de descumprimento".

Tentando solucionar a questão, Luís Roberto Barroso afirma que:

> Embora conserve a fluidez própria dos conceitos indeterminados, existe um conjunto de normas que inegavelmente devem ser abrigadas no domínio dos preceitos fundamentais. Nessa classe estarão os fundamentos e objetivos da República, assim como as decisões políticas estruturantes, todos agrupados sob a designação geral de princípios fundamentais, objeto do Título I da Constituição (arts. 1º a 4º). Também os direitos fundamentais se incluem nessa categoria, o que abrangeria, genericamente, os individuais, coletivos, políticos e sociais (arts. 5º e s.). Aqui se travará, por certo, a discussão acerca da fundamentalidade ou não de determinados direitos contemplados na Constituição brasileira, não diretamente relacionados à tutela da liberdade ou do mínimo existencial. Devem-se acrescentar, ainda, as normas que se abrigam nas cláusulas pétreas (art. 60, § 4º) ou delas decorrem diretamente. E, por fim, os princípios constitucionais ditos *sensíveis* (art. 34, VII), que são aqueles que por sua relevância dão ensejo à intervenção federal.

Inobstante, fato é que, sendo cabível a ADPF, o processamento desta dar-se-á nos termos da Lei 9.882/99, admitindo-se, inclusive, a concessão de medida cautelar.

Os legitimados para a referida ação são os mesmos que possuem autorização para ajuizar a ação direta de inconstitucionalidade (artigo 103, CF/1988), devendo ser observada ainda a questão da *pertinência temática*, já oportunamente analisada.

A decisão que julga definitivamente a ADPF terá eficácia contra todos (*erga omnes*) e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público, além de efeitos retroativos (*ex tunc*).

A propósito, tal qual ocorre na ADI, o efeito *ex tunc* poderá ser modulado, relativizando-se, assim, a teoria da nulidade do ato declarado inconstitucional. Para tanto, o STF, ao levar em conta razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá, por maioria de dois terços de seus membros (oito ministros), restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

1.4.5 Ação direta interventiva

A ação direta interventiva, também chamada de *representação interventiva*,

surgiu com a Constituição de 1934 e foi mantida no sistema pela Constituição Federal de 1988 como condição da intervenção da União nos Estados ou no Distrito Federal em decorrência da inobservância por estes dos chamados *princípios constitucionais sensíveis*.

A propósito, Luís Roberto Barroso (2012) ensina que:

> A intervenção federal consiste em mecanismo excepcional de limitação da autonomia do Estado-membro. Destina-se ela à preservação da soberania nacional, do pacto federativo e dos princípios constitucionais sobre os quais se erige o Estado Democrático de Direito. Não se trata, por evidente, de providência rotineira nem está sujeita a juízos políticos arbitrários. Medida extrema, exige a presença de elementos materiais inequívocos e a observância de requisitos formais para que possa ser legitimamente decretada. Somente caberá a intervenção nas hipóteses taxativas previstas na Constituição, enunciadas no art. 34.

Em uma dessas hipóteses, a do artigo 34, VII, a decretação da intervenção fica condicionada ao provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, da *representação interventiva* ajuizada do Procurador-Geral da República.

Nesse passo, verifica-se que o legitimado ativo para propor a ação direta interventiva é, exclusivamente, o Procurador-Geral da República, que, atuando como defensor da ordem jurídica, sobretudo no resguardo do equilíbrio federativo, somente deverá ajuizar a *representação interventiva* se estiver convencido do acerto de tal opção.

A ação direta interventiva deverá ser proposta quando houver a violação de algum *princípio constitucional sensível* (forma republicana, sistema representativo e regime democrático; direitos da pessoa humana; autonomia municipal; prestação de contas da administração pública, direta e indireta; aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde) por parte do Estado-membro.

Uma vez provida a *representação interventiva*, se o Estado não desfizer o ato impugnado, ficará, então, sujeito à intervenção. Ocorre que, não é a decisão do Supremo Tribunal Federal que decreta a intervenção, esta somente autoriza que o referido ato seja praticado pelo Chefe do Poder Executivo.

Ademais, diferente das demais ações do controle *concentrado*, a ação direta interventiva não nulifica o ato praticado pelo Estado-membro que viola a Constituição, especificamente, os *princípios constitucionais sensíveis*. Isso se dá porque a verificação da constitucionalidade do ato praticado pelo Estado não é o objeto principal da demanda, embora se trate de questão prejudicial para que o STF possa autorizar a intervenção.

É justamente por isso que Clèmerson Merlin Clève (2000, p. 125) crava que a ação direta interventiva: “Cuida-se de procedimento fincado a meio caminho entre a

fiscalização da lei *in thesis* e aquela realizada *in casu*. Trata-se, pois, de uma variante da fiscalização concreta realizada por meio de ação direta".

O procedimento da ação direta interventiva, atualmente, encontra-se disciplinado na Lei 12.562/2011, que regulamenta o inciso III, do artigo 36, da CF/1988.

Caso a *representação interventiva* seja desprovida, a União ficará impedida de intervir no Estado-membro, salvo se um novo ato seja praticado e, este sim, venha a ser considerado, pelo Supremo Tribunal Federal, como atentatório aos *princípios constitucionais sensíveis*.

Por outro lado, em caso de provimento, o Presidente do Supremo Tribunal Federal, após publicado o acórdão, levá-lo-á ao conhecimento do Presidente da República para, no prazo improrrogável de até 15 (quinze) dias, suspender a execução do ato impugnado, se essa medida bastar ao restabelecimento da normalidade, ou, então, decretar efetivamente a intervenção (artigo 36, §§ 1º e 3º).

A propósito, a suspensão do ato impugnado ou a decretação da intervenção por parte do Chefe do Poder Executivo federal é conduta obrigatória a ser praticada, nos dizeres de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1990, p. 233), "no exercício de uma competência vinculada".

Por fim, vale trazer à baila interessante conclusão a que chega Clèmerson Merlin Clève (2000, p. 138) a respeito da *representação interventiva*:

> é preciso reconhecer que o mecanismo processual encontra-se, hoje, relegado ao segundo plano. A ação direita de inconstitucionalidade, instituída pela Emenda 16/65, praticamente deixou a representação interventiva sem utilidade. Afinal, tratando-se de ato normativo, por que o Procurador-Geral da República iria propor ação direta interventiva, se pode, desde logo, ajuizar ação direta genérica cuja decisão, após passada em julgado, nulifica, com eficácia *erga omnes*, o ato impugnado, prescindindo de qualquer atividade do Presidente da República ou do Senado? Afinal, o Constituinte não atribuiu à ação direta interventiva o monopólio da proteção dos princípios constitucionais sensíveis. Também a ação direta genérica de inconstitucionalidade presta-se, e com vantagem, para promover a defesa dos princípios constitucionais em questão.

Analisadas as ações típicas do modelo *concentrado,* passa-se a tratar, daqui em diante, do sistema *difuso* de controle de constitucionalidade das normas do direito brasileiro.

2 O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle *difuso* de constitucionalidade, também chamado de controle *concreto*, *incidental*, *incidenter tantum*, *por via de defesa*, *por via de exceção* ou *sistema americano*, conforme observado, teve origem no caso *Marbury v. Madison*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1803.

Criação, portanto, da jurisprudência norte-americana, o modelo *incidental* de controle de constitucionalidade foi consagrado, no Brasil, pela primeira vez, na Constituição de 1891, vindo, posteriormente, a ser repetido nas Constituições que se seguiram.

O controle *difuso* decorre sempre da análise de um conflito de interesses, no qual o juiz ou tribunal apreciará a questão da (in)constitucionalidade de uma lei, suscitada em caráter incidental, a fim de afastar, ou não, sua aplicação no caso concreto.

No sistema *difuso*, a questão constitucional deve ser decidida pelo juiz ou tribunal antes mesmo do julgamento da controvérsia (pedido principal), razão pela qual ela é considerada uma *questão prejudicial*, diferentemente do que ocorre no controle *abstrato*, onde o controle de constitucionalidade é o objeto principal da demanda.

Originalmente, a arguição de inconstitucionalidade, em caráter incidental, era vista como um argumento a ser deduzido pelo réu, como fundamento de sua defesa para se livrar do cumprimento de uma norma a qual alegava ser incompatível com a Constituição. Daí, portanto, a denominação: controle exercido *por via de defesa* ou *por via de exceção*.

Portanto, ao invés de atacar diretamente o ato, o indivíduo aguardava, primeiro, que a autoridade exigisse o cumprimento da lei, por meio do Poder Judiciário, para, logo em seguida, em sua defesa, arguir a inconstitucionalidade da norma e pedir ao juiz que deixasse de aplica-la ao caso dos autos.

Atualmente, para Dirley da Cunha Júnior (2010, p. 106), pouco importa:

> se essa defesa é realizada passivamente, ou seja, pelo interessado residindo no polo passivo de alguma ação contra ele intentada, ou se ela se dá numa ação proposta pelo interessado, em posição ativa, atacando, desde logo, o ato violador a direito seu, já praticado ou simplesmente ameaçado de ser praticado, com fundamento em lei ou ato normativo inconstitucional.

Em complemento, Luís Roberto Barroso (2012) afirma que, além do réu:

> Também o *autor* de uma ação pode postular, em seu pedido inicial ou em momento posterior, a declaração incidental de inconstitucionalidade de uma norma, para que não tenha de se sujeitar a seus efeitos. Com a multiplicação das ações constitucionais e dos mecanismos de tutela preventiva (provimento liminar, medidas

> cautelares, tutela antecipada), esta ter-se-á tornado a hipótese mais corriqueira. [...] Também pode suscitar a questão constitucional o Ministério Público, quando seja parte ou oficie como *custos legis*, bem como terceiros que tenham intervindo legitimamente (assistente, litisconsorte, opoente).

Ainda a respeito de quem pode suscitar a inconstitucionalidade, interessante questão se mostra em relação ao reconhecimento desta de ofício pelo órgão julgador. É que, ainda que as partes tenham silenciado a respeito, pode o magistrado, nas instâncias originárias (primeiro e segundo grau de jurisdição), suscitar, *ex officio*, a inconstitucionalidade de uma determinada norma e deixar de aplica-la ao caso *sub judice*.

Inobstante, em sede de recurso extraordinário, a coisa muda de figura, pois, ante a falta de prequestionamento e de arguição, por parte do recorrente, acerca da inconstitucionalidade do ato normativo, a declaração de incompatibilidade da norma com a Constituição, de ofício pelo órgão julgador, deve ser vista com certo temperamento[4].

Não há limitações quanto à provocação da jurisdição constitucional incidental. Neste passo, o controle *difuso* pode ser realizado em qualquer ação, "desde que exista, ou possa existir, um litígio e para sua decisão seja mister o exame da eficácia da lei, pouco importa a forma processual adotada" (BITTENCOURT, 1949, p. 102).

Portanto, havendo um conflito de interesses (demanda subjetiva), não importa a natureza da ação (cível, criminal, constitucional, eleitoral, etc.), não importa o tipo de processo/procedimento (processo de conhecimento, processo de execução ou processo cautelar), a parte poderá suscitar a fiscalização incidental da constitucionalidade de um ato que repute inconstitucional e que afeta o direito subjetivo por ela vindicado na demanda.

Havia uma certa controvérsia a respeito da possibilidade da provocação da jurisdição constitucional incidental na ação civil pública, dada sua aptidão, por se tratar de uma ação coletiva, de gerar efeitos para além das partes no processo (*erga omnes*). Cogitou-se, então, que poderia haver, neste caso, um controle jurisdicional *em tese* travestido de controle incidental, que, como se sabe, é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, sendo vedado aos demais órgãos que integram o Judiciário brasileiro.

De todo modo, Luís Roberto Barroso explicita que tal discussão foi superada, prevalecendo o entendimento no sentido de ser cabível o controle incidental de constitucionalidade também na ação civil pública, "desde que, naturalmente, o objeto da demanda seja a tutela de uma pretensão concreta e não a declaração em tese da inconstitucionalidade da lei" (2012).

---

[4] STF, Primeira Turma, RE 117.805-PR, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 04/05/1993, DJ 27/08/1993.

O que o referido autor quis dizer foi o seguinte: admite-se o controle *difuso* na ação civil pública, desde que a questão constitucional configure tão-somente questão prejudicial ao objeto principal da demanda. O objeto da ação não pode ser a declaração de inconstitucionalidade de uma determinada norma, mas sim a resolução de um conflito de interesses ao qual tal ato normativo questionado se aplica.

Diferentemente do controle *abstrato*, perpetrado pelo Supremo Tribunal Federal, o controle *incidental*, exercido por qualquer órgão que integra o Poder Judiciário, permite a fiscalização acerca da constitucionalidade de leis ou atos normativos federais, estaduais ou municipais, inclusive, aqueles anteriores à Constituição, ainda que secundários, como, por exemplo, portarias, regulamentos ou resoluções.

Assim, pouco importa, *v.g.*, o fato de um tribunal estadual não estar apto a declarar a inconstitucionalidade de uma lei federal pela via principal ou, de outra sorte, que o Supremo Tribunal Federal não possa, por meio de ação direta, atestar a incompatibilidade de uma lei municipal em face da Constituição. Atuando no controle *incidental*, tanto o tribunal estadual quanto o STF não sofrerão limitações dessa natureza, podendo aferir, respectivamente, a constitucionalidade da norma federal e a constitucionalidade da norma municipal.

Conforme asseverado, o controle *difuso* pode ser realizado, no Brasil, por qualquer órgão do Poder Judiciário. Assim, tanto os magistrados, em primeira instância, quanto os tribunais (inclusive, os superiores e o Supremo Tribunal Federal) podem exercer tal mister, seja no exercício de sua competência originária ou recursal.

A faculdade para negar a aplicação de uma determinada norma ao caso concreto, em virtude de sua incompatibilidade com a Constituição, é desempenhada com maior simplicidade pelo magistrado singular. O juízo monocrático, dentro de sua função judicante, tem a liberdade para aferir, no caso *sub judice*, a constitucionalidade de um ato normativo quando este é questionado à luz da Constituição.

Tal exercício também pode ser efetuado pelos tribunais, todavia, com algumas particularidades. É que, para que possam declarar a inconstitucionalidade de uma lei, por meio da via incidental, os tribunais devem obediência ao chamado *princípio da reserva de plenário*[5], previsto no artigo 97, da Constituição Federal de 1988, o qual foi devidamente regulamentado pelos artigos 480 a 482, do Código de Processo Civil de 1973 (respectivamente, artigos 948 a 950 do Código de Processo Civil de 2015).

---

[5] Também chamado de *cláusula de reserva de plenário* ou regra do *full bench*.

A *cláusula de reserva de plenário* impõe que os tribunais somente poderão declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público pelo voto da *maioria absoluta* de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial, se houver. Assim, trocando palavras, nos referidos órgãos, a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo somente poderá ser declarada pelo pleno ou, caso exista, pelo órgão especial, mediante um *quórum qualificado* (maioria absoluta).

Isso significa que, em sentido contrário, caso o órgão fracionário venha a reconhecer a constitucionalidade do ato normativo impugnado, não se faz necessária a aplicação do *princípio da reserva de plenário*, ou seja, as câmaras ou turmas não precisarão remeter os autos ao plenário ou ao órgão especial.

Outrossim, acerca da necessidade da aplicação do artigo 97, da CF/1988, Luís Roberto Barroso (2012) aduz ainda que:

> Sempre que o órgão julgador afastar a incidência de uma norma, por considerá-la inconstitucional, estará procedendo a uma declaração de inconstitucionalidade, mesmo que o faça sem explicitar e independentemente de arguição expressa. Essa linha de entendimento, que é intuitiva, tem a chancela do Supremo Tribunal Federal, que em hipóteses diversas invalidou decisões de órgãos fracionários de tribunais inferiores, por violação ao art. 97 da Constituição.

Nessa linha de raciocínio, o STF chegou a editar a Súmula Vinculante n. 10, a qual dispõe que “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”.

Passo seguinte, interessa saber como é que se operacionaliza a aplicação da *cláusula de reserva de plenário*. Como dito, a matéria é regida pelos artigos 480 a 482 do CPC/1973, que foi praticamente repetida pelo CPC/2015 (artigos 948 a 950).

Seguindo a previsão destes dispositivos, verifica-se que o controle *difuso*, no tribunal, é realizado em duas etapas: a primeira perante o órgão fracionário e a segunda diante do plenário ou órgão especial.

De início, uma vez arguida a inconstitucionalidade, o relator, após a oitiva do Ministério Público, submeterá a questão à turma ou câmara, a que tocar o conhecimento do processo. Caso a alegação venha a ser rejeitada, o processo irá prosseguir normalmente, proferindo-se o julgamento.

De outra sorte, se a arguição for acolhida, ou seja, se o órgão fracionário considerar que a norma impugnada é inconstitucional, será lavrado o acórdão. Isso não basta para que seja afastada a incidência do ato normativo, já que a questão deve ser submetida, *incontinenti*, ao plenário do tribunal ou, onde houver, ao órgão especial. Aí sim, no plenário

(ou no órgão especial), haverá a deliberação acerca do tema, devendo ser observado o *quórum* de maioria absoluta para que seja proferida a declaração de inconstitucionalidade.

Após apreciada a questão, retomar-se-á o julgamento no órgão fracionário, que deverá respeitar o que restou decidido pelo pleno (ou pelo órgão especial). Assim, se a norma for declarada inconstitucional pelo pleno, esta não será aplicada. Do contrário, irá incidir normalmente sobre o caso em testilha.

Dessa forma, ocorre, segundo Dirley da Cunha Júnior (2010, p. 148-149), uma *divisão funcional de competência*:

> entre o plenário (ou órgão especial) e o órgão fracionário (turma ou câmara), tocando àquele a competência para decidir sobre a inconstitucionalidade da lei ou ato questionado e a este deliberar, à vista do que houver definido o plenário, a respeito da causa. A decisão do plenário que resolve o incidente de inconstitucionalidade é irrecorrível.

Levando em conta a explicação do referido autor, insta salientar que, embora não caiba recurso da decisão do plenário (ou do órgão especial), a impugnação da questão constitucional poderá ser feita posteriormente, quando da interposição do recurso contra o acórdão do órgão fracionário que julgar definitivamente a lide.

Além disso, seguindo a mesma linha do controle *concentrado*, o Código de Processo Civil[6] admite, no incidente de inconstitucionalidade instaurado junto ao plenário (ou ao órgão especial), a manifestação do Ministério Público, das pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, dos titulares do direito de propositura referidos no artigo 103, da CF/1988 ou de outros órgãos ou entidades (figura do *amicus curiae*), observados os prazos e as condições fixadas no regimento interno do tribunal.

Como destacou Hely Lopes Meirelles, Arnoldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes (2009, p. 615):

> Tem-se, assim, oportunidade para uma efetiva abertura do processo de controle de constitucionalidade incidental, que passa, nesse ponto, a ter uma estrutura semelhante à dos processos de índole estritamente objetiva (ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e argüição de descumprimento de preceito fundamental).

O princípio da *reserva de plenário* poderá deixar de ser aplicado pelo órgão fracionário quando já houver pronunciamento do pleno do tribunal ou de seu órgão especial ou, ainda, do plenário do Supremo Tribunal Federal a respeito da arguição de inconstitucionalidade.

Esse entendimento, que, num primeiro momento, foi construído pela

---

[6] CPC/1973 – artigo 482, §§ 1º, 2º e 3º (incluídos pela Lei 9.868/99) e CPC/2015 – artigo 950, §§ 1º, 2º e 3º.

jurisprudência do STF, passou a constar expressamente no artigo 481, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 1973[7], o qual foi incluído pela Lei 9.756/1998.

A mitigação da *cláusula de reserva de plenário* tem por escopo a consagração dos primados da celeridade, da economia processual e da segurança jurídica, bem como uma melhor racionalização da prestação jurisdicional.

Trata-se de um verdadeiro contrassenso exigir que o órgão fracionário submeta a questão constitucional ao pleno ou ao órgão especial quando já houver manifestação destes ou do plenário do Pretório Excelso a respeito do tema, pois, de duas uma:

> ou o plenário abonaria a decisão do STF, e nesse caso o incidente seria mera formalidade, perfeitamente dispensável; ou votaria em sentido oposto, e nesse caso se estabeleceria uma situação de confronto que, desnecessariamente, obrigaria o vencido a recorrer ao Supremo, onde, fatalmente, o recurso seria provido. (ZAVASCKI, 2001, p. 36).

Nesta esteira, já sabendo qual seria o resultado da arguição de inconstitucionalidade, revela-se dispensável a incidência do disposto no artigo 97, da CF/1988, bastando que a câmara ou a turma aplique o entendimento firmado pelo próprio tribunal ou pelo guardião da constituição[8].

Analisadas estas questões, focar-se-á no controle *difuso* exercido pelo Supremo Tribunal Federal. A mencionada Corte, embora tenha a competência para efetuar o controle *abstrato* de constitucionalidade das normas (via ação direta), também poderá realizar a fiscalização *incidental*, como todos os demais órgãos que integram o Poder Judiciário.

Observa-se, porém, que o controle realizado no STF detém algumas particularidades. A *cláusula de reserva de plenário*, por exemplo, também é aplicada à referida Corte, todavia, de maneira distinta em relação aos outros tribunais da nação.

Explicando essa diferença, Luís Roberto Barroso (2012) aponta que:

> O incidente de constitucionalidade perante a Corte, no entanto, não segue o procedimento do CPC, mas sim o do Regimento Interno do STF (arts. 176 a 178). A submissão da arguição de inconstitucionalidade ao plenário, a ser feita por qualquer das duas turmas, independe de acórdão, devendo apenas ser previamente ouvido o Procurador-Geral da República. Após decidir a prejudicial de inconstitucionalidade, o plenário julgará diretamente a causa, sem devolvê-la ao órgão fracionário, como ocorre nos demais tribunais. Declarada incidentalmente a inconstitucionalidade, com o *quorum* constitucional de maioria absoluta, far-se-á a comunicação à autoridade ou órgão interessado e, depois do trânsito em julgado, ao Senado Federal, para os fins do art. 52, X.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal poderá exercer a fiscalização concreta de leis e atos normativos em processos de sua competência originária (artigo 102, I,

---

[7] Norma repetida no artigo 949, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 2015.
[8] STF, Tribunal Pleno, ARE 914.045, rel. Min. Edson Fachin, j. 15/10/2015, DJe 18/11/2015.

da CF/1988), no julgamento de recursos ordinários (artigo 102, II, da CF/1988) e em sede de recurso extraordinário (artigo 102, III, da CF/1988).

Como o controle *difuso* de constitucionalidade é efetuado, na maioria dos casos, por meio do julgamento de recursos extraordinários, convém analisá-lo com mais vagar.

Nos moldes do artigo 102, III, da CF/1988, caberá recurso extraordinário nas causas decididas em única ou última instância quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo da Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Ocorre que, para que o recurso extraordinário seja admitido, não basta se adequar a uma das hipóteses acima indicadas. Após a Emenda Constitucional n. 45/2004, passou-se a exigir também o preenchimento de um requisito adicional de admissibilidade. Está-se a falar do instituto da *repercussão geral*, inserto no artigo 102, §3º, da CF/1988, o qual 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 (BRASIL, 2015a).

O instituto da *repercussão geral* foi regulamentado pela Lei 11.418/2006[9], a qual acrescentou o artigo 543-A ao Código de Processo Civil de 1973, que passou a ter a seguinte redação:

> Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.
> §1º 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.
> §2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral.
> §3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.
> §4º Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário.
> §5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.
> §6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

[9] O referido instituto também se encontra disciplinado no âmbito do Regimento Interno do STF por intermédio da Emenda Regimental n. 31/2007.

> §7º A Súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão.

Note-se que tais dispositivos são, praticamente, autoexplicativos.

O requisito da *repercussão geral* foi criado justamente para tentar racionalizar o imenso volume de trabalho que aportava, e ainda aporta, todos os dias no Supremo Tribunal Federal.

Como é de se notar, tratou-se de uma tentativa de otimizar a atuação da Corte Suprema, a fim de que esta possa se concentrar no debate de assuntos de maior impacto social (MEIRELLES; WALD; MENDES, 2009, p. 628).

Sob esse prisma, de objetivação do recurso extraordinário, a Lei 11.418/2006 acrescentou ainda o artigo 543-B ao Código de Processo Civil de 1973 o qual prevê que:

> 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.

Aqui, merece destaque o disposto no §4º supra, o qual aponta para uma possível vinculação das instâncias inferiores em relação à decisão proferida pelo Supremo Tribunal em sede de recurso extraordinário admitido com repercussão geral.

Sobre esse assunto, Luís Roberto Barroso (2012) conclui que:

> Embora essa previsão pareça sugerir a possibilidade de atuação imediata da Corte, a jurisprudência caminhou no sentido de afirmar que a reforma ou cassação da decisão incompatível com o precedente deverá ocorrer em sede de eventual recurso extraordinário, não se justificando o uso automático da reclamação. De toda forma, a indicação do legislador é clara e aponta no sentido de uma desejável vinculação lógica dos juízos inferiores às decisões da Suprema Corte — vinculação fundada em um imperativo de racionalidade e isonomia, sem prejuízo de se admitirem exceções diante de motivos relevantes, devidamente demonstrados —, embora não seja possível dizer que tenha sido estabelecida uma vinculação jurídica formal.

É justamente por esse motivo que o requisito da *repercussão geral* pode ser considerado como um instrumento que também almeja maximizar a objetivação do controle *difuso*, fazendo com que a decisão proferida em sede de recurso extraordinário transcenda o

caso dos autos, atingindo outras demandas que tenham idêntico objeto.

Passo seguinte, vale tratar a respeito dos efeitos da decisão proferida no controle *difuso-incidental* de constitucionalidade, bem como o papel a ser desempenhado pelo Senado Federal nesta espécie de controle. Dada a sua importância, verificar-se-á a questão em item próprio.

2.1 Os efeitos das decisões e o papel do Senado Federal no sistema difuso

Acerca dos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade de um ato normativo, preleciona Alfredo Buzaid (1958, p. 128) que:

> Sempre se entendeu entre nós, de conformidade com a lição dos constitucionalistas norte-americanos, que toda lei, adversa à Constituição, é *absolutamente nula; não simplesmente anulável.* A eiva de inconstitucionalidade a atinge no berço, fere-a *ab initio.* Ela não chegou a viver. Nasceu morta. Não teve, pois, nenhum único momento de validade.

Isso quer dizer que, decretada a nulidade de lei, dada a sua incompatibilidade com a Constituição, esta decisão terá efeito *ex tunc*, ou seja, eficácia retroativa. Tal entendimento, conforme esposado, vale tanto para o controle *abstrato* de constitucionalidade, como também para a fiscalização *concreta* das normas. Esta última, com ainda mais razão, afinal, trata-se do modelo inspirado no sistema norte-americano, precursor da teoria da nulidade da norma declarada inconstitucional.

Assim, aplicando a teoria da nulidade ao controle *incidental*, não restam dúvidas de que o juiz, ao solucionar a lide, deve dar a essa conclusão efeitos *ex tunc* (retroativos), já que a norma inconstitucional não deve gerar direitos ou obrigações legitimamente exigíveis.

Nada obstante, tal teoria, também em relação ao controle *difuso*, não é absoluta. Esclarece Luís Roberto Barroso (2012) que:

> o Supremo Tribunal Federal tem precedentes, alguns relativamente antigos, nos quais, em controle incidental, deixou de dar efeitos retroativos à decisão de inconstitucionalidade, como consequência da ponderação com outros valores e bens jurídicos que seriam afetados. Nos últimos anos, multiplicaram-se estes casos de modulação dos efeitos temporais, por vezes com a invocação analógica do art. 27 da Lei n. 9.868/99 e outras vezes sem referência a ele. Aliás, a rigor técnico, a possibilidade de ponderar valores e bens jurídicos constitucionais não depende de previsão legal.

Ademais, levando em conta que o controle *incidental* é exercido pelo juiz ou

tribunal no desempenho regular de sua função jurisdicional, uma vez transitada em julgado a decisão que soluciona a lide, sua eficácia subjetiva fica limitada às partes envolvidas no litígio, não podendo atingir terceiros.

Isso quer dizer que, no modelo *difuso*, a decisão que decreta a inconstitucionalidade de uma norma, como questão incidental, gera efeitos somente *inter partes*, segundo entendimento extraído do artigo 472, do Código de Processo Civil de 1973[10].

Assim, embora declarado inconstitucional em relação às partes, a lei ou ato normativo impugnado continuará a vigorar e produzir efeitos relativamente a outras situações e pessoas, a menos que, do mesmo modo, se provoque a jurisdição constitucional, logrando estas pessoas obter idêntico pronunciamento (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 151).

É claro que esse tipo de situação que admite, ao mesmo tempo, a existência de leis ou atos normativos inconstitucionais para uns e constitucionais para outros, causou, e ainda causa, inúmeros problemas.

E mais, paralelo a isso, dada a abrangência do controle *difuso*, que, conforme analisado, pode ser realizado por qualquer órgão do Poder Judiciário, sempre existiu o risco do surgimento de decisões contraditórias em relação ao mesmo ato normativo, ora afirmando sua constitucionalidade, ora decretando sua incompatibilidade com a Constituição, em casos absolutamente idênticos.

Tais dificuldades eram superadas, no direito norte-americano, com a adoção da doutrina do *stare decisis*, cuja consequência prática era a de atribuir eficácia *erga omnes* às decisões da Corte Suprema em matéria constitucional. Nos Estados Unidos, por força do *stare decisis*, a decisão proferida pela Suprema Corte, ainda que na análise de um caso concreto (via incidental), gera um precedente que vincula todos os demais órgãos do Poder Judiciário, e não somente as partes.

Porém, no Brasil, isso jamais existiu. Embora tenha adotado o modelo norte-americano de controle de constitucionalidade, o direito brasileiro sempre teve suas bases fincadas na tradição romano-germânica da *civil law*, o que lhe afastava de uma cultura de valorização dos precedentes judiciais, tal qual preconizava o *stare decisis* nos Estados Unidos.

Destarte, desprovido do *stare decisis*, o Brasil teve que buscar seu próprio caminho para ampliar a eficácia das decisões proferidas no controle *incidental*, a fim de evitar os problemas acima descritos.

---

[10] Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros [...]. Nesse mesmo sentido: artigo 506, do Código de Processo Civil de 2015.

A solução encontrada pelo legislador pátrio foi conferir ao Senado Federal a competência para suspender a execução de lei ou ato, deliberação ou regulamento, que fossem declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário. Essa previsão, conforme estudado no item 1.3, surgiu pela primeira vez na Constituição de 1934, sendo mantida, com algumas pequenas alterações, nas constituições subsequentes (exceto pela de 1937, pelas razões já analisadas).

Porém, antes de prosseguir, revela-se de suma importância entender quais foram os motivos que levaram o constituinte de 1934 a adotar tal sistemática, ou seja, a conferir a competência ao Senado Federal para que dê eficácia *erga omnes* às decisões declaratórias de inconstitucionalidade proferidas *incidenter tantum*.

Para auxiliar na compreensão do contexto histórico vivido à época pelo Brasil, vale trazer à baila as lições de Ana Valderez Ayres Neves de Alencar, as quais retratam toda a discussão travada na assembleia constituinte que precedeu a Carta de 1934.

Num primeiro momento, a referida autora (1978, p. 233-236) retrata a preocupação dos constituintes de 1934 em relação às dificuldades enfrentadas pelo modelo de controle de constitucionalidade brasileiro, principalmente por conta da restrita eficácia das decisões proferidas pelo Poder Judiciário.

Como uma das respostas ao problema, Ana Valderez Ayres Neves de Alencar (1978, p. 237-245) destaca a emenda proposta pelo Deputado Nilo de Alvarenga, a qual visava a criação de um tribunal constitucional, cuja atuação seguiria, de certa forma, o modelo austríaco propagado por Hans Kelsen. Segundo o autor da emenda, a criação deste tribunal especial se justificava ante o receio que existia à época de conferir ao Poder Judiciário a faculdade de decretar a nulidade de leis ou atos emanados do Poder Público com eficácia *erga omnes*. Temia-se que, caso isso ocorresse, estar-se-ia implantando uma *ditadura judiciária no país*.

Embora interessante o registro histórico, a proposta do Deputado Nilo de Alvarenga acabou cedendo à força do controle difuso então em vigor há mais de quarenta anos e, por conseguinte, foi rejeitada pelos demais legisladores constituintes.

Já que a criação de uma corte constitucional fora rechaçada, os constituintes resolveram, então, conferir ao Senado Federal a competência para suspender a eficácia do ato normativo declarado inconstitucional pelo Poder Judiciário. E, por que o Senado Federal? Pois era ele o órgão que exercia à época a função de coordenação entre os poderes da república, nos termos do artigo 98, da Constituição de 1934 (ALENCAR, 1978, p. 263).

Conquanto a função de coordenador dos poderes não tenha persistido nas Constituições seguintes, acabou, por outro lado, subsistindo a competência do Senado Federal

para suspender a execução ato normativo declarado inconstitucional pelo Poder Judiciário.

Partindo desse pressuposto, hodiernamente, a Constituição de 1988 prevê, em seu artigo 52, X, a competência *privativa* do Senado Federal para "suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal" (BRASIL, 2015a).

Durante anos, muito se discutiu a respeito dessa função exercida pelo Senado Federal, tendo a doutrina e a jurisprudência chegado à alguma conclusões.

A primeira delas diz respeito à finalidade do ato suspensivo praticado pelo Senado Federal quando uma norma for declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Para que serve o ato suspensivo da Casa Alta, que, hoje em dia, é praticado por meio de resolução?

O escopo do ato nada mais é do que conferir eficácia *erga omnes* (contra todos) à decisão definitiva do STF que declara a inconstitucionalidade de uma lei, que até então produzia efeitos somente *inter partes*, tendo em vista que fora proferida em um processo judicial concreto, em sede de controle *difuso*.

Igual conclusão chegou Paulo Brossard (1976, p. 91) ao afirmar que o Senado Federal "ao suspender a execução da norma questionada, faz valer para todos o que era circunscrito às partes litigantes, confere efeito geral ao que era particular, em uma palavra, generaliza os efeitos de uma decisão singular".

Em segundo lugar, convém definir a quem compete a comunicação do Senado Federal acerca da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Embora não haja previsão expressa na Constituição, entende-se que incumbe ao próprio Supremo, uma vez transitada em julgado sua decisão, comunicar a Câmara Alta do Congresso a respeito da declaração de inconstitucionalidade de lei em sede de controle *incidental*. Providência esta que, inclusive, encontra previsão no artigo 178 do Regimento Interno da Corte.

Não obstante, tal comunicação também pode ser efetuada pelo Procurador-Geral da República que, aliás, era quem exercia essa função ao tempo da Constituição de 1934, conforme disposição expressa do artigo 96 da referida Carta.

Ademais, admite-se ainda que o próprio Senado Federal pode, após tomar ciência da decisão do STF, dar início, de ofício, ao procedimento visando a suspensão da execução do ato normativo declarado inconstitucional, consoante as disposições previstas nos artigos 386 a 388 de seu regimento interno.

Em terceiro, interessa saber se a competência do Senado Federal é limitada à declaração de inconstitucionalidade oriunda do controle *difuso-incidental* ou se também

alcança as decisões proferidas em sede de controle *abstrato*. Nesse particular, ensina Dirley da Cunha Júnior (2010, p. 153) que:

> Em que pese a existência de certa divergência no passado, atualmente não há mais dúvida de que a competência do Senado restringe-se ao controle incidental, até porque a decisão do Supremo Tribunal em controle principal produz imediata e automaticamente efeitos *erga omnes*.

Em quarto, indaga-se se a competência da Casa Alta fica restrita somente a suspensão da execução de *lei* e, mais do que isso, se ela pode se projetar também aos atos normativos estaduais e municipais. Elucidando a questão, Luís Roberto Barroso (2012) preconiza que:

> a despeito da dicção restritiva do art. 52, X, que se refere apenas à *lei* declarada inconstitucional, a interpretação dada ao dispositivo tem sido extensiva, para incluir todos os atos normativos de quaisquer dos três níveis de poder, vale dizer, o Senado também suspende atos estaduais e municipais.

Em quinto, verifica-se que não há um prazo fixado pela Constituição para que o Senado Federal suspenda a execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo. Nesse sentido, surge a discussão acerca da obrigatoriedade da suspensão, ou seja, se o Senado tem o *dever* ou a *faculdade* de exercer a sua competência.

Segundo Luís Roberto Barroso (2012) e Clèmerson Merlin Clève (2000, p. 121-122), a atuação do Senado Federal tem caráter discricionário (não vinculativo), isto é, está sujeita ao juízo de conveniência e oportunidade por parte da referida casa legislativa. O Senado não está obrigado a editar a resolução suspensiva. Trata-se de um ato político, não sujeito a prazo, sendo esta, inclusive, a posição do próprio Supremo Tribunal Federal[11].

Conquanto reconheça que o entendimento supra é predominante, Dirley da Cunha Júnior (2010, p. 155-156) ressalva a existência de posicionamentos contrários na doutrina, tais como: Lúcio Bittencourt, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Alfredo Buzaid, Celso Ribeiro Bastos, Zeno Veloso, Lenio Luiz Streck, entre outros. O referido autor acrescenta ainda que:

> A propósito do tema, entendemos, na esteira da opinião destes autores, que se cuida de uma competência vinculada do Senado, que tem o *dever jurídico-constitucional* de suspender a execução do ato declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Não podemos olvidar as razões que ensejaram o Constituinte de 1934 e os Constituintes de 46, 67 (inclusive da Emenda n° 01/69) e de 88 a instituírem essa atribuição do Senado, com vistas a prevenir a pletora de ações judiciais e a possibilidade de existirem decisões judiciais conflitantes, com o consequente e lamentável estado de insegurança jurídica. De modo que, entender como discricionária ou facultativa essa atribuição, é desconsiderar tais razões, com o reconhecimento de que o Senado pode, ao seu mero talante, decidir se confere efeitos gerais a uma decisão *inter partes* do Supremo Tribunal, evitando todos aqueles inconvenientes, ou se não os confere, deixando abertas as vias geradoras da

[11] STF, Tribunal Pleno, MS 16.512, rel. Min. Oswaldo Trigueiro, j. 25/05/1966, DJ 31/08/1966.

> incerteza do direito. Ademais, aceitar a liberdade do Senado para suspender, ou não, a execução de ato declarado inconstitucional pelo STF consiste em admitir que uma consideração exclusivamente política sobrepõe-se a um exame jurídico acerca da inconstitucionalidade (2010, p. 156).

Outro tema polêmico (sexto) diz respeito à natureza dos efeitos do ato do Senado Federal que suspende a execução da lei declarada inconstitucional. Estes seriam *ex tunc* ou *ex nunc*?

Novamente, para responder a essa indagação, vale considerar as lições de Dirley da Cunha Júnior (2010, p. 154-155). Segundo o mencionado autor, há forte divergência na doutrina a respeito do tema. Enquanto Gilmar Mendes, Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso advogam que a deliberação do Senado Federal produz efeitos retroativos (*ex tunc*)[12], outra parcela da doutrina, como Themístocles Brandão Cavalcanti, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Luiz Alberto David Araújo, Vidal Serrano Nunes Júnior, José Afonso da Silva, Regina Maria Macedo Nery Ferrari e Lenio Luiz Streck defendem que tais efeitos seriam prospectivos (*ex nunc*).

Nas palavras de Dirley da Cunha Júnior (2010, p. 154-155):

> O Supremo Tribunal Federal, porém, já decidiu no sentido de que 'a suspensão da vigência da lei por inconstitucionalidade toma sem efeito todos os atos praticados sob o império da lei inconstitucional'. *Data venia* da maioria, se a competência do Senado em suspender a execução de lei declarada incidentemente inconstitucional pelo STF deveu-se ao fato de se pretender obviar aqueles inconvenientes (possibilidade de decisões contraditórias, etc.) propiciados pelo sistema americano, quando seguido por países carentes do *stare decisis*, compartilhamos da orientação segundo a qual a resolução do Senado produz efeitos *ex tunc* ou retroativos. E isso significa apenas que cumpre ao Senado tão-somente emprestar eficácia geral à decisão do Supremo Tribunal Federal, que fica, assim, valendo para todos, com todos os seus efeitos, inclusive os retroativos, como se a lei jamais houvesse existido.

Em sétimo lugar, incumbe examinar a extensão da deliberação do Senado Federal. Segundo a Constituição, a citada casa legislativa tem competência para suspender a execução, no todo ou em parte, da lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo. A abrangência desse dispositivo é elucidada por Clèmerson Merlin Clève (2000, p. 121) no seguinte trecho de sua obra:

> Sustenta Pontes de Miranda que 'suspende ele a parte que foi apontada como inconstitucional, ou o todo, que o foi; e nunca o todo porque uma parte o foi'. Todavia, não está o Senado impedido de suspender a execução de parte apenas declarada, por inteiro, inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Sendo assim, o Senado Federal deve respeitar aquilo que foi definido pela decisão do Supremo. Isso significa que a casa legislativa, embora possa ficar aquém do que

---

[12] Nesse sentido também se manifestou o STF no RMS 17.976/SP, Terceira Turma, rel. Min. Amaral Santos, j. 13/09/1968, DJ 16/09/1969.

foi decidido pelo STF, não poderá ir além, suspendendo a execução de norma (ou parte dela) que não fora declarada inconstitucional em sede de controle *incidental*.

Essas são as principais questões que envolvem o artigo 52, X, da CF/1988 e a respectiva competência do Senado Federal para suspender a execução de uma lei declarada inconstitucional pelo Supremo em sede de controle *difuso* de constitucionalidade.

Todavia, ainda há uma última discussão, justamente deixada para o final por ser a mais importante, que trada da chamada *teoria da abstrativização do controle difuso*.

Em linhas gerais, essa teoria foi levantada no Supremo Tribunal Federal pelo ministro Gilmar Ferreira Mendes e tem por escopo atribuir eficácia *erga omnes* às decisões proferidas no controle *difuso* de constitucionalidade, sem que haja a necessidade de interferência por parte do Senado Federal, cuja resolução serviria tão somente para conferir publicidade à decisão da Corte.

O tema será tratado no item que segue, juntamente com a análise do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal na Reclamação 4335/AC, a fim de que se possa identificar quais são as bases e os respectivos fundamentos dessa nova visão acerca da eficácia das decisões oriundas da fiscalização *concreta* de normas no direito brasileiro.

2.2 A *teoria da abstrativização do controle difuso* e a Reclamação 4335/AC

Este tópico será dedicado à apresentação da *teoria da abstrativização do controle difuso*. Para tanto, far-se-á a análise do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal na Reclamação 4335/AC.

É por meio desse acórdão que será possível entender quais são os contornos e os fundamentos da indigitada teoria, a qual pode ser extraída principalmente do voto proferido pelo ministro Gilmar Ferreira Mendes.

De proêmio, mister se faz identificar qual foi a situação concreta enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal que trouxe à tona a discussão a respeito do papel do Senado Federal em sede de controle *incidental* de constitucionalidade.

O caso era o seguinte: tratava-se de uma reclamação, ajuizada pela Defensoria Pública do Estado do Acre em face da decisão proferida pelo juiz de direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco/AC, que indeferiu o pedido de progressão de regime em favor de diversos condenados que cumpriam pena de reclusão em

regime integralmente fechado, em decorrência da prática de crimes hediondos.

A reclamação tinha por fundamento a alegação de descumprimento da decisão do Supremo Tribunal Federal proferida no HC 82.959, que, ao considerar inconstitucional o artigo 2º, §1º, da Lei 8.072/1990, afastou a vedação de progressão de regime aos condenados pela prática de crimes hediondos. Assim, por meio da reclamação, a Defensoria almejava que fosse concedida a progressão de regime aos apenados por ela indicados.

Por outro lado, o juízo de primeira instância sustentou sua posição no sentido de indeferir o pedido de progressão, tendo em vista que a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo da Lei dos Crimes Hediondos fora dada em sede de controle *difuso* de constitucionalidade, razão pela qual produziria efeitos somente *inter partes*, ou seja, somente em relação aos sujeitos que integravam os polos da indigitada demanda. Para que a decisão se aplicasse aos demais casos, segundo o magistrado, seria necessário que o Senado Federal, nos termos do artigo 52, X, da CF/1988, suspendesse a execução do ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo, o que não teria ocorrido.

O processo foi distribuído ao gabinete do ministro Gilmar Ferreira Mendes, relator do caso, que proferiu, em 2007, um extenso voto tratando, conforme já observado, a respeito do papel do Senado Federal no controle *incidental* de constitucionalidade.

2.2.1 O voto do ministro Gilmar Ferreira Mendes

Após elaborar o relatório, o ministro Gilmar Ferreira Mendes inicia o seu voto chamando atenção para o que fora decidido no referido HC 82.959, bem como para a alegação da reclamante no sentido de que o reclamado teria afixado em vários pontos das dependências do Fórum de Rio Branco/AC comunicado com os seguintes dizeres:

> Comunico aos senhores reeducandos, familiares, advogados e comunidade em geral, que A RECENTE DECISÃO PLENÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL proferida nos autos do 'habeas corpus' nº 82.959, A QUAL DECLAROU A INCONSTITUCIONALIDADE DO DISPOSITIVO DA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS QUE VEDAVA A PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL (ART. 2º, § 1º DA Lei 8.072/907), SOMENTE TERÁ EFICÁCIA A FAVOR DE TODOS OS CONDENADOS POR CRIMES HEDIONDOS OU A ELES EQUIPARADOS QUE ESTEJAM CUMPRINDO PENA, a partir da expedição, PELO SENADO FEDERAL, DE RESOLUÇÃO SUSPENDENDO A EFICÁCIA DO DISPOSITIVO DE LEI declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal

> Federal, nos termos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal. Rio Branco, 02 de março de 2.006. Marcelo Coelho de Carvalho Juiz de Direito. (BRASIL, 2015d)[13].

Entendendo ser cabível a reclamação, o mencionado ministro passou, então, a tecer algumas considerações acerca do papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade. Segundo ele, a suspensão da execução pelo Senado de uma norma declarada inconstitucional pelo STF teria sido a forma definida pelo constituinte para conferir eficácia *erga omnes* às decisões definitivas sobre inconstitucionalidade.

Passando por discussões já abordadas no presente trabalho, como os efeitos e a natureza da resolução do Senado Federal que declara suspensa a execução de lei ou ato normativo, Gilmar Ferreira Mendes conclui que:

> O Senado Federal não revoga o ato declarado inconstitucional, até porque lhe falece competência para tanto. Cuida-se de ato político que empresta eficácia *erga omnes* à decisão do Supremo Tribunal proferida em caso concreto. Não se obriga o Senado Federal a expedir o ato de suspensão, não configurando eventual omissão ou qualquer infringência a princípio de ordem constitucional. Não pode a Alta Casa do Congresso, todavia, restringir ou ampliar a extensão do julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal.

Posteriormente, o ministro registra ainda uma primeira tentativa de conferir eficácia *erga omnes* à decisão do STF no controle *difuso*, sem que haja a necessidade de interferência do Senado Federal. Tratava-se do projeto que resultou na Emenda n. 16/1965, o qual pretendia dar uma nova disciplina ao instituto da suspensão, já que previa uma novel redação ao artigo 64 da Constituição vigente à época.

De acordo com o projeto, o artigo 64 passaria a ter a seguinte redação: "Incumbe ao Presidente do Senado Federal, perdida a eficácia de lei ou ato de natureza normativa (art. 101, §3º), fazer publicar no Diário Oficial e na Coleção das leis a conclusão do julgado que lhe for comunicado".

A proposta, lembra Gilmar Ferreira Mendes, acabou sendo rejeitada, permanecendo a sistemática até então vigente, ou seja, para que a decisão do Supremo Tribunal Federal, que declarasse a inconstitucionalidade de um ato normativo por meio da fiscalização *incidental*, tivesse eficácia contra todos, imprescindível se mostrava a atuação do Senado Federal. O mesmo, contudo, não valia para as decisões proferidas em sede de controle *abstrato* de constitucionalidade, as quais detinham eficácia geral independentemente de manifestação por parte do órgão legislativo.

Outrossim, visando demonstrar o enfraquecimento da suspensão da

---

[13] A fim de evitar a prolixidade e melhorar a fluência do texto, sempre que houver uma nova citação, não se fará a indicação da referência, embora fique o leitor ciente de que todas as que constarem no presente capítulo, daqui para frente, dizem respeito à Reclamação 4335/AC, do Supremo Tribunal Federal.

execução, pelo Senado Federal, de lei declarada inconstitucional pelo Supremo, ao tempo da Constituição de 1988, o juiz do Pretório Excelso aduz que:

> A amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de que se suspenda, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, contribuíram, certamente, para que se quebrantasse a crença na própria justificativa desse instituto, que se inspirava diretamente numa concepção de separação de Poderes - hoje inevitavelmente ultrapassada. Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de uma Emenda Constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão somente para as partes?

Para o ministro, a única resposta plausível para a questão levantada é a de que o instituto da suspensão pelo Senado subsiste por razões de *índole exclusivamente histórica*.

Gilmar Ferreira Mendes elenca ainda outras situações que apontam para a obsolescência do instituto da suspensão da execução pela Casa Alta do Congresso da lei declarada inconstitucional. Dentre elas, verificam-se os casos em que, ao invés de declarar a inconstitucionalidade do ato normativo, o STF simplesmente: a) determina a forma pelo qual a norma deve ser interpretada; b) adota uma interpretação conforme a Constituição, restringido o significado de certa expressão literal ou colmatando uma lacuna contida no regramento ordinário; ou, ainda, c) declara a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, explicitando que um significado normativo é inconstitucional sem que a expressão literal venha a sofrer qualquer alteração.

Nestas hipóteses, como não há a declaração de inconstitucionalidade do ato impugnado, mas tão-somente a fixação da interpretação acerca de seus significados normativos, a suspensão da execução da lei pelo Senado Federal se revela totalmente problemática.

Paralelo a isso, o destacado ministro fala também a respeito da repercussão da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF sobre as decisões de outros tribunais. Nesse particular, a condução do voto fica adstrita à análise da necessidade (ou não) de aplicação da *cláusula de reserva de plenário* (artigo 97, da CF/1988), na hipótese de já existir posicionamento da Corte Suprema acerca da (in)constitucionalidade da norma questionada.

Partindo desse pressuposto, o relator expõe alguns julgados da Corte Suprema que atestam a desnecessidade de aplicação do artigo 97, da CF/1988, quando o aludido tribunal já houver se manifestado a respeito da compatibilidade do ato normativo com a Constituição, mitigando-se, assim, a incidência do princípio da *reserva de plenário* em prol

dos primados da economia, da celeridade e da segurança jurídica.

Nas palavras do ministro:

> Esse entendimento marca uma evolução no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, que passa a equiparar, praticamente, os efeitos das decisões proferidas nos processos de controle abstrato e concreto. A decisão do Supremo Tribunal Federal, tal como colocada, antecipa o efeito vinculante de seus julgados em matéria de controle de constitucionalidade incidental, permitindo que o órgão fracionário se desvincule do dever de observância da decisão do Pleno ou do Órgão Especial do Tribunal a que se encontra vinculado. Decide-se autonomamente com fundamento na declaração de inconstitucionalidade (ou de constitucionalidade) do Supremo Tribunal Federal proferida *incidenter tantum*.

Após analisar essas questões, Gilmar Ferreira Mendes chega ao ponto fulcral de sua tese, ao apontar que teria ocorrido, no caso do artigo 52, X, da CF/1988, a chamada *mutação constitucional*.

De acordo com o ministro, as reflexões acima apresentadas recomendam uma releitura do papel do Senado Federal no processo de controle *incidental* de constitucionalidade. Primeiro, porque quando o instituto foi criado, em 1934, dominava uma determinada concepção de divisão dos poderes, que, há muito, já se encontra superada.

Segundo, porque a suspensão da execução por parte do Senado de lei declarada inconstitucional *incidenter tantum* pelo Supremo perdeu grande parte de seu significado com a introdução, por meio da Emenda Constitucional n. 16/1965, do controle *concentrado* de normas no ordenamento jurídico brasileiro. Situação esta, que se agravou ainda mais quando a Constituição de 1988 ampliou sobremaneira o rol de legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade.

Nesse sentido, salientando a prevalência, a partir da Constituição de 1988, do modelo *abstrato* de controle de constitucionalidade, o referido julgador afirma que:

> A ampla legitimação, a presteza e a celeridade desse modelo processual, dotado inclusive da possibilidade de se suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido de cautelar, fazem com que as grandes questões constitucionais sejam solvidas, na sua maioria, mediante a utilização da ação direta, típico instrumento do controle concentrado. Assim, se continuamos a ter um modelo misto de controle de constitucionalidade, a ênfase passou a residir não mais no sistema difuso, mas no de perfil concentrado.

Terceiro, pois o ministro chama atenção para uma incoerência técnica verificada entre a teoria da nulidade da norma declarada inconstitucional, propagada pela doutrina nacional, e o papel do Senado Federal na suspensão da execução da lei. Ocorre que, se doutrina e jurisprudência entendiam que o ato normativo inconstitucional era *ipso jure* nulo, deveriam ter sustentado, segundo Gilmar Ferreira Mendes, que o ato de suspensão a ser praticado pela Casa Alta seria destinado tão-somente a conferir publicidade à decisão do Supremo Tribunal Federal.

O juiz lembra ainda que essa foi a posição sustentada, isoladamente, por Lúcio Bittencourt, o qual afirmava que:

> Se o Senado não agir, nem por isso ficará afetada a eficácia da decisão, a qual continuará a produzir todos os seus efeitos regulares que, de fato, independem de qualquer dos poderes. O objetivo do art. 45, IV da Constituição - a referência é ao texto de 1967 - é apenas tornar pública a decisão do tribunal, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos. Dizer que o Senado 'suspende a execução' da lei inconstitucional é, positivamente, impropriedade técnica, uma vez que o ato, sendo 'inexistente' ou 'ineficaz', não pode ter suspensa a sua execução.

Nessa linha, o ministro defendeu que a atribuição de funções substantivas ao Senado (suspensão da execução da lei) contraria a própria teoria da nulidade da norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Quarto, porque a Lei 8.038/1990 conferiu ao relator a faculdade de negar seguimento a recurso especial ou extraordinário manifestamente intempestivo, incabível, improcedente ou prejudicado, ou ainda, que contrarie súmula do STF ou do STJ. Indo além, o Código de Processo Civil de 1973, alterado pela Lei 9.756/1988, incorporou disposição que autoriza o relator a dar provimento ao recurso quando a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do STF ou de Tribunal Superior (artigo 557, §1º-A).

Com essas previsões, segundo o juiz da mais alta Corte brasileira, o legislador entendeu ser possível ampliar de forma geral os efeitos da decisão proferida pelo STF, seja nos casos de declaração de inconstitucionalidade pela *via de exceção* (mesmo sem ter havido a intervenção por parte do Senado Federal), seja na hipótese de fixação de uma dada interpretação constitucional a respeito do ato normativo questionado.

Quinto, porque o Supremo Tribunal Federal, nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade de leis municipais, tem adotado uma postura ousada. Segundo o relator, o órgão máximo do Poder Judiciário vem:

> conferindo efeito vinculante não só à parte dispositiva da decisão de inconstitucionalidade, mas também aos próprios fundamentos determinantes. É que são numericamente expressivos os casos em que o Supremo Tribunal tem estendido, com base no art. 557, *caput* e § 1º-A, do Código de Processo Civil, a decisão do plenário que declara a inconstitucionalidade de norma municipal a outras situações idênticas, oriundas de municípios diversos. Em suma, tem-se considerado dispensável, no caso de modelos legais idênticos, a submissão da questão ao Plenário.

Esse procedimento, segundo Gilmar Ferreira Mendes, traz à tona o efeito vinculante dos fundamentos determinantes (fundamentação) da decisão proferida pelo Supremo em controle *difuso* de constitucionalidade acerca de lei municipal. Isso só é possível, de acordo com o magistrado, caso se admita que a decisão exarada pelo plenário seja dotada

de *eficácia transcendente*, o que faz com que a intervenção do Senado Federal se mostre totalmente dispensável.

Em reforço ao asseverado, o multimencionado ministro cita ainda a evolução das ações coletivas e a aptidão que suas decisões têm de gerar efeitos *erga omnes*, mesmo que a declaração de inconstitucionalidade da norma se dê em caráter incidental. Como se não bastasse, ele destaca também a possibilidade de modulação dos efeitos das decisões, inclusive, no controle *difuso*, o que afetaria diretamente o papel do Senado no apontado sistema.

Em arremedo de conclusão, Gilmar Ferreira Mendes aduz que a ampliação do controle *abstrato*, com a multiplicação de decisões dotadas de eficácia geral, modificou completamente a concepção acerca da divisão de poderes. E mais, ao tratar da possibilidade de dispensa da aplicação da *cláusula de reserva de plenário*, ele afirma ainda que:

> 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).

Inobstante, conforme visto, a jurisprudência e a legislação têm consolidado mecanismos que retiram do instituto da suspensão da execução da lei pelo Senado significado substancial, já que conferem efeitos gerais à decisão proferida no caso concreto, sem que haja a intervenção da Casa Alta.

De acordo com o magistrado, está-se vivendo um outro contexto normativo, completamente distinto daquele em que o instituto da intervenção do Senado Federal foi instituído, em 1934.

Em virtude disso, Gilmar Ferreira Mendes aponta que:

> É possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica <u>mutação constitucional</u> 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.*

Nessa senda, o ministro defende que Lúcio Bittencourt teria razão ao advogar a ideia de que a finalidade da decisão do Senado Federal seria apenas tornar pública a decisão do tribunal, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos.

Para o relator:

> 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, essa 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. Assim, o Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, uma vez que não se cuida de uma decisão substantiva, mas de simples dever de publicação [...].

Ademais, reforçando sua tese de superação da previsão do artigo 52, X, da CF/1988, o relator aponta ainda a possibilidade de edição de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal. Manobra esta que permite ao tribunal, sem qualquer interferência do Senado, atestar a inconstitucionalidade de determinado ato normativo, dando-lhe eficácia geral e vinculativa.

Concluindo seu voto, o ministro entende que a decisão do juiz de direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco/AC desrespeitou a eficácia *erga omnes* que deve ser atribuída à decisão do STF no HC 82.959, que declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do artigo 2º, §1º, da Lei de Crimes Hediondos, razão pela qual julgou procedente a reclamação e determinou que o juízo reclamado devesse proferir nova decisão para avaliar se, no caso concreto, os interessados atendem ou não os requisitos para gozar o benefício (progredir de regime).

2.2.2 O voto do ministro Eros Grau

Prosseguindo no julgamento da Reclamação 4335/AC, sobreveio o voto-vista do ministro Eros Grau, esposado na sessão realizada no dia 19/04/2007.

Dentre os principais pontos, vale destacar que o indicado ministro inicia seu voto tratando a respeito do dinamismo do direito e, logo em seguida, propõe-se a analisar se houve, ou não, a chamada *mutação constitucional*, defendida por Gilmar Ferreira Mendes.

Visando cumprir seu desiderato, Eros Grau lança os seguintes questionamentos:

> A esta altura importa indagarmos se não terá ele excedido a moldura do texto, de sorte a exercer a criatividade própria à interpretação para além do que ao intérprete incumbe. Até que ponto o intérprete pode caminhar, para além do texto que o vincula? Onde termina o legítimo desdobramento do texto e passa ele, o texto, a ser subvertido?

Após compará-lo ao texto mítico, o magistrado afirma que o texto

normativo deve obediência a limitações coletivas bastante estritas nas variações às quais se presta ao ser transformado em norma.

Segundo o ministro:

> a norma encontra-se em estado de potência involucrada no texto; o intérprete a desnuda. Nesse sentido – isto é, no sentido de desvencilhamento da norma de seu invólucro: no sentido de fazê-la brotar do texto, do enunciado – é que afirmo que o intérprete 'produz a norma'. O intérprete compreende o sentido originário do texto e o deve manter como referência da norma que constitui. Dimensão legislativa e dimensão normativa do fenômeno jurídico, qual observei inicialmente, compõem um só processo, o processo que o direito é enquanto dinamismo. Nele se hão de harmonizar as duas forças a que refere PAOLO GROSSI, uma tendente à rigidez [a rigidez do texto], outra, à elasticidade [a criatividade da interpretação].

Dito isso, Eros Grau passa a verificar se o ministro Gilmar Ferreira Mendes extrapolou tais limites interpretativos. Segundo ele, o que o relator propõe não é uma nova interpretação do artigo 52, X, da CF/1988, mas sim a ocorrência de verdadeira mutação constitucional.

A mutação constitucional, no entender do ministro, é a transformação de sentido do enunciado da Constituição sem que o próprio texto seja alterado. Nela, caminha-se não de um texto a uma norma (como na interpretação), mas sim de um texto a outro texto, que substitui o primeiro.

A esse respeito, o magistrado preconiza ainda que:

> A mutação constitucional decorre de uma incongruência existente entre as normas constitucionais e a realidade constitucional, entre a Constituição formal e a Constituição material. Oposições entre uma e outra são superadas por inúmeras vias, desde a interpretação, até a reforma constitucional. Mas a mutação se dá sem reforma, porém não simplesmente como interpretação. Ela se opera quando, em última instância, a práxis constitucional, no mundo da vida, afasta uma porção do texto da Constituição formal, sem que daí advenha uma ruptura do sistema.

Nessa perspectiva, o ministro chega à conclusão de que o texto do inciso X, do artigo 52, da CF/1988 é obsoleto, devendo ser entendido, por força da mutação constitucional, que compete à Casa Alta simplesmente *dar publicidade* à suspensão da execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. E, mais, afirma ainda que o novo texto, resultante da mutação constitucional, é adequado à tradição, isto é, adequado ao espaço semântico constitucional.

Por fim, após uma digressão acerca da possibilidade de o Poder Judiciário vetar atos do Poder Legislativo, Eros Grau conclui seu voto, acompanhando o relator e reiterando que a competência do Senado é apenas para dar publicidade à decisão do Supremo Tribunal Federal, a qual, sozinha, já possui força normativa bastante para suspender a execução do ato normativo declarado inconstitucional.

2.2.3 O voto do ministro Sepúlveda Pertence

Ainda na sessão do dia 19/04/2007, o ministro Sepúlveda Pertence antecipou seu voto e, de outra sorte, abriu divergência, não concordando com a tese levantada pelo relator no sentido de que teria havido a mutação constitucional.

Nas palavras do ministro:

> não me animo à mutação constitucional proposta. E mutação constitucional por decreto do poder que com ela se ampliaria; o que, a visões mais radicais, poderia ter o cheiro de golpe de Estado. Às tentações do golpe de Estado não está imune o Poder Judiciário; é essencial que a elas resista.

Ainda que ratifique a possibilidade de dispensa da aplicação da *cláusula de reserva de plenário* nos casos em que o Supremo Tribunal Federal já tivera se manifestado a respeito da constitucionalidade da norma questionada, o referido magistrado discorda da redução do papel do Senado, o qual faz parte da tradição brasileira desde 1934.

De acordo com o seu posicionamento, existe uma saída alternativa ao Supremo, que seria a criação da súmula vinculante a respeito do tema. A súmula vinculante, instituto inserto na Constituição pela Emenda n. 45/2004, conferiria a almejada eficácia vinculante ao posicionamento do Pretório Excelso, sem que haja a necessidade de interferir no papel do Senado Federal, reduzindo-o a um órgão de mera publicidade de decisões.

Com base nestas premissas, Sepúlveda Pertence finaliza seu voto julgando improcedente a reclamação, todavia, nada obstante, concedendo *habeas corpus* de ofício.

2.2.4 O voto do ministro Joaquim Barbosa

Logo após o voto do ministro Sepúlveda Pertence, manifestou-se o ministro Joaquim Barbosa que, pedindo a devida vênia, também dissentiu do posicionamento do relator, mormente no que diz respeito à leitura proposta para o artigo 52, X, da CF/1988.

Para ele, a suspensão da execução pelo Senado, em situações como a do caso em testilha, não representa óbice à ampla efetividade das decisões do STF, até porque:

> O que suscita o interesse da reclamante não é a omissão do Senado Federal em dar ampla eficácia à decisão do Supremo Tribunal Federal. O que a motiva é a infeliz recalcitrância de um juiz em relação à orientação desta Corte. O anacronismo patológico, no caso, não é do art. 52, X, da Constituição, mas do juiz que exerce a autoridade reclamada - portanto, do próprio Poder Judiciário.

Seguindo o mesmo entendimento do ministro Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa defende que o Supremo Tribunal Federal não depende mais do Senado Federal para atribuir efeito *erga omnes* às declarações de inconstitucionalidade no controle incidental. Se assim o quiser, dada a gravidade da questão constitucional, basta editar uma súmula vinculante a respeito do tema.

Ademais, o mencionado juiz entende que, no caso, não há mutação constitucional e, sim, mudança do sentido da norma pela via interpretativa, o que não seria admissível. Aliás, ressalta o ministro que, ainda que se admitisse a tese da mutação, seria necessário o preenchimento de dois fatores adicionais: o decurso de um maior espaço de tempo e, consequentemente, o desuso do dispositivo. Em relação ao último, este não estaria preenchido, uma vez que, segundo ele, a Alta Casa do Congresso vem desempenhando seu mister, suspendendo a execução de diversos dispositivos declarados inconstitucionais pelo Supremo.

A título de conclusão, Joaquim Barbosa observa ainda que:

> a proposta do eminente relator, além de encontrar obstáculo intransponível na literalidade do artigo 52, inciso X da Constituição, vai na contramão das conhecidas regras de **self restraint** que Alexander Bickel, em sua monumental obra **'The Least Dangerous Branch',** qualificou de '**Virtudes passivas'** da justiça constitucional. Bickel preconizava que no exercício da jurisdição constitucional só restam ao Poder Judiciário 3 alternativas, isto é: a) anular a legislação em desacordo com a Constituição; b) declarar a sua compatibilidade com o texto constitucional; c) não fazer nem uma coisa nem outra, ou seja, abster-se de pronunciar-se sobre a questão da constitucionalidade em respeito ao princípio da democracia, quando assim puder agir, solucionando o caso concreto sem precisar embrenhar-se pela questão constitucional. Essa regra de **sagesse politique,** de sabedoria política, tão importante para a vitalidade da democracia constitucional, parece-me plenamente aplicável ao caso ora em exame, sobretudo por a norma em causa, a par da sua literalidade quase 'ofuscante', em nada limita o exercício por essa Corte da sua missão de guarda da Constituição.

Assim, o ministro fecha seu voto não conhecendo da reclamação, mas conhecendo do pedido como *habeas corpus* e determinando a remessa de cópia integral dos autos ao tribunal competente, a fim de que se proceda como de direito.

2.2.5 O voto do ministro Ricardo Lewandowski

Após um breve debate entre os ministros, pediu vista Ricardo Lewandowski. Essa atitude, adotada pelo ministro na sessão do dia 19/04/2007, acabaria por modificar completamente o desfecho da contenda acerca da aplicação do artigo 52, X, da

CF/1988. Isso porque o referido magistrado demorou mais de seis anos para proferir o seu voto.

Nesse ínterim, entre o pedido de vista e o voto proferido pelo mencionado julgador, o qual foi apresentado ao plenário somente na sessão do dia 16/05/2013, o contexto fático que envolvia a discussão foi totalmente alterado, tendo o Pretório Excelso, inclusive, editado uma súmula vinculante versando sobre a possibilidade da progressão de regime em crimes hediondos.

De todo modo, vale analisar o posicionamento do ministro, que, após realizar um conciso relato histórico a respeito dos sistemas de controle de constitucionalidade, chega à conclusão, na mesma linha dos ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa, de que não teria havido a chamada *mutação constitucional*.

Ricardo Lewandowski sustenta seu posicionamento com base na premissa de que o instituto da suspensão não caiu em desuso, já que a Câmara Alta vinha desempenhando a competência que lhe foi atribuída desde a Constituição de 1934.

Ademais, o ministro revela ainda que a interpretação proposta, no sentido de que a função do Senado seria simplesmente dar publicidade às decisões do Supremo, vai de encontro ao próprio sistema de separação dos poderes.

Tal exegese aviltaria a competência do órgão legislativo, o que não seria possível, tendo em vista que "suprimir competências de um Poder de Estado, por via de exegese constitucional, a meu sentir, colocaria em risco a própria lógica do sistema de freios e contrapesos [...]".

Aprofundando na questão da interpretação das normas constitucionais, o indigitado ministro preconiza que esta é uma atividade que encontra limitações, sendo, a primeira delas, o próprio sentido literal do texto, isto é, a própria literalidade da norma.

Assim, Ricardo Lewandowski defende que:

> se o dispositivo em questão assinala, com todas as letras, que compete ao Senado Federal a suspensão de norma declarada inconstitucional por esta Corte, assim o é, literalmente. Ainda que se possa, no mérito, discordar do que nele se contém, o preceito em tela constitui o Direito posto, e que não admite, dada a taxatividade com que está vazado, maiores questionamentos.

Caminhando para o final, o referido juiz ratifica o posicionamento do ministro Sepúlveda Pertence no sentido de que, caso queira dar eficácia *erga omnes* à decisão, basta que o STF edite uma súmula vinculante a respeito do tema.

Por tais motivos, o ministro não conhece da reclamação, porém, concede *habeas corpus* de ofício.

2.2.6 O voto do ministro Teori Zavaski

Finalizado o voto do ministro Ricardo Lewandowski, a Corte passou a discutir se a Reclamação estaria prejudicada, por conta da edição, no interregno entre as sessões de 2007 e 2013, de súmula vinculante tratando a respeito do tema.

A fim de encontrar uma solução para o caso, pediu vista o ministro Teori Zavaski, que, posteriormente, em 20/03/2014, apresentou seu voto para deliberação do plenário. Analisar-se-á, daqui em diante, as suas razões de decidir.

Iniciando seu voto, o ministro chama atenção para a evolução do direito brasileiro em direção a um sistema de valorização dos precedentes judiciais emanados dos tribunais superiores.

> Nesse ponto, o Brasil está acompanhando um movimento semelhante ao que também ocorre em diversos outros países que adotam o sistema da *civil law*, que vêm se aproximando, paulatinamente, do que se poderia denominar de cultura do *stare decisis*, própria do sistema da *common law*. A doutrina tem registrado esse fenômeno, que ocorre não apenas em relação ao controle de constitucionalidade, mas também nas demais áreas de intervenção dos tribunais superiores, a significar que a aproximação entre os dois grandes sistemas de direito (*civil law* e *common law*) é fenômeno em vias de franca generalização.

A fim de justificar seu entendimento, o Teori Zavascki cita diversos exemplos extraídos do ordenamento jurídico pátrio que atestam a existência não só de uma força expansiva conferida dos precedentes do STF e do STJ, como também de fórmulas procedimentais que visam tornar concreta e objetiva a aplicação desses precedentes aos casos pendentes de julgamento[14].

À essa aptidão que o ordenamento jurídico brasileiro atribui, atualmente, aos precedentes dos tribunais superiores e, em especial, aos do Supremo Tribunal Federal, de irradiar efeitos para além dos casos em que foram firmados, o ministro dá o nome de *força ultra partes*.

Tratando especificamente a respeito da força dos precedentes do Pretório Excelso, o indigitado juiz esclarece que a resolução da Casa Alta do Congresso não é a única forma de ampliação da eficácia subjetiva das decisões do STF.

Nesse passo, Teori Zavaski enumera duas alterações promovidas pela Emenda Constitucional n. 45/2004, as quais contribuíram sobremaneira para acentuar a força expansiva das decisões do Supremo, ainda que proferidas no controle *difuso*, ou seja, na

[14] Como, por exemplo, as alterações havidas no Código de Processo Civil de 1973 e as novidades trazidas pela Lei 10.259/2001 (Lei dos Juizados Especiais Federais), dentre outras.

análise de casos concretos.

A primeira delas diz respeito à competência conferida ao STF para edição de súmulas vinculantes (artigo 103-A, da CF/1988, regulamentado pela Lei 11.417/2006), que, conforme o próprio nome já indica, uma vez editada, vincula os demais órgãos do Poder Judiciário, bem como a administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Já a segunda alteração foi aquela que instituiu a *repercussão geral* como novo requisito de admissibilidade do recurso extraordinário (artigo 102, §3º, da CF/1988, disciplinado nos artigos 543-A e 543-B, do Código de Processo Civil de 1973).

Nas palavras do ministro:

> Ora, a norma regulamentadora considerou como indispensável à caracterização da repercussão geral que as questões discutidas sejam relevantes sob dois distintos aspectos: (a) o material (‘relevantes do ponto de vista econômico, político, social e jurídico’) e (b) o subjetivo (‘que ultrapassem o interesse subjetivo da causa’). Esse segundo requisito evidencia o caráter objetivo de que se reveste a formação do precedente. Justamente com base nessa circunstância, o STF, ao examinar a natureza e o alcance do novo regime, deixou inequivocamente acentuado o efeito expansivo das decisões dele decorrentes para os demais recursos, já interpostos ou que vierem a sê-lo.

De acordo com o ministro, ao admitir a modulação de efeitos também no controle *incidental*, o STF passou, ele próprio, a dispor sobre a repercussão de suas decisões em relação a outros casos análogos. Melhor explicitando a questão, Teori Zavaski afirma que, ao definir formas e limites a serem observados na repercussão de suas decisões, o “Tribunal está, implícita mas inquestionavelmente, reconhecendo e atribuindo-lhes força expansiva e universalizante”.

Porém, ressalta o magistrado que, para fins de cabimento da reclamação, não se pode confundir essa força expansiva com a eficácia vinculante *erga omnes*. O cabimento da reclamação, segundo ele, deve ser restrito ao último caso, sob pena de transformar o STF em verdadeira Corte executiva.

Nesse sentido, o ministro conclui que:

> 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). Por imposição do sistema e para dar sentido prático ao caráter expansivo das decisões sobre a constitucionalidade das normas tomadas pelo STF no âmbito do controle incidental, há de se considerar também essas decisões suscetíveis de controle por reclamação, quando ajuizada por

> entidade ou autoridade legitimada para a propositura de ação de controle concentrado (CF, art. 103).

Sem entrar muito no mérito da discussão, no sentido de ter havido ou não a *mutação constitucional*, Teori Zavaski finaliza seu voto asseverando que, na data da propositura da reclamação, ela não seria cabível. Entretanto, dado o surgimento de um fato superveniente no curso de seu julgamento (edição da súmula vinculante n. 26, cujo descumprimento enseja a propositura de reclamação), este deve ser considerado, razão pela qual ele conhece da reclamação e a julga procedente.

2.2.7 O voto do ministro Luís Roberto Barroso

Último voto consistente dentre os seus pares, Luís Roberto Barroso defende, em primeiro lugar, a ascensão dos precedentes. Segundo o referido julgador, o respeito aos precedentes atinge três finalidades constitucionais importantes: a segurança jurídica, a isonomia e a eficiência.

Pormenorizando a questão, o ministro afirma que:

> Na medida em que os tribunais inferiores respeitem, de uma maneira geral, as decisões dos tribunais superiores, cria-se um direito mais previsível e, consequentemente, menos instável. E, hoje em dia, há um entendimento que se generaliza de que a norma não é apenas aquele relato abstrato que está no texto. As normas jurídicas são um produto da interação entre o enunciado normativo e a realidade. Portanto, o Direito é, em última análise, o que os tribunais dizem que é. Além disso, essa disseminação do respeito aos precedentes atende o princípio da isonomia, na medida em que evita-se que pessoas em igual situação tenham desfechos diferentes para o seu caso, o que é, em alguma medida, sempre repugnante para o Direito. E, por fim, o respeito aos precedentes valoriza o princípio da eficiência, porque torna a prestação jurisdicional mais fácil, na medida em que o juiz ou os tribunais inferiores possam simplesmente justificar as suas decisões à luz de uma jurisprudência que já se formou. De modo que sou um defensor de longa data disso que eu costumava chamar de cultura de respeito aos precedentes, e que o Ministro chamou de efeito expansivo na sua decisão.

Prosseguindo em seu pronunciamento, Luís Roberto Barroso declara que concorda com as observações feitas pelo ministro Gilmar Ferreira Mendes acerca da modulação dos efeitos das decisões em sede de controle incidental de constitucionalidade. De acordo com o jurista fluminense, a modulação é, à toda evidência, uma objetivação do processo subjetivo, já que produz efeitos para além daquele caso concentro que está sendo julgado.

Barroso concorda ainda com a tese de fundo do ministro Gilmar Ferreira

Mendes, no sentido de que as decisões do plenário do STF, sobretudo em matéria constitucional, devem ser, em regra, de observância obrigatória.

Contudo, embora advogue a possibilidade de mutação constitucional, o magistrado revela que esta fica limitada à textualidade dos dispositivos constitucionais. Assim, ainda que não considere uma boa ideia submeter uma decisão do STF a uma deliberação política do Congresso, essa é a regra que consta da Constituição (artigo 52, X).

Analisando esse impasse, Luís Roberto Barroso preleciona que:

> Portanto, o Supremo acha que esse modelo deve mudar. Porém, como ele está previsto textualmente na Constituição, e nós não somos poder constituinte originário, nem tampouco derivado, eu acho que se pode doutrinariamente concitar o Congresso Nacional a agir. Porém, penso não ser possível interpretar um Texto Constitucional, como nenhum texto, contra a sua literalidade, contra as possibilidades semânticas que ele oferece, porque, se assim fosse, nós nos tornaríamos donos da razão e donos da verdade em todo e qualquer caso, e o constituinte seria irrelevante.

Desta feita, o ministro finaliza sua explanação aderindo ao voto do ministro Teori Zavaski, de modo que conhece e julga procedente a Reclamação por inobservância da súmula vinculante n. 26.

2.2.8 Os votos dos ministros Rosa Weber, Marco Aurélio e Celso de Mello

Levando-se em conta que os votos dos ministros supra indicados foram mais concisos, achou-se por bem agrupá-los em um único tópico.

A ministra Rosa Weber, seguindo a linha de raciocínio do ministro Luís Roberto Barroso, no sentido de não ser possível falar em mutação constitucional ante a textualidade do artigo 52, X, da CF/1988, acabou também aderindo ao voto do ministro Teori Zavascki, para quem a reclamação deveria ser conhecida e acolhida, em virtude da existência de um fato novo (a edição da súmula vinculante n. 26).

De outra sorte, o ministro Marco Aurélio entende que estender ao controle difuso a eficácia *erga omnes* seria o mesmo que embaralhar os dois controles e dar a eles a mesma consequência jurídico-constituticional. Ademais, julgando não ser cabível a reclamação, o indigitado magistrado finaliza seu voto não a conhecendo, porém, concedendo a ordem de ofício (*habeas corpus*).

Por sua vez, encerrando o julgamento da Reclamação 4335/AC, o ministro Celso de Mello adere ao posicionamento do ministro Teori Zavaski, acompanhando-o em seu

voto.

Desta feita, conforme extrato da ata de julgamento do dia 20/03/2014, o STF, 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, porém, concediam *habeas corpus* de ofício.

3 O EFEITO DAS DECISÕES PROFERIDAS PELO PLENÁRIO DO STF EM CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

Fincadas as bases nos capítulos exordiais, cumpre, agora, no terceiro e último capítulo, responder aos questionamentos levantados na introdução, quais sejam: é realmente possível que seja dado efeito *erga omnes* às decisões proferidas pelo STF em controle *incidental* de constitucionalidade, sem que as mesmas sejam submetidas ao Senado Federal, nos termos do artigo 52, X, da CF/1988? Ou, em outras palavras, seria possível, de acordo com o nosso ordenamento jurídico, adotar a *teoria da abstrativização do controle difuso*? Quais seriam as consequências de tal prática?

Para responder a essas perguntas, ter-se-á que enveredar por alguns caminhos: o primeiro, saber se de fato houve a chamada *mutação constitucional*, principalmente por conta da discussão que se assentou no STF a respeito do tema. Conforme visto no capítulo anterior, existem ministros que defendem ter havido a mutação e outros que a negam veementemente.

Segundo, havendo mutação, interessa saber em qual modalidade, dentre as três possíveis, ela se encaixa. Este será um dos pontos cruciais para o desfecho do presente trabalho. Aqui, de antemão, vale ressaltar que será apresentada uma nova visão a respeito do tema, diferente de tudo aquilo que foi discutido até então.

Por fim, restará averiguar quais seriam as consequências jurídicas, caso se admita a adoção da *teoria da abstrativização do controle difuso* no ordenamento jurídico brasileiro.

3.1 A mutação constitucional

Antes de tratar propriamente da *mutação constitucional*, Luís Roberto Barroso ensina que “as Constituições têm vocação de permanência” (2015, p. 157), ou seja, as constituições são criadas para protraírem no tempo.

Isso se dá porque algumas matérias, uma vez alçadas ao nível constitucional, são retiradas do âmbito de atuação do legislador ordinário. Nesse sentido, as

constituições trazem disposições que, por sua relevância e transcendência, são feitas para perdurar, não estando sujeitas a deliberações propostas por maiorias eventuais.

A propósito, existem decisões fundamentais que foram tomadas de antemão pelo legislador constituinte e que, portanto, estão insertas na constituição e assim devem permanecer (daí a ideia de permanência), independentemente da vontade da maioria que esteja eventual e transitoriamente no poder.

De outra sorte, ainda que exista tal desiderato (de permanência), vale lembrar que as constituições não são eternas, nem pode o legislador constituinte ter a pretensão de torna-las imutáveis *ad infinitum*, afinal, "uma geração não pode submeter a outra aos seus desígnios. Os mortos não podem governar os vivos" (BARROSO, 2015, p. 157).

Sob esse aspecto, não se pode perder de vista a existência de uma natural evolução da sociedade, evolução esta que precisa ser acompanhada pelas constituições. As cartas políticas devem caminhar *pari passu* com o surgimento de novas gerações e, por conseguinte, com o aparecimento de novas demandas que, até então, muitas vezes, sequer tinham sido cogitadas pelo legislador constitucional.

É justamente por isso, por conta dinamismo ao qual a sociedade está sujeita, que as constituições costumam prever *mecanismos de reforma* visando sua própria alteração e adaptação às novas realidades. Essa seria uma das formas de *atualização* das constituições, tendo em vista o novo contexto social no qual elas estão inseridas.

Nada obstante, as constituições têm um segundo caminho, além dos *mecanismos de reforma*, que também é capaz de levar à sua modificação, qual seja: a *mutação constitucional*.

Resumindo esses dois institutos, Luís Roberto Barroso (2015, p. 158) assevera que:

> a modificação da Constituição pode dar-se por via formal e por via informal. A via formal se manifesta por meio da *reforma constitucional*, procedimento previsto na própria Carta disciplinando o modo pelo qual se deve dar sua alteração. Tal procedimento, como regra geral, será mais complexo que o da edição da legislação ordinária. De tal circunstância resulta a *rigidez constitucional.* Já a alteração por via informal se dá pela denominada *mutação constitucional*, mecanismo que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere, no entanto, qualquer modificação do seu texto. A mutação está associada à *plasticidade* de que são dotadas inúmeras normas constitucionais.

Com efeito, a *mutação constitucional* é um meio de modificação da constituição, só que, ao contrário da *reforma constitucional* (poder constituinte derivado), não se encontra disciplinado na carta política do Estado.

Dadas as suas peculiaridades, Uadi Lammêgo Bulos conceitua *mutação*

constitucional[15] como sendo o fenômeno pelo qual os textos constitucionais são alterados sem revisões ou emendas, constituindo, dessa forma, um "processo informal de mudança das constituições que atribui novos sentidos aos seus preceitos, significados e conteúdos dantes não contemplados" (2014, p. 435).

Por sua vez, Inocêncio Mártires Coelho aduz que as *mutações constitucionais* "nada mais são que as alterações semânticas dos preceitos da Constituição, em decorrência de modificações no prisma histórico-social ou fático-axiológico em que se concretiza a sua aplicação" (2012).

Em uma definição mais completa, que abarca as duas anteriores, Luís Roberto Barroso (2015, p. 160-161) afirma que

> a mutação constitucional consiste em uma alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, além disso, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto. Esse novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo.

Na visão de Anna Cândida da Cunha Ferraz (1986, p. 09), a *mutação constitucional*:

> consiste na alteração, não da letra ou do texto expresso, mas do significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais, através ora da interpretação judicial, ora dos costumes, ora das leis, alterações estas que, em geral, se processam lentamente, e só se tornam claramente perceptíveis quando se compara o entendimento atribuído às cláusulas constitucionais em momentos diferentes, cronologicamente afastados um do outro ou em épocas distintas e diante de circunstâncias diversas.

Assim, sem entrar no mérito de suas origens, é possível definir a *mutação constitucional* como sendo um meio de modificação da constituição a fim de que esta acompanhe as novas realidades e concepções da sociedade na qual se encontra inserida. Tal modificação, contudo, não se dá por meio de um mecanismo formal de reforma, mas sim por meio de um processo informal que confere um novo significado à determinada norma da constituição sem que haja a necessidade da alteração de seu texto.

Partindo de seu conceito, verifica-se que o tema *mutação constitucional* é bastante complexo, já que tem suas bases fincadas em um embate envolvendo o Direito posto e a realidade fática.

Pormenorizando a questão, Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (2012) afirmam que a *mutação constitucional*:

---

[15] Segundo o referido autor, a *mutação constitucional* também admite as seguintes denominações: v*icissitude constitucional tácita*, *mudança constitucional silenciosa*, *transições constitucionais*, *processos de fato*, *mudança material*, *processos indiretos*, *processos não formais*, *processos informais* ou *processos oblíquos*.

> se situa na confluência entre dois imperativos importantes do constitucionalismo democrático. Por um lado, existe a necessidade de dotar a Constituição de estabilidade, que é associada ao seu caráter rígido, o qual demanda um procedimento específico e difícil para alteração dos seus dispositivos. Do outro, há a necessidade de se conferir um certo dinamismo à Constituição, a fim de que ela possa se adaptar mais facilmente às mudanças sociais, sem que seja necessário recorrer, a cada momento, ao processo de reforma constitucional, que muitas vezes é excessivamente difícil, além de provocar efeitos colaterais indesejados, como o próprio retalhamento do texto magno. É necessário buscar um ponto de equilíbrio entre estas demandas, de modo a não enrijecer nem flexibilizar em demasia a Constituição. Não se deve, sob o pretexto da mutação constitucional, possibilitar que os fatores reais de poder atropelem a força normativa da Constituição, nem tampouco adotar-se uma leitura imobilista da Lei Maior, insensível às novas circunstâncias e valores de uma sociedade em permanente evolução.

Em complemento, os referidos autores elencam ainda alguns fatores que influenciam diretamente na possibilidade de ocorrência da *mutação constitucional*, tais como a idade da constituição, o grau de dinamismo existente na sociedade, o nível de rigidez constitucional e a cultura jurídica predominante. Segundo eles:

> Quanto à idade, é natural que diplomas constitucionais mais antigos sejam suscetíveis à mutação em grau maior do que os mais recentes, pois há uma maior probabilidade de que, no mais extenso período de vigência dos primeiros, acabem ocorrendo alterações sociais mais profundas que se reflitam na interpretação da Constituição. O mesmo pode-se falar do dinamismo: em sociedades mais dinâmicas, ou em períodos de maior transformação social, há a tendência de que a mutação constitucional se desenvolva com mais frequência ou intensidade. No que concerne à rigidez, pode-se dizer que quando mais difícil for a alteração de uma Constituição por meios formais, maior será a probabilidade e a legitimidade de que as modificações necessárias para que ela acompanhe a evolução social ocorram por processos informais. Finalmente, no que toca à cultura jurídica hegemônica, aquelas menos formalistas tendem a aceitar e praticar mais intensamente o fenômeno da mutação constitucional do que as mais formalistas, pois estas últimas se mostram mais refratárias a posturas hermenêuticas que não sejam tão focadas no texto ou na história do diploma normativo (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012).

Nessa senda, é possível concluir que, paralelo ao poder originário e ao poder derivado, existe uma terceira modalidade de poder constituinte, que se revela por meio da *mutação constitucional*. Este terceiro poder é, conforme asseverado, exercido por meio de mecanismos informais, que não estão previstos na constituição, mas que são capazes de modifica-la.

A propósito, Anna Cândida da Cunha Ferraz (1986, p. 10) apregoa que:

> Tais alterações constitucionais, operadas fora das modalidades organizadas de exercício do poder constituinte instituído ou derivado, justificam-se e têm fundamento jurídico: são, em realidade, obra ou manifestação de uma espécie inorganizada do Poder Constituinte, o chamado *poder constituinte difuso*, na feliz expressão de Burdeau.

Passo seguinte, impende definir quais são os mecanismos capazes de desencadear a *mutação constitucional*. Trata-se de uma tarefa um tanto quanto dificultosa, tendo em vista que a própria doutrina não possui uma voz harmônica em relação a forma pela

qual as transformações sociais são absorvidas e processadas no âmbito das constituições.

Fazendo um apanhado geral acerca dos mecanismos de atuação da mutação constitucional, Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (2012) asseveram que Georg Jellinek considerava a possibilidade de mutação constitucional por atividade legislativa, prática parlamentar-governamental e atuação judicial. Os mencionados autores (2012) aduzem ainda que Hsü Dau-Lin defendia quatro modalidades de mutação constitucional, quais sejam: mudança por práticas que não violam a Constituição, alteração pela impossibilidade de aplicação de norma constitucional, modificação pela adoção de prática contrária à Constituição e mutação por interpretação constitucional.

Nesta mesma esteira, Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (2012) revelam ainda que:

> Na literatura jurídica brasileira, Anna Cândida da Cunha Ferraz mencionou a mutação por interpretação constitucional e por usos e costumes constitucionais, referindo-se, também, à possibilidade de 'mutações inconstitucionais'. Já para Luís Roberto Barroso, a mutação constitucional pode ocorrer, basicamente, de três formas: por mudança na interpretação constitucional, pela atuação do legislador e por via de costume.

Por fim, os autores indicados no parágrafo antecedente (2012) sustentam que a *mutação constitucional* poderia ocorrer por intermédio de mudança jurisprudencial, por ato legislativo ou por práticas ou decisões do governo.

Diante desse quadro, fica evidente que não há um consenso na doutrina acerca dos mecanismos aptos a gerar a *mutação constitucional*[16]. De todo modo, ter-se-á que adotar um desses posicionamentos. Levando-se em conta as finalidades do presente trabalho, bem como a relevância, a atualidade e a proximidade à realidade brasileira, adotar-se-á, como referencial teórico, os estudos do professor Luís Roberto Barroso para tratar deste tema em particular.

Conforme asseverado, Luís Roberto Barroso elenca três mecanismos capazes de promover a *mutação constitucional*: a interpretação constitucional, a atuação do legislador e o costume. Analisar-se-á cada um deles daqui para frente.

De acordo com o referido professor (2015, p. 163), a interpretação constitucional é a via mais comum de atualização das normas constitucionais.

Partindo do pressuposto de que interpretar significa determinar o sentido e o alcance de uma norma constante da Constituição, visando à sua aplicação, verifica-se que a

---

[16] Dissenso, aliás, que já era reconhecido por Anna Cândida da Cunha Ferraz na seguinte passagem: "não há, na doutrina, tratamento uniforme e sistemático dos processos não formais de mutação constitucional" (1986, p. 11).

interpretação constitucional pode servir de mecanismo para a ocorrência da chamada *mutação constitucional*.

Nessa senda, segundo o autor (2015, p. 163), haverá *mutação constitucional* quando houver, por meio da interpretação constitucional, uma mudança de sentido da norma, contrariando o entendimento até então existente, tudo isso em função de alterações na realidade social ou baseadas em uma nova percepção do Direito.

Nas palavras de Luís Roberto Barroso (2015, p. 163-164):

> Como só existe norma interpretada, a mutação constitucional ocorrerá quando se estiver diante da alteração de uma interpretação previamente dada. No caso da interpretação judicial, haverá mutação constitucional quando, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal vier a atribuir a determinada norma constitucional sentido diverso do que fixara anteriormente, seja pela mudança da realidade social ou por uma nova percepção do Direito. O mesmo se passará em relação à interpretação administrativa [...].

A propósito, não se pode confundir interpretação com *mutação constitucional*. A interpretação ocorre sempre, já que, conforme acima mencionado, não existe norma, senão aquela que não seja interpretada. Todavia, a interpretação só se tornará um mecanismo de *mutação* quando, por meio dela, modifica-se o sentido que vinha sendo conferido a um determinado dispositivo constitucional.

Exemplo clássico de *mutação constitucional* pela via de exegese, ocorreu em virtude da mudança de interpretação, perpetrada pelo Supremo Tribunal Federal (interpretação judicial), em relação ao foro privilegiado, também chamado de foro por prerrogativa de função.

Pormenorizando a questão, Luís Roberto Barroso (2015, p. 165-166) aduz que:

> Por muitas décadas, inclusive sob a vigência da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o *foro privilegiado* subsistia mesmo após o agente público haver deixado o cargo ou função, tendo inclusive consolidado esse entendimento no enunciado n. 394 da Súmula da Jurisprudência Dominante. Em 1999, todavia, a Corte alterou sua linha de entendimento e cancelou o verbete da Súmula, passando a afirmar que a competência especial somente vigoraria enquanto o agente estivesse na titularidade do cargo ou no exercício da função. Nesse exemplo, como se constata singelamente, atribuiu-se ao mesmo dispositivo - o art. 102, I, *b*, da Constituição - sentidos diametralmente opostos ao longo do tempo, sem qualquer alteração de seu texto.

Isso é a *mutação constitucional*, que ocorre quando se altera o significado de um mesmo dispositivo, sem que tenha havido qualquer alteração em seu texto. Assim ocorre, simplesmente, porque há uma mudança na interpretação do dispositivo constitucional, autorizada por transformações ocorridas na realidade social ou fundamentadas em uma nova visão acerca do Direito.

O mesmo pode ocorrer no âmbito do Poder Executivo (interpretação administrativa), como, por exemplo, quando houve uma mudança na valoração do significado dos princípios da impessoalidade e da moralidade relacionados ao chamado *nepotismo*, que vinha ocorrendo no âmbito do Poder Judiciário. Nesse aspecto, verificou-se a *mutação constitucional* quando da edição da Resolução n. 07/2005, do Conselho Nacional de Justiça, a qual, modificando o entendimento até então vigente, passou a considerar ilegítima a investidura de parentes de magistrados, até o terceiro grau, em cargos em comissão e funções gratificadas da estrutura do Poder Judiciário. Tal mudança, vale consignar, se deu sem que tenha havido qualquer alteração do texto constitucional.

De outra sorte, a *mutação constitucional* também pode ser levada a efeito por meio da atuação do legislador.

É cediço que a principal função do Poder Legislativo consiste na elaboração de leis que atendam às demandas sociais. Embora, em alguns casos, tal mister seja desempenhado com maior ou menor discricionariedade, fato é que o legislador assim o faz levando em conta o disposto na Constituição, bem como os valores por ela preconizados.

Nada obstante, adverte Luís Roberto Barroso (2015, p. 167) que:

> a mera edição de normas de desenvolvimento ou complementação do texto constitucional, ainda quando inovem de maneira substancial na ordem jurídica, não caracterizará, de ordinário, mutação constitucional. Nesses casos, o próprio constituinte conferiu ao legislador a prerrogativa de desenvolver e concretizar a Constituição, fazendo uma escolha valorativa dentro dos limites impostos pelas possibilidades semânticas do enunciado constitucional.

Nesse passo, não se pode confundir *mutação constitucional* com a função típica do Poder Legislativo, que é a elaboração de leis nos moldes estabelecidos pela Constituição.

Todavia, ainda assim, é possível falar em *mutação constitucional* por meio da atividade desempenhada pelo legislador. Está ocorrerá, de acordo com o mencionado professor, quando, "por ato normativo primário, procurar-se modificar a interpretação que tenha sido dada a alguma norma constitucional. [...] A mutação terá lugar se, vigendo um determinado entendimento, a lei vier a alterá-lo". (2015, p. 167).

Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (2012), que também admitem a *mutação constitucional* pela via legislativa, esclarecem que:

> ao reconhecer o papel de destaque do Legislativo na interpretação constitucional, atribui-se ao povo a possibilidade de influir politicamente na definição de sentido da sua Constituição e de participar do equacionamento dos temas controvertidos sobre os quais se debruça a hermenêutica constitucional. Pela sua representatividade política, o Legislativo tem, inclusive, uma especial capacidade para captar mudanças nos valores sociais da comunidade, o que o qualifica como agente no processo de mutação constitucional.

Em síntese, ocorrerá a *mutação constitucional* pela via legislativa quando, editada uma ou mais leis, altera-se o entendimento até então firmado acerca de um determinado dispositivo constitucional. É por meio do legislador, atento às mudanças dos valores sociais da comunidade, que se altera a interpretação conferida a uma norma constitucional, promovendo, por conseguinte, a *mutação constitucional* sob esse aspecto.

Um detalhe importante é que essa lei, ou essas leis, que promovem a *mutação constitucional*, estarão sujeitas ao controle de constitucionalidade, a fim de que se verifique se a nova interpretação por elas trazidas é possível e legítima. Levando isso em conta, Luís Roberto Barroso adverte que "A última palavra sobre a validade ou não de uma mutação constitucional será sempre do Supremo Tribunal Federal" (2015, p. 168).

Um exemplo de *mutação constitucional* promovida por meio da atuação do legislador é o que vem ocorrendo, conforme destacam Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (2012), com as chamadas *cotas raciais* para ingresso nas universidades.

Ao tempo da promulgação da Constituição Federal de 1988, a visão prevalecente a respeito do princípio da igualdade nela inserido estava voltada tão-somente para a igualdade formal, ou seja, a interpretação que se dava ao referido princípio era no sentido de que o mesmo deveria, simplesmente, garantir que não houvessem discriminações fundadas em etnia ou raça.

Tempos mais tarde, alguns setores da sociedade civil, principalmente aqueles que defendiam o movimento negro, passaram a reivindicar a adoção de ações afirmativas a fim de promover a efetiva inclusão social dos afrodescendentes, garantindo-se, assim, não só a igualdade formal, mas também a denominada *igualdade material*.

Destarte, segundo os defensores deste movimento, não bastava a neutralidade estatal, no sentido de vedar as discriminações. Era preciso mais. Assim, incumbiria ao Estado adotar medidas positivas em prol dos negros, como, por exemplo, a previsão de vagas específicas para os mesmos nas universidades.

Finalizando seu exemplo, os indigitados autores (2012) salientam que:

> Esta demanda, conquanto ainda muito polêmica na sociedade, sensibilizou parcelas expressivas da opinião pública, setores do meio político e do pensamento jurídico. Foi no espaço do Poder Legislativo, primeiramente de alguns Estados, e depois da própria União, que a reivindicação foi acolhida, com a edição de variadas leis que criaram medidas como a reserva de vagas para afro descendentes em universidades públicas, ou o estímulo fiscal para que universidades particulares adotassem tais iniciativas nos seus processos seletivos. Tais medidas tiveram a sua validade reconhecida no Supremo Tribunal Federal, que, no entanto, não teve papel de protagonismo nesta relevante mudança na interpretação constitucional do princípio da igualdade, de uma posição mais formal e passiva, em direção a outra, mais substancial e ativista.

Note-se que, neste caso, houve uma grande modificação na interpretação que vinha sendo propagada acerca do princípio da igualdade, sem que, por outro lado, tenha havido qualquer alteração no texto constitucional. Isso configura, por óbvio, a chamada *mutação constitucional*, a qual se deu por meio das mãos do legislador, sensível às mudanças havidas na sociedade brasileira após a promulgação da Carta Política de 1988.

Ademais, no terceiro e último caso, verifica-se que a *mutação constitucional* poderá ser levada a efeito por meio do costume.

Tratando a respeito do tema, Luís Roberto Barroso (2015, p. 169) aponta que:

> A existência de costumes constitucionais em países de Constituição escrita e rígida, como é a regra no mundo contemporâneo, não é pacífica. A ideia do costume como fonte do direito positivo se assenta na adoção de uma prática reiterada, que tenha sido reconhecida como válida e, em certos casos, como obrigatória. O costume, muitas vezes, trará em si a interpretação informal da Constituição; de outras, terá um papel atualizador de seu texto, à vista de situações não previstas expressamente; em alguns casos, ainda, estará em contradição com a norma constitucional. Diante de tais possibilidades, a doutrina identifica três modalidades de costume: *secundum legem* ou interpretativo, *praeter legem* ou integrativo e *contra legem* ou derrogatório.

Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (2012), embora utilizem uma nomenclatura um pouco diferente, também admitem o costume como mecanismo apto a promover a *mutação constitucional*, deste que este não viole as normas constitucionais estabelecidas, nem tampouco os valores fundamentais arraigados na constituição.

Pormenorizando a questão, os mencionados autores (2012) afirmar que:

> Nada obstante, a rigidez e a força normativa da Constituição não se compatibilizam com o costume *contra constitutionem*. Portanto, por mais enraizado que seja, o costume não pode ser invocado como razão para descumprimento da Constituição, nem muito menos enseja a revogação dos seus preceitos. Os costumes constitucionais admissíveis são o *secundum constitutionem*, ou interpretativo, e o *praeter constitutionem*, ou integrativo. No primeiro caso, adota-se uma determinada interpretação da Constituição, dentre as várias que o texto e o sistema franqueiam, porque ela é endossada por costume jurídico cristalizado. No segundo, preenche-se uma lacuna constitucional por meio da invocação de costume. Em ambas as hipóteses, as mudanças fáticas ou axiológicas ocorridas na sociedade podem ensejar tanto o surgimento de novo costume, como a sua alteração ou abandono.

Para que haja o reconhecimento de um costume, basta apenas que coexistam dois elementos: a repetição habitual de um dado comportamento, bem como a crença em sua obrigatoriedade por parte da sociedade.

Partindo desse pressuposto, verifica-se que a própria natureza do costume faz com que o mesmo se torne um importante veículo de *mutação constitucional*. Isso se dá por uma razão bem simples: como não há um procedimento jurídico formal para a produção e

modificação do costume constitucional, ele se aproxima, e muito, da *mutação* constitucional, que, conforme estudado, segue esta mesma linha.

A propósito, Luís Roberto Barroso (2015, p. 170) cita o seguinte exemplo em que o costume atuou como mecanismo capaz de gerar *mutação constitucional*:

> Há outro exemplo expressivo contemporâneo, relacionado com as Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs). Nos últimos anos, uma prática política persistente expandiu os poderes dessas comissões e redefiniu suas competências. Passou-se a admitir, pacificamente, a determinação de providências que antes eram rejeitadas pela doutrina e pela jurisprudência, aí incluídas a quebra de sigilos bancários, telefônicos e fiscais.

Neste caso, o costume fez com que se passasse a admitir a quebra de sigilos bancários, telefônicos e fiscais também nas Comissões Parlamentares de Inquérito, o que antes não era permitido. Assim, havendo uma mudança de interpretação oriunda de um costume, não restam dúvidas de que o mesmo foi capaz de ensejar uma verdadeira *mutação constitucional*.

Analisadas essas questões, ainda tratando a respeito do tema, convém tecer alguns comentários acerca dos limites da *mutação constitucional*.

Neste ponto, adverte André Ramos Tavares (2013) que:

> No contexto da mutação informal da Constituição é interessante observar que não há balizas ou restrições formais a esse fenômeno. Assistiu-se à preocupação com as alterações *formais*, realizadas pelo legislador reformador, preocupações que foram operacionalizadas em diversos padrões, exigências e restrições constitucionalizados (quórum, iniciativa, momento etc.). Como advertiu Jellinek, qual a proteção da Constituição contra as mutações informais? Não houve esta sorte de preocupações com as alterações que advêm da interpretação evolutiva ou simplesmente desconstrutiva, nas constituições em geral. Não há uma única regra direcionada a enfrentar esse intrincado e delicado problema contemporâneo (desde que a Justiça Constitucional passou a ocupar, em inúmeros países, como o Brasil, a posição final sobre o sentido da Constituição).

Conquanto não haja, como visto, nenhuma previsão expressa na constituição acerca das limitações impostas à *mutação constitucional*, a doutrina, por conta própria, passou a elencar alguns fatores que impedem esse processo informal de modificação da Carta Magna.

Segundo escólio de Konrad Hesse (2009), as *mutações constitucionais* encontrariam limite no próprio texto da Constituição. Em suas palavras:

> o texto da Constituição se erige em limite absoluto de uma mutação constitucional não só do ponto de vista da relação entre 'Direito' e 'realidade constitucional', a qual encontra expressão na estrutura da norma constitucional, como também do ponto de vista das funções da Constituição.

Em complemento, Luís Roberto Barroso (2015, p. 162) defende que:

> Como intuitivo, a mutação constitucional tem limites, e se ultrapassá-los estará violando o poder constituinte e, em última análise, a soberania popular. É certo que as normas constitucionais, como as normas jurídicas em geral, libertam-se da vontade subjetiva que as criou. Passam a ter, assim, uma existência objetiva, que

> permite sua comunicação com os novos tempos e as novas realidades. Mas essa capacidade de adaptação não pode desvirtuar o espírito da Constituição. Por assim ser, a mutação constitucional há de estancar diante de dois limites: 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.

Assim, não havendo respeito a esses limites, estar-se-á diante do que a doutrina denomina de *mutação inconstitucional*. A propósito, segundo Uadi Lammêgo Bulos (2014, p. 439):

> Mutações inconstitucionais são os processos informais de violação da carta magna. Elas desbordam o próprio controle de constitucionalidade. Destroem a vida dos preceptivos constitucionais. Os efeitos provocados por essas deformações variam em grau e em profundidade e podem contrariar a carta suprema, em maior ou menor extensão, sem mudar a letra das suas normas.

A *mutação inconstitucional* ocorre, portanto, quando a pretensa mutação contraria a própria constituição, seja porque o sentido novo que se pretende dar não cabe no texto constitucional ou porque este viola os princípios fundamentais consagrados na referida carta.

Nessa esteira, após constatarem que o princípio da separação dos poderes vem se sujeitando a uma intensa mutação constitucional após a promulgação da Constituição Federal de 1988, dado o aumento progressivo da esfera de atuação do Poder Judiciário, Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (2012) concluem que:

> se, por um lado, é certo que o sistema constitucional e as cláusulas pétreas impõem limites à mutação constitucional, não é menos correto, por outro, que dito sistema e as referidas cláusulas também se abrem, em alguma medida, a processos informais de mudança da Constituição. A mutação, todavia, jamais poderá significar ruptura com o sistema plasmado pelo constituinte, ou desrespeito ao sentido mínimo das cláusulas pétreas.

Logo, percebe-se uma grande dificuldade em delimitar, com clareza, quais seriam os limites a serem impostos às *mutações constitucionais*. Isto porque, conforme outrora analisado, inexiste quaisquer dispositivos expressos que limitam a prática desse importante mecanismo informal de modificação e atualização da constituição.

Ao que tudo indica, a doutrina caminha no sentido de que as *mutações constitucionais* ficam restritas ao menos em relação ao próprio texto constitucional, ou seja, não podem contrariar aquilo que está previsto na Constituição.

Entretanto, convém levantar o seguinte questionamento: será que tal posicionamento não contraria a razão de ser das *mutações*, que, como o próprio nome já diz, servem para modificar a Constituição, atualizando-a e fazendo com que a mesma fique mais próxima da nova realidade social?

Esta questão será retomada no item que segue, no momento em que se tratar

a respeito dos limites voltados para a *mutação constitucional* que teria havido em relação ao disposto no artigo 52, X, da CF/1988.

3.2 O artigo 52, X, da CF/1988 e a mutação constitucional em razão dos atos praticados pelo Poder Legislativo

Assentadas as bases a respeito da *mutação constitucional*, impende verificar se esta teria ocorrido no caso do artigo 52, X, da Constituição Federal de 1988. E, mais do que isso, em caso positivo, interessa saber qual foi o mecanismo propulsor da *mutação*, se foi a interpretação constitucional, a atuação do legislador ou o costume.

Aqueles que defendem a aplicação da *teoria da abstrativização* dos efeitos das decisões proferidas pelo STF em controle difuso propõem, em suma, uma releitura do papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade (MENDES, 2004, p. 157). Mais especificamente, em virtude de mudanças no contexto fático, visam dar um novo sentido ao dispositivo constitucional (artigo 52, X, da Constituição), sem que, por outro lado, tenha havido qualquer alteração formal em seu texto.

Sustentam, portanto, a existência de um processo informal de modificação da constituição, o que coaduna perfeitamente com a ideia de *mutação constitucional*. Logo, vale deixar claro que se está diante de um típico caso de *mutação constitucional*.

Se já sabemos que estamos diante de um típico caso de *mutação constitucional*, agora, resta investigar qual foi o mecanismo que a desencadeou. Com efeito, vale notar que aqui haverá uma grande distinção acerca do que se costuma ser discutido em relação à *teoria da abstrativização*.

Conforme visto linhas atrás, tanto o Supremo Tribunal Federal quanto a doutrina, ordinariamente, abordam o tema da *mutação constitucional* do artigo 52, X, da CF/1988 sob o prisma da *interpretação constitucional*. Assim, discute-se se o STF, por meio de uma interpretação judicial, estaria conferindo um novo sentido ao dispositivo constitucional em comento. Paralelo a isso, debate-se ainda se o Pretório Excelso teria legitimidade para tanto, ou, em outras palavras, se o referido tribunal não estaria, com tal conduta, ultrapassando os limites da jurisdição constitucional.

Esse é um ponto delicado, que poderia render páginas e mais páginas de discussão, principalmente no sentido de tentar moldar os limites da atuação do Supremo

Tribunal Federal.

É de se reconhecer que o Pretório Excelso, conquanto seja o *guardião da constituição*, não é detentor do poder constituinte originário, sequer do poder derivado, ou seja, salvo raras exceções, não pode atuar como legislador positivo. Assim, permitir que o órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro modifique a Constituição Federal por meio de um simples esforço interpretativo beira, senão ultrapassa, os limites de sua função jurisdicional.

Ocorre que o presente trabalho defende uma visão complemente distinta a respeito do tema. Advoga-se, aqui, a ocorrência de *mutação constitucional* levada a efeito em virtude da *atuação do legislador*, e não por meio da interpretação constitucional, como o caso vinha sendo estudado até então.

Perceba que há uma grande distinção em relação às premissas básicas que envolvem o tema. Enquanto sempre se discutiu a *mutação constitucional* fundamentada na interpretação constitucional (interpretação judicial), agora, parte-se do pressuposto que tal mutação teria sido fomentada por atos perpetrados pelo legislador pátrio, o que, como se verá adiante, trará um desfecho inédito para a questão.

Isso justifica o recorte metodológico proposto no presente trabalho, fazendo com que temas como *ativismo judicial* e *limites da hermenêutica constitucional*, embora relevantes, sejam analisados de forma periférica. O foco, a partir de agora, será na *mutação constitucional* perpetrada pelo legislador, bem como quais seriam os seus limites.

A fim de justificar o novel posicionamento, analisar-se-ão as alterações legislativas que, conforme se verá daqui para frente, foram capazes de alterar o sentido do artigo 52, X, da Constituição Federal.

Assim como observado nos itens precedentes, a competência do Senado Federal para suspender a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal surgiu com a Constituição de 1934.

De lá para cá, mais de oitenta anos depois, muitas foram as mudanças, tanto a nível constitucional quanto no âmbito infraconstitucional, que levaram a uma *objetivação* das decisões proferidas pelo STF em controle difuso, reduzindo, por conseguinte, o papel da Casa Alta do Congresso no processo de fiscalização de constitucionalidade das normas.

Essas mudanças, vale registrar, caminharam juntas com a ideia de valorização dos precedentes judiciais, principalmente aqueles oriundos de decisões proferidas pela Corte Suprema brasileira, o que também contribuiu para tornar obsoleta a previsão do artigo 52, X.

Inicialmente, destacar-se-ão as alterações no plano infraconstitucional. A primeira delas, ocorrida em 1963, diz respeito à previsão do artigo 102 do Regimento Interno do STF, o qual instituiu a Súmula de Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal, instrumento que ainda hoje tem a sua importância para viabilizar a força persuasiva dos precedentes da referida Corte.

Nessa mesma linha, impende mencionar que, no regime do Código de Processo Civil de 1973 (artigo 479[17]), previu-se um mecanismo de uniformização de jurisprudência e de edição de súmulas, buscando dar tratamento isonômico aos casos semelhantes.

Posteriormente, a Lei Orgânica da Magistratura (Lei Complementar 35/1979), permitiu que o relator, nos processos de competência do Tribunal Federal de Recursos, negasse seguimento a recurso contrário à súmula do Tribunal ou do STF, nos termos de seu artigo 90, §2º. Tal previsão representou, de forma inequívoca, a força expansiva dos enunciados editados pelos referidos tribunais.

Ademais, seguindo a mesma ideia, a Lei 8.038/1990 (artigo 38), autorizou, dentre outras coisas, que o relator, no STJ ou no STF, negasse seguimento a recurso que contrariasse, nas questões predominantemente de direito, súmula do respectivo tribunal.

Ocorridas a partir de 1994, as reformas do Código de Processo Civil de 1973 também contribuíram para a valorização dos precedentes dos tribunais, reduzindo, dessa forma, o protagonismo do Senado no que diz respeito ao sistema de controle difuso de constitucionalidade das normas.

Dentre as mudanças, salienta-se a nova redação dada ao artigo 557, do CPC/1973[18], que versou a respeito dos poderes decisórios do relator. Segundo o *caput* do referido dispositivo, o relator, monocraticamente, poderá negar seguimento a recurso que estiver em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

Por outro lado, o relator poderá também, por meio de uma decisão unipessoal, dar provimento ao recurso caso a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior (artigo 557, § 1º-A[19]).

---

[17] Artigo 926, do Código de Processo Civil de 2015.
[18] Artigo 932, IV, do Código de Processo Civil de 2015.
[19] Artigo 932, V, do Código de Processo Civil de 2015.

A propósito, vale registrar ainda a previsão contida no artigo 544, § 4º, III[20], que permite ao relator, no agravo contra despacho denegatório de seguimento de recurso extraordinário ou recurso especial, conhecer do agravo e, desde logo, prover o próprio RE ou REsp, caso o acordão recorrido esteja em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do tribunal.

Outra mudança de relevo é a dispensa de aplicação da cláusula de reserva de plenário, prevista expressamente no artigo 481, parágrafo único[21]. Tal dispositivo, que foi acrescentado ao CPC/1973 em 1998, determina que os órgãos fracionários dos tribunais não são obrigados a submeter 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.

Perceba, aqui, a força expansiva que ganha a decisão do STF, a qual, mesmo sendo proferida no controle difuso de constitucionalidade e mesmo sem que tenha havido a atuação por parte do Senado Federal, passa a irradiar efeitos para além do processo em que foi exarada.

Seguindo a mesma linha de valorização dos precedentes, o parágrafo único do artigo 120[22], também acrescentado ao CPC/1973 no ano de 1988, trouxe a possibilidade de o relator decidir de plano o conflito de competência quando houver jurisprudência dominante do tribunal sobre a questão suscitada.

Ainda nesse sentido, após a reforma de 2001, o CPC/1973 passou a dispensar o reexame necessário caso a sentença tenha sido proferida com fundamento em jurisprudência do plenário do STF ou em súmula deste tribunal ou do tribunal superior competente (artigo 475, §3º[23]).

Na mesma época, o artigo 741, parágrafo único[24], passou a considerar inexigível o título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ainda que em sede de controle difuso, o que veio a ser reafirmado em 2005, pelo artigo 475-L, §1º, do CPC/1973[25]. Tudo isso, sem qualquer interferência por parte do Senado Federal.

Em 2006, o legislador brasileiro deu mais um passo em direção à

---

[20] Sem correspondente no Código de Processo Civil de 2015.
[21] Artigo 949, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 2015.
[22] Artigo 955, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 2015.
[23] Artigo 496 §4º, do Código de Processo Civil de 2015.
[24] Artigo 535, §5º, do Código de Processo Civil de 2015.
[25] Artigo 525, §12, do Código de Processo Civil de 2015.

valorização dos precedentes quando novamente reformou o CPC/1973, o qual passou a considerar, no artigo 518, §1º[26], descabida a apelação contra sentença que estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

No mesmo ano de 2006, houve uma grande novidade, já estudada, inclusive, neste trabalho. Trata-se da inclusão dos artigos 543-A e 543-B ao CPC/1973[27], que passaram a disciplinar a chamada *repercussão geral* para fins de conhecimento de recursos extraordinários.

Aqui, insta salientar mais uma vez a importância da *repercussão geral*, a qual funcionou como verdadeiro mecanismo de *objetivação* do recurso extraordinário e, por conseguinte, também do controle difuso de constitucionalidade.

O sistema de julgamento de recursos extraordinários repetitivos, disciplinado no artigo 543-B, do CPC/1973, representa bem a ideia de ampla eficácia das decisões proferidas pelo STF sem que haja a necessidade de atuação do Senado Federal, nos termos do artigo 52, X, da CF/1988.

Tal fato se dá por uma razão bem simples: uma vez julgado o recurso extraordinário representativo da controvérsia, o entendimento firmado pelo STF deverá ser seguido pelos tribunais de origem em relação aos processos que estavam sobrestados, sob pena de o Pretório Excelso cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada (artigo 543-B, § 4º, do CPC/1973[28]).

Perceba que se trata de uma decisão do Supremo Tribunal Federal que está irradiando efeitos para outros processos, sem que, em nenhum momento, tenha sido cogitada a participação da Casa Alta do Congresso.

Ademais, ainda a respeito do tema, mister se faz registrar mais uma amostra de valorização dos precedentes judiciais, a qual se encontra prevista no artigo 543-A, §3º, do CPC/1973[29]. De acordo com o indigitado dispositivo, haverá uma presunção de *repercussão geral* sempre que o recurso extraordinário impugnar decisão que contraria súmula ou jurisprudência dominante do STF.

E não para por aí, no âmbito dos juizados especiais, o regime de vinculação aos precedentes dos tribunais superiores também se mostra presente. Há, tanto nos Juizados Especiais Federais (Lei 10.259/2001 – artigo 15) quanto nos Juizados Especiais dos Estados e

---

[26] Sem correspondente no Código de Processo Civil de 2015.
[27] Respectivamente, artigos 1.035 e 1.036, do Código de Processo Civil de 2015.
[28] Artigo 1.039, do Código de Processo Civil de 2015.
[29] Artigo 1.035, §3º, do Código de Processo Civil de 2015

do Distrito Federal (Lei 12.153/2009 – artigo 21), um sistema específico para o julgamento dos recursos extraordinários, de modo que o precedente, uma vez firmado, passa a ter força expansiva, ao impor que seja dada solução idêntica aos demais recursos, os quais versem sobre matéria já decidida pelo STF. Mais uma vez, isso se dá sem que haja qualquer ingerência por parte do Senado.

Paralelo a essa extensa gama normativa, que confere eficácia ampliada aos precedentes, de modo a projetá-los para além da causa concreta apreciada, ter-se-ão também as decisões proferidas nos processos coletivos, que, por sua própria natureza, são dotadas de eficácia *ultra partes*.

É assim, por exemplo, na ação civil pública, cuja sentença, por disposição expressa do artigo 16, da Lei 7.347/1985, fará coisa julgada *erga omnes* nos limites da competência territorial do órgão que a prolatou. Conquanto a questão da constitucionalidade da norma, conforme estudado, não pode ser o objeto da ação civil pública, mas sim uma questão a ele prejudicial, é evidente que a declaração de inconstitucionalidade, ainda que incidental na ACP, poderá irradiar efeitos para além das partes que figuram nos polos da demanda, novamente, sem que seja prevista qualquer interferência por parte do Senado Federal.

Seguindo o mesmo raciocínio, vale destacar a sentença proferida no mandado de segurança coletivo, que, nos termos do artigo 22, da Lei 12.016/2009, fará coisa julgada em relação aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante. Note-se que se trata de mais uma decisão que gera efeitos além das partes que compõe o processo.

Todas essas modificações legislativas, que, conforme analisado, tem por finalidade conferir força vinculante aos precedentes firmados pelos tribunais superiores, mormente aqueles estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal em sede de jurisdição constitucional, acabam por tornar, cada vez mais, inútil o papel da Casa Alta do Congresso no controle difuso de constitucionalidade.

Como se não bastassse, mister se faz verificar ainda quais foram as alterações constitucionais que contribuíram, ao lado das mudanças sucedidas no plano infraconstitucional, para demonstrar a ocorrência *mutação constitucional* do artigo 52, X, da CF/1988, a qual se deu, repita-se, em virtude da atuação do legislador.

No plano constitucional, a primeira grande mudança ocorreu em 1965, quando a Emenda Constitucional n. 16 inaugurou, no sistema brasileiro, o controle abstrato de constitucionalidade das normas.

Conforme ponderado no primeiro capítulo, as sentenças proferidas pelo

Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato são, por si só, dotadas de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante (artigo 102, §2º, da CF/1988), dispensando-se qualquer intervenção do Senado Federal para que se atinja tal desiderato.

Isso representou uma significativa mudança de paradigma no que diz respeito ao controle de constitucionalidade das normas no direito brasileiro. Note-se que foi o próprio legislador que conferiu ao STF o poder de declarar a inconstitucionalidade *in abstracto* de uma determinada norma, fazendo com que sua decisão pudesse, por si só, valer *contra todos*.

A propósito, o Poder Legislativo foi ainda mais além ao conferir ao Supremo a possibilidade de conceder medida cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade (artigo 102, I, *p*, da CF/1988 e artigos 10/12 da Lei 9.868/1999), de modo que o tribunal pudesse suspender, liminarmente e com eficácia geral, a aplicação de norma questionada em face da Constituição. Tudo isso, vale reprisar, sem se cogitar qualquer atuação por parte do Senado Federal.

Observe que, dentro do sistema de controle de constitucionalidade, o legislador já admitiu que o Supremo Tribunal Federal profira decisões com eficácia *erga omnes*, sem a necessidade de intervenção do Senado. Isso é o que está expresso para que ocorra no controle concentrado e o que se pretende estender, por meio da *mutação constitucional*, ao controle difuso.

Por sua vez, a Emenda Constitucional n. 45/2004, que acrescentou o artigo 103-A à Constituição, autorizando o Pretório Excelso a editar as chamadas *súmulas vinculantes*, acabou por atestar, ainda mais, a obsolescência do instituto da suspensão da execução por parte do Senado Federal de lei declarada inconstitucional pelo STF.

Verifica-se que, a partir de então, havendo súmula vinculante a respeito da matéria, perde-se qualquer sentido prático a edição de resolução por parte da Casa Alta do Congresso visando a suspensão da execução da lei declarada inconstitucional.

Isso se dá porque a súmula vinculante, como o próprio nome já indica, uma vez editada, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, tanto nas esferas federal, estadual e municipal.

Portanto, existindo a possibilidade de o Supremo editar uma súmula vinculante, a qual poderá ter por objeto, inclusive, a declaração de inconstitucionalidade de um determinado dispositivo legal, não há mais razão para chamar o Senado Federal a se manifestar, nos termos do artigo 52, X, da CF/1988, haja vista que o efeito que se pretendia atingir com a resolução suspensiva (efeito *erga omnes*) já fora alcançado pela própria súmula

vinculante.

No mesmo sentido, vale registrar a exigência do requisito da *repercussão geral*, que também foi inserido na Constituição Federal (artigo 102, §3º) pela emenda acima mencionada.

Tal instituto, que evidencia cada vez mais o caráter objetivo que vem sendo conferido ao controle difuso de constitucionalidade, não será novamente pormenorizado, uma vez que fora estudado linhas atrás, quando se tratou de sua regulamentação no Código de Processo Civil.

De todo modo, impende deixar consignado que a indigitada mudança, promovida a nível constitucional pelo próprio legislador, conforme outrora explicitado, reduz o papel do Senado Federal no que diz respeito ao controle de constitucionalidade das normas no direito brasileiro.

Realizadas tais considerações, não restam dúvidas de que, primeiro, a disposição do artigo 52, X, da CF/1988 está ultrapassada.

Nesse sentido, vale destacar as lições de Teori Albino Zavascki (2013, p. 49):

> Assim, considerando o atual quadro normativo, fruto de uma constante e progressiva escalada constitucional e infraconstitucional em direção à 'dessubjetivação' ou à 'objetivação' das decisões do STF, inclusive no controle incidental de constitucionalidade, é inquestionável a constatação de que, embora persista, na Constituição (art. 52, X, da CF/1988), a competência do Senado Federal para suspender a execução de lei declarada inconstitucional, o seu exercício foi paulatinamente perdendo a importância e o sentido que tinha originalmente, sendo, hoje, inexpressivas, ressalvado seu efeito de publicidade, as consequências práticas que dele podem decorrer.

Como se não bastasse, Dirley da Cunha Júnior (2010, p. 156) assevera que:

> Essa competência do Senado, todavia, se foi necessária nos idos de 1934, e talvez até a década de 80, não revela hoje utilidade, em face do novel sistema jurídico desenhado pela vigente Constituição da República. De feito, num sistema em que se adota um controle concentrado-principal, e as decisões de inconstitucionalidade operam efeitos *erga omnes e vinculantes*, a participação do Senado para conferir eficácia geral às decisões do Supremo Tribunal Federal, prolatadas em sede de controle incidental, é providência anacrônica e contraditória. Ora, se o Supremo Tribunal Federal pode, em sede de controle concentrado-principal, suspender, liminarmente e em caráter geral, a eficácia de uma lei e até mesmo de uma Emenda Constitucional, qual a razão hoje de limitar a declaração de inconstitucionalidade pronunciada pela Corte no controle incidental às partes do processo e condicionar a sua eficácia geral à intervenção do Senado?

Para Luís Roberto Barroso (2012):

> A verdade é que, com a criação da ação genérica de inconstitucionalidade, pela EC n. 16/65, e com o contorno dado à ação direta pela Constituição de 1988, essa competência atribuída ao Senado tornou-se um anacronismo. Uma decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, seja em controle incidental ou em ação direta, deve ter o mesmo alcance e produzir os mesmos efeitos. Respeitada a razão histórica da

> previsão constitucional, quando de sua instituição em 1934, já não há lógica razoável em sua manutenção.

Não é outro o ensinamento de Clèmerson Merlin Clève (2000, p. 124-125):

> Num momento (1934) em que se temia o 'governo dos juízes', em que se esforçava para manter a fiscalização incidental, em que se almejavam as vantagens da fiscalização concentrada (eficácia *erga omnes*), em que se procuravam harmonizar as competências do Judiciário sem, todavia, amesquinhar o Legislativo, a fórmula encontrada pelo Constituinte de 1934, para estender ao julgado da Suprema Corte a eficácia *erga omnes*, parece ter sido criativa e adequada. Todavia, é questionável a permanecia da fórmula na Constituição de 1988. Parece constituir um anacronismo a permanência do mecanismo quando o país adota, na atualidade, não apenas a fiscalização incidental, mas também a concentrado-principal, decorrente de ação direta e, inclusive, para suprimento de omissão. Tem-se que chegou a hora, afinal, de transformar o Supremo Tribunal Federal em verdadeira Corte especializada em questões constitucionais, retirando-se do Senado a atribuição discutida no presente item [atribuição para suspender a execução de lei declarada inconstitucional].

Como já é consabido, Gilmar Ferreira Mendes (2012b) afirma que:

> A exigência de que a eficácia geral da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal em casos concretos dependa de decisão do Senado Federal, introduzida entre nós com a Constituição de 1934 e preservada na Constituição de 1988 (art. 52, X), perdeu parte do seu significado com a ampliação do controle abstrato de normas, sofrendo mesmo um processo de obsolescência. A amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de que se suspenda, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, contribuíram, certamente, para que se mitigasse a crença na própria justificativa desse instituto, que se inspirava diretamente em uma concepção de separação de Poderes – hoje necessária e inevitavelmente ultrapassada.

Nada obstante, Uadi Lammêgo Bulos também afirma que "o mandamento cristalizado no artigo 52, X, encontra-se totalmente superado e já passou da hora de ser excluído da normativa constitucional brasileira" (2015, p. 234).

Ademais, a segunda conclusão a que se chega é a seguinte: as alterações legislativas supra indicadas foram as verdadeiras responsáveis pela *mutação constitucional* imposta ao artigo 52, X, da CF/1988.

A mutação não ocorreu, como muitos preconizam, em virtude da atuação do Supremo Tribunal Federal, por meio da interpretação judicial. Pelo contrário, a Corte Máxima brasileira está apenas exercendo a função de reconhecer a *mutação constitucional* que ocorreu, repita-se, em decorrência de atos praticados pelo legislador.

Nesse passo, o STF está simplesmente cumprindo o seu papel que, segundo Luís Roberto Barroso, consiste em dar "A última palavra sobre a validade ou não de uma mutação constitucional " (2015, p. 168).

Portanto, é aqui que se encontra a originalidade do presente trabalho, ao se defender, de forma inédita, que não é o Supremo Tribunal Federal que está suprimindo a competência do Senado Federal para suspender a execução de lei declarada inconstitucional,

mas sim o próprio Congresso Nacional, nele incluído a Casa Alta, que assim o fez ao promover as alterações legislativas supramencionadas, tanto a nível constitucional quanto no plano infraconstitucional.

Desta feita, sucumbem os argumentos contrários no sentido de que o Pretório Excelso estaria extrapolando os limites da jurisdição constitucional. Aliás, não só esses, como também outros que foram levantados pela doutrina e que serão analisados, bem como rebatidos daqui para frente.

Para debater tais questões, levar-se-á em conta o escólio de Lenio Luiz Streck, Martimonio Mont'Alverne Barreto Lima e Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, considerados os principais expoentes da corrente contrária à ideia de ter havido a *mutação constitucional* do artigo 52, X, da CF/1988.

Um dos principais argumentos dos referidos autores contra a tese da mutação seria no sentido de que a perda da competência da Câmara Alta implicaria, por conseguinte, na retirada da participação popular do processo de controle difuso de constitucionalidade, o que não poderia, segundo eles, ser admitido. Em suas palavras:

> Se o controle concentrado é exercido pelo Supremo Tribunal, por outro lado poderá existir, neste controle, a participação da sociedade civil. A decisão do Supremo Tribunal estará, então, legitimada não somente porque emanou da corte que possui em última instância a complexa responsabilidade da guarda da Constituição. Principalmente, a decisão estatal estará legitimada por ser o resultado de um processo jurisdicional em que a sociedade poderá vir a ter participação. Mas o modelo de participação democrática no controle difuso também se dá, de forma indireta, *pela atribuição constitucional deixada ao Senado Federal.* Excluir a competência do Senado Federal – ou conferir-lhe apenas um caráter de tornar público o entendimento do Supremo Tribunal Federal – significa reduzir as atribuições do Senado Federal à de uma secretaria de divulgação intra-legistativa das decisões do Supremo Tribunal Federal; *significa, por fim, retirar do processo de controle difuso qualquer possibilidade de chancela dos representantes do povo deste referido processo*, o que não parece ser sequer sugerido pela Constituição da República de 1988 (STRECK; LIMA; OLIVEIRA, 2007, p. 50).

Com a devida vênia, tal argumento não merece prosperar. Olvidam-se os indigitados autores que o Código de Processo Civil de 1973, regulamentando a chamada *cláusula de reserva de plenário* (artigo 482, §§ 1º, 2º e 3º), admite, no controle incidental, não só a participação do Ministério Público e das pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, como também dos titulares do direito de propositura referidos no artigo 103, da Constituição (ou seja, dos legitimados para a ADI/ADC), bem como de outros órgãos ou entidades (figura do *amicus curiae*).

Logo, não restam dúvidas de que a proposta de *mutação constitucional*, por óbvio, não acaba com a participação popular no controle difuso, que continua sendo assegurada, e o que é ainda mais importante, antes mesmo da formação do convencimento por

parte do tribunal.

Ademais, Lenio Luiz Streck, Martimonio Mont'Alverne Barreto Lima e Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (2007, p. 59-64) elucubram toda uma tese no sentido de que o Supremo Tribunal Federal, sob o pretexto da mutação constitucional, não poderia alterar a Constituição, sob pena de extrapolar os limites da jurisdição constitucional.

Tal pensamento, fica evidenciado no seguinte trecho:

> Em síntese, a tese da mutação constitucional *advoga em última análise uma concepção decisionista da jurisdição e contribui para a compreensão das cortes constitucionais como poderes constituintes permanentes.* Ora, um tribunal não pode mudar a constituição; um tribunal não pode 'inventar' o direito: este não é seu legítimo papel como poder jurisdicional, numa democracia (STRECK; LIMA; OLIVEIRA, 2007, p. 61).

Deveras, o argumento talvez seria válido se fosse o Pretório Excelso, por meio da interpretação judicial, que estivesse alterado o sentido da Constituição. A propósito, parece ser essa a proposta defendida não só pelos autores acima indicados, como também, conforme visto, por alguns ministros do STF, além de outros, como, por exemplo, Fábio Martins de Andrade (2015, p. 118), Flávio Quinaud Pedron (2015, p. 232-233) e Luciana Nogueira Nóbrega (2010, p. 7649).

Ocorre que a leitura que se faz no presente trabalho em relação a esse ponto, conforme já esposado, é completamente diferente. Advogar a ideia de que a *mutação constitucional* foi levada a efeito pelo legislador, e não pelo STF, faz com que os argumentos levantados até então nesse sentido venham a sucumbir.

Nessa senda, não há como sequer analisá-los com maior profundidade, já que partem de uma premissa totalmente distinta da leitura proposta por este trabalho. Ora, não dá para analisar se o STF extrapolou, ou não, os limites da jurisdição constitucional quando se parte do pressuposto de que a *mutação constitucional* não foi perpetrada por ele, mas sim pelo legislador.

Assim, resta cristalino que o ineditismo da tese ora sustentada, inevitavelmente, faz com que caia por terra todos os argumentos no sentido de que o Pretório Excelso estaria usurpando a competência de outro órgão da Federação.

De todo modo, mesmo levando em conta que tal ineditismo é capaz de afastar a análise dos questionamentos até então existentes, ainda assim é possível trabalhar com algumas questões que envolvem o tema.

Destarte, interessa saber se a releitura que se pretende fazer do artigo 52, X, da CF/1988, não extrapola os limites da *mutação constitucional*.

Em se tratando de limites à *mutação constitucional*, a primeira coisa que se

precisa ter em mente, conforme observou André Ramos Tavares (2013), é que não há nenhuma disposição expressa regulando essa matéria, isto é, não há nenhuma limitação formal a esse método de alteração da Constituição.

Conquanto não haja disposição expressa, a própria doutrina passou, então, a fixar balizas ou restrições ao fenômeno em testilha. Infelizmente, tal mister não fora desempenhado de forma unívoca, sendo possível verificar a existência de vários posicionamentos divergentes.

Embora a discussão persista, é possível identificar, pelo menos, um ponto de consenso, o qual converge para a ideia de que a *mutação constitucional* não pode contrariar a própria constituição, ou seja, não pode extrapolar os limites do texto que se pretende interpretar nem, muito menos, violar os princípios basilares da Constituição.

Nesse passo, é inevitável o surgimento da seguinte questão: a *mutação constitucional* do artigo 52, X, da CF/1988, que pretende restringir o papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade, não violaria o princípio da separação dos poderes, o qual fora, inclusive, alçado ao patamar de cláusula pétrea pelo legislador constituinte (artigo 60, §4º, III)?

A resposta é terminantemente negativa, por diversas razões. *Primeiro*, porque foi o legislador que, *per se*, abriu mão de tal competência ao editar todas as reformas legislativas oportunamente mencionadas, ou seja, quem deu azo à *mutação constitucional* foi o próprio detentor da competência, a qual acabou sendo diminuída em virtude de suas ações.

Interessante notar que, aqui, inexiste a ideia de violação ao princípio da separação dos poderes no sentido de que o Supremo Tribunal Federal, órgão que integra o Poder Judiciário, estaria "roubando" a competência do Senado Federal, órgão que pertence ao Poder Legislativo. Não há disputa entre os indigitados Poderes.

Repita-se, não é o STF o responsável pela *mutação constitucional*, ele apenas a reconhece como fenômeno informal de mudança da Constituição. Novamente, para que não restem dúvidas, a *mutação constitucional* foi levada a efeito por conta do próprio legislador, que, ao editar as modificações legislativas já estudadas, acabou, ele mesmo, abrindo mão da competência prevista no artigo 52, X, da CF/1988.

Segundo, porque não se tem notícias de que tais mudanças (efeito *erga omnes* automático no controle abstrato, admitido, inclusive, em sede de medida cautelar; possibilidade de edição de súmulas vinculantes; requisito adicional da repercussão geral; possibilidade de dispensa da cláusula de reserva de plenário; bem como as demais alterações que conferem efeitos expansivos às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal)

tenham sido questionadas por suposta violação ao disposto no artigo 52, X, da CF/1988.

Isso se liga ao *terceiro* argumento, ou seja, se entendermos que a *mutação constitucional* ofende o primado da separação dos poderes, o controle abstrato também o ofenderia, a súmula vinculante também o ofenderia, a repercussão geral também o ofenderia, bem como todas as mudanças havidas no plano infraconstitucional, pois todas elas partem de um mesmo pressuposto, que, em tese, implicaria na violação do artigo 52, X, da CF/1988.

Ocorre que isso não é verdade, qualquer uma das alterações acima mencionadas, inclusive a *mutação constitucional*, não viola o dispositivo em comento, pois todas elas foram desencadeadas pelo próprio legislador, ciente e atento ao novo contexto fático-social no qual o Brasil se inseriu após a Constituição de 1934.

Em *quarto* lugar, deve-se lembrar que o artigo 60, §4º, da CF/1988, veda expressamente a modificação da Constituição "tendente a abolir a separação dos Poderes" (BRASIL, 2015a). Nesse sentido, impende mencionar que em nenhum momento se defende uma *mutação constitucional* que venha a *abolir* a separação dos Poderes. Pelo contrário, a tese aqui defendida é no sentido de uma releitura do papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade, ou seja, bem distante da vedação contida no dispositivo acima indicado.

Embora não possa se falar em *abolição* da separação dos Poderes, também não há como se negar que a *mutação constitucional* do artigo 52, X, da CF/1988, envolve restrição à competência de um dos órgãos que integram o Poder Legislativo. Fato este que, aí sim, poderia suscitar vozes no sentido de que haveria violação ao princípio da separação dos Poderes, bem como de todo o sistema de *checks and balances* previsto na Constituição.

Ocorre que, mesmo que assim se entenda, não se pode perder de vista que o contexto vivido pelo Brasil agora é outro, completamente distinto daquele em que se determinou a necessidade de intervenção da Câmara Alta do Congresso para que fosse conferido efeito *erga omnes* às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de fiscalização incidental de constitucionalidade.

Em outras palavras, a ideia de separação dos poderes em 1934, época em que fora inserido na Constituição o dispositivo que corresponde ao atual 52, X, da CF/1988, é totalmente distinta da realidade vivenciada nos dias atuais.

Para se ter uma noção, de acordo com o que foi observado linhas atrás, em 1934, o Senado Federal desempenhava a função de *coordenador dos poderes da República*, mister este que há muito não lhe pertence mais.

Tem-se um novo contexto, e isso pode ser verificado por meio das lições de

Teori Albino Zavascki (2013, p. 49), Dirley da Cunha Júnior (2010, p. 156), Luís Roberto Barroso (2012), Clèmerson Merlin Clève (2000, p. 124-125), Gilmar Ferreira Mendes (2012b) e Uadi Lammêgo Bulos (2015, p. 234), todos estes que, conforme outrora observado, atestam a obsolescência da previsão do artigo 52, X, da CF/1988.

Assim, embora a *mutação constitucional* resvale no primado da separação dos poderes, ela, pelo menos ao nosso sentir, não desrespeita o que Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento chamam de "sentido mínimo das cláusulas pétreas" (2012).

Segundo os indigitados autores (e aqui vale repetir a lição):

> se, por um lado, é certo que o sistema constitucional e as cláusulas pétreas impõem limites à mutação constitucional, não é menos correto, por outro, que dito sistema e as referidas cláusulas também se abrem, em alguma medida, a processos informais de mudança da Constituição.

É evidente que abusos devem ser controlados, entretanto, neste caso, o que se vislumbra é uma pequena abertura do primado da separação dos Poderes (cláusula pétrea) para dar espaço à *mutação constitucional* (processo informal de mudança da constituição). Mutação esta que se justifica pelas razões apontadas e, principalmente, porque não se pode adotar uma leitura imóvel da Constituição, incapaz de sentir os novos valores de uma sociedade que se encontra em permanente evolução.

Até porque, conforme observa Karl Loewenstein (1979, p. 164), não se pode perder de vista que:

> Cada constituición es un organismo vivo, siempre en movimiento como la vida misma, y está sometido a la dinámica de la realidad que jamás puede ser captada a través de fórmulas fijas. Una constituición no es jamás idéntica consigo misma, y está sometida constantemente al *panta rhei* heraclitiano de todo lo vivente.

Em poucas palavras, a constituição é um organismo vivo e, sob tal condição, não é e nem deve ser imune à ação do tempo.

Em *quinto*, vale registrar que a mudança de interpretação do artigo 52, X, da CF/1988, levada a cabo em virtude da atuação do legislador, não extrapola os limites semânticos do indicado dispositivo legal.

A releitura que se pretende fazer do artigo 52, X, da CF/1988, no sentido de que a atribuição do Senado Federal, agora, está restrita à publicação no Diário do Congresso da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal é, no mínimo, aceitável.

Da mesma forma que se criou um sentido para a expressão "suspender a execução", consistente na ideia de conferir efeito *erga omnes* à decisão definitiva do STF que declarasse a inconstitucionalidade de lei, nada impede que seja criado um novo significado, este, que esteja atualizado de acordo com as novas demandas que surgiram após a

promulgação da Constituição de 1934.

E, mesmo que se sustente que a nova proposição contraria o disposto na própria Constituição, deve-se levar em conta, novamente, os argumentos que fundamentam a ocorrência da *mutação constitucional*. A mutação serve justamente para isso, para mudar o sentido da constituição e atualizá-la de acordo com a realidade social.

Não se pode olvidar que a alteração, nesse caso, foi proposta pelo próprio legislador e, mais, encontra-se plenamente justificada. Entender de modo contrário, seria o mesmo que enrijecer sobremaneira a Constituição, torná-la imutável por diversas gerações, o que jamais pode ser admitido, pois, conforme adverte Thomas Paine, "The vanity and presumption of governing beyond the grave is the most ridiculous and insolent of all tyrannies" (2005).

Ademais, nem que se diga que a *mutação constitucional* está desprovida de legitimidade democrática, uma vez que esta foi promovida pelo Congresso Nacional, cuja atuação se dá por intermédio de senadores e deputados eleitos para representar os interesses do povo.

Como reforço de argumentação, vale rememorar a advertência feita por Dirley da Cunha Júnior. Segundo o autor:

> aceitar a liberdade do Senado para suspender, ou não, a execução de ato declarado inconstitucional pelo STF consiste em admitir que uma consideração exclusivamente política sobrepõe-se a um exame jurídico acerca da inconstitucionalidade (2010, p. 156).

Ora, se o princípio da supremacia da constituição determina que as leis com ela incompatíveis devem ser extirpadas do ordenamento jurídico, permitir que uma norma, mesmo sendo declarada inconstitucional pelo órgão de cúpula do Judiciário brasileiro, continue sendo aplicada enquanto o Senado Federal, por uma decisão política, não edita a resolução suspensiva seria o mesmo que ferir a própria constituição.

Isso sem contar que a leitura atual do artigo 52, X, da CF/1988, afronta diretamente os princípios da igualdade e da segurança jurídica, pois permite a existência de decisões conflitantes enquanto a Casa Alta do Congresso não se desincumbe de seu papel constitucional. Isso ficou muito claro, conforme outrora analisado, no caso que deu origem à Reclamação 4335/AC.

Fincados tais argumentos, vale destacar que não assiste razão para, hodiernamente, diferenciar os efeitos das decisões proferidas no controle difuso e no controle concentrado, ao menos no que diz respeito àquelas emanadas do plenário do Supremo Tribunal Federal.

Isso se dá porque, em ambos os casos, está-se diante de um mesmo tribunal, ou seja, são os mesmos ministros que julgam tanto as demandas oriundas do controle abstrato quanto aquelas originadas do controle difuso.

Ora, não faria sentido (e não faz sentido), que um mesmo órgão (STF), tratando acerca de um mesmo tema (questão da constitucionalidade de um ato normativo), profira decisões que comportem efeitos distintos (ora efeitos *erga omnes*, ora efeitos *inter partes*).

De fato, parece que há uma certa desconfiança quando se analisa a postura do Supremo Tribunal Federal ao decidir questões acerca da constitucionalidade de normas pela via incidental. Desconfiança esta que, por outro lado, parece não existir em sede de controle abstrato.

Com a devida vênia, isso não pode ser levado a cabo de maneira alguma. Deve-se considerar que o STF, ao aferir a compatibilidade de uma norma com a Constituição, na via incidental, assim o faz com a mesma responsabilidade com que atua ao proferir decisões no controle concreto.

Destarte, em arremedo de conclusão, insta salientar que o posicionamento ora defendido coaduna com a ideia de redução do papel do Senado Federal, que deve ficar restrito à publicidade do acórdão proferido pelo Corte Máxima brasileira, tal qual preconizam os votos de Gilmar Ferreira Mendes e Eros Grau, outrora analisados, bem como, doutrinariamente, Teori Zavaski (2014, p. 49), Jaime Domingues Brito e Jéssica Amanda Fachin (2015, p. 156-157), Carlos Alberto Lúcio Bittencourt (1949, p. 145-146), dentre outros.

Vale consignar que, embora os referidos juristas sustentem a redução do papel do Senado Federal por fundamentos distintos do presente trabalho, fato é que o resultado a que se pretende chegar é o mesmo, ou seja, entender que o artigo 52, X, da CF/1988, em virtude da *mutação constitucional*, prevê a competência do referido órgão legislativo para tão-somente publicar no Diário do Congresso a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal que declara a inconstitucionalidade de uma determinada lei na via incidental. Isso porque a decisão proferida pelo Pretório Excelso, por si só, já é capaz de irradiar efeitos *erga omnes*, ou seja, tem a aptidão de atingir a todos independentemente da atuação da Casa Alta do Congresso.

3.3 As consequências da adoção da teoria da abstrativização

O grande problema da adoção da *teoria da abstrativização* dos efeitos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade reside no fato de que o ordenamento jurídico brasileiro não foi desenhado, originalmente, para um sistema de valorização dos precedentes judiciais, ao menos no que diz respeito à força vinculante da *ratio decidendi* constante dos julgados.

No controle abstrato, isso não gera maiores problemas, pois a questão da constitucionalidade da norma é o objeto principal da demanda, devendo esta constar da parte dispositiva do julgado.

Por outro lado, no controle difuso, o mesmo não ocorre, tendo em vista que a aferição da compatibilidade da norma com a constituição, nesse caso, se dá em caráter incidental e, por isso, não constará na parte dispositiva da decisão, mas tão-somente em sua fundamentação.

Assim, a grande dúvida que surge é a seguinte: como compatibilizar a expansão dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade realizada em caráter incidental com a ideia de coisa julgada presente em nosso ordenamento jurídico, a qual, segundo os artigos 468 e 469, do Código de Processo Civil de 1973[30], deve recair somente sobre o dispositivo da sentença?

O caminho para solucionar tal impasse já vem sendo trilhado pela jurisprudência do próprio STF por meio da denominada *teoria da transcendência dos motivos determinantes*.

Elucidando a teoria, Luís Roberto Barroso (2012) assevera que:

> Por essa linha de entendimento, é reconhecida eficácia vinculante não apenas à parte dispositiva do julgado, mas também aos próprios fundamentos que embasaram a decisão. Em outras palavras: juízes e tribunais devem acatamento não apenas à conclusão do acórdão, mas igualmente às razões de decidir

Embora tal teoria tenha nascido visando a extensão dos limites objetivos e subjetivos das decisões proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade, ela pode, perfeitamente, ser aplicada, inclusive, no controle incidental.

A propósito, não só pode, como vem sendo aplicada no regime difuso.

[30] Art. 468. A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas. Art. 469. Não fazem coisa julgada: I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença; III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentemente no processo.

Registra-se, nesse sentido, o escólio de Gilmar Ferreira Mendes (2015, p. 1139):

> Nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade de leis municipais, o Supremo Tribunal Federal tem adotado uma postura significativamente ousada, conferindo efeito vinculante não só à parte dispositiva da decisão de inconstitucionalidade, mas também aos próprios fundamentos determinantes. É que são numericamente expressivos os casos em que o Supremo Tribunal tem estendido, com base no art. 557, *caput*, e § 1º-A, do Código de Processo Civil, a decisão do plenário que declara a inconstitucionalidade de norma municipal a outras situações idênticas, oriundas de Municípios diversos. Em suma, tem-se considerado dispensável, no caso de modelos legais idênticos, a submissão da questão ao Plenário.

Assim, em virtude da aplicação da indigitada teoria, a parte da fundamentação da decisão proferida na fiscalização incidental também faria coisa julgada, expandindo seus limites para além do caso dos autos.

Conquanto a vinculação em relação à parte da fundamentação do julgado seja uma novidade, ela não apresenta maiores dificuldades de compreensão, ao menos no que diz respeito ao controle de constitucionalidade. É que, mesmo que apreciada em caráter incidental, a questão da constitucionalidade sempre terá dois caminhos a seguir: ou a norma é declarada constitucional ou é declarada incompatível com a constituição. Isso facilita, sobremaneira, a aplicação da *ratio decidendi* para outros casos apresentados ao Poder Judiciário, que se encontram na mesma situação.

Aliás, capitando essa tendência jurisprudencial, o legislador pátrio passou a prever a possibilidade de a coisa julgada também recair sobre questões prejudiciais incidentais, como é o caso do juízo de constitucionalidade realizado em sede de controle difuso.

A novidade ficou por conta do disposto no artigo 503, do Código de Processo Civil de 2015, o qual prevê que:

> Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida.
> § 1º O disposto no *caput* aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentemente no processo, se:
> I - dessa resolução depender o julgamento do mérito;
> II - a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia;
> III - o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal.
> §2º A hipótese do § 1º não se aplica se no processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial. (BRASIL, 2015c).

Analisando o referido dispositivo, Fredie Didier Júnior (2015, p. 85/86), esclarece que:

> Não há problema algum com a criação de um regime especial de coisa julgada: trata-se de uma legítima opção legislativa, com nítido propósito de estabilizar a discussão em torno de uma questão que tenha sido debatida em contraditório, ainda que não

> seja questão principal. A doutrina já demonstrava a necessidade de romper o dogma de que a coisa julgada somente poderia recair sobre o objeto litigioso do processo.

É de se notar que, com a novidade, a coisa julgada também poderá recair sobre a questão da constitucionalidade da norma (analisada, em sede de controle difuso, na parte da fundamentação do julgado), já que esta figura como questão prejudicial incidental em relação ao objeto principal da demanda e, é claro, desde que preenchidos os requisitos do artigo 503, acima destacado.

Dessa forma, com o auxílio da *teoria da transcendência dos motivos determinantes*, o Código de Processo Civil de 2015 minimiza o impasse verificado em relação ao Código de 1973, possibilitando que a coisa julgada também recaia sobre a parte da fundamentação do julgado, local em que se encontrará a verificação da compatibilidade da norma com a constituição.

Tal sistemática, sem dúvida, abre espaço para a perfeita aplicação da *teoria da abstrativização* no direito brasileiro.

CONCLUSÃO

Após tecer várias linhas acerca do tema, foi possível chegar a algumas conclusões. A primeira delas, é a de que o controle de constitucionalidade se revela como um mecanismo indispensável à defesa e à proteção da supremacia da constituição, garantindo sua superioridade hierárquica em relação às demais normas constantes do ordenamento jurídico.

Ademais, não há dúvidas de que, a fiscalização jurisdicional de constitucionalidade das normas, que surgiu no Brasil em 1891, com o controle *difuso*, e foi ampliada em 1965, com a implantação do controle *abstrato*, continua em franca evolução, gerando relevantes discussões, inclusive, nos dias atuais.

Uma dessas discussões, conforme analisado, está voltada para um instituto que foi criado em 1934 e que, até hoje, encontra previsão correspondente na Constituição vigente. Trata-se da competência do Senado Federal para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Hodiernamente, discute-se, por meio da chamada *teoria da abstrativização do controle difuso*, se teria ocorrido um processo informal de mudança da Constituição, mais precisamente, uma alteração no sentido do artigo 52, X, da CF/1988.

Acredita-se que o Supremo Tribunal Federal, embora tenha debatido o tema, não chegou a uma conclusão definitiva. Da leitura do acórdão proferido na Reclamação 4335/AC, depreende-se que não há um consenso em relação ao posicionamento dos ministros do indigitado tribunal acerca da ocorrência da mutação constitucional e, mais do que isso, a respeito da possibilidade de o Pretório Excelso, por meio da interpretação judicial, dar um novo sentido ao disposto no artigo 52, X, da CF/1988, sem que tal conduta extrapole os limites da jurisdição constitucional.

Os estudos realizados impendem concluir, num primeiro momento, que a tentativa de dar um novo sentido ao referido dispositivo constitucional, adequando-o à realidade fático-social, sem que se promova uma mudança formal no texto constitucional, encaixa-se perfeitamente na ideia de *mutação constitucional*.

A propósito, as pesquisas revelam ainda um grande equívoco por parte da doutrina e da jurisprudência ao entender que a *mutação constitucional* teria se dado em

virtude de uma nova interpretação judicial que o Supremo Tribunal Federal estaria fazendo a respeito do artigo 52, X, da CF/1988.

Na realidade, crê-se que a *mutação* do multimencionado dispositivo constitucional foi levada a efeito em decorrência de atos perpetrados pelo próprio legislador, sendo esta, tão-somente, reconhecida (e não elucubrada) pelo Suprema Corte brasileira.

A fim de demonstrar tal posicionamento, foram elencadas as diversas alterações legislativas ocorridas tanto no plano constitucional quanto na esfera infraconstitucional, as quais foram capazes gerar a uma releitura do papel do Senado Federal no controle *difuso* de constitucionalidade.

Dentre elas, destacam-se a introdução, no direito brasileiro, do controle *concentrado* de constitucionalidade, a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal editar súmulas vinculantes, a inserção do requisito adicional da *repercussão geral* aos recursos extraordinários, bem como a possibilidade de dispensa da aplicação da cláusula de reserva de plenário.

Todas essas mudanças permitem chegar à conclusão de que houve uma maior valorização dos precedentes judicias, principalmente os firmados pelo STF, o que faz com que suas decisões, ainda que proferidas em sede de controle *difuso*, ganhem efeitos expansivos.

Isso, automaticamente, faz com que a disposição constante do artigo 52, X, da CF/1988 se torne anacrônica, obsoleta e totalmente desconectada da realidade vivida pelo Brasil nos dias atuais.

O ineditismo da tese defendida ao longo da presente dissertação, permitiu abandonar os questionamentos que costumavam ser efetuados a respeito do tema, mormente aqueles que tratavam a respeito dos limites da jurisdição constitucional.

Como se defendeu que a *mutação constitucional* não foi promovida pelo Poder Judiciário, mas sim pelo legislador, abriu-se espaço, então, para que fossem formulados novos questionamentos.

O principal desafio enfrentado estava voltado para os limites da *mutação constitucional*, mais precisamente saber se alteração de sentido do artigo 52, X, da CF/1988, que pretende restringir o papel do Senado Federal no controle *difuso* de constitucionalidade, violaria, ou não, o princípio da separação dos poderes.

Nada obstante, acredita-se que os argumentos que foram levantados permitem chegar à conclusão de que a pretensa *mutação constitucional* do artigo 52, X, da CF/1988, não viola o princípio da separação dos poderes.

Partindo desse pressuposto, conclui-se também que a *teoria da abstrativização do controle difuso* deve prosperar. Assim, o papel do Senado Federal deve ficar restrito à publicação, no Diário do Congresso, da decisão do Supremo Tribunal Federal que declara a inconstitucionalidade de uma determinada lei na via incidental, uma vez que esta, por si só, já é capaz de gerar efeitos *erga omnes*.

Por fim, acredita-se que a *teoria da abstrativização do controle difuso* pode, perfeitamente, ser adotada no ordenamento jurídico pátrio, sobretudo por conta da *teoria da transcendência dos motivos determinantes*, bem como da nova sistemática acerca da coisa julgada trazida pelo Código de Processo Civil de 2015.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Ana Valderez Ayres Neves de. A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 15, n. 57, p. 223-328, jan-mar, 1978.

ANDRADE, Fábio Martins de. O papel do Senado Federal no controle difuso pela ótica do STF (Rcl. 4335). *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 52, n. 207, p. 105-121, jul-set, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012 – versão digital (e-Pub).

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo:* os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1949.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 24. ed. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14 out. 2015a.

_____. *Lei 9.868/1999*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 14 out. 2015b.

_____. *Novo código de processo civil (Lei 13.105/2015)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 14 out. 2015c.

_____. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 4335/AC, Relator: Min. Gilmar Ferreira Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 21/03/2014. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 14 out. 2015d.

_____. *Lei 9.882/1999*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm>. Acesso em: 14 out. 2015e.

_____. *Lei 12.562/2011*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12562.htm>. Acesso em: 14 out. 2015f.

_____. *Lei 11.418/2006*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11418.htm>. Acesso em: 14 out. 2015g.

_____. *Código de processo civil (Lei 5.869/1973)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 14 out. 2015h.

_____. *Lei complementar 35/1979*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp35.htm>. Acesso em: 14 out. 2015i.

_____. *Lei 8.038/1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8038.htm>. Acesso em: 14 out. 2015j.

_____. *Lei 10.259/2001*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10259.htm>. Acesso em: 14 out. 2015k.

_____. *Lei 12.153/2009*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12153.htm>. Acesso em: 14 out. 2015l.

_____. *Lei 7.347/1985*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 14 out. 2015m.

_____. *Lei 12.016/2009*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm>. Acesso em: 14 out. 2015n.

_____. Supremo Tribunal Federal. Regimento interno. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Janeiro_2015_versao_eletronica.pdf >. Acesso em: 14 out. 2015o.

_____. Senado Federal. Resolução 93/1970 (Regimento interno). Disponível em: < http://www25.senado.leg.br/documents/12427/45868/RISFCompilado.pdf/cd5769c8-46c5-4c8a-9af7-99be436b89c4>. Acesso em: 14 out. 2015p.

BRITO, Jaime Domingues; FACHIN, Jéssica Amanda. O controle de constitucionalidade no Brasil: os efeitos da decisão de inconstitucionalidade no recurso extraordinário. In: FACHIN, Zulmar; SILVA, Deise Marcelino da. (Org). *Temas de direito constitucional contemporâneo*. Birigui: Boreal, 2015.

BROSSARD, Paulo. O Senado e as leis inconstitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 13, n. 50, p. 55-64, abr-jun, 1976.

BUENO, José Antonio Pimenta. *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*. Brasília: Senado Federal, 1978.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. rev. atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 73/2013. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 83/2014 e os últimos julgados do Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Saraiva, 2015.

BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958.

CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo*: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COELHO, Inocêncio Mártires. Hermenêutica constitucional. In: MARTINS, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org). *Tratado de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1 – versão digital (e-Pub).

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade*: teoria e prática. 4. ed. rev. ampl. atual. Salvador: JusPODIVM, 2010.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; Extensão da coisa julgada à resolução da questão prejudicial incidental no novo Código de Processo Civil brasileiro. *Civil Procedure Review*, v. 6, n. 1, p. 81-94, jan-abr, 2015.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional:* controle de constitucionalidade e remédios constitucionais. 3. ed. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

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

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 1.

HESSE, Konrad. Limites da mutação constitucional. In: *Temas fundamentais do direito constitucional*: textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Tradução: Alfredo Gallego Anabidarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1979.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. In: MARTINS, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org). *Tratado de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012a. v. 1 – versão digital (e-Pub).

_____. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*: estudos de direito constitucional. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2012b – versão digital (e-Pub).

_____. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, ano 41, n. 162, p. 149-168, abr-jun, 2004.

_____. STRECK, Lenio L. Comentário ao artigo 103. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013 – versão digital (e-Pub).

_____; BRANCO, Paulo G. Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações constitucionais*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Método, 2013 – versão digital (e-Pub).

NÓBREGA, Luciana Nogueira. Novas tendências acerca do controle difuso de constitucionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: Encontro Nacional do CONPEDI (19. 2010: Fortaleza, CE) Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010, p. 7634-7656.

PAINE, Thomas. *Common sense and other writings*. New York: Barnes & Noble Books, 2005 – versão digital (Mobi).

PEDRON, Flávio Quinaud. O julgamento da Reclamação n. 4.334-AC e o papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 52, n. 207, p. 213-237, jul-set, 2015.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012 – versão digital (e-Pub).

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *Argumenta: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi*, Jacarezinho, n. 7, p. 45-68, 2007.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013 – versão digital (e-Pub).

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.