



PUC

DEPARTAMENTO DE DIREITO

**Reflexões sobre as resoluções do Senado
Federal como instrumento expansional dos
efeitos das decisões do Supremo Tribunal
Federal em controle concreto-difuso de
constitucionalidade**

por

LORENA FREITAS MOURA

ORIENTADOR: FÁBIO CARVALHO LEITE

2015.1

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO

RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22453-900

RIO DE JANEIRO – BRASIL

**Reflexões sobre as resoluções do
Senado Federal como instrumento
expansional dos efeitos das
decisões do Supremo Tribunal
Federal em controle concreto-
difuso de constitucionalidade**

por

LORENA FREITAS MOURA

Monografia apresentada ao
Departamento de Direito da
Pontifícia Universidade Católica
do Rio de Janeiro (PUC-Rio) para
a obtenção do Título de Bacharel
em Direito.

Orientador: Fábio Carvalho Leite

2015.1

Agradecimentos

Primeiramente, agradeço a Deus pela vida e pelas pessoas que colocou no meu caminho.

Aos meus pais, Alexandre de Souza Moura e Gisele Cardoso de Freitas Moura, eternos protetores e companheiros, pelos valores ensinados.

À minha irmã, Marcela Freitas Moura, que sempre esteve presente com amor e amizade.

Aos demais familiares por todo incentivo e apoio.

Aos meus amigos de infância pelos momentos vividos juntos e por vibrarem comigo em cada etapa vencida.

Aos amigos que ganhei nestes cinco anos de faculdade por fazerem meu dia a dia mais feliz.

Ao Professor Fábio Leite pela atenção e pelos valiosos ensinamentos.

À PUC-Rio pelas oportunidades e por mostrar que a faculdade é a melhor época de nossas vidas - me despeço com o coração apertado.

Muito obrigada!

Resumo

O presente trabalho busca refletir sobre a tese da mutação constitucional do artigo 52, inciso X da Constituição de 1988, que atribui ao Senado Federal a competência para suspender a exigibilidade de um ato normativo cuja inconstitucionalidade tenha sido declarada *incidenter tantum* pelo Supremo Tribunal Federal. A ideia da mutação constitucional do referido artigo foi trazida por Gilmar Mendes em meio a um cenário em que à modalidade abstrata concentrada do controle de constitucionalidade brasileiro foi conferida maior ênfase, em face da pioneira modalidade concreta difusa, em razão da ampliação, pela atual Constituição, do rol de legitimados para provocar o Supremo a exercer aquela modalidade de controle. Segundo o Ministro, a atual competência do Senado Federal, expressamente prevista pelo inciso X do artigo 52 da Constituição de 1988 deve ser revista, em razão da proximidade cada vez maior entre as duas modalidades de controle judicial de constitucionalidade. Serão demonstrados os obstáculos enfrentados pela tese da mutação constitucional, que dificultam a sua procedência, bem como apresentada uma solução mais compatível com o atual sistema normativo constitucional.

Palavras-chave:

Controle de constitucionalidade. Senado Federal. Mutação constitucional. Súmulas vinculantes.

Sumário

Lista de abreviações e símbolos utilizados	06
Introdução	07
Capítulo 1 - Aspectos do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade	11
1.1. Principais características e diferenças entre controle concreto-difuso e controle abstrato-concentrado de constitucionalidade	14
1.1.1. O controle concreto-difuso	14
1.1.2. O controle abstrato-concentrado	19
1.2. O fenômeno da abstrativização: uma nova tendência para o controle concreto-difuso	28
Capítulo 2 - As resoluções do Senado Federal em sede de controle concreto-difuso de constitucionalidade	32
2.1. A origem do controle judicial de constitucionalidade	32
2.2. A origem da competência do Senado Federal	35
2.3. Questões relevantes sobre o ato editado pelo Senado Federal	40
2.4. Os efeitos produzidos pelas resoluções suspensivas do Senado Federal	46
2.4.1. As resoluções suspensivas e seus reflexos nos planos da existência, da validade e da eficácia	46
2.4.2. Os efeitos temporais das resoluções suspensivas: <i>ex nunc</i> ou <i>ex tunc</i> ?	48
Capítulo 3 - A questão enfrentada nos tribunais	51
3.1. O processo de abstrativização do controle concreto-difuso sob a ótica dos tribunais inferiores e do Superior Tribunal de Justiça	52

3.2. O Supremo Tribunal Federal e o fenômeno da abstrativização do modelo concreto-difuso de controle de constitucionalidade _____	57
3.2.1. A tese da mutação constitucional _____	57
3.2.2. A Reclamação nº 4.335: a proposta de mutação constitucional do art. 52, inciso X em julgamento _____	59
3.3. Reflexões sobre a mutação (in)constitucional do art. 52, inciso X da CRFB/88 e o mecanismo das súmulas vinculantes _____	67
Conclusão _____	73
Bibliografia _____	76

Lista de abreviações e símbolos utilizados

§ - parágrafo

ADC - ação declaratória de constitucionalidade

ADI - ação direta de inconstitucionalidade

ADPF - arguição de descumprimento de preceito fundamental

AGU - Advogado-Geral da União

ANC - Assembleia Nacional Constituinte

Art. - artigo

CPC - Código de Processo Civil

CRFB/88 - Constituição da República Federal Brasileira de 1988

EC - emenda constitucional

Nº - número

PGR - Procurador-Geral da República

Rcl - reclamação

REsp - recurso especial

RExt - recurso extraordinário

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

TJ - Tribunal de Justiça

TRF - Tribunal Regional Federal

Introdução

O controle de constitucionalidade, seja na modalidade política ou judicial, *a priori* ou *a posteriori*, concreto-difuso ou abstrato-concentrado, tem sua razão de ser na supremacia e na rigidez da Constituição, que é a norma maior de um ordenamento jurídico.

Por ser o ordenamento jurídico um sistema, fundamental se faz a harmonia entre suas partes, sendo necessários mecanismos que garantam esta convivência harmoniosa. O controle de constitucionalidade é um destes mecanismos e destina-se a fiscalizar a compatibilidade entre uma norma infraconstitucional e a Constituição.

No que tange ao controle judicial de constitucionalidade, o Brasil adotou um sistema híbrido, uma vez que incorporou ao sistema o controle concreto-difuso e o controle abstrato-concentrado.

A Constituição de 1891 introduziu no Brasil o controle judicial de constitucionalidade, em sua modalidade concreta-difusa, com origem na doutrina norte americana do *judicial review*, permitindo que qualquer órgão do Poder Judiciário declarasse a inconstitucionalidade de um ato normativo em um caso concreto. Entretanto, diferentemente do que ocorre no modelo norte americano, esta declaração de inconstitucionalidade limitava-se às partes do processo, devido ao receio que havia de se atribuir ao Judiciário o poder de declarar a inconstitucionalidade de um ato normativo com eficácia *erga omnes*, visto que a este órgão foi conferido um novo papel, até então desconhecido.

Em decorrência desta limitação dos efeitos subjetivos da declaração de inconstitucionalidade em controle concreto-difuso, os demais destinatários do ato normativo recorreram ao Supremo Tribunal Federal (STF) para que o entendimento pela inconstitucionalidade daquele ato normativo também fosse aproveitado por eles. Isto fez com que o STF fosse

chamado a solucionar inúmeros casos que tratavam da mesma questão. Desta forma, foi notada uma necessidade de que as inconstitucionalidades declaradas pelo STF alcançassem todos os demais afetados pelo ato normativo.

Diante disso, a Constituição de 1934 introduziu um mecanismo que, com exceção da Constituição de 1937, vem sendo expressamente repetido pelas Constituições que àquela sucederam, mecanismo este que é hoje encontrado no artigo 52, inciso X da Constituição de 1988 (CRFB/88): a competência do Senado Federal para editar resolução que suspenda a execução de um ato normativo declarado inconstitucional pelo STF em sede de controle concreto-difuso. Com esta resolução, a declaração de inconstitucionalidade que, antes, possuía efeitos *inter partes*, passará a produzir efeitos *erga omnes*.

Com o advento da Emenda Constitucional (EC) nº 16 de 1965, foi instituído no Brasil o modelo abstrato-concentrado de controle judicial de constitucionalidade, conferindo ao STF o poder para declarar a inconstitucionalidade de um ato normativo com eficácia *erga omnes*, por via da *representação de inconstitucionalidade*, cujo legitimado ativo era o Procurador-Geral da República (PGR). Ora, ainda que a competência para invalidar um ato normativo devido à sua inconstitucionalidade tenha sido concedida apenas ao STF, não havia mais sentido em suscitar o receio de se atribuir ao Poder Judiciário tal poder. Assim, a competência do Senado Federal, iniciada com a Constituição de 1934, deveria ter sido questionada desde a promulgação da EC nº 16/65.

Não bastasse isso, a Carta de 1988 ampliou o rol de legitimados para provocar o STF a exercer o controle de constitucionalidade abstrato-concentrado, fazendo com que o acesso àquele órgão para tal fim se tornasse algo mais recorrente.

Em decorrência disso, as duas modalidades de controle judicial de constitucionalidade sofreram certa aproximação. Nos casos em que certo ato normativo seja objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e, ao mesmo tempo, a questão da constitucionalidade deste mesmo ato normativo chegue ao STF por via de controle concreto-difuso, o que se terá é o mesmo órgão (STF), composto pelos mesmos Ministros, que proferirão os mesmos votos sobre a mesma questão (a constitucionalidade daquele ato normativo questionado), originando decisões idênticas, porém, com eficácias subjetivas diferentes: no primeiro caso, a eficácia será *erga omnes*; no segundo, a eficácia será *inter partes*. Com isso, a competência do Senado Federal tornou-se, hoje, ainda mais estranha.

Neste cenário, diante dos pontos que serão apresentados no decorrer deste trabalho, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes, no julgamento da Reclamação nº 4.335, levantou a tese de que o art. 52, inciso X da CRFB/88 teria sofrido uma autêntica mutação constitucional, através da qual o aludido artigo ganhou novo alcance e sentido, a saber: caberia ao Senado Federal, no atual cenário do controle de constitucionalidade brasileiro, conferir publicidade às decisões declaratórias de inconstitucionalidade emanadas do Supremo Tribunal Federal em controle concreto-difuso, vez que elas já seriam dotadas de eficácia *erga omnes*.

Proposta esta tese da mutação constitucional do art. 52, inciso X da CRFB/88 pelo Ministro Gilmar Mendes, travou-se um debate quanto à sua procedência. E este debate se deu no julgamento da Reclamação nº 4.335.

De forma a expor as questões mais relevantes à análise da proposta da mutação constitucional referida acima, apresento, no primeiro capítulo deste trabalho, as questões mais relevantes sobre o sistema do controle de

constitucionalidade adotado no Brasil, com destaque ao processo de abstrativização do controle concreto-difuso.

Em seguida, no segundo capítulo, com o intuito de fornecer bases mais concretas ao exame da proposta da mutação constitucional do art. 52, inciso X da CRFB/88 (analisada no terceiro capítulo), trago um estudo mais detalhado das resoluções editadas pelo Senado Federal com o fim de atender o supramencionado artigo, traçando as principais características de tais resoluções, a saber: sua origem, sua natureza jurídica, a obrigatoriedade ou não de sua edição, a possibilidade ou não de sua revogação e os efeitos temporais por elas produzidos.

Como os pontos que, de alguma forma, repercutem na análise acerca da tese da mutação constitucional do art. 52, inciso X da CRFB/88 são explorados nos dois primeiros capítulos, reservo o terceiro capítulo para tecer reflexões mais aprofundadas sobre aquela tese, nos termos do julgamento da Reclamação nº 4.335, explicitando os argumentos dos quais se valeram os Ministros do STF para sustentar a procedência ou não da proposta trazida pelo Ministro Gilmar Mendes.

Capítulo 1 - Aspectos do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade

O controle de constitucionalidade relaciona-se estritamente com o princípio da supremacia da Constituição, vez que é o instrumento de fiscalização da compatibilidade das leis e dos atos normativos¹ infraconstitucionais com as normas da Carta Maior.

No Brasil, o sistema de controle de constitucionalidade adotado é o judicial², inaugurado pela Constituição de 1891³. O controle judicial de constitucionalidade, chamado de *judicial review* nos Estados Unidos, é aquele exercido pelo Poder Judiciário, que declarará a inconstitucionalidade ou confirmará a constitucionalidade dos atos normativos cuja validade é extraída diretamente da Constituição.

Inicialmente, com a Constituição de 1891, o controle de constitucionalidade judicial no Brasil foi previsto apenas na modalidade incidental, o qual é exercido pela via difusa por todos os juízes e tribunais do Judiciário. Posteriormente, com a EC nº 16 de 1965, foi inaugurado no Direito brasileiro o controle de constitucionalidade também na via principal, exercido de modo concentrado pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Apesar de o sistema de constitucionalidade adotado no Brasil ser o judicial, os Poderes Executivo e Legislativo também exercem essa fiscalização, na forma que será sucintamente exposta a seguir.

Com relação ao Poder Executivo, ele atua no controle de constitucionalidade de duas maneiras:

¹ Doravante, utilizarei apenas o termo “ato normativo”.

² BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, p. 66.

³ A origem do controle judicial será abordada de forma mais detalhada em momento oportuno.

- (i) pelo poder de veto, consagrado no art. 66, § 1º da CRFB/88, quando a razão de veto é a inconstitucionalidade do ato normativo; e
- (ii) pela possibilidade de descumprimento de ato normativo inconstitucional (atuação administrativa *contra legem*), visto que, segundo Luís Roberto Barroso, “aplicar lei inconstitucional é negar aplicação à Constituição”⁴.

Já o Poder Legislativo participa do controle de constitucionalidade por diversas ferramentas, quais sejam:

- (i) pronunciamento das Comissões de Constituição e Justiça, nos termos do art. 58, § 2º, inciso I da CRFB/88, que emitem pareceres, embora não vinculantes, acerca da constitucionalidade das propostas de emendas à Constituição e dos projetos de leis apresentados;
- (ii) derrubada do veto do Chefe do Poder Executivo, o qual é analisado em sessão conjunta pelo Congresso Nacional, sendo necessária a maioria absoluta de seus membros (art. 66, § 4º da CRFB/88);
- (iii) sustação de atos exorbitantes do poder normativo regulamentar exercido pelo Executivo, em respeito ao princípio da legalidade e com fundamento no art. 49, inciso V da CRFB/88;
- (iv) análise pelo Congresso Nacional do preenchimento dos pressupostos constitucionais da medida provisória, previstos no art. 62, § 5º da CRFB/88, de forma a permitir a rejeição liminar da medida, caso não atenda aos aludidos pressupostos;
- (v) aprovação de emendas constitucionais corretivas, que constituem a reação à jurisprudência constitucional, através da aprovação de emenda à Constituição, ou seja, o Congresso Nacional tem o poder de superar interpretação dada pelo STF sempre que, respeitado o quórum de três

⁴ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 93.

quintos dos membros de cada Casa, aprovar emenda constitucional que contrarie o fixado pela Corte maior;

(vi) revogação de ato normativo inconstitucional, de forma a retirá-la do ordenamento jurídico, com efeito *ex nunc*.

No tocante ao exercício do controle de constitucionalidade pelo Executivo, Luís Roberto Barroso⁵ aponta, ainda, uma terceira forma: a possibilidade de propositura de ação direta de inconstitucionalidade (ADI) pelo Presidente da República e pelo Governador do Estado ou do Distrito Federal, conforme dispõe o art. 103, incisos I e V da CRFB/88.

A possibilidade de o Chefe do Executivo ajuizar ADI, no entanto, não deve ser enquadrada como modalidade de atuação na fiscalização de constitucionalidade pelo Poder Executivo, tendo em vista que, se assim fosse, todos os legitimados para propor ADI teriam a competência para realizar o controle de constitucionalidade.

Além disso, ao ajuizar ADI, o Chefe do Executivo não estará, ele próprio, exercendo a fiscalização da constitucionalidade, pois, sendo a ADI um meio judicial de controle, compete ao STF exercê-lo, desde que, para tanto, provocado por algum dos legitimados previstos pelo art. 103 da CRFB/88. Conclui-se, portanto, que o Chefe do Executivo não exerce o controle de constitucionalidade quando propõe ADI, apenas provoca o STF para que este o faça.

Para melhor compreender a sistemática do controle judicial, importa analisá-lo de acordo com a via incidental difusa e com a via principal concentrada. A seguir, serão demonstradas as principais diferenças entre as duas modalidades de controle.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 95.

1.1. Principais características e diferenças entre controle concreto-difuso e controle abstrato-concentrado de constitucionalidade

1.1.1. O controle concreto-difuso

O controle concreto-difuso, com origem no direito norte americano⁶ e ingresso no Brasil com a Constituição de 1891, caracteriza-se pelo reconhecimento de competência a todo e qualquer órgão do Poder Judiciário para exercê-lo. Além disso, as partes e terceiros interessados no processo também podem arguir a inconstitucionalidade de um ato normativo e, ainda, qualquer juiz ou tribunal tem plena legitimidade para reconhecer a inconstitucionalidade alegada, seja pela provocação das partes ou de terceiro interessado, seja pela arguição de ofício.

Diferença há, contudo, em relação à declaração incidental de inconstitucionalidade por um juiz singular e à declaração incidental de inconstitucionalidade por um tribunal. É que, para este, aplica-se o princípio da *reserva de plenário*, previsto no art. 97 da CRFB/88⁷, o qual institui que, no âmbito dos tribunais, os órgãos fracionários não têm legitimidade para a declaração de inconstitucionalidade de um ato normativo, mas apenas a maioria de seus membros ou de seu órgão especial - onde existir. A cláusula de reserva de plenário reflete o princípio da presunção de constitucionalidade dos atos normativos infraconstitucionais⁸, motivo pelo qual exige o citado quórum qualificado do tribunal.

⁶ Muito embora a Constituição norte-americana não previsse o controle de constitucionalidade, os Estados Unidos da América incorporaram o modelo do *judicial review* em 1803, com o caso *Marbury v. Madison* (CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995, pp. 50-53).

⁷ Art. 97. "Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público."

⁸ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 120.

A razão de ser do mencionado dispositivo constitucional segue a jurisprudência norte americana, no “sentido de dar às decisões envolvendo matéria constitucional maior grau de certeza”⁹.

A fim de garantir a observância da cláusula de reserva de plenário, foi editada a Súmula Vinculante nº 10¹⁰, a qual preceitua que, quando um órgão fracionário de tribunal afasta a incidência de certo ato normativo em um caso concreto, mesmo que não justifique a inconstitucionalidade como causa da não aplicação, ele está violando o art. 97 da CRFB/88.

Portanto, nenhum órgão fracionário de qualquer tribunal possui atribuição para declarar a inconstitucionalidade de um ato normativo, devendo observar o princípio da reserva de plenário, exceto nas seguintes hipóteses:

- (i) quando a inconstitucionalidade do ato normativo em análise já houver sido reconhecida anteriormente pelo plenário ou órgão especial do respectivo tribunal ou do STF, nos termos do art. 481, parágrafo único do CPC¹¹;
- (ii) para reconhecer a constitucionalidade do ato normativo em questão¹²;
- (iii) para reconhecer a revogação de um ato normativo anterior à CRFB/88, por ser com ela incompatível¹³.

Aos casos em que é levantada a questão da inconstitucionalidade de um ato normativo em sede de tribunais, aplica-se a chamada *cisão funcional*. Iniciado um processo, uma das partes do caso concreto - ou um

⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Op. cit., p. 79.

¹⁰ "Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte."

¹¹ Art. 481, parágrafo único. "Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão."

¹² CLÈVE, Clèmerson Merlin. Op. cit., p. 42.

¹³ Ibid., p. 43.

terceiro interessado ou, ainda, o próprio órgão julgador - apresenta ao órgão fracionário arguição de inconstitucionalidade. Caso o órgão fracionário a rejeite, o processo segue seu trâmite regular, com a aplicação do ato normativo questionado. Se, ao contrário, o órgão fracionário acolher a arguição de inconstitucionalidade, será lavrado acórdão neste sentido, remetendo o feito ao plenário ou ao órgão especial, suspendendo-se o processo no órgão fracionário. Decidida a arguição de inconstitucionalidade pelo plenário ou pelo órgão especial, o órgão fracionário retomará o julgamento do caso, levando em consideração a decisão do plenário ou do órgão especial sobre a inconstitucionalidade do ato normativo.

Com esta cisão funcional - em que o órgão fracionário julga o mérito do caso concreto e o plenário ou órgão especial analisa a inconstitucionalidade do ato normativo -, é possível se observar a diferença entre a *questão prejudicial* da constitucionalidade deste ato normativo e a questão de mérito do caso concreto em análise. Isso significa dizer que a solução do mérito do caso depende da questão prejudicial - a análise da constitucionalidade do ato normativo.¹⁴

Assim, o plenário ou o órgão especial julga a arguição de inconstitucionalidade, enquanto o órgão fracionário decide a lide, utilizando, como premissa lógica, o estabelecido no julgamento da questão prejudicial.

Também o STJ e o STF realizam o controle concreto-difuso das normas, em julgamento de causas de sua competência originária ou recursal ordinária, casos em que também aplica-se a cláusula de reserva de plenário.

O STF exerce esta modalidade de controle, ainda, em sede de recurso extraordinário (RExt), oportunidade em que a arguição de

¹⁴ LEITE, Fábio Carvalho. *A cláusula de reserva de plenário segundo os Tribunais de Justiça*. In: Direitos Fundamentais e Justiça, ano 5, nº 15, Rio Grande do Sul: Ed. HS Editora, abr./ jun. 2011, p. 213.

inconstitucionalidade não pode ser suscitada de ofício pelo julgador, devido ao requisito do prequestionamento da matéria.

Ao contrário do que ocorre nos demais tribunais, sempre que o Pleno do STF decidir a questão da inconstitucionalidade, decidirá também o caso concreto, não havendo, portanto, a cisão funcional.

Por sua vez, o STJ, ao exercer esta modalidade de controle em sede de recurso especial (REsp)¹⁵, pode suscitar a fiscalização constitucional do ato normativo *ex officio*. Neste sentido, já decidiu o STF, senão vejamos:

“(...) no sistema difuso de controle de constitucionalidade, o STJ, a exemplo de todos os demais órgãos jurisdicionais de qualquer instância, tenha o poder de declarar incidentemente a inconstitucionalidade da lei, mesmo de ofício”¹⁶

Todavia, cabe aqui uma ressalva. O poder do STJ para arguir de ofício a inconstitucionalidade de um ato normativo é limitado. É que ele só poderá fazê-lo se a favor do recorrido, mas não do recorrente.

Nesta mesma ocasião (no julgamento do AI 145.589 AgR), o STF firmou entendimento de que o STJ não pode "rever a decisão da mesma questão constitucional do tribunal inferior; se o faz, de duas uma: ou usurpa a competência do STF, se interposto paralelamente o extraordinário ou, caso contrário, ressuscita matéria preclusa".

Declarada a inconstitucionalidade através da via incidental pelo STF, a decisão será comunicada ao órgão interessado e, após seu trânsito em julgado, será remetida ao Senado Federal, para cumprimento do disposto no art. 52, inciso X da CRFB/88¹⁷, a fim de que, entendendo

¹⁵ Destaque-se que o exercício de controle de constitucionalidade pelo STJ em sede de REsp se dá excepcionalmente. Isto porque, em havendo questão constitucional enfrentada por decisão que ensejaria a interposição de REsp, esta questão constitucional leva ao cabimento de RExt, e não de REsp.

¹⁶ STF - AI 145.589 AgR - Tribunal Pleno - Rel. Min. Sepúlveda Pertence - Brasília - Data de julgamento: 02/09/1993 - Data de publicação: 24/06/1994.

¹⁷ Art. 52. "Compete privativamente ao Senado Federal:

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;"

necessário, edite, através de sua Comissão de Constituição e Justiça, resolução que suspenda, parcial ou totalmente, a execução da lei ou ato normativo declarado inconstitucional.

O mencionado dispositivo, trazido pela segunda Constituição Republicana do País (1934), ao atribuir tal função ao Senado Federal, buscou emprestar eficácia *erga omnes* às decisões do STF que declaram, incidental e concretamente, a inconstitucionalidade de um ato normativo¹⁸.

Por fim, essencial se faz neste trabalho a exposição dos efeitos das decisões exaradas em sede de controle concreto-difuso. Primeiramente, em relação à coisa julgada, bem se sabe que ela se forma, objetivamente, para a parte dispositiva da decisão, que é aquela que resolve a lide. Como já visto, a questão da inconstitucionalidade em controle concreto-difuso é prejudicial e, portanto, é a *ratio decidendi* da questão principal. Desta forma, por não integrar o dispositivo da decisão de mérito, a questão da inconstitucionalidade não está dentro dos limites objetivos da coisa julgada.

No tocante à eficácia subjetiva da decisão, ela se restringe somente às partes daquele caso concreto, por tratar-se de processo subjetivo, ou seja, em que há uma lide entre duas partes. E, justamente por ser esta lide limitada àquele conflito de interesse, a extensão subjetiva da decisão em comento se limita às partes do feito. Por isso, diz-se que eficácia subjetiva das decisões proferidas em controle concreto-difuso é *inter partes*.

No direito brasileiro, a inconstitucionalidade é relacionada com o fenômeno da nulidade, o que leva à conclusão de que a decisão que reconhece a inconstitucionalidade de um ato normativo é meramente declaratória, pois o vício da inconstitucionalidade existe desde o nascimento deste ato normativo. Com isso, os efeitos temporais produzidos são *ex tunc*, ou seja, retroativos à edição do ato normativo.

¹⁸ O tema será tratado com mais enfoque no decorrer deste trabalho.

1.1.2. O controle abstrato-concentrado

O controle abstrato¹⁹-concentrado²⁰ de constitucionalidade, que tem raízes no sistema europeu - mais especificamente, no austríaco -, foi instituído no Brasil com a EC nº 16/65 e é exercido pela via direta/principal²¹.

No controle abstrato-concentrado, o que se forma não é um processo subjetivo, como no difuso, mas um processo objetivo, sem partes, em que não há lide constituída por uma pretensão resistida devendo ser pacificada pelo Poder Judiciário.

O objeto do controle abstrato-concentrado de constitucionalidade é a garantia de um ordenamento jurídico pátrio harmônico, sem que um ato normativo conflituoso com a Constituição o integre. Por isso que, ao contrário do que ocorre no controle concreto-difuso, no controle abstrato-concentrado, a questão da constitucionalidade da lei ou ato normativo é a *questão principal*, ou seja, é o próprio mérito a ser enfrentado.

O controle abstrato-concentrado no âmbito federal é exercido unicamente pelo STF, tomando como parâmetro de controle a Constituição Federal. As principais ações que constituem o controle abstrato-concentrado federal são: a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental²².

¹⁹ Diz-se abstrato pois a análise da constitucionalidade da norma discutida está desvinculada de qualquer caso concreto, ou seja, analisa-se a compatibilidade da norma em tese com a Constituição.

²⁰ O controle é concentrado devido ao fato de que não é qualquer juiz ou tribunal que possui a competência para analisar a constitucionalidade da norma: um tribunal é destinado para isso - no caso do Brasil, o tribunal competente, no âmbito federal, é o Supremo Tribunal Federal.

²¹ O exercício desta modalidade de controle ocorre na via direta/ principal porque a inconstitucionalidade - ou a constitucionalidade - da norma é o próprio pedido da ação: não trata-se de causa de pedir, mas sim do pedido em si.

²² Há, ainda, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, através da qual contesta-se uma omissão do Legislativo ou do Executivo, quando eles não tomam a devida providência - normativa

As citadas ações possuem como legitimado passivo o órgão ou a autoridade responsável pela edição do ato normativo questionado. Quanto à legitimidade ativa, que, até a CRFB/88, era exclusiva do Procurador-Geral da República, ela é conferida àqueles determinados, de forma taxativa, nos incisos do art. 103 da CRFB/88²³, os quais provocam a jurisdição constitucional em nome próprio, mas para defender interesse de todos, que é a garantia de um ordenamento jurídico harmônico.

O STF categorizou os legitimados ativos em universais e em especiais²⁴: enquanto os universais podem propor as ações em questão sem restrição, os especiais apenas podem ajuizar as ações de controle abstrato-concentrado de constitucionalidade quando comprovada a pertinência temática entre o ato normativo questionado e as atividades a que se destinam.

Aos legitimados ativos não é permitida a desistência da ação, tendo em vista que ela é proposta com o fim de garantir a harmonia do ordenamento jurídico pátrio e que, ainda, o processo formado no âmbito destas ações possui caráter objetivo, visando defender interesse de todos, e não apenas daquele que provocou a jurisdição constitucional.

ou administrativa - para tornar efetivo um comando constitucional. Entretanto, a fim de não desviar o foco deste trabalho, este tipo de ação constitucional não será tratado.

²³ Art. 103. "Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional."

Os legitimados trazidos pelos incisos I, II, III, VI, VII e VIII são considerados pela jurisprudência do STF legitimados ativos universais; já aqueles previstos pelos incisos IV, V e IX são tidos como legitimados ativos especiais, segundo entendimento da Corte Suprema.

²⁴ STF - ADI 1096 MC/RS - Plenário - Rel. Min. Celso de Mello - Brasília - Data de julgamento: 16/03/1995 - Data de publicação: 22/09/1995.

Além dos legitimados, também atua na jurisdição constitucional o Procurador-Geral da República (PGR) como *custos leges*, ou seja, como fiscal da lei, emitindo parecer acerca da constitucionalidade da norma. Mesmo quando o PGR for o autor da ação, ele atuará nela como fiscal da lei, vez que inexistente qualquer vínculo entre ele e a posição que adotou ao ajuizar a ação.²⁵

Para que as ações do controle abstrato-concentrado possam ser julgadas, é preciso ser observada a cláusula de reserva de plenário, o que significa dizer que devem estar presentes, no mínimo, oito dos onze ministros do STF, que decidirão o mérito da ação. A decisão final deverá ter o voto da maioria absoluta do Supremo, ou seja, de, no mínimo, seis ministros.

Por fim, contra a decisão final proferida no âmbito do controle abstrato-concentrado de constitucionalidade não cabe ação rescisória nem recurso, a não ser os embargos de declaração. A decisão produz eficácia subjetiva *erga omnes*, visto que, como não há partes e por se tratar de defesa do ordenamento jurídico pátrio como um todo, é extensível a todos. Quanto aos seus efeitos temporais, eles são retroativos - *ex tunc* -, pois a decisão é meramente declaratória, constatando um vício de origem, que é a inconstitucionalidade, ou afirmando a certeza da constitucionalidade do ato normativo. Entretanto, há a possibilidade de o STF modular os efeitos da decisão, determinando que eles só serão produzidos a partir trânsito em julgado da decisão ou a partir de outro momento fixado pelo próprio STF. Para tanto, é necessário que o motivo da modulação seja a preservação da

²⁵ Gilmar Mendes entende que a possibilidade de o PGR poder ajuizar a ação de controle abstrato-concentrado mesmo quando entendesse ser o ato normativo constitucional levaria à conclusão de que o objetivo do ajuizamento da ação seria pôr fim a uma discussão acerca da constitucionalidade daquele ato normativo. O Professor Fábio Leite entende, todavia, que esta interpretação não é a mais adequada ao tema. Segundo ele, o que o PGR estaria admitindo é que, em nome do interesse público, o STF tivesse a oportunidade de se manifestar pela inconstitucionalidade do ato normativo caso assim decidisse, ainda que o próprio PGR entendesse que este ato normativo fosse constitucional (LEITE, Fábio Carvalho. *ADIN e ADC, e a ambivalência possível: uma proposta (revista)*, p. 17.).

segurança jurídica ou de relevante interesse social e que seja aprovada pela maioria de dois terços dos membros do STF. Além disso, os efeitos são vinculantes, devendo ser a decisão observada pelos demais órgãos do Poder Judiciário e pela Administração Pública, mas não pelo Poder Legislativo, em respeito ao princípio da separação de Poderes.

Após apresentado este panorama geral sobre as ações, vale, embora não seja objeto principal deste trabalho, breve explicação sobre cada umas delas.

A ação direta de inconstitucionalidade (ADI) encontra-se no art. 102, inciso I, alínea "a" da CRFB/88²⁶. Através dela, busca-se a declaração de inconstitucionalidade de um ato normativo primário federal ou estadual, posterior à CRFB/88. Além dos mencionados efeitos, a decisão final em sede de ADI produz, ainda, efeitos repristinatórios, o que significa afirmar que, declarada a inconstitucionalidade de certo ato normativo, ele será retirado do ordenamento jurídico e o ato normativo por ele revogado - caso tenha ocorrido esta hipótese - voltará a produzir seus efeitos.

Maior atenção merece o exercício do contraditório na ADI. Conforme dicção do art. 103, § 3º da CRFB/88²⁷, o contraditório na ADI é exercido pelo Advogado-Geral da União (AGU), que é responsável pela defesa da constitucionalidade do ato normativo, em atenção ao princípio da presunção de constitucionalidade das leis e dos atos normativos.

Embora a regra seja, em sua literalidade, clara, muito debatida é a questão sobre a obrigatoriedade do exercício de tal função pelo AGU.

²⁶ Art. 102. "Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal."

²⁷ Art. 103. "(...)

§ 3º - Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado."

Em um primeiro momento, o STF se manifestou no sentido de não haver exceção à regra imposta pelo art. 103, § 3º da CRFB/88, sendo o AGU obrigado a defender a constitucionalidade do ato normativo impugnado em qualquer hipótese, muito embora tenham sido feitas críticas sobre o referido dispositivo constitucional²⁸. Esta decisão foi tomada no julgamento da ADI nº 242²⁹.

Entretanto, no julgamento da ADI nº 1616, o STF passou a entender que o AGU não estaria obrigado a defender a constitucionalidade do ato normativo quando já houvesse precedente daquele Tribunal pela sua inconstitucionalidade³⁰. Posteriormente, no julgamento da ADI nº 3916, o Supremo entendeu que, na prática, o AGU seria detentor de um direito de manifestação sobre a constitucionalidade do ato normativo³¹.

Ainda, o STF se fez entender que o AGU, como defensor dos interesses da União, apenas defenderia a constitucionalidade do ato normativo impugnado quando tal não fosse contrário aos interesses da

²⁸ O acórdão, porém, não foi unânime. O então Min. Paulo Brossard votou no sentido de ser um direito do AGU não se manifestar quanto ao mérito em casos em que esteja ele convencido da inconstitucionalidade do ato normativo, bem como em casos em que a defesa da constitucionalidade vá de encontro com a jurisprudência do STF.

O Professor Fábio Leite, contudo, critica a forma como estas exceções são postas. Isto porque, na hipótese em que já há decisão do STF no sentido da inconstitucionalidade do ato normativo impugnado, o AGU poderia apenas citar o julgado; todavia, no caso em que ele está convencido da inconstitucionalidade do ato normativo em questão, teria o AGU, para tanto, que justificar a sua posição pela inconstitucionalidade - portanto, emitir um juízo de valor sobre o ato normativo -, o que, por si só, seria entrar no mérito da ação - não pela constitucionalidade, mas sim defendendo a inconstitucionalidade deste ato normativo (LEITE, Fábio Carvalho. *O papel do Advogado-Geral da União no controle abstrato de constitucionalidade: curador da lei, advogado público ou parecerista?*. In: Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC, 2010/2, pp. 25 - 69).

²⁹ STF - ADI 242/RJ - Plenário - Rel. Min. Paulo Brossard - Brasília - Data de julgamento: 20/10/1994 - Data de publicação: 23/03/2001.

³⁰ Na ementa do acórdão, consta que "o munus a que se refere o imperativo constitucional (CF, artigo 103, § 3º) deve ser entendido com temperamentos. O Advogado-Geral da União não está obrigado a defender tese jurídica se sobre ela esta Corte já fixou entendimento pela sua inconstitucionalidade." (STF - ADI 1616/PE - Plenário - Rel. Min. Maurício Corrêa - Brasília - Data de julgamento: 24/05/2001 - Data de publicação: 24/08/2001)

³¹ Segundo o Ministro Gilmar Mendes, "parece-me que aqui - embora o texto seja expresso, claro, tal como sustentou o Ministro Marco Aurélio - nós temos que, para fazermos uma interpretação adequada, optar por uma interpretação sistêmica, que concede ao Advogado-Geral da União um direito de manifestação" (STF - ADI 3916/DF - Plenário - Rel. Min. Eros Grau - Brasília - Data de julgamento: 03/02/2010 - Data de publicação: 14/05/2010).

União. Ora, neste caso, o AGU estaria agindo não em defesa do ato normativo, mas em defesa da União.

Diante de tal polêmica, o Professor Fábio Leite³² apresentou uma proposta no sentido de que a melhor aplicação do art. 103, § 3º da CRFB/88 seria aquela trazida pela jurisprudência inicial do STF: o AGU é sim obrigado a se manifestar sobre a constitucionalidade do ato normativo, sendo insustentável a ideia de um “direito de manifestação”, tampouco de um direito de defesa da inconstitucionalidade do ato normativo, pois isto não estaria amparado pelo art. 103, § 3º da CRFB/88. Porém, propôs certas relativizações a esta jurisprudência, quais sejam:

- (i) a dispensa do AGU em casos em que o STF, em sede de controle concreto-difuso, já houver declarado inconstitucional o ato normativo, podendo, caso queira, exercer a defesa;
- (ii) a dispensa do AGU nas hipóteses de inconstitucionalidade manifesta do ato normativo impugnado, sem que fosse necessário que ele apresentasse o motivo pelo qual assim entendesse.

Quanto à ação declaratória de constitucionalidade (ADC), introduzida na CRFB/88 pela EC nº 03/93 e hoje prevista constitucionalmente no art. 102, inciso I, alínea “a” da CRFB/88, tem como objeto atos normativos primários apenas federais, também posteriores à CRFB/88, sendo, portanto, mais restrito que o objeto da ADI. A finalidade da ADC guarda estrita relação com o princípio da presunção de constitucionalidade das normas: visa confirmar esta presunção, afastando a incerteza jurídica acerca da compatibilidade entre o ato normativo infraconstitucional e a Constituição, mas não transforma a presunção relativa de constitucionalidade em presunção absoluta, pois, em caso de argumento novo não discutido pelo STF quando do julgamento da ADC, a

³² Ibid. pp. 64 - 68.

inconstitucionalidade do ato normativo pode ser declarada em controle concreto-difuso³³. Ainda, há um pressuposto para o cabimento da ADC que não é exigido para as outras ações do controle abstrato-concentrado: a existência de controvérsia judicial relevante sobre a constitucionalidade do ato normativo. Como o objetivo da ADC é confirmar a constitucionalidade de um ato normativo, não há a atuação do AGU nesta ação, vez que a compatibilidade deste ato normativo objeto da ADC já está sendo defendida pelo autor da ação³⁴.

De acordo com o art. 24 da Lei nº 9.868/99, que regulamenta o processamento destas ações, a improcedência de uma equivale à procedência da outra. Tal dispositivo infraconstitucional positivou a tese da existência de ambivalência entre ADI e ADC, tendo sido endossada por diversos autores, tais como Gilmar Mendes e Pedro Lenza.

Entretanto, o Professor Fábio Leite houve por bem levantar a questão da ambivalência entre ADI e ADC e dela discordar³⁵.

O primeiro importante ponto que afasta a ambivalência em relação à ADI é quanto ao objeto das duas ações. Enquanto atos normativos tanto federais quanto estaduais podem ser questionados via ADI, apenas atos normativos federais podem figurar como objeto de ADC. Assim, não poderia haver ambivalência quando for um ato normativo estadual questionado em sede de ADI e esta for julgada improcedente.

A diferença fundamental entre as duas ações é que, para o cabimento de ADC, é exigido o exercício do controle concreto-difuso, de

³³ Destaque-se que há autores, como Alexandre de Moraes e Pedro Lenza, que defendem que a procedência da ADC transforma a presunção relativa de constitucionalidade em presunção absoluta, devido aos seus efeitos vinculantes.

³⁴ “Por fim, cumpre ressaltar que, no processo de julgamento da ADC, não cabe manifestação do Advogado-Geral da União. De fato, tendo a ação por finalidade a declaração da constitucionalidade da norma, não teria sentido exigir-se a manifestação daquele órgão em seu favor, tornando-se despicie sua defesa sob este ângulo” (LEITE, Fábio Carvalho. *ADIN e ADC, e a ambivalência possível: uma proposta (revista)*, p. 29.).

³⁵ *Ibid.*

modo a configurar uma controvérsia judicial relevante, o que deverá ser comprovado nos próprios autos da ADC. Tal requisito não há para o ajuizamento de ADI. E mais: ainda que já exista controvérsia judicial relevante acerca do ato normativo questionado via ADI, esta controvérsia não estaria demonstrada nos próprios autos da ação, vez que não é exigida. Assim, em relação à ADI, não há ambivalência.

O terceiro ponto de distinção entre elas conduz à análise da existência de ambivalência quanto à ADC. Refere-se à atuação do AGU, que é prevista para a ADI, mas não para a ADC, pelos motivos já expostos. Em primeira análise, pode-se dizer que também não há ambivalência em relação à ADC, pois nesta oportunidade o AGU não exercerá a defesa da constitucionalidade do ato normativo. Entretanto, já foram aqui mencionados os casos em que o pronunciamento do AGU é dispensado, mesmo em sede de ADI. Nestes casos, seria viável a sustentação de uma ambivalência quando uma ADC fosse julgada improcedente. Além destes casos, tem-se, também, um entendimento jurisprudencial do STF que passou a analisar o artigo 103, § 3º da CRFB/88 não como um dever de defesa que possui o AGU, mas sim como um direito de manifestação sobre a constitucionalidade do ato normativo. Assim, seria plenamente possível a ambivalência da ADC: julgada improcedente, o ato normativo será declarado inconstitucional com todos os efeitos que produziria a decisão declaratória de inconstitucionalidade no âmbito de ADI³⁶.

Por fim, tem-se, ainda, a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), trazida pela CRFB/88 em seu art. 102, § 1º³⁷. A ADPF possui um caráter subsidiário, em decorrência do pressuposto para seu ajuizamento: ausência de outro meio eficaz de sanar a lesão ao preceito

³⁶ Ibid. pp. 38 - 43.

³⁷ Art. 102. "Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

§ 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei."

fundamental (art. 4º, § 1º da Lei 9.882/99). Além disso, o parâmetro de controle para a ADPF é mais restrito que o parâmetro de controle para as demais ações do controle abstrato-concentrado, sendo apenas as normas constitucionais que trazem um preceito fundamental. Como objeto da ADPF, estão os atos normativos primários e secundários federais, estaduais, distritais e municipais; o direito pré constitucional; e os atos não normativos. Nem o constituinte, nem o legislador definiram aquilo que seria preceito fundamental, deixando tal papel para a doutrina e para a jurisprudência. Assim, há algumas normas que não podem ser excluídas deste conceito, a saber: os fundamentos e os objetivos da República (CRFB/88, arts. 1º a 4º); os direitos fundamentais individuais, coletivos, políticos e sociais (CRFB/88, arts. 5º e ss.); as cláusulas pétreas (CRFB/88, art. 60, § 4º); e os princípios constitucionais sensíveis (CRFB/88, art. 34, VII). A necessidade de atuação do AGU em sede de ADPF dependerá da apreciação pelo relator da ação.

Já no âmbito estadual, o controle abstrato-concentrado é realizado pelo Tribunal de Justiça do respectivo Estado, por meio da representação de inconstitucionalidade, tendo como paradigma a Constituição Estadual e como objeto os atos normativos primários estaduais e municipais. Não obstante a CRFB/88, em seu art. 125, § 2º³⁸ preveja que o controle abstrato-concentrado estadual será exercido através da representação de inconstitucionalidade - que equivale à ação direta de inconstitucionalidade existente no plano federal -, a cada Estado é facultada a instituição de ações simétricas às demais do controle abstrato-concentrado federal.

³⁸ Art. 125. "Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

§ 2º - Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão."

1.2. O fenômeno da abstrativização: uma nova tendência para o controle concreto-difuso

Como anteriormente acentuado, a previsão do art. 52, inciso X da CRFB/88, de que cabe ao Senado Federal "suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal", tem por finalidade conferir eficácia *erga omnes* às decisões do STF que declaram, em controle concreto-difuso, a inconstitucionalidade de um ato normativo. Caso o Senado Federal não edite resolução que suspenda a aplicabilidade do ato normativo *in casu*, a decisão do STF será dotada tão somente de eficácia *inter partes*.

Todavia, atualmente, é possível encontrar manifestações de voto que defendem que, independentemente da suspensão da execução do ato normativo pelo Senado Federal, as decisões tomadas em sede de controle concreto-difuso já seriam dotadas de eficácia *erga omnes*, pois a atribuição de eficácia apenas *inter partes* seria uma espécie de ameaça à segurança jurídica, tendo em vista a possibilidade de serem proferidas decisões em sentidos diversos sobre a constitucionalidade de um ato normativo pelos tribunais e juízos infraconstitucionais.

Esta nova tendência de abstrativização do controle concreto-difuso vai de encontro à vontade do Constituinte, que optou por um sistema de controle de constitucionalidade que abarca tanto a via concentrada quanto a via difusa, estabelecendo seus legitimados e os efeitos produzidos por cada uma delas. Desta forma, a implantação do fenômeno da abstrativização do controle concreto-difuso, sem que se altere a Constituição, seria uma espécie inconstitucional de controle de constitucionalidade dos atos normativos. Ou seja, a própria fiscalização, que pretende retirar do ordenamento jurídico os atos normativos incompatíveis com a Constituição, seria, por si só, exercida de maneira inconstitucional.

Além da inconstitucionalidade supramencionada, o novo fenômeno apresenta, ainda, dois outros pontos incompatíveis com a Constituição de 1988. Primeiramente, ele desrespeita de forma clara o art. 52, inciso X da CRFB/88, ao impor, sem alteração constitucional, a desnecessidade da edição de resoluções pelo Senado Federal para suspender a execução do ato normativo. Há, ainda, a inconstitucionalidade resultante do desrespeito à cláusula pétrea que institui a separação de poderes, prevista pelo art. 60, § 4º, inciso III do texto constitucional.

Portanto, entender que as decisões proferidas pelo STF no âmbito do controle concreto-difuso possuem, por si só, eficácia subjetiva *erga omnes* é, não só um desrespeito ao que foi determinado pela Constituição, mas também uma corrente que pretende instituir uma solução um tanto quanto extrema à possibilidade de decisões diversas, pelos tribunais infraconstitucionais, quanto à constitucionalidade de um mesmo ato normativo. Mas, ao mesmo tempo, a atribuição de eficácia meramente *inter partes* às decisões que declaram inconstitucional um ato normativo seria não reconhecer a repercussão que elas merecem quando proferidas pelo tribunal ao qual foi conferida a função de intérprete último da Constituição: o STF.

Devido a isso, deve-se buscar mecanismos já existentes no ordenamento jurídico pátrio para que uma decisão exarada pelo STF produza efeitos ao menos *ultra partes*, ou seja, efeitos que não se estendem a toda a sociedade, mas que também não se limitam às partes daquele caso concreto. Esta necessidade que se emerge decorre da nova direção que o direito brasileiro vem tomando: a de valorização, cada vez maior, dos precedentes judiciais decorrentes dos tribunais superiores e, principalmente, do STF. Assim, percebe-se uma aproximação ao instituto norte americano do *stare decisis*, que diz respeito à força vinculante que possuem as decisões da Suprema Corte Americana.

Um mecanismo viável para expandir a força vinculante é a edição de súmulas vinculantes. Esta possibilidade está prevista pelo art. 103-A da CRFB/88 e ingressou no texto constitucional com a EC nº 45/2004. Assim, após reiteradas decisões no mesmo sentido, o STF, pelo voto de dois terços de seus membros, poderá editar uma súmula vinculante que torne obrigatória a observância daquelas decisões pelos demais órgãos do Poder Judiciário e pela Administração Pública. Por ter efeito vinculante, esta súmula, se desrespeitada, dá azo ao cabimento de reclamação ao STF.

Outro meio capaz de conferir uma maior força vinculante aos precedentes da Corte Suprema de nosso país é o reconhecimento da repercussão geral que carrega aquele caso concreto no qual foi declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade de um ato normativo. A repercussão geral é requisito basilar para a interposição de recurso extraordinário ao STF, nos termos do art. 102, § 3º da CRFB/88. Para que seja configurada a repercussão geral ao caso, dois aspectos devem estar presentes: (i) aspecto material - a questão deve ser relevante econômica, política, social e juridicamente; e (ii) aspecto subjetivo - a questão deve possuir interesse que ultrapasse as partes do caso concreto. Observados estes aspectos e reconhecida a repercussão geral ao caso, a decisão nele proferida possui seus efeitos expandidos para os demais casos semelhantes, devendo os demais órgãos do Judiciário aplicar o entendimento firmado pelo STF.

Certo é que, no contexto da atual Constituição de 1988, a tarefa aqui discutida do Senado Federal precisa ser revista, uma vez que vem exercendo o controle sobre os atos do próprio Legislativo e do Judiciário. A ideia que levou à atribuição inicial desta função ao Senado Federal na

Constituição de 1934, que é a de separação das funções de Poderes, não mais deve prosperar no âmbito da atual Carta³⁹.

Diante o exposto, é notável a existência de meios eficazes a atribuir efeitos que ultrapassem as partes do processo no qual o Supremo declarou, pela via incidental, a inconstitucionalidade do ato normativo, sem a necessidade de se ignorar o art. 52, inciso X da nossa Lei Maior, como pretendia o Ministro Gilmar Mendes no julgamento da Reclamação 4.335⁴⁰, evitando, assim, a inconstitucionalidade do próprio sistema de fiscalização da constitucionalidade das leis e atos normativos.

³⁹ WILLEMANN, Marianna Montebello. *Controle de constitucionalidade na Constituição da República de 1934: revistando a origem do quórum qualificado e da atuação do Senado Federal no modelo concreto-difuso de judicial review*. Rio de Janeiro. Tese (Doutorado em Direito) - Departamento de Direito da PUC-Rio.

⁴⁰ A ser analisada em momento oportuno.

Capítulo 2 - As resoluções do Senado Federal em sede de controle concreto-difuso de constitucionalidade

Neste momento do trabalho, serão analisadas as peculiaridades das resoluções editadas pelo Senado Federal com o fim de suspender a execução dos atos normativos declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal em controle concreto-difuso, tais como a natureza jurídica do ato senatorial; se trata-se de ato com caráter vinculado ou discricionário; a possibilidade de ser ele revogado; seus reflexos nos planos da existência, da validade e da eficácia da norma atingida; e os efeitos temporais produzidos por ele.

Todavia, antes de analisar com maior profundidade tais aspectos do ato senatorial, importante se faz a exposição da origem do controle de constitucionalidade judicial no Brasil, bem como a origem da competência do Senado Federal no ordenamento jurídico pátrio.

2.1. A origem do controle judicial de constitucionalidade

Foi nos Estados Unidos da América que surgiu pela primeira vez a ideia de controle de constitucionalidade judicial, com o precedente aberto no caso *Marbury v. Madison*, em 1803. A Suprema Corte, ao julgar o *leading case*, afirmou, na fundamentação da decisão, seu poder para julgar a compatibilidade, ou a ausência dela, entre as leis infraconstitucionais e a Constituição. Relevante destacar que não havia na Constituição Americana dispositivo indicando, de forma clara, a competência do Poder Judiciário para exercer a fiscalização constitucional das leis.

Três são os requisitos para o exercício do controle judicial de constitucionalidade, quais sejam, a existência de uma Constituição formal;

a supremacia desta Constituição; e a competência atribuída a um órgão para exercer o controle de constitucionalidade.⁴¹

Firmou-se, como se vê, que o controle de constitucionalidade americano seria exercido de forma difusa, ou seja, pelos vários órgãos que compõem o Judiciário americano, os quais o exerceriam de forma vinculada a um caso concreto: o ajuizamento de uma ação não buscava, exclusivamente, conferir a constitucionalidade de uma determinada lei. Assim, o controle de constitucionalidade americano é exercido, até os dias de hoje, de forma concreta, difusa e pela via incidental⁴².

As decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade americano produzem efeitos *ex tunc*, ou seja, a declaração de inconstitucionalidade retroage ao momento em que a lei surgiu.

Com relação à eficácia subjetiva das decisões declaratórias de inconstitucionalidade, ela é *inter partes* quando proferidas pelos órgãos do Judiciário que não a Suprema Corte; ao revés, as decisões por esta proferidas estendem-se a todos, dotadas, portanto, de eficácia *erga omnes*.

No entanto, o caso *Marbury v. Madison* não influenciou, de imediato, muitos países.

⁴¹ Luís Roberto Barroso extrai do caso *Marbury v. Madison* três fundamentos para o exercício do controle judicial de constitucionalidade: “Ao expor suas razões, Marshall enunciou os três grandes fundamentos que justificam o controle judicial de constitucionalidade. Em primeiro lugar, a *supremacia da Constituição*: ‘Todos aqueles que elaboraram constituições escritas encaram-na como a lei fundamental e suprema da nação’”. Em segundo lugar, e como consequência natural da premissa estabelecida, afirmou a *nulidade da lei que contrarie a Constituição*: “Um ato do Poder Legislativo contrário à Constituição é nulo’. E, por fim, o ponto mais controvertido de sua decisão, ao afirmar que *é o Poder Judiciário o intérprete final da Constituição*: ‘É enfaticamente da competência do Poder Judiciário dizer o Direito, o sentido das leis. Se a lei estiver em oposição à constituição a corte terá de determinar qual dessas normas conflitantes regerá a hipótese. E se a constituição é superior a qualquer ato ordinário emanado do legislativo, a constituição, e não o ato ordinário, deve reger o caso ao qual ambos se aplicam’” (BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 30.)

⁴² O exercício desta modalidade de controle de constitucionalidade se dá pela via incidental devido ao fato de não ser a declaração de inconstitucionalidade do ato normativo o pedido principal da ação, mas sim a causa de pedir desta.

No Brasil, a Constituição imperial de 1824 não previu um controle de constitucionalidade judicial: ao Parlamento, órgão do Poder Legislativo composto por representantes da nação, cabia a guarda da Constituição. No entanto, o Poder Moderador, exercido pelo Imperador para a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia entre os outros três poderes, poderia anular, na prática, esta competência.⁴³

Com a promulgação da Constituição de 1891, foi instituída no Brasil, inspirada no direito norte americano, a competência do Poder Judiciário para exercer o controle de constitucionalidade de forma concreta-difusa, inaugurando, assim, o modelo judicial de fiscalização da compatibilidade dos atos normativos infraconstitucionais com a Carta Maior. Porém, esta Constituição não importou do modelo norte americano a eficácia *erga omnes* das decisões proferidas em controle concreto-difuso, em razão do receio de se atribuir ao Judiciário este poder⁴⁴. Tampouco previu um mecanismo que ampliasse a eficácia subjetiva das decisões de declaração de inconstitucionalidade.

Tal ausência de expansão da eficácia subjetiva das declarações de inconstitucionalidade *incidenter tantum* fez com que os demais atingidos pelo ato normativo declarado inconstitucional fossem até o STF para que pudessem obter decisões no mesmo sentido. Ou seja, uma vez que a declaração de inconstitucionalidade de certo ato normativo em controle concreto-difuso não se aproveitava aos outros afetados por tal ato, eles, sabendo do entendimento da Corte, recorriam ao STF para que este declarasse a inconstitucionalidade daquele mesmo ato normativo dentro dos

⁴³ LEITE, Fábio Carvalho. *1891: A Construção da matriz político-institucional da República no Brasil*. Rio de Janeiro, 2003. 220 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Departamento de Direito da PUC-Rio, p. 153.

⁴⁴ LEITE, Fábio Carvalho. *ADIN e ADC, e a ambivalência possível: uma proposta (revista)*, pp. 8-9.

respectivos processos. Isto ocorria, principalmente, em causas de natureza tributária, tendo em vista a grande quantidade de contribuintes atingidos.⁴⁵

Com isso, de um lado, notou-se a necessidade de se conferir eficácia *erga omnes* às decisões declaratórias de inconstitucionalidade proferidas pelo STF em sede de controle concreto-difuso e, de outro lado, ainda pairava aquele receio de se conferir tamanho poder ao Judiciário.

Foi nestas circunstâncias que a Constituição de 1934 atribuiu ao Senado Federal a competência para suspender a execução de um ato normativo declarado inconstitucional pelo Poder Judiciário no âmbito do controle concreto-difuso⁴⁶. Permitiu-se, assim, que a declaração de inconstitucionalidade pudesse ter eficácia *erga omnes* se, contudo, conferir este poder a um órgão judicial.

No Brasil, a declaração de inconstitucionalidade com eficácia *erga omnes* na origem só surgiu quando da instituição do modelo de controle de constitucionalidade abstrato-concentrado, em 1965, com a Emenda Constitucional nº 16, posteriormente, portanto, ao modelo concreto-difuso.

2.2. A origem da competência do Senado Federal

Como exposto, a instituição do controle judicial de constitucionalidade no Brasil não trouxe junto a si a previsão de um mecanismo apto a expandir a eficácia da declaração de inconstitucionalidade àqueles que não integravam os pólos da ação em que foi proferida.

Esta questão só foi arguida no âmbito do anteprojeto da Comissão do Itamaraty, que serviu de base para os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte (ANC) responsável por elaborar a Constituição de 1934. Neste

⁴⁵ Ibid. p. 10.

⁴⁶ O surgimento desta competência conferida ao Senado Federal será esmiuçado no próximo tópico.

anteprojeto, João Mangabeira propôs o seguinte meio para ampliar os efeitos subjetivos da decisão declaratória de inconstitucionalidade de um ato normativo:

"Art. – Uma lei da Assembléia Nacional só poderá ser declarada inconstitucional quando votarem neste sentido, pelo menos, dez ministros do Supremo Tribunal. Verificado este caso, o Presidente do Supremo Tribunal remeterá, dentro de 48 horas, uma cópia da decisão ao Presidente da República. Se este concordar com o julgamento, expedirá, dentro de 48 horas, um decreto declarando a lei revogada. Se nisso não aquiescer, comunicará sua opinião, com a cópia da sentença, à Assembléia Nacional ou à Comissão Permanente, em sua ausência. E, se uma ou outra, por dois terços de votos, discordarem da sentença, o dissídio entre o Supremo Tribunal e os outros Poderes do Estado será resolvido por um plebiscito. Se a Assembléia ou a Comissão se conformarem com a sentença ou não a recusarem por dois terços, a lei ficará, ipso facto, revogada."⁴⁷

Nas palavras da Professora Marianna Montebello:

“(...) caso uma lei fosse declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal, caberia ao Presidente do Tribunal remeter, dentro de quarenta e oito horas, uma cópia da decisão ao Presidente da República. Se este concordasse com a decisão, caber-lhe-ia expedir decreto revogando a lei, o que, indiretamente, significava conferir eficácia erga omnes à decisão judicial.

Se o Presidente da República não aquiescesse com a pronúncia de inconstitucionalidade, comunicaria sua posição à Assembleia Nacional, que poderia divergir, por maioria qualificada de dois terços, do julgamento do Supremo Tribunal. Em tal caso, o dissídio entre os poderes do Estado quanto ao sentido constitucional seria objeto de consulta popular, por meio de plebiscito. Se, inversamente, a Assembleia Nacional concordasse com a decisão do Supremo Tribunal, a lei ficaria, ipso facto, revogada – e, portanto, a decisão declaratória de inconstitucionalidade teria, ainda que por via oblíqua, eficácia erga omnes.”⁴⁸

Embora não acolhida a proposta apresentada por João Mangabeira ao anteprojeto da Constituição de 1934, perdurava entre os membros da subcomissão responsável pela elaboração do aludido anteprojeto um consenso quanto à necessidade de previsão de um instrumento para fazer com que a declaração de inconstitucionalidade de um ato normativo não

⁴⁷ *Elaborando a Constituição Nacional – Atas da Subcomissão elaboradora do Anteprojeto 1932/1933*. (21.a Sessão da Subcomissão Constitucional). Secretaria de Documentação e Informação do Senado Federal, Brasília, 1993, p. 402. Apud. LEITE, Fábio Carvalho. Op. Cit. pp. 10-11.

⁴⁸ WILLEMANN, Marianna Montebello. Op cit.

ficasse restrita apenas às partes do processo, tendo em vista que, uma vez declarado inconstitucional, é reconhecida a nulidade do ato normativo.⁴⁹

Deste modo, em casos em que os tribunais *a quo* declarassem inconstitucional um ato normativo, acordaram os membros da subcomissão em estabelecer a obrigatoriedade de um recurso *ex officio* ao Supremo Tribunal, imputando a este a competência de pronunciamento definitivo sobre a questão constitucional, pronunciamento este que seria condição para que a decisão declaratória de inconstitucionalidade produzisse efeitos.⁵⁰

Ainda, para que os efeitos subjetivos fossem estendidos a terceiros, estabeleceu-se a possibilidade de impetração de mandado de segurança pelos interessados que estivessem em idênticas condições às dos litigantes do caso concreto no qual foi declarada a inconstitucionalidade do ato normativo em questão.⁵¹

Findo o trabalho da Comissão do Itamaraty, entrou em cena a Comissão da ANC que, em um primeiro momento, suprimiu o recurso *ex officio* ao Supremo Tribunal e previu a competência do Procurador-Geral da República para comunicar ao Presidente da República ou à Assembleia Nacional as declarações de inconstitucionalidade de normas ou atos governamentais pela Corte Suprema. O cabimento do mandado de

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ “Art. 57. Não se poderá argüir de inconstitucional uma lei federal aplicada sem reclamação por mais de cinco anos.

§1º. O Supremo Tribunal não poderá declarar a inconstitucionalidade de uma lei federal, senão quando nesse sentido votarem pelo menos dois terços de seus Ministros.

§2º. Só o Supremo Tribunal poderá declarar definitivamente a inconstitucionalidade de uma lei federal ou de um ato do Presidente da República. Sempre que qualquer tribunal ou juiz não aplicar uma lei federal, ou anular um ato do Presidente da República por inconstitucionalidade, recorrerá *ex officio* e com efeito suspensivo, para o Supremo Tribunal.

§3º. Julgados inconstitucionais qualquer lei ou ato do Poder Executivo, caberá a todas as pessoas, que se acharem nas mesmas condições do litigante vitorioso, o remédio judiciário instituído para a garantia de todo direito certo e incontestável.” (Ibid.)

⁵¹ Ibid.

segurança para a extensão da eficácia subjetiva da declaração de inconstitucionalidade foi mantido.⁵²

Posteriormente, a mesma Comissão da ANC restaurou o bicameralismo, traçando o que na Constituição de 1934 viria a ser o Senado Federal, mas, neste momento, era denominado de Conselho Federal, o qual possuía, entre outras, a função de coordenar a harmonia e o equilíbrio entre os três Poderes, dentro da qual estaria a competência de suspender, no todo ou em parte, a execução de leis e demais atos do poder público que tivessem sido declarados inconstitucionais pelo Judiciário.⁵³

E foi esta função do Conselho Federal, doravante Senado Federal, de colaborador do *judicial review*, na posição de um “Poder Coordenador”⁵⁴, que a Carta de 1934⁵⁵ adotou como mecanismo apto a emprestar eficácia *erga omnes* às declarações de inconstitucionalidade de atos normativos proferidas em sede de controle concreto-difuso de constitucionalidade⁵⁶. E cabia ao Procurador-Geral da República comunicar a decisão judicial ao Senado Federal, nos seguintes termos⁵⁷:

⁵² Ibid.

⁵³ Ibid.

⁵⁴ “As idéias do projeto aqui desenvolvido são destinadas a corrigir os defeitos do regime democrático e a indicar os meios de o adaptar, bem como o regime federativo, à nossa terra e ao nosso povo. O Governo Federal recobra e mantém a supremacia que lhe cabe, como órgão soberano da Nação; as formas da representação e o processo das eleições preparam um sistema de escolha, próprio a assegurar a intervenção dos mais capazes, na direção da vida pública; a Constituição adquire, enfim, o caráter de uma lei prática e harmônica, onde os fins, os destinos e as modalidades da nação encontram seus instrumentos naturais de atividade. A criação do Poder Coordenador coroa, por fim, estas disposições — tendentes, todas, a fortalecer a ação governamental, a ligar solidariamente as instituições do país e a estabelecer a continuidade na prossecução dos ideais nacionais, a “realizar”, em suma, a soberania da lei, a democracia, a república, a autonomia e a federação — com um órgão, cuja função será concatenar todos os aparelhos do sistema político, como mandatário de toda a Nação — da Nação de hoje, como da Nação de amanhã — perante seus delegados. Não é uma criação arbitrária: é o complemento do regime democrático e federativo, sugerido pela observação da nossa vida e pela experiência das nossas instituições.” (TORRES, Alberto. *A organização nacional*. Seção Terceira - Da Revisão Constitucional, Tópico II - Dos órgãos da soberania nacional. Disponível em <http://www.ebooksbrasil.org>. Acesso em 19 abr. de 2015.)

⁵⁵ Constituição Federal de 1934:

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

⁵⁶ Constituição Federal de 1934:

"Art 96. Quando a Côrte Suprema declarar inconstitucional qualquer dispositivo de lei ou acto governamental, o Procurador Geral da Republica comunicará a decisão ao Senado Federal para os fins do art. 91, n. IV, e bem assim á autoridade legislativa ou executiva, de que tenha emanado a lei ou o acto."⁵⁸

Por fim, o texto constitucional promulgado em 1934 extinguiu a hipótese de cabimento de mandado de segurança prevista pelo anteprojeto do Itamaraty e pela ANC em seu primeiro momento⁵⁹⁶⁰.

Note-se que a previsão trazida pela Constituição de 1934 era a de que o Procurador-Geral da República comunicaria ao Senado Federal, coordenador dos Poderes, as declarações de inconstitucionalidade proferidas por todo e qualquer órgão do Poder Judiciário.

Todas as Constituições que sucederam a de 1934, à exceção daquela promulgada em 1937, mantiveram a competência em tela do Senado Federal. Contudo, a Constituição de 1946 deixou expresso que a competência deste órgão político seria para suspender a execução de atos normativos declarados inconstitucionais de forma definitiva *pelo Supremo Tribunal Federal*, e não por qualquer órgão do Judiciário. E assim reafirmaram a Emenda Constitucional nº 16 de 1965, a Constituição de 1967, a Emenda Constitucional nº 01 de 1969 e a atual Constituição de 1988, conforme se vê em seu artigo 52, inciso X.

Art 91. "Compete ao Senado Federal:

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

⁵⁷ WILLEMANN, Marianna Montebello. Op. cit.

⁵⁸ Constituição Federal de 1934.

⁵⁹ Constituição Federal de 1934:

Art 113. "A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á subsistencia, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes:

33) Dar-se-á mandado de segurança para defesa do direito, certo e incontestavel, ameaçado ou violado por acto manifestamente inconstitucional ou illegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do *habeas corpus*, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito publico interessada. O mandado não prejudica as acções petitorias competentes."

⁶⁰ WILLEMANN, Marianna Montebello. Op. cit.

2.3. Questões relevantes sobre o ato editado pelo Senado Federal

Preliminarmente, destaque-se que ao Senado Federal não compete declarar a inconstitucionalidade de um ato normativo, mas decidir se a execução deste ato normativo será ou não suspensa do ordenamento jurídico, conferindo, desta forma, eficácia *erga omnes* à inconstitucionalidade declarada pelo STF em sede de controle concreto-difuso que, a princípio, aplaca-se unicamente às partes do caso concreto no âmbito do qual foi declarada a inconstitucionalidade.

O Senado Federal apenas exerce esta competência quando o STF declara incidentalmente a inconstitucionalidade de um ato normativo, ou seja, através de controle concreto-difuso de constitucionalidade. Isto porque, quando a inconstitucionalidade é declarada em controle abstrato-concentrado, em que a fiscalização é exercida pela via principal da ação, o ato normativo já perde a eficácia de forma *erga omnes*.

Também o Senado não atuará nos casos em que a Corte Suprema não declara a inconstitucionalidade do ato normativo, mas apenas o interpreta ou exerce o controle sem retirar sua vigência, como o faz, por exemplo, em declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto e em interpretação do ato normativo conforme a Constituição.

Para que o Senado Federal suspenda a execução do ato normativo, é necessário que a ele seja comunicado que este mesmo ato normativo tenha sido declarado inconstitucional pelo STF. O Título X do Regimento Interno do Senado Federal dispõe sobre as atribuições privativas deste órgão do Legislativo e, em seu Capítulo III, intitulado "Da Suspensão da Execução de Lei Inconstitucional (Const., art. 52, X)", artigo 386⁶¹, prevê

⁶¹ "Art. 386. O Senado conhecerá da declaração, proferida em decisão definitiva pelo Supremo Tribunal Federal, de inconstitucionalidade total ou parcial de lei mediante:

I – comunicação do Presidente do Tribunal;

II – representação do Procurador-Geral da República;

que ele está autorizado a suspender a execução do ato normativo a partir do momento em que seja comunicado através de ato do Presidente do STF, do Procurador-Geral da República ou de projeto de resolução apresentado por sua Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.

Quanto ao ato que veicula a suspensão da execução do ato normativo declarado inconstitucional *incidenter tantum*, tem-se uma resolução, visto que é esta a via através da qual a Câmara dos Deputados e o Senado Federal exercem os atos de sua competência privativa.

No julgamento do Mandado de Segurança nº 16.512/DF⁶², o Supremo Tribunal Federal delineou relevantes aspectos no que se refere à resoluções suspensivas do Senado Federal, como será demonstrado, logo após a seguinte apresentação de um breve resumo deste caso concreto.

O Senado Federal editou a Resolução nº 32/65, suspendendo a eficácia de ato normativo estadual paulista que previa a cobrança de Imposto sobre Transações, cujo fato gerador era a renda auferida em contrato de locação de serviços profissionais, declarado inconstitucional pelo STF em controle concreto-difuso. Insatisfeita com a edição da referida Resolução, a Fazenda do Estado de São Paulo representou junto ao Senado Federal, com o fim de que esta Resolução fosse esclarecida ou modificada. Por sua vez, a Comissão de Constituição e Justiça daquele órgão pronunciou-se a favor da representação fazendária paulista e editou a Resolução nº 93/65, que revogou a Resolução nº 32/65. Diante da edição pelo Senado Federal da Resolução nº 93/65, 27 (vinte e sete) empresas construtoras impetraram o Mandado de Segurança nº 16.512/DF, sob a

III – projeto de resolução de iniciativa da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania."

⁶² EMENTA "RESOLUÇÃO DO SENADO FEDERAL, SUSPENSIVA DA EXECUÇÃO DE NORMA LEGAL CUJA INCONSTITUCIONALIDADE FOI DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INCONSTITUCIONALIDADE DA SEGUNDA RESOLUÇÃO DAQUELE ÓRGÃO LEGISLATÓRIO, PARA INTERPRETAR A DECISÃO JUDICIAL, MODIFICANDO-LHE O SENTIDO OU LHE RESTRINGINDO OS EFEITOS. PEDIDO DE SEGURANÇA CONHECIDO COMO REPRESENTAÇÃO, QUE SE JULGA PROCEDENTE." (STF - Tribunal Pleno - MS 16.512/DF - Ministro Relator Oswaldo Trigueiro - Brasília - Data de julgamento: 25/05/1966 - Data de publicação: 31/08/1966)

alegação que a segunda Resolução é inconstitucional, alegação esta que foi acolhida pelo STF, vencidos os Ministros Aliomar Baleeiro e Hermes Lima.

Passemos à análise das questões relevantes sobre a resolução suspensiva do Senado Federal que foram abordadas no julgamento do Mandado de Segurança em epígrafe.

Quanto à natureza jurídica desta resolução, o STF decidiu que, por não poder este ato ser editado sem que haja uma decisão do Supremo Tribunal declarando incidentalmente a inconstitucionalidade de um ato normativo, ele (o ato senatorial) possui natureza executória, complementar ou secundária em relação a esta decisão.

João Bosco Marcial de Castro⁶³, no entanto, faz críticas a este posicionamento. Com relação à natureza executória da resolução suspensiva, a tese defendida por ele é a de que, por se tratar de decisão *declaratória* de inconstitucionalidade do STF, ela esgota-se em si mesma: o direito brasileiro não comporta execução de decisões declaratórias, servindo apenas de "fundamento para as ações de natureza constitutiva ou constitutiva-condenatória".

O mesmo autor faz uma análise crítica também no tocante à natureza complementar da resolução suspensiva à decisão declaratória de inconstitucionalidade proferida pelo STF. Como já observado, a decisão declaratória esgota-se em si mesma, sendo, assim, por si só, eficaz e efetiva. Segundo João Bosco, por ser entregue ao STF a competência de garantidor da supremacia da Constituição Federal, não cabe ao Senado Federal complementar as decisões declaratórias de inconstitucionalidade por ele proferidas. Apenas ao STF cabe complementar as suas próprias decisões

⁶³ CASTRO, João Bosco Marcial de. *O controle de constitucionalidade das leis e a intervenção do Senado Federal*. Porto Alegre: Ed. Nuria Fabris, 2008, p. 82.

que declaram a inconstitucionalidade de um ato normativo, desde que provocado para tanto.⁶⁴

João Bosco defende que a resolução de suspensão da execução de ato normativo declarado inconstitucional pelo STF possui natureza de cooperação para a realização dos fins do Estado, pondo um fim aos conflitos de interesse em que se discutia a incidência ou não de ato normativo, desafogando, assim, o Poder Judiciário em relação a estes conflitos. Portanto, tem-se, na opinião do aludido autor, o Poder Legislativo cooperando com o Poder Judiciário.⁶⁵

O STF, no julgamento do Mandado de Segurança sob análise, definiu a resolução suspensiva como de caráter normativo, tendo em vista que o Senado Federal, ao suspender, com eficácia *erga omnes*, a execução de um ato normativo, estará acrescentando algo à decisão, o que teria a mesma força normativa que possui o ato normativo declarado inconstitucional e cuja eficácia foi retirada *erga omnes*.

João Bosco confirma esta natureza normativa da resolução suspensiva, devido à capacidade que possui para determinar a invocabilidade e a inaplicabilidade do ato normativo declarado inconstitucional pelo STF em controle concreto-difuso também para aqueles que não são parte do caso concreto. O ato normativo continuará existindo, porém, sem produzir efeitos quaisquer. Assim, por ser a resolução suspensiva uma consequência de decisão declaratória de inconstitucionalidade e a ela vinculada, trata-se de ato de natureza secundária.⁶⁶

Ainda, no que se refere à obrigatoriedade ou não do Senado Federal em editar a resolução suspensiva, o STF decidiu que este órgão Legislativo

⁶⁴ Ibid. pp. 83-84.

⁶⁵ Ibid. p. 84.

⁶⁶ Ibid. pp. 85-87.

pode manter-se inerte ao ser comunicado acerca de decisão do STF que declare inconstitucional um ato normativo em controle concreto-difuso. Isto porque inexistente disposição que estipule prazo para a atuação do Senado Federal, tampouco previsão de sanção decorrente de omissão deste órgão político. Neste sentido:

“O Senado, atendendo a razões de conveniência e oportunidade, pode suspender, ou não, a execução da lei declarada inconstitucional, estendendo ou não, erga omnes, os efeitos da decisão do Supremo.” (Ministro Luiz Gallotti)

“(…) o Senado, na minha opinião, tem discricionário político de suspender ou não. Se convier, ele suspende; se não convier, ele, ao invés de prestigiar a decisão do Supremo Tribunal, pode tomar a iniciativa de uma emenda à Constituição, ou ficar inerte.” (Ministro Aliomar Baleeiro)

“(…) O Senado pode, a meu ver, julgar da oportunidade de suspender ou não a execução de lei que tenhamos declarado inconstitucional.” (Ministro Victor Nunes Leal)

Desta forma, o Senado Federal não é obrigado a suspender a execução de um ato normativo declarado inconstitucional pelo STF: trata-se a resolução suspensiva de um ato normativo de natureza discricionária, e não vinculada, estando condicionado ao juízo de conveniência e oportunidade do Senado Federal.

Outro aspecto se dá em relação à possibilidade de revogação, pelo próprio Senado Federal, de resolução que editou. Embora o Senado não seja obrigado a editar a resolução suspensiva, uma vez editada, não poderá ele suspendê-la, revogá-la ou revê-la: a resolução suspensiva é irrevogável. Assim se pronunciaram os Ministros do STF no julgamento do Mandado de Segurança nº 16.512/DF:

“Parece-me, entretanto, que, depois de atender à solicitação do Supremo Tribunal - promulgando resolução suspensiva de lei inconstitucional - a competência do Senado está exaurida.

(…)

Nestas condições, tenho como inoperante a segunda resolução, promulgada sob nº 93 (…).” (Ministro Relator Oswaldo Trigueiro)

“Tratando-se de ato de execução, praticado o ato, promulgada e publicada a Resolução nº 32, eu estou, e neste ponto com o apoio do lúcido e brilhante voto do eminente Relator do Mandado de Segurança, que ele não podia mais revogá-la.” (Ministro Pedro Chaves)

“O Senado não pode mais voltar atrás, como o Supremo Tribunal Federal também não o poderia, em relação à declaração de inconstitucionalidade da lei.” (Ministro Evandro Lins)

“(…) a Resolução nº 32, do Senado, suspendeu, em função do acórdão do Supremo Tribunal Federal que o declarou inconstitucional, o trigo de lei definido nesse acórdão, na letra "p". E, mais tarde, cinco anos depois, a Resolução 93 suspendeu aquela Resolução 32. Creio que não poderia fazê-lo. E não poderia fazê-lo, porque não ocorreram motivos de ordem pública. (….) a meu ver, êle não poderá suspender uma Resolução que já mandou suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.” (Ministro Hermes Lima)

Diverso não é o entendimento predominante na doutrina pátria. Luís Roberto Barroso, em sua obra “O controle de constitucionalidade no direito brasileiro” afirma o caráter discricionário da atuação do Senado Federal:

“(…) Trata-se de ato político não sujeito a prazo, podendo o Senado suspender o ato normativo, no todo ou em parte, ou simplesmente não suspendê-lo, negando, assim, a extensão erga omnes da decisão do Supremo.”⁶⁷

Também Clèmerson Merlin Clève não firmou entendimento contrário ao do Supremo Tribunal Federal, como se vê:

“Não há prazo para a deliberação do Senado Federal. Não especificando, a Constituição, prazo para a sua deliberação e, ademais, inexistindo sanção contra a sua omissão, não é demais imaginar a possibilidade de o Senado manter-se inerte por anos a fio. Tendo decidido, porém, não pode o Senado Federal rever a resolução suspensiva.”⁶⁸

Deste modo, vê-se que a edição de resolução suspensiva pelo Senado Federal, a fim de cumprir o disposto no art. 52, inciso X da CRFB/88, não é obrigatória, mas sujeita a um juízo de conveniência e oportunidade daquele órgão, que pode adotar diversos critérios para tanto. Admitir que a suspensão pelo Senado Federal da execução de ato normativo

⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 156.

⁶⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Op. cit., p. 94

declarada inconstitucional em controle concreto-difuso pelo STF é obrigatória seria afirmar que, por si só, a declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum* já seria dotada de eficácia *erga omnes*, servindo o Senado Federal apenas como mero instrumento de formalização e publicação da decisão declaratória de inconstitucionalidade.

2.4. Os efeitos produzidos pelas resoluções suspensivas do Senado Federal

Serão analisadas neste ponto as consequências da suspensão, pelo Senado Federal, da execução de ato normativo declarado inconstitucional por decisão definitiva do STF, no tocante aos planos da existência, da validade e da eficácia; bem como os efeitos temporais produzidos por estas resoluções.

2.4.1. As resoluções suspensivas e seus reflexos nos planos da existência, da validade e da eficácia

Sabe-se que, para que um ato seja existente, são necessários os elementos agente, forma e objeto. Existente o ato, analisa-se se ele é válido, de acordo com a presença dos requisitos de competência do agente, adequação da forma e licitude-possibilidade do objeto. Já a eficácia, por sua vez, consiste na aptidão do ato normativo de ser aplicável, exigível e executado.

No momento em que declara, por via de decisão definitiva no controle concreto-difuso, que ato normativo é inconstitucional, o STF apenas afasta a incidência deste ato normativo naquele determinado caso em que está atuando. Desta forma, o texto normativo permanece no plano da existência, uma vez que um ato normativo só pode ser revogado - ou seja, retirado ordenamento jurídico - por outro ato normativo de mesma espécie.

Assim, quando o STF exerce o controle concreto-difuso, ele atinge somente os planos da validade e da eficácia daquele ato normativo, mas apenas para aquele caso em específico. Ou seja: o ato normativo continua existindo no ordenamento jurídico - vez que só pode ser revogado por ato normativo de igual espécie -, restando feridos os planos da validade e da eficácia deste ato normativo; mas, devido ao fato de a decisão do STF possuir eficácia subjetiva restrita às partes daquele processo, o ato normativo, perante terceiros, continuará atendendo plenamente os três planos.

À resolução do Senado Federal não é permitido ultrapassar os limites da decisão declaratória de inconstitucionalidade proferida pelo STF, pois apenas possui o condão de tornar tal decisão aplicável também àqueles que não integram os pólos do processo em que é proferida.

Nesta linha, ao editar resolução suspensiva daquele ato normativo com eficácia *erga omnes*, ainda assim o Senado Federal não estará retirando-o do ordenamento jurídico, mas declarando para todos que ele é ineficaz perante a Constituição Federal e, por consequência, que ele não mais poderá ser invocado nem aplicado. A partir deste momento, a inconstitucionalidade do ato normativo é reconhecida *erga omnes*, o que o torna totalmente inoperante e inaplicável.

Forçoso concluir, portanto, que um ato normativo inconstitucional não é inexistente, mas inválido, por desconformidade com a lei suprema. A invalidade declarada do ato normativo se projetará para o plano da eficácia, tendo em vista que ato normativo inconstitucional não pode ser aplicado. O ato normativo objeto de resolução suspensiva editada pelo Senado Federal continua existindo no plano fático, porém validade alguma possui no plano jurídico, tampouco, eficácia.

2.4.2. Os efeitos temporais das resoluções suspensivas: *ex nunc* ou *ex tunc*?

Uma questão que ainda está em aberto se dá em relação alcance no tempo que estas resoluções senatoriais possuem: seus efeitos são retroativos ou não? Discute-se se, uma vez emprestada eficácia *erga omnes* às decisões definitivas do STF que tenham declarado inconstitucionais atos normativos em sede de controle concreto-difuso de constitucionalidade, o ato normativo será nulo desde seu surgimento ou apenas a partir da edição da respectiva resolução suspensiva. Não há entendimento unânime quanto a este ponto.

Parte da doutrina, da qual faz parte José Afonso da Silva, entende que elas produzirão efeitos a partir de sua edição, ou seja, *ex nunc*. Segundo ele:

“O problema deve ser decidido, pois, considerando-se dois aspectos. No que tange ao caso concreto, a declaração surte efeitos *ex tunc*, isto é, fulmina a relação jurídica fundada na lei inconstitucional desde o seu nascimento. No entanto, a lei continua eficaz e aplicável, até que o Senado suspenda sua executoriedade; essa manifestação do Senado, que não revoga nem anula a lei, mas simplesmente lhe retira a eficácia, só tem efeitos, daí por diante, *ex nunc*. Pois, até então, a lei existiu. Se existiu, foi aplicada, revelou eficácia, produziu validamente seus efeitos.”⁶⁹

Por outro lado, há uma segunda corrente doutrinária, seguida por Clèmerson Merlin Clève e Gilmar Ferreira Mendes, que sustenta que, possuindo a decisão do Supremo Tribunal Federal caráter exclusivamente declaratório, as resoluções suspensivas produzirão efeitos *ex tunc*, por tratar-se de um instrumento de ampliação dos efeitos da decisão à qual confere eficácia *erga omnes*, e não exclusivamente derogatório do ato normativo inconstitucional, sob pena de serem as resoluções suspensivas ineficientes em relação às situações firmadas na vigência do ato normativo inconstitucional. Ou seja, segundo esta doutrina, as resoluções suspensivas

⁶⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34ª edição. São Paulo: Ed. Malheiros Editores Ltda., 2011, p. 54.

do Senado Federal possuem o condão de ampliar, subjetivamente, a eficácia da decisão do Supremo, que é declaratória e, portanto, retroativa ao nascimento do ato normativo inconstitucional.

Segundo Clèmerson Merlin Clève:

*“O Senado Federal participa desse entendimento [segundo o qual as resoluções suspensivas da execução de uma norma produzem efeitos retroativos], tanto que aprovou Parecer, tendo figurado como relator o então Senador Accioly Filho, onde definiu que ‘há distância a separar o conceito de revogação daquele da suspensão da execução de lei ou decreto declarado inconstitucional. O ato de revogação, pois, não supre o de suspensão, não o impede, porque não produz os mesmos efeitos’. O parecer fixou, ainda, que ‘a suspensão por declaração de inconstitucionalidade, ..., vale por fulminar, desde o instante do nascimento, a lei ou decreto inconstitucional, importa manifestar que essa lei ou decreto não existiu, não produziu efeitos válidos. A revogação, ao contrário disso, importa proclamar que, a partir dela, o revogado não tem mais eficácia’.”*⁷⁰

Também o STF já teve a oportunidade de se manifestar sobre o tema, quando do julgamento do Recurso em Mandado de Segurança nº 17.976/SP⁷¹, nos termos do voto do Ministro Relator Amaral Santos, que assim se pronunciou:

“A suspensão [pelo Senado Federal, por via de resolução editada em atendimento ao art. 52, inciso X da CRFB/88] da vigência da lei por inconstitucionalidade torna sem efeito todos os atos praticados sob o império da lei inconstitucional. Contudo, a nulidade da decisão judicial transitada em julgado só pode ser declarada por via de ação rescisória, sendo impróprio o mandado de segurança para êsse fim.”

Diante de tais considerações, entendo que a corrente mais adequada ao sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, em que a inconstitucionalidade de um ato normativo é declarada, e não constituída, e em que é adotada a teoria da nulidade dos atos normativos inconstitucionais, é a que sustenta que as resoluções suspensivas do Senado

⁷⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Op. cit., pp. 96-97.

⁷¹ EMENTA “A SUSPENSÃO DA VIGENCIA DA LEI POR INCONSTITUCIONALIDADE TORNA SEM EFEITO TODOS OS ATOS PRATICADOS SOB O IMPERIO DA LEI INCONSTITUCIONAL. CONTUDO, A NULIDADE DA DECISÃO JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO SÓ PODE SER DECLARADA POR VIA DE AÇÃO RESCISÓRIA, SENDO IMPROPRIO O MANDADO DE SEGURANÇA. APLICAÇÃO DA SÚMULA 430. RECURSO DESPROVIDO.” (STF - Terceira Turma - RMS 17.976/SP - Ministro Relator Amaral Santos - Brasília - Data de julgamento: 13/09/1968 - Data de publicação: 26/09/1969)

Federal produzem efeitos *ex tunc*, tal como as declarações de inconstitucionalidade com eficácia *erga omnes* proferidas pelo STF em sede de controle abstrato-concentrado.

3. A questão enfrentada nos tribunais

Como exposto, com a ampliação do rol de legitimados para a propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade, ao modelo abstrato-concentrado de controle de constitucionalidade foi conferida maior ênfase pela CRFB/88.

Diante disso e considerando-se que as decisões proferidas em controle de constitucionalidade abstrato-concentrado possuem eficácia *erga omnes*, Gilmar Mendes questionou se as decisões proferidas definitivamente pelo STF no âmbito do controle concreto-difuso deveriam continuar produzindo efeitos apenas *inter partes*, ou seja, limitados tão somente às partes daquele caso concreto.

Conseqüentemente, foi questionado, também, o sentido que, hoje em dia, deve ser conferido ao art. 52, inciso X da CRFB/88, que, frise-se, consiste em um instrumento que busca emprestar eficácia *erga omnes* às decisões proferidas pelo STF, em definitivo, quando ele exerce o controle de constitucionalidade *incidenter tantum*.

A discussão foi travada porque os dois modelos de controle de constitucionalidade, de certo modo, possuem o mesmo fim: tutelar a ordem constitucional, afastando um ato normativo que com a Constituição seja conflituoso. É por isso que, hoje, há uma tendência no direito brasileiro de um processo de abstrativização⁷² do controle concreto-difuso: o interesse subjetivo trazido ao STF pelo caso concreto passou para o segundo plano, dando lugar à defesa da ordem constitucional de forma objetiva.

Ademais, razão outra que gerou este debate é o fato de que, cada vez mais, tem sido conferido maior valor aos precedentes firmados pelos

⁷² Como será adiante demonstrado, alguns ministros do STF se manifestaram a favor deste processo, no sentido de defender a extensão dos efeitos subjetivos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade proferidas pela Corte no controle concreto-difuso, ainda que sem a atuação do Senado Federal.

tribunais superiores e, especialmente, pelo STF no direito pátrio, de modo a garantir uma prestação jurisdicional mais eficaz, em respeito aos princípios da segurança jurídica, eis que teremos um direito mais previsível e estável; e da isonomia, pois os jurisdicionados que se encontram em situações idênticas obterão o mesmo resultado no julgamento de suas lides. Esta prática que tem sido adotada no direito brasileiro, no sentido de valorização dos precedentes dos tribunais superiores e do STF, é encontrada no Novo CPC, como será demonstrado no final deste capítulo.

Este processo de abstrativização será tratado a partir de agora, mostrando a discussão travada em sede do julgamento da Reclamação nº 4.335.

3.1. O processo de abstrativização do controle concreto-difuso sob a ótica dos tribunais inferiores e do Superior Tribunal de Justiça

Os STJ e os tribunais inferiores não parecem ter chegado a um consenso em relação ao impasse firmado no direito constitucional brasileiro, no que se refere ao processo de abstrativização do controle concreto-difuso de constitucionalidade e, por consequência, da necessidade ou não de estrita observância do art. 52, inciso X da CRFB/88 para que a eficácia subjetiva das decisões proferidas incidentalmente pelo STF seja ampliada para além das partes que compõem a relação processual, ainda que esta ampliação se dê *ultra partes*, ou seja, que não atinja toda a sociedade, mas que também não se limite às partes daquele caso concreto.

Como será demonstrado, tanto os Tribunais de Justiça, quanto os Tribunais Regionais Federais e o STJ fundamentam suas decisões afastando ou não certo dispositivo declarado inconstitucional pelo STF com controle concreto-difuso, uns entendendo necessária a edição de resolução suspensiva pelo Senado Federal, em atendimento ao art. 52, inciso X da CRFB/88 para que àquelas decisões do STF seja conferida eficácia

subjetiva ampliada; outros entendendo pela desnecessidade deste ato senatorial.

Veja-se o seguinte trecho de um acórdão proferido pela Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJ-RJ):

“ (...)

Do pedido de substituição da pena por restritiva de direitos

Importante registrar que a vedação prevista na parte final do artigo 44 da Lei no 11.343/06, foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do habeas corpus nº 97.256/RS, em 01 de setembro de 2010.

No mesmo julgado, nossa Corte Suprema removeu por completo o óbice à concessão do benefício, ao declarar inconstitucional a expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, prevista no artigo 33, § 4o, do referido diploma legal.

Em observância ao artigo 52, X, da Constituição da República, o Senado Federal suspendeu a execução dessa expressão, por meio da Resolução nº5, de 15 de fevereiro de 2012:

'Art. 1o É suspensa a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" do § 4o do art. 33 da Lei no 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus no 97.256/RS.

Art. 2o Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.'

(...)

Do pedido de fixação do regime aberto

Igualmente, no caso em testilha, reputo cabível a fixação de regime mais brando para início de cumprimento da reprimenda, em caso de descumprimento das penas restritivas de direitos.

Como é cediço, em 27.06.2012, ao julgar o HC no 111.840/ES, o Plenário do STF declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1o do art. 2o da Lei n.o 8.072/90, com a redação dada pela Lei n.o 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

Desta forma, afastado o óbice trazido pelo art. 2o, § 1o, da Lei no 8.072/90, em razão da declaração incidental de inconstitucionalidade deste dispositivo, realizada pela E. Suprema Corte, não há que se falar em impedimento à concessão de regime inicial diverso do fechado para o delito em tela, de modo que, em razão disto, cabe ao julgador sopesar as demais exigências legais para o estabelecimento do adequado regime de cumprimento da pena, passando as regras do art. 33 do CP a ser utilizadas também na fixação do regime prisional inicial dessas espécies delitivas.”⁷³ (grifos meus)

⁷³ TJ-RJ - 8ª Câmara Criminal - Embargos Infringentes nº 1651554-08.2011.8.19.0004 - Desembargador Relator Claudio Tavares de Oliveira Junior - Rio de Janeiro - Data de julgamento: 10/02/2014 - Data de publicação: 13/02/2014.

Note-se, neste caso, que a Oitava Câmara Criminal do TJ-RJ, na primeira questão (relativa à substituição de pena por restritivas de direito), afastou a aplicação de dispositivo declarado inconstitucional pelo STF em controle concreto-difuso e cuja execução foi suspensa pelo Senado Federal através de resolução editada para atender ao art. 52, inciso X da CRFB/88, o que a vinculou à decisão declaratória de inconstitucionalidade.

Porém, no que tange à segunda questão (relativa à fixação de regime aberto logo no início do cumprimento da pena), a Oitava Câmara Criminal, que é órgão fracionário do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, afastou a aplicação de dispositivo declarado inconstitucional de forma incidental pelo STF, embora sua execução não tenha sido suspensa por resolução senatorial, vez que entendeu que a eficácia subjetiva desta decisão não poderia restringir-se às partes do processo em que foi proferida, valendo-se da regra contida no parágrafo único do art. 481 do CPC, que *dispensa* a observância à cláusula de reserva de plenário, prevista constitucionalmente pelo art. 97 da CRFB/88⁷⁴. Assim, ante a ausência de resolução suspensiva do Senado Federal que a vincule à decisão declaratória de inconstitucionalidade, a Oitava Câmara Criminal do TJ-RJ, em respeito à decisão do STF, decidiu aplicar entendimento nela firmado, qual seja, pela inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.

⁷⁴ O Professor Fábio Leite critica a ideia de que o art. 481, parágrafo único do CPC (que desobriga o órgão fracionário de remeter a arguição de inconstitucionalidade ao pleno ou ao órgão especial do tribunal ao qual pertence quando já houver pronunciamento deste tribunal ou do Plenário do STF sobre a questão) configura uma *vinculação* deste órgão fracionário ao pronunciamento existente, defendendo a tese de que, na verdade, trata-se de uma *dispensa*, podendo este órgão fracionário decidir de forma diversa do pronunciamento do tribunal ou do Plenário do STF. Os processualistas divergem em relação a este ponto. Fredie Didier Junior, Leonardo Carneiro da Cunha e José Levi Mello do Amaral Junior afirmam que o pronunciamento já existente sobre a questão da inconstitucionalidade *vincula* o órgão fracionário. Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery dizem tratar-se de um mecanismo de “economia processual”, podendo o órgão fracionário remeter a questão ao pleno ou ao órgão especial quando houver fundamento novo ou modificação na composição do pleno ou do órgão especial. Humberto Theodoro Junior e Alexandre Câmara, por sua vez, entendem que o pronunciamento já existente vincula apenas o julgamento do caso concreto em que foi proferido, não possuindo força obrigatória para os casos futuros. (LEITE, Fábio Carvalho. *A cláusula de reserva de plenário segundo os Tribunais de Justiça*. In: Direitos Fundamentais e Justiça, ano 5, nº 15, Rio Grande do Sul: Ed. HS Editora, abr./jun. 2011, pp. 212-219)

Na decisão abaixo, a Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul (TJ-MS) afirmou que é necessário que o Senado Federal suspenda a execução de uma norma declarada inconstitucional pelo STF em controle concreto-difuso para que os demais tribunais sejam a ela vinculados. E o fez em um *habeas corpus* ao denegar a ordem pleiteada pelo paciente, que se baseou em decisão do Supremo que declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade de uma norma, sem resolução suspensiva do Senado. Devido à não edição da resolução suspensiva, decidiu este Tribunal que não estava vinculado à decisão que declarou incidentalmente a inconstitucionalidade da norma, entendendo aplicável ao caso concreto o dispositivo cuja incidência se buscava afastar:

“(…)

Alega estar sofrendo constrangimento ilegal na sua liberdade de locomoção tendo em vista o indeferimento do pleito de progressão de regime prisional. Sustenta que, não obstante a Lei 8.072/90, o Supremo Tribunal Federal entende cabível o regime progressivo aos condenados por crime hediondo.

Não lhe assiste razão. A ordem deve ser denegada.

O paciente encontra-se condenado pela prática do delito de homicídio qualificado, crime considerado hediondo, o qual não permite progressão de regime prisional, conforme determina o artigo 2º, 1ª, da Lei 8.072/90.

Em que pese o julgamento isolado pronunciado recentemente pelo Supremo no HC 82.959, declarando inconstitucional o art. 2º, 1º, da Lei 8.072/90, é importante frisar que referida decisão foi proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade, procedimento que não vincula diretamente os Tribunais Pátrios, muito menos retira do ordenamento jurídico a norma indigitada, salvo a exceção prevista no artigo 52, X, da Constituição Federal, que prevê a suspensão da norma pelo Senado Federal, a denominada ampliação dos efeitos das decisões definitivas proferidas pelo STF em sede de controle difuso de constitucionalidade, o que não é o caso.

(…)

Ante o exposto, com o parecer, denego a presente ordem de *habeas corpus*.⁷⁵
(grifos meus)

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF-1), por sua vez, levou em consideração o processo de abstrativização do controle concreto-difuso e, seguindo decisão declaratória de inconstitucionalidade proferida pelo STF nesta modalidade de controle de constitucionalidade, afastou a

⁷⁵ TJ-MS - 2ª Turma Criminal - HC 8486 MS 2006.008486-0 - Desembargador Relator José Augusto de Souza - Campo Grande - Data de julgamento: 21/06/2006 - Data de publicação: 03/07/2006.

aplicabilidade do dispositivo que vedava a progressão de regime em crimes hediondos, ainda que não houvesse, à época⁷⁶, resolução senatorial que o vinculasse. O trecho do acórdão a seguir transcrito sugere que o TRF-1 criticou a limitação *inter partes* de decisão que declara *indecenter tantum* a inconstitucionalidade de certo ato normativo:

“(...) há uma corrente de pensamento, na qual se inclui, *in casu*, o Ministério Público Federal (razões recursais e parecer), dando sustentação à tese segundo a qual a decisão proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 82.959/SP, Relator Ministro Marco Aurélio, decorreu de controle difuso de constitucionalidade, por via incidental, não produzindo eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

(...)

Aduzem, por essa razão, que seus efeitos restringem-se às partes (*intra partes*), não tendo o condão de repercutir em outros processos nos quais se decida casos assemelhados. Nessa ótica, a antiga redação do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90 continuou vigendo até a revogação pela Lei 11.464/07, a qual conferiu efeito *erga omnes* à possibilidade de progressão.

(...)

Data maxima venia, essa interpretação é tão hedionda quanto a lei que define os crimes dessa jaez.

Ora, se o dispositivo que trata da progressão de regime fere princípio constitucional expresso, e por isso foi declarado inconstitucional, é injustificável sujeitar o réu que fora condenado com base na legislação anterior a critérios supervenientes flagrantemente contrários aos seus direitos que foram inseridos pela lei que possibilitou a progressão. Seria o mesmo que referendar a *novatio legis in pejus* para alcançar fatos pretéritos.

(...)

A par da inconstitucionalidade já declarada, a questão de fundo discutida na reclamação [Reclamação 4.335] é saber se ocorre mutação constitucional ao se relativizar a leitura tradicional do art. 52, inciso X, da Constituição Federal de 1988, que trata da 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, porque tal decisão teria força, por si só, de produzir a suspensão da execução mencionada.

(...)

Portanto, a despeito do inconformismo do Ministério Público Federal, e tendo em vista o preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos por parte de FRANCISCO VIGO TUESTA, conforme assentou o Juiz *a quo* às fls. 45, correta a decisão que lhe concedeu a progressão de regime de cumprimento da pena nos termos do art. 33 do Código Penal c/c o art. 112 da Lei de Execuções Penais.⁷⁷ (grifos meus)

⁷⁶ Em 23/12/2009 - posteriormente, portanto, ao julgamento do caso tratado -, o Senado Federal editou a Resolução nº 26, que suspendeu a execução do art. 2º da Lei nº 8.072/90.

⁷⁷ TRF-1 - Terceira Turma - AGEPN 8871 MA 2007.37.00.008871-4 - Desembargador Relator Tourinho Neto - Brasília - Data de julgamento: 20/05/2008 - Data de publicação: 06/06/2008.

Por fim, também a Primeira Turma do STJ, valorizando os precedentes firmados pelo STF, entendeu que as decisões declaratórias de inconstitucionalidade de uma norma, proferidas pelo Supremo em controle concreto-difuso, não devem ter sua eficácia subjetiva limitada às partes do caso concreto em que foram proferidas, nem tampouco depender da discricionariedade do Senado Federal para editar resolução suspensiva da execução desta norma:

“Não podem ser desconsideradas as decisões do Plenário do STF que reconhecem constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de diploma normativo. Mesmo quando tomadas em controle difuso, são decisões de incontestável e natural vocação expansiva, com eficácia imediatamente vinculante para os demais tribunais, inclusive o STJ (CPC, art. 481, § único: "Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão"), e, no caso das decisões que reconhecem a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, com força de inibir a execução de sentenças judiciais contrárias, que se tornam inexigíveis (CPC, art. 741, § único; art. 475-L, § 1º, redação da Lei 11.232/05).”⁷⁸

Como se observa dos julgados trazidos acima, a título exemplificativo, os Tribunais de Justiça, os Tribunais Regionais Federais e o STJ não possuem um entendimento uniformizado sobre a questão da abstrativização do controle concreto-difuso, mas já é possível observar uma inclinação ao entendimento de que a inconstitucionalidade declarada pelo STF, ainda que em controle concreto-difuso, não deve limitar-se às partes do caso concreto.

3.2. O Supremo Tribunal Federal e o fenômeno da abstrativização do modelo concreto-difuso de controle de constitucionalidade

3.2.1. A tese da mutação constitucional

Para que uma Constituição esteja de fato preparada para tutelar os direitos do homem e a dignidade da pessoa humana, fazendo-se a norma fundamental do Estado de direito, é necessário que ela seja estável e rígida,

⁷⁸ STJ - Primeira Turma - REsp 911897 SP 2007/0000022-3 - Ministro Relator Teori Albino Zavascki - Brasília - Data de julgamento: 27/03/2007 - Data de publicação: 12/04/2007.

mas nunca imutável. Isso significa dizer que uma Constituição, para atender àqueles fins, deve sempre adequar-se à realidade da sociedade por ela regida. Ou seja: é fundamental que a Constituição acompanhe as mudanças sociais.

No direito constitucional brasileiro, o processo tradicional para que uma Constituição seja modificada é a edição de Emendas Constitucionais, que alteram, de fato, o texto constitucional, respeitando sempre o procedimento, os limites e os requisitos previstos pela própria Constituição.

Entretanto, não é apenas este processo formal de alteração da Constituição que existe. Há também aquele não previsto expressamente no texto constitucional, que não altera este texto, mas seu sentido e alcance, e que é chamado de *mutação constitucional*.

A possível mutação constitucional do art. 52, inciso X da CRFB/88 é uma tese que foi levantada pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes quando proferiu seu voto no julgamento da Reclamação 4.335, visto que, hoje em dia, a norma contida no mencionado dispositivo constitucional encontra-se obsoleta. A análise deste julgamento será feita no próximo tópico (*item 3.2.3*).

Luís Roberto Barroso defende que, tendo em vista a maior atenção dada à ADI pela CRFB/88, a competência conferida ao Senado Federal tornou-se um “anacronismo”, não havendo mais, no atual cenário, razão lógica para a manutenção desta competência. Assim, o autor sustenta que as decisões do STF que declaram incidentalmente a inconstitucionalidade de uma norma deveriam ser dotadas dos mesmos efeitos que possuem as decisões proferidas em controle abstrato-concentrado.⁷⁹

⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 157.

Por sua vez, Flavia Bahia Martins⁸⁰ discorda da tese da mutação constitucional do art. 52, inciso X da CRFB/88, pelas seguintes razões:

- (i) O constituinte originário optou por adotar no Brasil um sistema híbrido de controle de constitucionalidade, em que o modelo abstrato-concentrado produz decisões com eficácia *erga omnes* e o modelo concreto-difuso produz decisões que limitam-se às partes do processo, necessitando estas últimas da atuação do Senado Federal para que seus efeitos subjetivos sejam ampliados;
- (ii) A mutação constitucional que se discute corre o risco de tornar-se inconstitucional, pois, além de desrespeitar a essência do próprio art. 52, X da CRFB/88, ela viola a cláusula pétrea da separação dos Poderes, nos termos do art. 60, § 4º, inciso III da CRFB/88;
- (iii) Segundo pesquisa realizada, não é prática reiterada do Senado Federal deixar de editar resoluções suspensivas de execução de norma declarada inconstitucional pelo STF em controle difuso: o Senado Federal suspende a eficácia de 70% das normas cujas decisões declaratórias de inconstitucionalidade são comunicada a este órgão;
- (iv) Por fim, a EC nº 45/2004 previu a possibilidade de edição, pelo STF, de súmulas vinculantes, a partir de reiteradas decisões no mesmo sentido proferidas em casos concretos, o que permite que tais decisões possam produzir efeitos *erga omnes*.

3.2.2. A Reclamação nº 4.335: a proposta de mutação constitucional do art. 52, inciso X em julgamento

A Reclamação nº 4.335 (doravante Rcl 4.335), cujo julgamento foi concluído pelo Supremo no dia 20/03/2014, é o caso concreto por meio do

⁸⁰ MARTINS, Flávia Bahia. *Direito constitucional*. 3ª edição. Niterói: Ed. Impetus, 2013, pp. 548 - 549.

qual o STF discutiu a tese da mutação constitucional do art. 52, inciso X da CRFB/88. Passemos à análise deste caso.

Por meio do *Habeas Corpus* nº 82.959/SP, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, o STF declarou a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º da Lei nº 8.072/90, que prevê que o cumprimento da pena por prática de crimes hediondos deve ser cumprida integralmente sob o regime fechado, ou seja, veda a progressão de regime no cumprimento de pena em casos de crimes hediondos. A Corte entendeu ser este dispositivo inconstitucional por violar o princípio da individualização da pena.

No entanto, ao julgar caso semelhante, em que condenados por crimes hediondos formularam pedido de progressão de regime sob o argumento de que o STF havia declarado incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º da Lei nº 8.072/90 no mencionado *Habeas Corpus* nº 82.959/SP, o Juízo da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco, Acre, indeferiu este pedido, por entender que a decisão do STF produziu efeitos tão somente às partes do processo em que foi proferida, tendo em vista que a inconstitucionalidade foi declarada pelo Supremo no âmbito do controle concreto-difuso, não vinculando, desta forma, os demais órgãos do Judiciário, vez que não havia resolução do Senado Federal suspendendo a execução da norma declarada inconstitucional.

Sob o argumento de que o Juízo da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco havia violado a autoridade da decisão do STF que declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º da Lei nº 8.072/90, a Defensoria Pública da União ajuizou a Rcl 4.335 perante aquele Tribunal.

Importante a exposição dos votos proferidos no julgamento da Reclamação sob análise.

O relator desta Reclamação, como já mencionado, foi o Ministro Gilmar Mendes, que votou pelo seu acolhimento, sob o fundamento de que o controle concreto-difuso estaria se aproximando do controle abstrato-concentrado, evidenciando, aí, o processo de abstrativização daquele modelo de controle de constitucionalidade.

Segundo o Ministro Relator, o controle concreto-difuso vem perdendo força desde a instituição do controle abstrato-concentrado, principalmente com a ampliação do rol de legitimados para a propositura de ADI pela CRFB/88.

Ainda, de acordo com ele, anteriormente à Constituição de 1934, devido à ausência de previsão de um mecanismo expansional dos efeitos subjetivos das decisões proferidas em controle concreto-difuso, a doutrina contentava-se em defender a teoria da nulidade das normas inconstitucionais, segundo a qual a norma inconstitucional já nasce nula, portanto, sem aptidão para produzir efeitos.

A Constituição de 1934 instituiu a regra que hoje está contida no art. 52, inciso X da CRFB/88. Entretanto, tal regra não afirma a teoria da nulidade das normas inconstitucionais, mas a nega, tendo em vista que a eficácia *erga omnes* da declaração incidental de inconstitucionalidade de um ato normativo ficará a cargo de um órgão político, e não da própria natureza inconstitucional do ato normativo. Assim, o que Gilmar Mendes propõe é que, sendo mais coerente com a teoria da nulidade das normas inconstitucionais, a resolução suspensiva do Senado Federal deve destinar-se apenas a dar publicidade às decisões do STF.

Gilmar Mendes, baseando-se na teoria da *transcendência dos motivos determinantes*⁸¹, afirmou que, em caso de existência de leis

⁸¹ Gilmar Mendes defende que a regra contida no art. 481, parágrafo único do CPC (que dispensa que a arguição de inconstitucionalidade seja levada ao plenário ou órgão especial do tribunal quando já houver decisão do STF pela inconstitucionalidade do ato normativo questionado)

municipais idênticas⁸², em que uma é declarada inconstitucional pelo STF, a questão não precisa ser remetida ao Pleno do Tribunal, por estarem os órgãos fracionários *vinculados* à decisão declaratória de inconstitucionalidade.

Ainda, o Ministro Relator entendeu que a função do Senado Federal de suspender a execução de um ato normativo cuja inconstitucionalidade foi declarada incidentalmente revelou-se inútil quando esta declaração ocorrer no âmbito das ações coletivas: "como sustentar que uma decisão proferida numa ação coletiva (...) terá eficácia apenas entre as partes?". Nestes casos, a decisão declaratória deve conter eficácia, ao menos, *ultra partes*.

A partir desta nova compreensão do art. 52, inciso X da CRFB/88 é que ele defende uma mutação constitucional deste dispositivo: as decisões do STF terão, desde logo, eficácia *erga omnes*, incumbindo-se o Senado Federal de apenas conferir-lhes publicidade, através da publicação de tais decisões no Diário do Congresso. Não se trata aqui de uma faculdade do Senado Federal, mas sim de um dever que, se descumprido, não impedirá que as decisões do STF produzam o seu original efeito geral.

Em seguida, o Ministro Eros Grau reafirmou em seu voto a tese da mutação constitucional do art. 52, inciso X da CRFB/88 defendida pelo Relator da Rcl. 4.335, por estar ela coerente com o texto constitucional no qual o artigo em comento está inserido, não ferindo nenhum dos princípios da Constituição de 1988. Isto porque, no atual cenário do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, a regra contida no dispositivo

vincula os tribunais inferiores à decisão do STF, devendo estes observá-las quando do julgamento do caso concreto. Segundo ele, "(...) essa decisão acaba por conferir uma eficácia mais ampla - talvez até mesmo um certo efeito vinculante - à decisão do Plenário do Supremo Tribunal no controle incidental. Essa orientação está devidamente incorporada ao direito positivo (CPC, art. 481, parágrafo único, parte final, na redação da Lei n. 9756, de 1998).", conforme se extrai na página 43 de seu voto em análise.

⁸² Como a questão do IPTU progressivo, julgada pelo STF no REExt nº 228.844/SP, e a da taxa de iluminação pública, decidida por este Tribunal no REExt nº 364.160/MG (07/02/2003).

mencionado tornou-se obsoleta. Além disso, nota-se um elevado número de processos idênticos que tramitam em sede de controle concreto-difuso no âmbito do STF.

O Ministro Sepúlveda Pertence, embora tenha concordado com o Ministro Gilmar Mendes quando este afirmou que a norma do art. 52, inciso X da CRFB/88 tornou-se obsoleta, ele discordou da proposta de uma mutação constitucional deste artigo, iniciando, assim, a controvérsia no julgamento.

Em sua fundamentação, este Ministro criticou o entendimento firmado pelo Ministro Relator no que tange à disposição do art. 481, parágrafo único do CPC. Como dito, Gilmar Mendes defende que a regra *vincula* os tribunais inferiores quando já houver decisão do Supremo declarando inconstitucional o ato normativo debatido. Ao contrário, Sepúlveda Pertence disse que a regra *dispensa* a observância à cláusula de reserva de plenário pelos tribunais inferiores, os quais estariam permitidos a se posicionar em sentido diverso do STF, enquanto a decisão deste Tribunal não for dotada de efeito vinculante. Tampouco o art. 481, parágrafo único do CPC reduz o papel do Senado Federal em mero dever de dar publicidade às decisões do Supremo.

Sepúlveda Pertence encontrou na EC nº 45/2004 uma forma de dispensar a intervenção do Senado Federal para a expansão dos efeitos subjetivos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade proferidas *incidenter tantum* pelo STF: trata-se do mecanismo da *súmula vinculante*, que vincula todos os demais órgãos do Judiciário, bem como todos os órgãos da Administração Pública Federal, Estadual e Municipal .

Também divergindo da tese da mutação constitucional do art. 52, inciso X da CRFB/88, o Ministro Joaquim Barbosa assinalou que o problema não se encontra no aludido artigo, mas no Juízo que não aplicou ao caso a orientação do Supremo, visto que os Juízos inferiores deveriam

observar os precedentes firmados pelo STF, como uma forma de valorizá-los.

Em seu entendimento, a atribuição de eficácia *erga omnes* às declarações de inconstitucionalidade pelo STF em controle concreto-difuso não mais depende da atuação do Senado Federal, devendo o STF editar súmula vinculante caso entendesse que a decisão deverá ser aplicada para além das partes do processo. Mas esta possibilidade de edição de súmula vinculante com tal fim não retira a competência do Senado Federal. Neste sentido, a súmula vinculante seria apenas um complemento a esta competência.

Ademais, Joaquim Barbosa ressaltou a literalidade da regra contida no art. 52, inciso X da CRFB/88, bem como a ausência de disposição e sentido contrários a ela. Assim, a alteração do alcance e do sentido desta norma constitucional, em decorrência da mutação constitucional proposta, dependeria de dois fatores, quais sejam, "o decurso de um espaço de tempo maior" e, em consequência disso, um definitivo desuso da norma, o que não parece ocorrer, tendo em vista que, de acordo com pesquisa por ele realizada, o Senado Federal, entre 1988 e 2007, editou quase 100 resoluções suspensivas.

Ricardo Lewandowski, por sua vez, criticou em seu voto a comparação entre a mutação constitucional do art. 97 da CRFB/88 (positivada pelo art. 481, parágrafo único do CPC) e a mutação constitucional pretendida para o art. 52, inciso X da CRFB/88. No primeiro caso, a mutação decorreu de uma prática adotada pelo STF que, sem ferir princípio ou norma fundamental, *dispensou* o cumprimento da cláusula de reserva de plenário quando o Supremo já houver se pronunciado pela inconstitucionalidade do ato normativo. Já em relação ao segundo caso, o que se pretende é deslocar para outro Poder (o Judiciário) uma competência outorgada expressamente pela CRFB/88 ao Senado Federal, competência

esta que este órgão não vem deixando de exercer, visto que, entre 2007 e 2010, segundo pesquisa realizada por este Ministro, a Comissão de Constituição de Justiça do Senado Federal colocou em pauta de deliberação do Senado Federal 53 ofícios a ele encaminhados.

Além disso, ressaltou que a nova interpretação do art. 52, inciso X da CRFB/88 pretendida pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau contrariava o art. 60, § 4º, inciso III da CRFB/88, que prevê como cláusula pétrea a separação de Poderes e, portanto, sequer pode ser objeto de Emenda Constitucional.

Concluindo seu voto, Lewandowski acompanhou o Ministro Sepúlveda Pertence, segundo o qual o mecanismo das súmulas vinculantes seria um meio de o STF emprestar uma eficácia mais expansiva às suas declarações de inconstitucionalidade, sem que precisasse aguardar eventual edição de resolução suspensiva pelo Senado Federal.

O Ministro Teori Zavascki sustentou que o direito brasileiro tem evoluído paulatinamente no sentido de valorizar os precedentes dos tribunais superiores e, especialmente, do STF, conferindo-lhes “força persuasiva e expansiva em relação aos demais processos análogos”. Observou, ainda, que certas decisões possuem, originariamente, eficácia *ultra partes*, como aquelas proferidas nas ações coletivas e no mandado de injunção.

Por fim, lembrou que as resoluções senatoriais não são a única forma de estender o alcance subjetivo das decisões do Supremo: há, ainda, as súmulas vinculantes e a demonstração da repercussão geral do tema envolvido pelo caso concreto para que possa ser interposto Recurso Extraordinário. E essa necessária repercussão geral confere às decisões do

STF naquele recurso⁸³ a eficácia *ultra partes*, fazendo com que as declarações incidentais de inconstitucionalidade fossem aplicadas aos casos concretos dos grupos dos demais destinatários do ato normativo declarado inconstitucional.

O Ministro Luís Roberto Barroso, ao proferir seu voto, concordou com o relator, no sentido de que as decisões do Plenário do STF deveriam ser de observância obrigatória. Todavia, ele vê a textualidade do art. 52, inciso X da CRFB/88 como um limite à proposta de mutação constitucional, devendo a alteração da regra se dar por mudança formal do texto, e não por mutação constitucional. E não caberia ao STF a mudança do texto do dispositivo, tendo em vista que não é este órgão o poder constituinte originário nem o poder constituinte derivado.

A Ministra Rosa Weber seguiu a mesma linha exposta pelo Ministro Barroso, no sentido de ver na literalidade do texto art. 52, inciso X da CRFB/88 um obstáculo à mutação constitucional deste artigo, sendo necessário, para tanto, a alteração do enunciado normativo.

O Ministro Marco Aurélio sustentou a impossibilidade de o STF conferir eficácia *erga omnes* às declarações de inconstitucionalidade tomadas em controle concreto-difuso, pois isto misturaria as duas modalidades de controle judicial de constitucionalidade adotadas no Brasil.

Por fim, o Ministro Celso de Mello acompanhou o voto do Ministro Teori Zavascki.

Portanto, nota-se, pelos votos expostos acima, que no julgamento da Rcl 4.335 o Ministro Gilmar Mendes introduziu uma nova discussão em relação à observância do art. 52, inciso X da CRFB/88 para que ocorra uma expansão da eficácia subjetiva das declarações incidentais de

⁸³ Neste trabalho, especificamente, às decisões proferidas em controle concreto-difuso exercido pelo STF em via de Recurso Especial.

inconstitucionalidade do STF. Extrai-se deste julgamento que os Ministros deste Tribunal concordaram que a regra do referido artigo tornou-se obsoleta, devendo ela ser flexibilizada, seja pela mutação constitucional proposta pelo Ministro Gilmar Mendes e seguida pelo Ministro Eros Grau, seja pela alternativa (ou “complemento”) do instituto das súmulas vinculantes, como sustentam os Ministros Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski.

3.3. Reflexões sobre a mutação (in)constitucional do art. 52, inciso X da CRFB/88 e o mecanismo das súmulas vinculantes

Partindo das considerações feitas acerca do processo de abstrativização do controle concreto-difuso e do debate posto pela Rcl. 4.335 sobre uma possível mutação constitucional do art. 52, inciso X da CRFB/88 *versus* a alternativa pela via das súmulas vinculantes, serão, agora, refletidos os aspectos envolvidos por esta questão.

Como já dito, a mutação constitucional é uma espécie não formal de alteração da Constituição, conferindo um novo sentido e um novo alcance a certa norma constitucional, de acordo com as mudanças ocorridas na sociedade na qual se insere, mas sem modificar o texto normativo.

Contudo, no momento em que a mutação constitucional passa a violar a própria essência da Constituição ou contraria as cláusulas pétreas contidas em seu art. 60, § 4º, da CRFB/88, está-se diante de uma *mutação inconstitucional*.

Sabe-se que a tese da mutação constitucional do art. 52, inciso X da CRFB/88 surgiu do processo de abstrativização do controle concreto-difuso, que traduz uma aproximação entre as duas modalidades de controle judicial de constitucionalidade previstas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Devido a essa aproximação entre as modalidades de controle de constitucionalidade, os Ministros Gilmar Mendes e Eros Graus, como visto, passaram a sustentar que a norma do art. 52, inciso X da CRFB/88 deve ser interpretada de maneira diversa da interpretação clássica.

Assim, de acordo com esta nova interpretação, a inconstitucionalidade declarada incidentalmente pelo STF deve possuir, originariamente, eficácia *erga omnes*, transformando a competência do Senado Federal em mero dever de publicizar a inconstitucionalidade declarada. Veja: um dever. O que significa que o Senado Federal seria obrigado a publicar no Diário Oficial do Congresso Nacional que o STF declarou a inconstitucionalidade de um ato normativo em controle concreto-difuso. Ainda, o descumprimento deste “dever” pelo Senado Federal não retiraria os efeitos gerais da decisão declaratória.

Porém, o que se deve levar em consideração é que, desde a introdução desta norma no direito pátrio, que se deu pela Constituição de 1934, ela não sofreu diferentes interpretações. Pelo contrário: à exceção da Carta de 1937, todas as vezes que uma Assembleia Constituinte foi convocada, optou-se por manter nas Constituições que se sucederam a norma hoje contida no art. 52, inciso X da CRFB/88, sem relevantes alterações em seu texto.

Isso significa que, ao longo da história constitucional brasileira, foi determinado que as decisões do STF que declarassem, em sede de controle concreto-difuso, a inconstitucionalidade de um ato normativo deveriam conter eficácia subjetiva limitada tão somente às partes daquele caso concreto, cabendo ao Senado Federal, quando comunicado destas decisões, suspender ou não, segundo seu juízo de conveniência e oportunidade, a execução do ato normativo, de forma ampliar a força vinculativa de tais decisões.

O texto normativo do art. 52, inciso X da CRFB/88 é claro, de forma que o STF - órgão do Poder Judiciário -, ao interpretar a competência do Senado Federal como mero dever de dar publicidade às suas decisões, estaria esvaziando uma competência do Poder Legislativo prevista expressamente pela CRFB/88, além de violar a cláusula pétrea da separação dos Poderes⁸⁴.

Portanto, ao que tudo indica, se o STF decretar a identidade prática entre as decisões declaratórias de inconstitucionalidade que profere em sede de controle concreto-difuso e de controle abstrato-concentrado, determinando que o Senado apenas as dê publicidade, estaremos diante de uma mutação inconstitucional, seja por violar a cláusula pétrea da separação dos Poderes, seja por violar a essência do texto do art. 52, inciso X da CRFB/88, que não deixa dúvidas quanto à competência daquele órgão do Legislativo para suspender a execução de um ato normativo declarado inconstitucional pelo STF em sede de controle concreto-difuso.

Por outro lado, é necessário que os olhares se voltem ao acúmulo de processos que se dá no Supremo Tribunal Federal, comprometendo a celeridade processual, a segurança jurídica e o princípio da isonomia. Para solucionar estes problemas, encontra-se na valorização dos precedentes emanados dos tribunais superiores e, principalmente, do STF uma saída.

O Novo CPC (NCPC - Lei nº 13.105/2015) reforça a necessidade de respeito aos precedentes dos tribunais superiores e do STF, quando determina que algumas decisões proferidas por estes tribunais servirão como padrões decisórios: certas decisões serão proferidas para produzir este efeito vinculante. A nova Lei segue o sentido de valorização dos precedentes, para o qual tem caminhado o direito brasileiro.

⁸⁴ Art. 60. "A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

(...)

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

(...)

III - a separação dos Poderes;"

Neste sentido, o art. 927, inciso III do NCPC classificou como de observância obrigatória pelos juízes e tribunais "os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos". Trata-se de uma obrigatoriedade no sentido forte, cujo objetivo é o de fazer com que a função jurisdicional se torne mais previsível e, portanto, juridicamente segura.⁸⁵

Diante disso, não parece razoável que a mutação constitucional estudada seja a melhor solução para conferir força cogente às declarações incidentais de inconstitucionalidade proferidas pelo STF. De acordo com o já exposto, a Emenda Constitucional nº 45 de 2004 acrescentou o art. 103-A à CRFB/88⁸⁶, que prevê que o STF pode editar súmulas vinculantes, que, como o próprio nome sugere, *vincula* os demais órgãos do Judiciário e a Administração Pública direta e indireta, nos âmbitos federal, estadual e municipal.

No julgamento de certa questão, tem-se a *ratio decidendi* de uma decisão, ou seja, a razão de assim se decidir. A partir do momento em que esta razão de decidir dá origem a um precedente judicial e este precedente passa a ser aplicado reiteradamente, forma-se uma jurisprudência. Se esta jurisprudência for predominante no âmbito daquele tribunal, ele pode editar uma súmula, que transforma em texto a razão de decidir sobre determinada questão. Ou seja, a súmula é o enunciado normativo da interpretação de uma norma.

⁸⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.*. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2015, pp. 1.316-1.318.

⁸⁶ Art. 103-A. "O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei."

Regra geral, às súmulas não é atribuído o caráter vinculante no direito pátrio. Todavia, diante do abarrotamento de causas idênticas no STF e da necessidade que se possui de conferir maior ênfase aos precedentes da Suprema Corte Brasileira, a EC nº 45/2004 passou a permitir que esta Corte edite súmulas com efeitos vinculantes.

Para que uma súmula vinculante possa ser editada, o art. 103-A da CRFB/88 institui certos requisitos, quais sejam, que haja reiteradas decisões sobre aquela matéria constitucional e que a edição da súmula vinculante seja aprovada por quórum de dois terços dos membros do STF, de forma a tornar mais segura a deliberação para a aprovação de uma súmula vinculante.

Como a súmula vinculante torna obrigatória a aplicação do entendimento do STF nela veiculado, sua inobservância enseja o cabimento de Reclamação ao Supremo⁸⁷ contra o ato administrativo ou judicial que ignorou o caráter obrigatório da súmula.

O art. 927, inciso IV do NCPC determina que os juízes e tribunais observarão "os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional". Note-se, aqui, que o dispositivo não fala em "súmulas vinculantes", mas em "súmulas" apenas. Ora, qual seria, então, a diferença entre as súmulas vinculantes e as súmulas do STF em matéria constitucional? No tocante às súmulas vinculantes, como já dito, elas *vinculam* os demais órgãos do Poder Judiciário e também a Administração Pública direta e indireta, nos âmbitos federal, estadual e municipal. Já em relação às súmulas do STF em matéria constitucional, elas vinculam tão somente os demais órgãos do Poder Judiciário. Trata-se, portanto, de mais

⁸⁷ Art. 103-A. § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

um mecanismo para que seja atribuído maior respeito aos precedentes do STF.

Os Ministros que se opuseram à tese da mutação constitucional do art. 52, inciso X da CRFB/88, proposta por Gilmar Mendes e acompanhada por Eros Grau no julgamento da Reclamação nº 4.335, concordam que a norma deste dispositivo tornou-se obsoleta no atual cenário do direito constitucional brasileiro, em que aos precedentes está sendo conferida maior força. Porém, veem nas súmulas vinculantes a melhor solução para este problema, ao invés de corroborarem com a tese de uma mutação (in)constitucional do art. 52, inciso X da CRFB/88.

E é neste sentido que a questão deve se direcionar. Sempre que se quiser conferir efeitos gerais às decisões incidentais do STF que declaram a inconstitucionalidade de uma norma, sem que o Senado Federal tenha, ainda, suspenso a execução desta, deve o STF editar súmula vinculante neste sentido, respeitados os requisitos impostos para tanto.

Desta forma, a tese da mutação (in)constitucional do art. 52, inciso X da CRFB/88 deve ser rechaçada e o mecanismo da súmula vinculante deve ser adotado como complemento à competência original do Senado Federal conferida pelo art. 52, inciso X da CRFB/88, que, diga-se, não deve ser vista como mero dever de publicizar as decisões *incidenter tantum* do STF declaratórias da inconstitucionalidade de uma norma.

Conclusão

Inegável é que o controle judicial concreto-difuso, da forma que é instituído no Brasil, causa problemas de ordem prática que precisam ser solucionados. O acúmulo de processos em tramitação perante o Supremo Tribunal Federal é o maior deles, comprometendo a celeridade processual e uma prestação jurisdicional mais eficiente.

De sorte, muitos destes processos tratam da mesma questão, em especial, neste trabalho, sobre a compatibilidade ou não de uma norma infraconstitucional com a Constituição.

A tendência no direito brasileiro atual é valorizar, cada vez mais, os precedentes dos tribunais superiores, principalmente do STF. Esta tendência mostra-se adequada à solução do problema causado pelos muitos processos que abarrotam o STF, pois, atende à segurança jurídica, vez que os tribunais inferiores passarão a aplicar com mais frequência tais precedentes, tornando mais previsível o direito dito. Ainda, a valorização dos precedentes leva a uma maior observância do princípio da isonomia, visto que evitar-se-á que jurisdicionados em situações idênticas tenham soluções diferentes aos seus casos. Por fim, teremos uma maior eficiência na prestação jurisdicional, tornando-a mais fácil e célere, pois os magistrados poderão fundamentar suas decisões nos precedentes dos tribunais superiores.

Este acúmulo de processos no STF se deve, também, à falta de eficácia *erga omnes* e caráter vinculante das decisões proferidas pelo STF que declaram a inconstitucionalidade de certa norma em controle concreto-difuso. Este aspecto quanto aos efeitos produzidos pelas decisões declaratórias de inconstitucionalidade proferidas *incidenter tantum*, também deve ser revisto.

Entre as possíveis soluções para tal problema, apresentadas pelo STF no julgamento da Reclamação nº 4.335, encontram-se, de um lado, a

proposta da mutação constitucional do art. 52, inciso X da CRFB/88 e, de outro, a utilização do mecanismo das súmulas vinculantes, introduzidas no direito constitucional brasileiro pela EC nº 45/2004.

Em relação à primeira possível solução apresentada, ela não merece prosperar, tendo em vista que se trata de uma alteração informal da literalidade do texto normativo que carrega o art. 52, inciso X da CRFB/88. Seria o Poder Judiciário, ao qual não é atribuído o papel de legislador positivo, esvaziando a competência constitucional expressa conferida ao Senado Federal, para que seja conferido a este órgão tão somente o papel de dar publicidade às decisões do STF.

Além disso, esta mutação do art. 52, inciso X da CRFB/88 mostra-se claramente inconstitucional, tendo em vista que viola a literalidade normativa de um dispositivo da Carta Maior, sem que este seja alterado formalmente por meio do processo legislativo das Emendas à Constituição, e, ainda, parece ignorar a cláusula pétrea da separação de Poderes.

Não bastasse isso, a mutação (in)constitucional do art. 52, inciso X da CRFB/88 retiraria do Senado Federal uma competência que ele vem exercendo. Segundo pesquisa que realizei no banco de dados do próprio Senado Federal, este órgão editou, entre 1989 e 2013, o número considerável de cerca de 130 (cento e trinta) resoluções suspensivas de eficácia de norma declarada inconstitucional *incidenter tantum* pelo STF.

A segunda solução proposta trata-se da edição de súmulas vinculantes que tornem obrigatória a observância da jurisprudência do STF que, em controle concreto-difuso, declara ser inconstitucional uma norma. A súmula vinculante também consiste em um mecanismo que confere maior força aos precedentes judiciais emanados do STF.

Com a edição de uma súmula vinculante, os demais órgãos do Judiciário e a Administração Pública direta e indireta, nos âmbitos federal,

estadual e municipal, ficam a ela vinculados, devendo aplicar a jurisprudência sumulada da Corte acerca da inconstitucionalidade da norma questionada, sob pena de cabimento de Reclamação ao STF.

Esta, a meu ver, parece ser a solução mais adequada e segura, visto que não viola a essência da Constituição, nem tampouco cláusula pétrea alguma.

Bibliografia

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012.

CASTRO, João Bosco Marcial de. *O controle de constitucionalidade das leis e a intervenção do Senado Federal*. Porto Alegre: Ed. Nuria Fabris, 2008.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

Constituição da República de 1934.

Constituição da República de 1988.

Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999.

Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999.

LEITE, Fábio Carvalho. *A cláusula de reserva de plenário segundo os Tribunais de Justiça*. In: *Direitos Fundamentais e Justiça*, ano 5, nº 15, Rio Grande do Sul: Ed. HS Editora, abr./ jun. 2011.

LEITE, Fábio Carvalho. *ADIN e ADC, e a ambivalência possível: uma proposta (revista)*.

LEITE, Fábio Carvalho. *O papel do Advogado-Geral da União no controle abstrato de constitucionalidade: curador da lei, advogado público ou parecerista?*. In: *Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC*, 2010/2.

LEITE, Fábio Carvalho. *1891: A Construção da matriz político-institucional da República no Brasil*. Rio de Janeiro, 2003. 220 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Departamento de Direito da PUC-Rio.

MARTINS, Flávia Bahia. *Direito constitucional*. 3ª edição. Niterói: Ed. Impetus, 2013.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Direito constitucional contemporâneo*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 1999.

MORAES, Alexandre. *Direito constitucional: revista e atualizada até a EC n. 76/13*. 30ª edição. São Paulo: Atlas, 2014.

PADILHA, Rodrigo Corrêa. *Direito constitucional sistematizado*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2012.

Regimento Interno do Senado Federal.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34ª edição. São Paulo: Ed. Malheiros Editores Ltda., 2011.

STF - ADI 1096 MC/RS - Plenário - Rel. Min. Celso de Mello - Data de julgamento: 16/03/1995 - Data de publicação: 22/09/1995.

STF - ADI 1616/PE - Plenário - Rel. Min. Maurício Corrêa - Brasília - Data de julgamento: 24/05/2001 - Data de publicação: 24/08/2001.

STF - ADI 242/RJ - Plenário - Rel. Min. Paulo Brossard - Brasília - Data de julgamento: 20/10/1994 - Data de publicação: 23/03/2001.

STF - ADI 3916/DF - Plenário - Rel. Min. Eros Grau - Brasília - Data de julgamento: 03/02/2010 - Data de publicação: 14/05/2010.

STF - AI 145.589 AgR - Tribunal Pleno - Rel. Min. Sepúlveda Pertence - Brasília - Data de julgamento: 02/09/1993 - Data de publicação: 24/06/1994.

STF - Terceira Turma - RMS 17.976/SP - Ministro Relator Amaral Santos - Brasília - Data de julgamento: 13/09/1968 - Data de publicação: 26/09/1969.

STF - Tribunal Pleno - MS 16.512/DF - Ministro Relator Oswaldo Trigueiro - Brasília - Data de julgamento: 25/05/1966 - Data de publicação: 31/08/1966.

STF - Tribunal Pleno - Reclamação 4.335 - Ministro Relator Gilmar Mender - Brasília - Data de julgamento: 20/03/2014 - Data de publicação: 22/10/2014.

STJ - Primeira Turma - REsp 911897 SP 2007/0000022-3 - Ministro Relator Teori Albino Zavascki - Brasília - Data de julgamento: 27/03/2007 - Data de publicação: 12/04/2007.

TJ-MS - 2ª Turma Criminal - HC 8486 MS 2006.008486-0 - Desembargador Relator José Augusto de Souza - Campo Grande - Data de julgamento: 21/06/2006 - Data de publicação: 03/07/2006.

TJ-RJ - 8ª Câmara Criminal - Embargos Infringentes nº 1651554-08.2011.8.19.0004 - Desembargador Relator Claudio Tavares de Oliveira Junior - Rio de Janeiro - Data de julgamento: 10/02/2014 - Data de publicação: 13/02/2014.

TORRES, Alberto. *A organização nacional. Seção Terceira - Da Revisão Constitucional*. Disponível em <http://www.ebooksbrasil.org>. Acesso em 19 abr. de 2015.

TRF-1 - Terceira Turma - AGEPN 8871 MA 2007.37.00.008871-4 - Desembargador Relator Tourinho Neto - Brasília - Data de julgamento: 20/05/2008 - Data de publicação: 06/06/2008.

WAMBIER, *Teresa Arruda Alvim et al.. Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2015.

WILLEMANN, Marianna Montebello. *Controle de constitucionalidade na Constituição da República de 1934: revistando a origem do quórum qualificado e da atuação do Senado Federal no modelo concreto-difuso de judicial review*. Rio de Janeiro. Tese (Doutorado em Direito) - Departamento de Direito da PUC-Rio.