



UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO

Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas

Faculdade Nacional de Direito

**ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE
CONSTITUCIONALIDADE**

Michelle Souza Dias

Rio de Janeiro

2008

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas
Faculdade Nacional de Direito

ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE
CONSTITUCIONALIDADE

MICHELLE SOUZA DIAS

Trabalho Monográfico apresentado à Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como parte dos requisitos para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof^o Ph.D. José Ribas Vieira

Rio de Janeiro

2008

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas
Faculdade Nacional de Direito

MICHELLE SOUZA DIAS

ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE
CONSTITUCIONALIDADE

Trabalho Monográfico apresentado à Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como parte dos requisitos para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data da Aprovação: ___/___/___

Banca Examinadora:

1º Examinador – Presidente da Banca (Orientador)

2º Examinador

3º Examinador

Dias, Michelle Souza.

Abstrativização do Controle Difuso de Constitucionalidade / Michelle Souza Dias. – 2008.

126 f.

Orientador: José Ribas Vieira.

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade Nacional de Direito.

Bibliografia: f. 119-126.

1. Controle de Constitucionalidade - Monografias. 2. Abstrativização do Controle Difuso. I. Vieira, José Ribas. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade Nacional de Direito. III. Título.

CDD 341.204

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas
Faculdade Nacional de Direito

À minha família, pelas primeiras lições de Justiça. Aos meus pais pelo apoio e esforços, sobremaneira à mamãe, meu modelo intangível, por quem nutro imensa admiração, lídima veneração, obrigada pelos sacrifícios, amor e dedicação. À minha irmã que amo, pela tolerância, carinho e fraternidade. Aos meus amigos pelo companheirismo e incentivo.

Ao meu orientador, Prof^o Ph.D. José Ribas Vieira, pelos ensinamentos, pela paciência, pelo incentivo, pelo apoio e pela urbanidade que lhes são característicos.

Ao corpo docente desta tradicional Faculdade Nacional de Direito, que retoma paulatinamente o seu lugar na vanguarda acadêmica jurídica brasileira.

Aos professores que ao longo desses 05 (cinco) anos de formação se mostraram dedicados ao múnus de ensinar, apesar de todas as limitações institucionais postas, sobremaneira aos Prof.^o Dr. Leonardo Greco, Prof.^o Dr. Flávio Martins, Prof.^o Me. Danilo Lobato, Prof.^o Me. Francisco Ortigão, Prof.^o Nelson Massini, Prof.^a Ms. Daniela Mendes, Prof.^a Dr.^a Salete Maccalóz, Prof.^o Dr. Noel Struchiner e ao Prof.^o Roberto Litrento.

Aos meus companheiros de classe, que assim como eu cheios de anseios e expectativas, na condição de neófitos há 05 (cinco) anos atrás aguardavam se encontrar de modo ordenado e sistemático com toda história do pensamento jurídico, e adquirir desta maneira uma visão conjuntural e estruturada de todo o organismo do Direito, aspiravam, portanto se habilitar bacharéis em Ciências Jurídicas. Esperando deste modo, reconstruir uma vida intelectual e perceptiva, como se promovessem a reunião das peças embaralhadas de um quebra-cabeça, com o intuito de formarem com elas uma nova figura de caráter permanente e definitivo, através do processo de revisão de todos os juízos de valor, argamassadas no passado, conferindo-lhes deste modo uma perspectiva nova, sólida e universal da vida. Criando assim, condições para o auto-convencimento filosófico-jurídico, de modo a não se aceitar o Direito como uma manifestação pirrônica, mas através da qual se façam válidas todas as teses porque elas haverão de ser suscetíveis de demonstração pelo exercício intelectual.

Aos assistidos do Escritório Modelo, que com suas agruras cotidianas lecionaram na prática a função social a ser desempenhada pelo Direito numa sociedade injusta como a nossa.

*« Etre libre, ce n'est pas pouvoir faire ce que l'on veut,
mais c'est vouloir ce que l'on peut».*

Jean-Paul Sartre

RESUMO

DIAS, M.S. Abstrativização do Controle Difuso de Constitucionalidade. 2008. 137 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

O trabalho monográfico visa discorrer sobre a Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes da Sentença em Controle Difuso de Constitucionalidade que confere caráter de abstração e generalidade às decisões prolatadas em sede de controle concentrado engendrando efeitos *inter partes*, instituindo um Sistema Único na Jurisdição Constitucional Brasileira.

Palavras-chave: Jurisdição Constitucional. Controle Difuso. Transcendência.

RESUMÉ

Le travail monographique vise à discourir sur la Théorie de la Transcendance des Raisons Déterminantes du Jugement dans Contrôle Diffus de Constitutionnalité qui confère caractère d'abstraction et généralité aux décisions rendues à siège de contrôle concentré en produisant des effets *inter partes*, en instituant un Système Seul dans la Juridiction Constitutionnelle Brésilienne.

Mots-clef: Juridiction Constitutionnelle. Contrôle Diffus. Transcendance.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO I: O MÚNUS DO SENADO FEDERAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	16
1. Controle de Constitucionalidade das Normas e Judicialização da Política	16
2. Breve Histórico do Papel do Senado no Controle de Constitucionalidade	21
3. Procedimento da Suspensão da Execução da Lei pelo Senado	31
4. Alcance da Suspensão da Execução da Lei pelo Senado	32
5. Natureza da Resolução do Senado	33
6. Extensão da Suspensão de Execução da Lei	36
7. Revogação da Resolução Suspensiva	37
8. Efeitos da Suspensão da Execução da Lei Declarada Inconstitucional	38
CAPÍTULO II: VINCULATIVIDADE E TRANSCENDÊNCIA DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NOS PROCESSOS DE CONTROLE ABSTRATO DE NORMAS	45
1. Aspectos Históricos e Regulamentação do Efeito Vinculante	45
2. Conceito de Efeito Vinculante	53
3. Efeito Vinculante e Eficácia <i>Erga Omnes</i> ou Geral ou Generalidade	57
4. Elementos do Efeito Vinculante	62
i. Limites Objetivos do Efeito Vinculante	62
ii. Limites Subjetivos do Efeito Vinculante	65
a) Significado do Efeito Vinculante na Dimensão Subjetiva	66
b) Vinculação dos Órgãos do Poder Judiciário, do Poder Executivo e do Poder Legislativo	67
5. Teoria da Abstrativização do Controle Difuso de Constitucionalidade ou Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes da Sentença no Controle Difuso de Constitucionalidade ou Objetivação do Controle Difuso	68
5.1. Nomenclatura	68
5.2. Noções de Transcendência ou Efeito Transcendente	70
5.3. Transcendência em Controle Difuso: Leading Case Mira Estrela (Recurso Extraordinário n.º 197.917/ SP).....	76

CAPÍTULO III: A SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DA LEI PELO SENADO E A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL	81
1. Considerações Preliminares	81
2. Mutação Constitucional	82
i. Conceituação	82
ii. Mutação Constitucional <i>versus</i> Reforma Constitucional	87
3. A Reclamação do Acre n.º 4335-3/AC e a Mutação Constitucional do Papel do Senado no Controle de Constitucionalidade	89
i. Epítome do <i>Case Acre</i>	89
ii. Mutação Constitucional do art. 52, X da Carta Magna	91
a) Ministro Gilmar Ferreira Mendes	91
b) Voto-vista do Ministro Eros Grau	102
iii. Aplicação da Súmula Vinculante	107
a) Ministro Sepúlveda Pertence	107
b) Ministro Joaquim Barbosa	109
4. A Reclamação do Acre e a Crítica Doutrinária	110
CONCLUSÃO	114
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	125

INTRODUÇÃO

O controle de constitucionalidade é um juízo de adequação (compatibilidade) da norma infraconstitucional à norma constitucional, por intermédio da verificação da relação imediata de conformidade vertical entre a lei infraconstitucional ou o ato normativo e a Constituição, com o intuito de impor a sanção da invalidade à norma eivada de incompatibilidade material e/ ou formal¹. Ainda, na dicção de José Joaquim Gomes Canotilho², a chamada a chamada fiscalização de constitucionalidade matiza tanto uma garantia de observância da Carta Fundamental ao certificar, positivamente, a dinamização da sua força normativa, e, de modo negativo, “*ao reagir através de sanções contra a violação, como uma garantia preventiva, ao evitar a existência de actos normativos, formal e substancialmente violadores das normas e princípios constitucionais*”. Temos, pois, o controle de constitucionalidade como uma espécie de sistema de imunização da Constituição, visto que, pode ensejar a invalidação de normas infraconstitucionais que ultrajem as normas constitucionais, em razão da supremacia e da rigidez da Constituição.

Mormente, ao tratar da jurisdição constitucional – compreendida como a atividade jurisdicional de defesa da Constituição através do desempenho do controle de constitucionalidade e proteção processual dos direitos fundamentais – a Doutrina suscita questões correlacionadas à natureza, à legitimação democrática e aos limites de atuação. Ensina Ada Pellegrini Grinover³, que na relação entre processo e Constituição, há o desdobramento onde dar-se-á a jurisdição constitucional, contendo o controle de constitucionalidade e a proteção processual dos direitos fundamentais, referente ao Direito Processual Constitucional, de sorte que, a validade das leis e dos atos normativos e a efetividade dos direitos fundamentais são tutelados pela justiça constitucional.

O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade é dito eclético, misto ou híbrido, ao passo que, coexistem todas as espécies e modalidades admitidas no Direito Comparado⁴. Porquanto, os constitucionalistas contemporâneos salientam a tendência do

¹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p.627.

² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.889.

³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo Constitucional em Marcha*.. São Paulo: Max Limonad, 1985, p.06.

⁴ CAPPELLETI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. (Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato). Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Dott. A. Giuffrè Editore, 1973, p.14.

fortalecimento do controle de constitucionalidade abstrato com o escopo de atender a chamada expansão da litigiosidade constitucional⁵.

Hodiernamente, a estabilidade da Jurisdição Constitucional, decorrente da concessão de efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal Federal – entendido como imposição de obrigatoriedade de atendimento ao comando abstrato constante de sua fundamentação – em sede de controle de constitucionalidade é analisada como ponto nevrálgico da premissa do acesso à justiça.

Deste modo, ortodoxamente, parte da doutrina jurídica tangencia que a massificação das relações jurídicas, própria da sociedade contemporânea, impõe ao sistema de Direito Positivo, sobremaneira para viabilizar a realização de uma ordem jurídica justa, a criação de mecanismos que minimizem as distorções e distinções entre situações equânimes. Assim sendo, tais juristas asseveram que seria fundamental a aplicação uniforme do Direito também sob a ótica constitucional, ao passo que, a este campo do direito é atribuído um *status* ímpar, notório e abrangente no ordenamento jurídico brasileiro, pois é provável encontrar ao menos uma questão constitucional em qualquer litígio, tendo em vista o fenômeno da constitucionalização do Direito.

Pelo fio do exposto, adentramos a uma das questões mais instigantes da jurisdição constitucional atual, assentada sobremaneira, no compartimento da suspensão da execução da lei ou ato normativo declarado inconstitucional.

A suspensão de execução de acordo com o art. 52, X da Constituição da República de 1988⁶, é um ato político do Senado Federal, publicizado por intermédio de resolução que atribui efeito *erga omnes* à decisão definitiva do Egrégio Tribunal Federal acerca da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal contraposto à Constituição. Logo, o intento da suspensão de execução é mutar a eficácia *inter partes* em eficácia *erga omnes* da declaração incidental de inconstitucionalidade, sem infringência ao limite subjetivo da coisa julgada.

A Doutrina não é uníssona no que se refere à competência do Senado de deixar de suspender a execução de lei ou ato normativo que teve a inconstitucionalidade

⁵ Segundo Oscar Vieira esse fortalecimento do controle abstrato se exteriorizada pelo advento da Lei n.º 9.868/99⁵ e Lei n.º 9.882/99, que regulam os instrumentos de provocação da jurisdição constitucional principal. (In: VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.226).

⁶ “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;”.

incidentalmente declarada por decisão definitiva do Supremo. De igual maneira, muitos doutrinadores divergem em relação aos efeitos decorrentes das matérias discutidas em controle incidental. Neste diapasão, por intermédio da denominada **Teoria da Abstrativização do Controle Difuso de Constitucionalidade** (ou **Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes da Sentença no Controle Difuso de Constitucionalidade** ou **Objetivação do Controle Difuso**⁷) acena uma forma relativamente inovadora de unificar as espécies de eficácia em sede de controle de constitucionalidade.

Indubitavelmente, a questão axial aludida neste trabalho monográfico, a Abstrativização do Controle Difuso de Constitucionalidade na Jurisdição Constitucional Pátria, engendra colóquios intervenientes, o que complexifica qualquer postura dogmática ou acoimada acerca do assunto.

O estudo da Abstrativização do Controle Difuso de Constitucionalidade justifica-se na medida em que há crescente movimentação doutrinária, bem como jurisprudencial, que se reflete na admissão pelo Supremo Tribunal Federal, ainda que de modo incipiente, da Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes da Sentença no Controle Difuso de Constitucionalidade. Outrossim, a temática é pertinente tendo em vista que, a mesma encontra-se em processo dialético de ponderação de admissibilidade, vicissitudes e malefícios.

Bem assim, nunca é demasiado reiterar que, num Estado Democrático de Direito é imprescindível o comprometimento da sociedade, de modo especial dos acadêmicos, de forma a refletir e pesquisar buscando alternativas teóricas que intentem assegurar os direitos e garantias fundamentais, aprofundando o debate acerca de questões fulcrais para a realização permanente Direito. Sobremaneira, no que se refere aos efeitos engendrados no processo decisório do Excelso Sodalício, o guardião da Constituição por expressa delegação do poder constituinte originário⁸.

Feitas tais ponderações, o trabalho monográfico proposto objetiva analisar as ilações decorrentes da extensão do efeito vinculante às decisões proferidas também em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Intenta-se, portanto, contrastar as opiniões de renomados doutrinadores, de sorte a deflagrar arrazoados eloqüentes para a esfera sócio-jurídica no que diz respeito à Abstrativização do Controle Difuso de Constitucionalidade, obviamente neste sem dissociar os aspectos constitucionais, processuais e políticos da

⁷ Expressão cunhada por Freddie Didier em Transformações do Recurso Extraordinário. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Processo e Constituição: estudos em homenagem a professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 1.052-1.073.

⁸ “**Art. 102** - Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição (...)”.

Jurisdição Constitucional, e sem se escusar de localizar neste contexto o papel do cidadão, inserido no processo de paulatina restrição de acesso aos Tribunais Superiores no Brasil, na contramão da tendência contemporânea da expansão de meios de tutela jurisdição constitucional.

Destarte, propugnar-se-á arrazoamentos visando demonstrar que a extensão do efeito chamado vinculante aos julgados, quando se versa sobre controle difuso de constitucionalidade, conferindo caráter de abstração e generalidade àquelas decisões que engendrariam efeitos *inter partes* (Teoria da Abstrativização do Controle Difuso de Constitucionalidade), não institui um Sistema Eclético de controle de constitucionalidade, mas um Sistema Único, com implicações nas perspectivas constitucional, processual e política da Jurisdição Constitucional Brasileira.

Fundando-se em uma metodologia descritiva e, também, arrimando-se em estudo casuístico, a saber, de modo especial na Reclamação n.º 4.335-5/AC, alvitrou-se obter resultados, a partir de uma pesquisa bibliográfica, de modo a levantar as considerações doutrinárias pátrias e, quiçá alienas que mais se alinhassem com a proposta descrita, além de uma pesquisa jurisprudencial, sem lançar mão de artigos jurídicos e da legislação correlacionada.

Exauridos o levantamento da bibliografia e a coleta de todos os dados preponderantes para o trabalho, realizou-se um estudo qualitativo, de forma a inferir na indispensável análise do conteúdo, e amalgamando assim as conclusões pretendidas.

De modo sucinto, no primeiro capítulo, é traçado um panorama histórico do papel do Senado no controle de constitucionalidade brasileiro, assim como, narrado o procedimento de suspensão da lei declarada inconstitucional pelo Supremo, sem perder da memória a articulação entre controle e judicialização das relações sociais e políticas. De igual modo, indaga-se acerca do alcance da suspensão da execução da lei pelo Senado, da natureza do instituto, da extensão da suspensão de execução da lei, e ainda, sobre a possibilidade de revogação da resolução suspensiva e dos efeitos do ato praticado pelo Supremo.

O segundo capítulo debruça-se num aspecto mais conceitual, imiscuído sempre pela dinâmica do ativismo judicial e o neoconstitucionalismo, diferenciando assim, a eficácia *erga omnes* do efeito vinculante, além da identificação dos seus aspectos históricos, dos seus elementos informativos, numa exposição perpassada pelo crescente ativismo por parte do Egrégio Supremo. No mais, aborda-se as nuances mais relevantes do *leading case* Mira Estrela, a saber, o Recurso Extraordinário n.º 197.917/ SP com relatoria do Ministro Maurício Corrêa e também no *Habeas Corpus* n.º 82959/SP, de relatoria do Min. Marco Aurélio.

Sem detença, no terceiro capítulo, curva-se de modo mais meticoloso na decisão que equaliza os efeitos do controle difuso de constitucionalidade ao controle abstrato, atribuindo efeitos *erga omnes* e vinculante, fenômeno, que para parte da Doutrina, é incitado pela chamada de mutação constitucional art. 52, X, CRFB/88. Assim sendo, a mutação emerge no debate como ponto de apoio para o estudo do controle de constitucionalidade difuso ou incidental, sobremaneira na discussão acerca da norma jurídica a ser consignada no art. 52, inciso X da Constituição Federal na Reclamação n.º 4335-5/AC.

CAPÍTULO I – O MÚNUS DO SENADO FEDERAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

“A expansão esboçada de conteúdos jurídico-fundamentais efetuou uma constitucionalização material da ordem jurídica. Todos os três poderes são afetados por ela diretamente.”

Robert Alexy⁹

1. Controle de Constitucionalidade das Normas e Judicialização da Política

O controle de constitucionalidade na dicção de Karl Loewenstein¹⁰ é eminentemente um controle político e, na circunstância de se colocar frente aos outros poderes é verdadeiramente uma decisão política. Logo, segundo o autor *“Quando os tribunais proclamam e exercem seu direito de controle, deixam de ser meros órgãos encarregados de executar a decisão política e se convertem por direito próprio num detentor de poder semelhante, quando não superior, aos outros detentores do poder instituídos”*¹¹. Neste diapasão, enfatiza Roger Stiefmann que o controle da constitucionalidade, por razões evidentes não pode ser reputado como um instrumento presente no sistema de *Checks and Balances* do Estado. Mormente, esse mecanismo outorga uma trivial hegemonia ao Judiciário que pronuncia a derradeira palavra em matéria de Constituição. Assim, é notório que atribuindo-se a órgãos jurisdicionais o ofício de intérprete último da Carta Magna altera-se genuinamente o arranjo coordenado entre os poderes.

Assim sendo, partindo-se da conjectura que a Carta Política obriga a todos os poderes, o ente que tem como atribuição precípua a guarda da Constituição é necessariamente superior aos demais. Concomitantemente, o Poder Judiciário dia-a-dia toma para si um papel de árbitro do processo político, sentenciando litígios constitucionais de ordem federativa e, sobremaneira, de ordem interorgânica, baseando a referida função na prerrogativa de interpretar a Constituição¹². Neste turno, Ada Pellegrini destaca que a Constituição brasileira de 1988 não desafina a supramencionada tendência concedendo ao Supremo o controle e a mediação política no embate entre os poderes¹³.

⁹ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 75.

¹⁰ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. 2.ed. Barcelona: Ariel, 1970, p.309.

¹¹ *Loco citato*.

¹² O fenômeno descrito é chamado de “a judicialização” da política por Loewenstein (*op.cit.* p. 321 e segs.).

¹³ GRINOVER, Ada Pellegrini, *A crise do Poder Judiciário*, O Processo em Evolução. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1996, p.24.

O fenômeno em tela é verificado, ao passo que tendo por alicerce a defesa da *Lex Fundamental* arquitetaram-se mecanismos originais de controle dos poderes, sendo factível o controle da omissão constitucional e a interpretação conforme a Constituição, instituto segundo o qual o órgão designado como intérprete último da Carta declara constitucional certo ato normativo desde que interpretado de uma determinada forma, isto é, se a interpretação dada for incompatível com aquela consagrada pela guarda da Constituição a lei se torna inconstitucional¹⁴. De acordo com Ignácio Otto¹⁵ é manifesto que nesse último caso o tribunal age como legislador positivo, ao passo que na prática elabora uma legítima “lei interpretativa”¹⁶.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho ensina que o controle dos atos administrativos e o controle da constitucionalidade das leis e atos normativos somado ao processo de “*ampliação do “campo” constitucional*” concederam uma grande extensão de poder aos órgãos jurisdicionais, engendrando uma inevitável supremacia do Poder Judiciário que, inclusive, o torna mediador político no embate entre os poderes. Segundo Lourival Vilanova¹⁷ há de se observar que quanto mais um poder prevalece, mais vulnerável ele se torna a uma possível politização, visto que “*o poder politiza-se justamente porque se faz preeminente, globalizador, com o fim de implantar uma ordem concreta, através de normas que recebe (costume) ou que ele mesmo elabora, e de aplicar essas normas munido de sua excludente capacidade de impor-se*”. Conclui assim, que os meios articulados por meio da possibilidade de se controlar os outros poderes, como por exemplo o desvio de poder e a interpretação conforme a Constituição, matizam indícios manifestos de uma politização da justiça originária da judicialização da política¹⁸. Por conseguinte, tendo assumido o papel de solucionar as lides entre os poderes, atuando como árbitro do jogo político, o Judiciário vê-se na iminência da politização, isto é, conforme lição de Karl Loewenstein:

(...) os detentores do poder, politicamente responsáveis - governo e parlamento - estão expostos à tentação de levar ante o tribunal um conflito político. Os juízes, por sua vez, estão obrigados a substituir as decisões dos responsáveis detentores do poder por seus juízos políticos, camuflados em forma de sentença judicial¹⁹.

¹⁴ LEAL, Roger Stiefelmann. *A judicialização da política*. Disponível em: <<http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/leal1.htm>>. Acesso em: 23 set 2008.

¹⁵ OTTO, Ignacio de. *Derecho Constitucional - Sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel, 1987. p. 288.

¹⁶ *Ibidem*, p.286.

¹⁷ VILANOVA, Lourival. *A Dimensão Política nas Funções do Supremo Tribunal Federal*. Arquivos do Ministério da Justiça n.º 154, p.66.

¹⁸ *Loc. cit.*

¹⁹ LOEWENSTEIN, Karl. *Opere citato*, p. 325.

No que pese a judicialização da política, Maria Tereza Aina Sadek²⁰ afirma que a expressão não significa dizer que Supremo possua uma face político-partidária, mas explicita Poder Judiciário têm uma faceta política. E este viés político é posto pelas suas atribuições, sobremaneira, pelo exercício do controle da constitucionalidade das leis e atos normativos. Segundo a autora, esta modalidade de judicialização evidenciou-se com maior clareza e impacto com a emergência da Constituição da República Federativa de 1988 e, este aspecto político, de certa maneira, amalgama o desenvolvimento do Egrégio Supremo. Conquanto, a judicialização da política concorre para o surgimento de um padrão de interação entre os Poderes – epitomizado no conflito entre tribunais constitucionais e o Legislativo e/ou Executivo –, que não é necessariamente deletério da democracia. Conforme Marcos Faoro de Castro a idéia é, *a contrario sensu*, que democracia constitui um pressuposto da expansão do poder judicial²¹. Assim sendo, a metamorfose da jurisdição constitucional como parte integrante do processo de formulação de políticas públicas é encarada como um desdobramento das democracias contemporâneas. Conclui que “a judicialização da política ocorre porque os tribunais são chamados a se pronunciar onde o funcionamento do Legislativo e do Executivo se mostram falhos, insuficientes ou insatisfatórios”. Sob tais condições, há uma considerável aproximação entre Direito e Política e, em várias circunstâncias, torna-se mais árduo diferir um “direito” de um “interesse político”²², sendo possível vislumbrar a germinação de uma “política de direitos”²³.

À toda evidência, os meios de atuação e argumentação dos entes judiciais são jurídicos, mas a natureza de sua atribuição é inquestionavelmente política. Além de exercer um poder político, o Judiciário é marcado por possuir outras características dos outros poderes, todavia seus membros não são investidos por critérios eletivos nem por pleitos majoritários, mas sim por seleções meritocráticas. No pano de fundo desse fato, alvitra-se

²⁰ SADEK, Maria Tereza. O Poder Judiciário na Reforma do Estado. *In: Sociedade e Estado em Transformação*. Editores Luiz Carlos Bresser Pereira, Jorge Wilhelm, e Lourdes Sola, São Paulo: Editora UNESP 1999, p. 293-324.

²¹ TATE, C. N.; e VALLINDER, T. (ores.). (1995), *The global expansion of judicial power* New York, New York University Press *apud* CASTRO, Marcos Faoro de. Dívida externa, globalização da economia e direitos humanos". *Arquivos do Ministério da justiça*, ano 47, n. 184, jul./dez. 1994, p. 125-144.

²² CASTRO, Marcos Faoro de. Dívida externa, globalização da economia e direitos humanos". *Arquivos do Ministério da justiça*, 184, ano 47, jul./dez. 1994:, p. 125-144.

²³ Portanto, o processo judicial em si mesmo e em sua interação com o conjunto do sistema político, por suas implicações abrangentes, constitui um meio de articulação de conflito e uma forma de exercício da autoridade política extremamente importante, nas democracias constitucionais. A cogitação do desenvolvimento de condições que restrinjam a institucionalidade democrática, em países como o Brasil, impondo um padrão de "cidadania de baixa intensidade", decorrente da "legalidade truncada", que expressa a incapacidade do Estado de assegurar a todos os cidadãos os direitos que lhes são genericamente reconhecidos. (In: DWORKIN, R. Political judges and the rule of law, *In: A Matter of Principle*, Cambridge: Harvard University Press, 1985, p. 11-32 *apud* CASTRO, Marcos Faoro de. Dívida externa, globalização da economia e direitos humanos". *Arquivos do Ministério da justiça*, 184, ano 47, jul./dez. 1994:, p. 125-144.

segundo Luís Roberto Barroso²⁴, que um juiz “*preservado das paixões políticas*” decida “*com imparcialidade, baseado na Constituição e nas leis*”. Ocorre que, em um Estado Democrático de Direito todo o poder é representativo, ou seja, é exercido em nome do povo e deve contas à sociedade. Aqui reside, um dos tendões de Aquiles do Constitucionalismo pátrio hodierno, a saber, a legitimidade democrática da função judicial, suas possibilidades e limites; matéria que colide diretamente com o estudo proposto. *Lato sensu*, a jurisdição constitucional abrange a interpretação e a aplicação da Carta Política, possuindo como uma de suas magnas expressões o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos autorizada desde a primeira Constituição da República. Contudo, muito em razão dessa previsão expressa somada a outros fatores, emerge a incipiente a discussão acerca da legitimidade do desempenho pela corte constitucional do múnus contra-majoritário. No tocante à questão existem 02 (duas) correntes de justificação: a) A mais vanguardista, conforme assevera Claudio Pereira de Souza²⁵, baseia-se na soberania popular e na separação de Poderes, isto é, “*a Constituição, expressão maior da vontade do povo, deve prevalecer sobre as leis, manifestações das maiorias parlamentares*”. Outrossim, é também atribuído ao Judiciário, no desempenho de sua função de aplicar o Direito, afirmar tal supremacia, negando validade à lei inconstitucional; b) Outra linha, mais atrelada à nova interpretação jurídica, de acordo com José Adércio Leite Sampaio²⁶, fundamenta o desempenho do controle de constitucionalidade na “*preservação das condições essenciais de funcionamento do Estado democrático*”, cabendo ao juiz constitucional assegurar certos valores substantivos e a observância dos procedimentos adequados de participação e deliberação. Na dicção do Ministro Celso de Mello no Mandado de Segurança n.º 24.831²⁷, o processo político majoritário é movido de veras por interesses, tendo em vista que a lógica democrática inspira valores, e assim em dadas ocasiões só restará ao Poder Judiciário preservá-los:

A jurisdição constitucional legitimou-se, historicamente, pelo inestimável serviço prestado às duas idéias centrais que se fundiram para criar o moderno Estado democrático de direito: constitucionalismo (i.e., poder limitado e respeito aos direitos fundamentais) e democracia (soberania popular e governo da maioria). O papel da corte constitucional é assegurar que todos estes elementos convivam em harmonia, cabendo-lhe, **ademaís, a**

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. p. 46. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 20 mar. 2008.

²⁵ SOUZA, Claudio Pereira de *apud* BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito – O Triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*, p.46.

²⁶ SAMPAIO, José Adércio Leite *apud* BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito – O Triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*, p.46.

²⁷ Mandado de Segurança n.º 24.831, de relatoria do Ministro Celso de Mello, Pleno, julgado em 22 de junho de 2005, publicado no Diário da Justiça de 04 de agosto de 2006.

atribuição delicada de estancar a vontade da maioria quando atrepele o procedimento democrático ou vulnere direitos fundamentais da minoria. (grifo nosso)

Por seu turno, sustenta Boaventura de Souza Santos²⁸ que, apresenta-se o fenômeno da judicialização das relações políticas quando, parte da classe política obstada de solucionar seus conflitos ideológicos por intermédio das vias ordinárias do sistema político decide deslocar para o Poder Judiciário seus embates internos, ou ainda, através de denúncias veiculadas pela mídia, visam independentemente do desfecho no Judiciário, que *“a exposição judicial e midiática do adversário político, no mínimo, o enfraqueça ou o liquide politicamente”*.

De acordo com Marcos Faro de Castro²⁹, a incapacidade do Estado em garantir a todo cidadão os direitos que lhe são assegurados pela Constituição Cidadã, é pungente para refrear a institucionalidade democrática de países como o Brasil, engendrando a ampliação da dimensão política da prática judicial. Assim resume que a *“(...) judicialização da política ocorre porque os tribunais são chamados a se pronunciar onde o funcionamento do Legislativo e do Executivo se mostram falhos, insuficientes ou insatisfatórios”*.

Para Dalmo de Abreu Dallari³⁰, a judicialização exprime que o Poder Judiciário não pode se reservar à limitação de ser mero aplicador da literalidade da lei, mas portar-se como um sentinela de direitos fundamentais, um guardião em última análise da Constituição:

O reconhecimento da politicidade do direito nada tem a ver com opções partidárias nem tira, por si só, a autenticidade e a legitimidade das decisões judiciais. Bem ao contrário disso, o juiz consciente dessa politicidade fará um esforço a mais para conhecer e interpretar o direito, considerando sua inserção necessária num contexto social, procurando distingui-lo do direito abstrato ou do que é criado artificialmente para garantir privilégios, proporcionar vantagens injustas ou impor sofrimentos a outros com base exclusivamente numa discriminação social.

Ressalta Chaim Perelman³¹ que, a postura pró-ativa e criadora do Poder Judiciário, o que em filosofia do direito se costuma chamar de ativismo judicial, enaltece a função jurisdicional, majora a sua responsabilidade e transmuta a sua relação com os demais Poderes:

²⁸ SANTOS, Boaventura de Souza. A Judicialização da Política. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/opiniao/bss/079.php>. Acesso em: 20 mar. 2008.

²⁹ CASTRO, Marcos Faro de. *O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política*. Disponível em: http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_34/rbcs34_09.htm. Acesso em 18 ago. 2008.

³⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*, 24ª ed., Saraiva, 2003, p. 77.

³¹ PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 60-67.

Essa dialética implicada pela busca de uma solução convincente, instauradora da paz judiciária, por ser ao mesmo tempo razoável e conforme o direito, **coloca o poder judiciário numa relação nova diante do poder legislativo**. Nem inteiramente subordinado, nem simplesmente oposto ao poder legislativo, constitui um aspecto complementar indispensável seu, que lhe impõe uma tarefa não apenas jurídica, mas também política, a de harmonizar a ordem jurídica de origem legislativa com as idéias dominantes sobre o que é justo e equitativo em dado meio. É por essa razão que a aplicação do direito (...) não é um simples processo dedutivo, mas uma adaptação constante dos dispositivos legais aos valores em conflito nas controvérsias judiciais.

A guisa dos evanescentes distintivos do binômio controle de constitucionalidade-judicialização, coloca-se como imprescindível ponderar as particularidades do Poder Legislativo Pátrio, em especial do Senado Federal, no seu múnus de atribuir eficácia *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade prolatada pelo Egrégio Supremo.

2. Breve Histórico do Papel do Senado no Controle de Constitucionalidade

O Senado Federal é o órgão legislativo federativo, ao passo que é formado por representantes de entidades da federação, eleitos pelo sistema de escrutínio majoritário, em número de 03 (três) membros por Estado-membro ou Distrito Federal, assegurada a renovação da representação de 04 (quatro) em 04 (quatro) anos, alternadamente, por 01 (um) e 2/3 (dois terços), totalizando 81 (oitenta e um) Senadores da República, para o mandato de 08 (oito) anos, cumprindo-lhe as atribuições enunciadas no art.52, da Constituição da República³².

Em conformidade com os ditames da Carta Política, ao Poder Legislativo é atribuída a função típica e primordial de legislar, logo o Senado é o órgão encarregado da elaboração de normas genéricas e abstratas dotadas de força proeminente dentro do ordenamento jurídico, que se denominam leis. Obviamente que, à semelhança dos outros Poderes desempenha residualmente funções atípicas.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho³³ chega às raias de afirmar que na “*sistemática da separação dos poderes*” o Legislativo é o principal dentre os três poderes, devido ao fato de

³² Art. 46. O Senado Federal compõe-se de representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos segundo o **princípio majoritário**.

§ 1º - Cada Estado e o Distrito Federal elegerão **três Senadores**, com **mandato de oito anos**.

§ 2º - A representação de cada Estado e do Distrito Federal será renovada de quatro em quatro anos, alternadamente, por um e dois terços.

³³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 28. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 152.

ser o mais próximo da representatividade do soberano e tratar-se de quem estabelece a lei que a todos compele.

A respeito do controle de constitucionalidade, o exercício pelo Senado, em regra, se dá, sobremaneira, por intermédio do controle preventivo político ou *a priori*, ou seja, aquele realizado por órgão de natureza política, antes da norma ingressar no ordenamento jurídico. Visto assim, esse controle recai sobre projeto de lei e proposta de emenda à Constituição. Nesse diapasão, o Legislativo realiza o controle por meio da Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) conforme prevê o art. 58, §2º, I da Constituição da República³⁴. E excepcionalmente, o Legislativo efetua controle repressivo político ou *a posteriori*, a saber, como órgão político realiza o controle após o ingresso da norma no ordenamento jurídico. Nunca é demais lembrar que, em se tratando de exceção à regra, essa hipótese deve estar categoricamente prevista em lei. Como exemplo, temos o art. 49, V, CRFB/88³⁵, onde quem realiza o controle repressivo é o Congresso Nacional que tem a possibilidade de sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem os limites da delegação legislativa.

Celso Ribeiro Bastos³⁶ aduz para a impossibilidade do exercício de controle de constitucionalidade das leis ou atos normativos por parte do Poder Legislativo:

Haveria, entretanto, um órgão dentro do sistema constitucional que, se incumbido de exercer a guarda da Constituição não satisfaria o requisito para existência de um mecanismo eficazmente protetor da Lei Maior. Esse órgão é o próprio Legislativo. A acumulação em um mesmo organismo das funções de, por um lado, fazer as leis em cumprimento ao disposto na Carta Magna e, de outro, dizer em última instância se a lei elaborada está, ou não, afinada com o Código Supremo, nulifica, despe de eficácia o mecanismo controlador. É evidente que o Poder Legislativo apenas aprovará leis que reputa constitucionais. **Manifesto contra-senso seria a declaração de inconstitucionalidade, feita pelo Legislativo, em seguida à sua aprovação. Toda lei produzida por um Legislativo que acumulasse a função de órgão controlador seria, em última instância, constitucional, mesmo que contrária à Constituição, pois a produção de uma norma nessas condições equivaleria à reforma do Texto Maior.** (grifo nosso)

³⁴ Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação.

(...)

§ 2º - às comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe:

I - discutir e votar projeto de lei que dispensar, na forma do regimento, a competência do Plenário, salvo se houver recurso de um décimo dos membros da Casa;

³⁵ Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

(...)

V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;

³⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: C. Bastos, 2002. p.636.

Traçadas as ponderações alhures, o controle de constitucionalidade pátrio, historicamente adotado, é o controle incidental. Nesse sentido, é pertinente asseverar que a via de exceção no nosso direito constitucional tem raízes na própria tradição judiciária do País. Tanto na primeira Constituição da República de 1891 quanto na Carta Política de 1988, o controle difuso foi elencado entre as atribuições do Poder Judiciário. Destacando-se o protagonismo do Supremo Tribunal Federal, como última instância para tais discussões acerca da incompatibilidade de leis ou atos normativos com a Carta Política.

Conforme explicitado por Paulo Bonavides³⁷, a Constituição do Império de 1824 não favorecia o advento de um sistema de verificação de constitucionalidade, tendo em vista que, a dita Constituição era rígida na parte atinente “*aos limites e atribuições do Poderes Políticos (o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo e o Poder Judicial) e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos*”. Ademais, segundo o autor em tela, a remota possibilidade de controle da Constituição Imperial trazia em si um caráter genuinamente político:

A pálida inspeção de constitucionalidade prevista no art.173 da Constituição outorgada guardava ainda feição política: **à Assembléia Geral, no princípio de suas sessões, caberia examinar se a Constituição havia sido ‘exatamente observada para prover como for justo’**(...).(grifo nosso)

A consagração teórica dessa modalidade de controle de constitucionalidade aberto se deu com a Constituição de 1891, que de acordo com Bonavides³⁸ “*instituiu recursos para o Supremo das sentenças prolatadas pelas justiças dos Estados em última instância*”. Sendo o referido recurso interposto em matéria constitucional quando, *ex vi* do art. 59, §1º, se discutisse: “*a validade de leis ou atos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do tribunal do Estado considerasse válido esses atos, ou essas leis impugnadas*”. Outrossim, introduziu-se a doutrina do *judicial review* no ordenamento jurídico brasileiro, baseado no modelo estadunidense, contudo, apresentando uma peculiar disparidade: a ausência de *stare decisis*³⁹ característico dos países da *Common Law*. E como

³⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008. p.326.

³⁸ BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.* p. 326.

³⁹ Preliminarmente, Sérgio Resende de Barros diz que “*constitui o stare decisis um princípio jurisprudencial, cujo enunciado integral é stare decisis et non quieta movere, traduzindo-se: estar com as coisas decididas e não mover as quietas. Significa que o juiz deve conformar-se com a jurisprudência das cortes superiores e, acima de tudo, respeitar a da corte suprema, não bulindo nas decisões que já estejam pacificadas. Quer dizer: no que está quieto não se mexe. Sob esse princípio jurisprudencial se pacifica ainda hoje, como sempre, a justiça constitucional nos Estados Unidos, dando estabilidade ao controle difuso* (...)”. BARROS, Sérgio Resende de. *O Senado e o controle de constitucionalidade*. Disponível em: < <http://www.srbarros.com.br/artigos.php?TextID=75&TextPart=7> >. Acesso em: 09 set. 2008.

ensina Cappelletti⁴⁰ por intermédio de tal princípio é obstada a aplicação da norma declarada inconstitucional:

(...) em outras palavras, o princípio do *stare decisis* opera de modo tal que o julgamento de inconstitucionalidade da lei acaba, indiretamente, por assumir uma verdadeira eficácia *erga omnes* e não se limita então a trazer consigo o puro e simples efeito da não aplicação da lei a um caso concreto com possibilidade, no entanto, de que em outros casos a lei seja, ao invés, de novo aplicada. Uma vez não aplicada pela Supreme Court por inconstitucionalidade, uma lei americana, embora permanecendo ‘on the books’, é tornada ‘a dead law’, uma lei morta (...).

Luís Roberto Barroso⁴¹ elucida que, uma vez declarada a inconstitucionalidade de uma lei, no caso da Suprema Corte Americana, ainda que tomada num dado caso concreto, nenhum outro órgão do Poder Judiciário pode aplicar a referida norma, reconhecendo-se, assim, uma eficácia *erga omnes* a esta decisão. Portanto, o juízo de inconstitucionalidade formulado pela Suprema Corte Estadunidense, apesar de referir-se a um caso concreto, produz efeitos gerais. De modo diferente, no caso brasileiro, onde vige a tradição romano-germânica, não se atribui eficácia vinculante à todas as decisões judiciais, ainda que emanadas do Supremo Tribunal Federal.

Além disso, avançando mais, parte considerável da Doutrina Constitucional pátria indica a organização da Justiça Federal, por meio da Lei n.º 221, de 20 de novembro de 1894, como marco de extrema relevância em nosso sistema para a implantação de um controle de constitucionalidade. Nesse ínterim, basta a mera leitura do art. 13, §10 da supramencionada norma, que prescrevia que “*Os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis e com a Constituição*”⁴².

Ensina ainda Bonavides que a Exposição de Motivos elaborada anteriormente por Campos Sales já assinalava, como destacou Anhaia Mello, que a competência da nova magistratura, instalada no País por obra do regime republicano, a saber, para examinar a lei, antes de aplicá-la, o juiz poderia “*dar-lhe ou recusar-lhe sanção, se ela lhe parecer conforme ou contrária a Constituição*”, concluindo que:

⁴⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1999. p.81.

⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 110.

⁴² BONAVIDES, Paulo. *Opere citato*. p. 327.

A via de exceção, enquanto via judiciária que é, penetra o nosso ordenamento jurídico graças ao sistema republicano e federativo pela Constituição de 1891. A Justiça da União e as justiças dos Estados foram reconhecidas de todo competentes para recusar aplicabilidade e atos inconstitucionais assim do Executivo como do Legislativo.

Como é da natureza daquela via, as decisões deveriam adotar-se ‘em relação a cada caso particular, por sentença proferida em ação adequada e executável entre as partes’, conforme a dedução interpretativa que Rui Barbosa fez dos dispositivos constitucionais pertinentes.⁴³

Paulo Bonavides⁴⁴ afirma de modo contundente que a aplicação da modalidade difusa se dava tão e somente *a priori*, por intermédio do recurso extraordinário e, posteriormente também por meio do mandado de segurança, matizando dessa forma a preponderância dos direitos individuais e a inviolabilidade da soberania legislativa:

(...) o momento liberal das instituições pátrias, volvidas preponderantemente, desde a Constituição de 1981, para a **defesa dos direitos individuais**.

Sem a presença dessa inspiração tão forte, tão individualista, tão liberal, jamais teríamos chegado talvez a cimentar um alicerce de um controle jurisdicional, de preferência a um controle político. Ficamos, portanto, de início mais vizinhos do modelo americano, que nos serviu de espelho, que do padrão francês, inclinado, pelo seu teor político, a **resguardar a inviolabilidade da soberania legislativa, e a desconhecer limitações à legislatura ordinária em nome da preservação do princípio da separação dos poderes**. (grifo nosso)

No mais, de forma magistral, Paulo Bonavides ao explanar acerca das vantagens da adoção do controle difuso sustenta que:

(...) controle por via de ação é de sua natureza **mais apto a prover a defesa do cidadão contra os atos normativos do Poder**, porquanto em toda a demanda que suscite controvérsia constitucional sobre lesão de direitos individuais estará sempre aberta uma via recursal à parte ofendida. (grifo nosso)

A Constituição de 1934 inaugurou a competência *sui generis* do Senado Federal para suspender a execução da lei declarada inconstitucional através de decisão definitiva do Pretório Excelso por intermédio de resolução⁴⁵. De acordo com Nagib Slaibi Filho⁴⁶, foi uma grande inovação da Carta Política, porque amorteceu “*o regime presidencialista de governo (que se caracteriza pela nítida divisão das funções entre os Poderes Legislativo, Executivo e*

⁴³ *Loco citato*.

⁴⁴ BONAVIDES, Paulo *Op. cit.* p. 325.

⁴⁵ Dentre as inovações de caráter parlamentarista da Constituição de 1934 destaca-se, além dos incisos I, II e III, o inciso IV do art.91 que determina:

“Art. 91 - Compete ao Senado Federal:

(...)

IV - suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário;”

⁴⁶ SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.209.

Judiciário) através da instituição do Senado Federal como coordenador”⁴⁷. Ainda nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes⁴⁸ expõe que nas discussões no Plenário da Constituinte de 1934, a idéia de atribuir ao Senado Federal a função de coordenador dos poderes impeliu a prerrogativa do Senado de suspender a lei declarada inconstitucional pelo Supremo. Preponderando desse modo, a teoria resguardada por Prado Kelly e outros autores, em suma delineada *infra*:

Na sistemática preferida pelo nobre Deputado, Sr. Levi Carneiro, **o Supremo Tribunal decretaria a inconstitucionalidade de uma lei, e os efeitos dessa decisão se limitariam às partes em litígio**. Todos os demais cidadãos, que estivessem na mesma situação da que foi tutelada num processo próprio, estariam ao desamparo da lei. Ocorreria, assim, que a Constituição teria sido defendida na hipótese que permitiu o exame do Judiciário, e esquecida, anulada, postergada em todos os outros casos (...).

Certas constituições modernas têm criado cortes jurisdicionais para a defesa da Constituição. Nós continuamos a atribuir à Suprema Corte a palavra definitiva da defesa e guarda da Constituição da República. Entretanto **permitimos a um órgão de supremacia política estender os efeitos dessa decisão, e estendê-los para o fim de suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando o Poder Judiciário os declara inconstitucionais**. (grifo nosso)

Na Assembléia Constituinte de 1946, mais uma vez Prado Kelly saiu na defesa da suspensão de execução por parte do Senado Federal, destacando que na Constituinte de 1934 buscou-se a criação de um quarto poder, mas segundo o mesmo, e desde muito “*o Senado exercia a função controladora, fiscalizadora do Poder Executivo*”⁴⁹. E mais, “*(...) Se, entretanto, se reserva ao órgão do Poder Legislativo, no caso o Senado, a atribuição fiscalizadora da lei, não estamos diante de uma função judicante, mas de fiscal do arbítrio do Poder Executivo*”⁵⁰.

Compreende ainda Slaibi Filho⁵¹ que, nessa nova configuração do Senado, o múnus de zelar pela legalidade e legitimidade dos atos administrativos e dos regulamentos de leis, conduziu concomitantemente, à atribuição de suspender a execução do ato normativo

⁴⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. O Papel do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 162, 2004, p.151. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ri/Pdf/pdf_162/R162-12.pdf>. Acesso em 09 jan. 2008.

⁴⁹ Reclamação n.º 4.335-5/ AC, Tribunal Pleno, de relatoria do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, p. 17.

⁵⁰ *Loc. cit.*

⁵¹ Slaibi Filho também ressalta que o Princípio da Reserva de Plenário, chamado segundo o autor de **quórum mínimo para julgamento de inconstitucionalidade de regra jurídica** por Ponte de Miranda, foi instituído em nosso ordenamento pela Constituição da República de 1934, no título VIII, dedicado às disposições gerais no art.179 (SLAIBI FILHO, Nagib. *Opus citatum*, p.211).

declarado inconstitucional, sendo eles federais e, porque estamos em sistema federativo, também os estaduais e municipais, desde que, fossem reconhecidamente declarados pelo Egrégio Supremo. Neste diapasão, destaca Celso Ribeiro de Bastos⁵² que um grande passo foi dado no sentido da concretização do controle de constitucionalidade por via de ação e não somente pela via de defesa, ao passo que:

O sistema defendido pela Constituição de 1934 já permitia o alargamento dos efeitos da decisão judicial, após a intervenção do Senado Federal, que passou dessa maneira a suspender para todos os casos os efeitos do ato inconstitucional, e não apenas naquele *sub judice*.

Por seu turno, o controle abstrato, concernente à averiguação de uma norma *in abstracto* por intermédio de uma ação de inconstitucionalidade prevista formalmente no texto constitucional, emerge com a Emenda Constitucional n.º 16, de 26 de novembro de 1965, que deu nova redação ao art. 101 da Constituição da República de 1946. Diferindo, entretanto, da denominada Ação Interventiva, excrescência introduzida com a Constituição de 1934.

Apesar da moderna via de ação ter advindo com sabido retardo, nos termos de Paulo Bonavides⁵³, praticamente todos os historiadores constitucionais anuem em delinear a importância da Constituição da República de 1934 como baliza do controle direto de constitucionalidade. E efetivamente, 04 (quatro) inovações de matiz constitucional da segunda Constituição republicana engenharam maior completude no nosso sistema de controle de constitucionalidade: a) o instituto da maioria absoluta como requisito para declaração de inconstitucionalidade pelos tribunais; b) a competência do Senado para suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo STF; c) a provocação do Procurador-Geral da República a fim de que o Supremo “*tomasse conhecimento da lei federal que houvesse decretado a intervenção da União no Estado-membro em caso de inobservância de certos princípios constitucionais, e lhe declarasse inconstitucionalidade*”⁵⁴; d) e, a instituição do mandado de segurança “*para defesa de direito certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade*”⁵⁵. A terceira inovação é apontada como germe do controle por via de ação, tendo em vista que, legitimava o PGR a submeter a averiguação do Supremo um ato argüido inconstitucional.

Assim sendo, esse modelo permaneceu o mesmo até 1988, quando a Carta Política inseriu como legitimados da Ação Direta de Inconstitucionalidade o Presidente da República,

⁵² BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: C. Bastos, 2002. p. 636.

⁵³ BONAVIDES, Paulo. *Opus citatum*. p. 328.

⁵⁴ *Ibid.* p. 329.

⁵⁵ *Loc. cit.*

a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembléia Legislativa, o Governador do Estado, o Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil, o partido político com representação no Congresso Nacional e a confederação sindical ou a entidade de classe de âmbito nacional. Decerto, também inaugurou a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADIn por omissão) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

Já a Emenda Constitucional n.º 03, de 17 de março de 1993, acrescentou Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) ao controle concentrado de constitucionalidade. Todavia, esses processos de controle concentrado de constitucionalidade só receberam tratamento legislativo com as Leis n.º 9.868 e n.º 9.882, ambas de 1999, ainda pendentes de decisão definitiva quanto à sua constitucionalidade no STF⁵⁶.

A mens legis do constituinte originário ao instituir a ADIn evidencia um certo clamor em envolver a sociedade civil na guarda da Constituição. Conclusão meio explícita desse matiz democrático-participativo é depreendida da mera leitura do rol legitimados ativos contemplados para propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade – representantes do Estado e da sociedade civil – presente no art.103 da Constituição da República. Na sua interpretação da amplitude do dispositivo, Gilmar Mendes depreende que com a legitimação ampla “e, particularmente, a outorga do direito de propositura a diferentes órgãos da sociedade, pretendeu o constituinte reforçar o controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro como peculiar instrumento de correção do sistema geral incidente”⁵⁷. Luís Roberto Barroso⁵⁸ por seu turno leciona que:

(...) constata-se uma **nítida tendência no Brasil ao alargamento da jurisdição constitucional abstrata e concentrada** (...). Para tal direcionamento contribuiu, claramente, a ampliação da legitimação ativa para ajuizamento da ação direta, além de inovações com a ação declaratória de constitucionalidade e a própria arguição de descumprimento de preceito fundamental. (grifo nosso)

Aprioristicamente, a Ação Declaratória de Constitucionalidade foi concebida como um instrumento da governabilidade e não enquanto um mecanismo democrático. Entretanto, o instituto sofreu uma mudança substancial com a Reforma do Judiciário (Emenda

⁵⁶ Conforme Lênio Luiz Streck, o instituto da ADC possui questionável constitucionalidade, visto que não possui similar em nenhum sistema constitucional hodierno. (STRECK, Lênio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Cattoni; LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. *A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional*, p. 06. Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br/index.php>>, Acesso em: 11 set. 2008).

⁵⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. cit.* p.30.

⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.67.

Constitucional n.º 45/2004) que unificou os legitimados ativos para a propositura da ADI, ADC e ADPF, explicitando que realmente o múnus do controle concentrado é de todos.

Daí, pode-se afirmar que o controle concentrado é exercido pelo Supremo Tribunal, não obstante, por outro lado, poderá haver nessa modalidade de controle a participação da sociedade civil. Logo, a decisão do Supremo legitimar-se-á não só porque emanou do Pretório Excelso, incumbido da guarda da Constituição em última instância, mas sobremaneira, devido ao fato da decisão judicial ser o lúdimo resultado de um processo jurisdicional em que a sociedade civil, titular do poder constituinte⁵⁹, participou efetivamente⁶⁰.

Por outra perspectiva, no controle difuso, a participação democrática se dá de modo indireto pela atribuição outorgada ao Senado Federal, através dos representantes eleitos pelo povo que exercem dessa forma oblíqua o poder constituinte⁶¹. Nesse diapasão, a exclusão da competência do Senado ou a alçada de tornar público o entendimento do Excelso Sodalício traz consigo a sinonímia de minimizar as atribuições do Senado à de um diário oficial das decisões do STF. Portanto, retirar-se-ia do processo de controle difuso qualquer possibilidade de manifestação dos representantes do povo, na contramão dos preceitos apontados pela Constituição Cidadã.

Entrementes, Lênio Streck⁶² certifica que dotar as decisões oriundas de controle pela via de defesa de efeito *erga omnes* e vinculante é ventilar os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório:

Como se não bastasse reduzir a competência do Senado Federal à de um órgão de imprensa, há também uma conseqüência grave para o sistema de direitos e de garantias fundamentais. Dito de outro modo, atribuir eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às decisões do STF em sede de controle

⁵⁹ Expressamente disposto no art. 1º, parágrafo único da CRFB/88:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

Parágrafo único. **Todo o poder emana do povo**, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (grifo nosso)

⁶⁰ De acordo, com o Min. Gilmar Mendes (MENDES, Gilmar Ferreira. *Opere citato*, p.75), no controle abstrato de constitucionalidade a participação da sociedade no processo objetivo se impõe por intermédio do *amicus curiae*, que legitima a eficácia contra todos e vinculante das decisões.

⁶¹ Robert Alexy ensina que a proposição fundamental “*Todo poder estatal provém do povo*” carece da inclusão não só do parlamento como representação do povo, mas também o tribunal constitucional. Pois, o “(...) **parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal constitucional, argumentativamente**. Com isso, deve ser dito que a representação do povo pelo tribunal constitucional tem um caráter mais idealístico do que aquela pelo parlamento. O cotidiano da exploração parlamentar contém o perigo que as maiorias imponham-se desconsideradamente, emoções determinem o ocorrer, dinheiro e relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidos erros graves. Um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo, mas, em nome do povo, contra seus representantes políticos” (grifo nosso). ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.53-54.

⁶² STRECK, Lênio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Cattoni; LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. *A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional*. Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br/index.php>>, p. 07.

difuso de constitucionalidade é ferir os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório (art.5º, LIV e LV da Constituição), **pois assim se pretende atingir aqueles que não tiveram garantido o seu direito constitucional de participação nos processos de tomada de decisão que os afetará (...)** (grifo nosso)

Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁶³ é notório ao argüir que a competência de suspensão pelo Senado é garantidora da segurança jurídica, tendo em vista, a ausência de *stare decisis* no sistema tupiniquim, complementando assim a objeção de Streck:

(...) Essa competência foi atribuída pela Constituição de 1934 (art.91) e é sem símile. Por ela, o Senado tinha caráter de órgão coordenador entre o Legislativo e o Judiciário, dificilmente conciliável na Constituição atual com seu caráter de integrante do Congresso. Exercendo essa função cumpre o Senado relevante papel para o estabelecimento da **segurança jurídica** que, por não estarem no Brasil os juízes vinculados a interpretação das leis dadas pelos tribunais superiores, pode ser sempre ameaçada pela teimosia de magistrado isolado. (grifo nosso)

Entretanto, diversos autores, dentre os quais o Min. Eros Grau⁶⁴, em seu voto-vista na Reclamação 4.335-5 Acre, de modo contundente explicita que:

Quem não se recusar a compreender perceberá que **o texto do inciso X do art.52 da Constituição é – valho-me da dicção de HSÜ DAU-LIN – obsoleto.**A esta altura a doutrina dirá que não, que entre nós coexistem a modalidade de controle concentrado e a de controle difuso de constitucionalidade e que nossa tradição é a do controle difuso, atribuído à competência ao Poder Judiciário desde a Constituição de 1.891. Que o Senado participa desse controle a partir de 1.934, a ele competindo suspender, por meio de resolução, a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF. Que o controle concentrado de constitucionalidade veio bem depois, inicialmente quando alterada a redação do art.101 da Constituição de 1.946 pela Emenda Constitucional n.16/65, após em 1.988, com a incorporação ao nosso direito da Ação Direta de Constitucionalidade. Que a decisão tomada no âmbito do controle concentrado é dotada, em regra de efeitos *ex tunc*; a definida no controle difuso, de efeitos *ex tunc* entre as partes. Que os efeitos da decisão em recurso extraordinário sendo *inter partes* e *ex tunc*, o Supremo, caso nela declare a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, remeterá a matéria ao Senado da República, a fim de que este suspenda a execução dessa mesma lei ou ato normativo. Que, se o Senado suspender a execução da lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo STF, agregará eficácia erga omnes e efeito *ex nunc* essa decisão. Por fim a doutrina dirá que, a entender-se que **uma decisão em sede de controle difuso é dotada da mesma eficácia que uma proferida em controle concentrado, nenhuma**

⁶³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 28. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 170.

⁶⁴ Voto-vista do Ministro Eros Grau na Reclamação 4.335-5 Acre, p. 06-07. *In*: Reclamação n.º 4.335-5/ AC, Tribunal Pleno, de relatoria do Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=69653&caixaBusca=N>>. Acesso em: 30 ago. 2008.

diferença fundamental existiria entre as duas modalidades de controle de constitucionalidade. (grifo nosso)

Ab argumentandum tantum, a faculdade de suspender a execução da lei declarada inconstitucional pelo Senado Federal matiza a dúplici acepção democrática do controle de constitucionalidade. A saber, o viés gerado pelo controle reflexo do povo na eleição de representantes dos entes federados e, a linha que engloba o trato e o equilíbrio à harmonização do sistema federativo brasileiro.

3. Procedimento da Suspensão da Execução da Lei pelo Senado

Concorde com as hipóteses previstas no art. 102, III, alíneas e § 3º da Carta Magna, interposto o Recurso Extraordinário a controvérsia constitucional pode ser levada ao julgamento do Supremo Tribunal Federal, que também realizará o controle difuso de constitucionalidade, na modalidade incidental. Nesse ínterim, Fredie Didier Jr. avulta que, nessa função precípua de guardião da Constituição, o Egrégio Pretório Supremo preserva e interpreta a Lei Fundamental⁶⁵.

Destarte, conforme o art. 97 da Constituição, declarada a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, na via de exceção por decisão definitiva e deliberada pela maioria absoluta pelo Pleno do Supremo, determina o art.178 do Regimento Interno que o STF procederá com a comunicação à autoridade ou órgão interessado, assim como, após o trânsito em julgado, fará saber o Senado, a fim de que, sejam atribuídos à decisão os efeitos descritos no art. 52, X, CRFB/88.

Ademais, o art. 143 do Regimento do Supremo determina que o Plenário, dirigido pelo Presidente do Tribunal, se reunirá com a presença mínima de 06 (seis) ministros. O parágrafo único do dispositivo *supra* ressalta, que o *quorum* para votação de matéria constitucional e para eleição do Presidente e do Vice-Presidente, dos membros do Conselho Nacional da Magistratura e do Tribunal Superior Eleitoral é de 08 (oito) Ministros. Logo, carece-se de um *quorum* regimental superior de instalação da sessão de julgamento de 08 (oito) dos 11 (onze) Ministros, visto que, a lei será declarada inconstitucional, pela maioria absoluta, de acordo com a dicção do art. 97, da Carta Política.

⁶⁵ Acrescenta que nessa tarefa de “*preservar e interpretar as normas da Constituição Federal, deve-se considerar inserida a função de uniformizar a jurisprudência nacional quanto à interpretação das normas constitucionais. Daí por que as decisões do STF, ainda que no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, despontam como paradigmáticas, devendo ser seguidas pelos demais tribunais da federação*”. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 3.ed. Salvador: Edições Jus PODIVM, 2007. v. 3. p.260.

Ainda tratando dos aspectos formais, o supramencionado art. 52, X, estatui a competência privativa do Senado para suspender a execução total ou parcial na norma declarada inconstitucional por decisão do Supremo através de uma resolução. A matéria é regulamentada pelo art. 386 do Regimento Interno do Senado Federal que determina que o conhecimento da declaração proferida em decisão definitiva pelo Supremo de inconstitucionalidade total ou parcial de lei ou ato normativo, mediante comunicação do Presidente do Tribunal, representação do Procurador-Geral da República ou projeto de resolução de iniciativa da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Conforme o art. 387 do Regimento Interno do Senado, a comunicação, a representação e o projeto em questão serão instruídos com o texto da lei cuja execução será suspensa, do acórdão do Supremo Tribunal Federal, do parecer do Procurador-Geral da República e da versão do registro taquigráfico do julgamento.

Depois da leitura em plenário da comunicação ou representação, o art. 388 dispõe que, a mesma será dirigida à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania que elaborará projeto de resolução suspendendo a execução da lei.

4. Alcance da Suspensão da Execução da Lei pelo Senado

De acordo com Pedro Lenza⁶⁶, a suspensão preconizada no art. 52, X do Texto Maior é cabível em caso de leis federais, estaduais, distritais ou mesmo municipais, desde que, declaradas incompatíveis de modo incidental no controle difuso de constitucionalidade com a Constituição pelo Supremo. Neste diapasão, Pontes de Miranda⁶⁷ adverte que:

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

Com intuito de ilustrar a incidência da Resolução do Senado em lei federal temos a Resolução do Senado Federal n.º 03, de 28 de fevereiro de 2008, que suspendeu a execução

⁶⁶ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 11.ed. São Paulo: Método.p.150-151.

⁶⁷ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. Rio de Janeiro: Henrique Cahen Editor, 1947. v. II. p. 284.

da lei com efeitos *ex tunc*, do parágrafo único do artigo 11 da Lei n.º 9.639, de 25 de maio de 1998⁶⁸.

Quanto às leis estaduais, reportamo-nos à Resolução n.º 27 de 29 de novembro de 2007, que suspendeu a execução da Lei Estadual n.º 1.794, de 25 de fevereiro de 1991, do Estado do Rio de Janeiro.

No caso de lei distrital, apresenta-se a título de exemplo a Resolução do Senado Federal n.º 09, de 28 de março de 1995, suspende a execução da Lei n.º 32, de 7 de julho de 1989, do Distrito Federal⁶⁹.

E em se tratando de lei municipal, observa-se a Resolução do Senado Federal n.º 38, de 28.06.2005, suspendeu a execução do artigo 1º da Lei Municipal n.º 1.513, de 27 de dezembro de 1989, que alterou a redação do artigo 29 da Lei Municipal 691, de 24 de dezembro de 1984, ambas do Município do Rio de Janeiro⁷⁰.

No que pese o confronto da lei municipal ou estadual com a Constituição Estadual, Michel Temer⁷¹ arrazoa que tendo como base o Princípio Federativo (e porque não, também o Princípio da Simetria), e havendo tal previsão nas Constituições Estaduais, depois de declarada inconstitucional lei ou ato normativo pelo Tribunal de Justiça, o órgão deve encaminhar a declaração à Assembléia Legislativa a fim de que, esta suspenda a execução da lei.

5. Natureza da Resolução do Senado

Na dicção do art.52, X da Carta Magna, a suspensão da execução é definida como um ato político do Senado Federal, veiculado por intermédio de resolução, atribuindo dessa forma, efeitos *erga omnes* à decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal acerca da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal em face da Constituição Federal. Bem assim, o escopo da suspensão de execução é metamorfosear a

⁶⁸ Conforme o art. 1º da RSF n.º 3/2008, a suspensão se deve a declaração incidental de inconstitucionalidade em decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, nos autos dos *Habeas Corpus* n.º 77.734-9/SC e 77.724-3/SP, publicados, respectivamente no Diário de Justiça de 10 de agosto de 2000 e 02 de fevereiro de 2001.

⁶⁹ O art. 1º da RSF n.º 09/1995, estatui que a suspensão da “*execução da Lei n.º 32, de 7 de julho de 1989, do Distrito Federal, em cumprimento da decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário n.º 140.890-1/210, conforme comunicação feita pela Corte, nos termos do Ofício n.º 217/94-P/MC, STF, de 4 de fevereiro de 1994*”.

⁷⁰ De acordo com o art. 1º da RSF n.º 38/2005, a ocorreu em virtude de declaração de inconstitucionalidade em decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Recurso Extraordinário n.º 200.324-7 - Rio de Janeiro.

⁷¹ TEMER, Michel. *Elementos do Direito Constitucional*. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 44.

eficácia *inter partes* em eficácia *erga omnes* da declaração incidental de inconstitucionalidade, sem infringência ao limite subjetivo da coisa julgada, ao passo que, conforme Oswaldo Aranha Bandeira de Mello⁷²:

(...) enquanto não suspensa, pelo Senado Federal, a decisão do Supremo Tribunal Federal, como as decisões judiciais não constituem precedentes obrigatórios, os outros juizes e tribunais podem considerar o ato como constitucional, embora sujeitos à revisão daquele. Porém, em **suspenso o texto, a lei ou ato normativo, pelo Senado Federal, perde eficácia, deixa de ter executoriedade.** (grifo nosso)

No tocante especificamente à natureza desse instituto, a doutrina não é uniforme em se tratando da possibilidade do Senado Federal deixar de suspender a execução da lei ou ato normativo eivada de inconstitucionalidade, com declaração incidental do Supremo Tribunal Federal. Em outras palavras, questiona-se nesse item se o ato de suspensão praticado pelo Senado tem caráter vinculado ou discricionário, havendo para tanto a Teoria da Obrigatoriedade, a Teoria da Obrigatoriedade Mitigada e a Teoria da Facultatividade.

Assim sendo, Lúcio Bittencourt⁷³ assevera a obrigatoriedade da suspensão logo, o Senado Federal dispõe de competência de natureza vinculada, estando forçado a suspender a execução da lei ou do ato normativo impugnado no controle concreto por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, existindo desse modo um ato complexo. O autor defende que a função da suspensão pelo Senado é tornar pública a decisão do Supremo Tribunal Federal, levando-a a conhecimento de todos os cidadãos, assim, esse o órgão de representatividade democrática seria atrofiado à publicidade.

Concorde com esse posicionamento, Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁷⁴ alega que, o Senado é obrigado suspender a eficácia da lei, senão *a contrario senso* deteria a prerrogativa de convalidar leis ou atos normativos inconstitucionais:

Note-se que essa suspensão não é posta a critério do Senado, mas lhe é imposta como **obrigatória**. Quer dizer, **o Senado, à vista da decisão do Supremo Tribunal Federal tem que efetuar a suspensão da execução do ato inconstitucional**. Do contrário, o Senado teria o poder de convalidar ato inconstitucional, mantendo-o eficaz, o que repugna ao nosso sistema jurídico. (grifo nosso)

⁷² MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Teoria das Constituições Rígidas*. 2.ed. São Paulo: José Bushatsky, 1980. p.212.

⁷³ BITTENCOURT, Lúcio. *O Controle de Constitucionalidade das Leis*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 48.

⁷⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 28. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 43.

Segundo Guilherme Peña⁷⁵, uma posição intermediária, defendida por Alfredo Buzaid, Celso Ribeiro Bastos, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Tanya Kristiane Kozicki e Zeno Veloso, sustenta a obrigatoriedade mitigada, ou seja, o Senado Federal estaria obrigado a suspender a execução da lei ou ato normativo declarado inconstitucional em controle incidental por decisão definitiva do Supremo, desde que presentes os pressupostos formais da declaração de inconstitucionalidade.

Em síntese, Gonçalves Ferreira Filho⁷⁶ consolida de forma bastante explícita a sua defesa de uma apreciação restrita a presença de meros pressupostos formais da decisão definitiva do Supremo, porquanto no exercício da sua prerrogativa o Senado Federal não julga a existência de inconstitucionalidade.

No outro extremo, temos a corrente doutrinária que postula a facultatividade, tendo como expoentes Aliomar Baleeiro, Ataliba Pereira Viana, Clèmerson Merlin Clève, Elival da Silva Ramos, Gilmar Ferreira Mendes, Josaphat Marinho, José Celso de Mello Filho, Marcello Caetano, Paulo Brossard, Paulo Napoleão Nogueira da Silva e Pedro Lenza⁷⁷. Neste diapasão, o Senado Federal dispõe de competência de natureza discricionária, não estando obrigado a suspender a execução da lei ou ato normativo declarado inconstitucional, no controle difuso, por decisão definitiva do STF, posto que, existiria a possibilidade de apreciar a conveniência e a oportunidade política da suspensão de execução. Em linhas gerais, para esses autores, o Senado pratica ato político, tendo em vista a Separação de Poderes, que confere efeito geral ao que era particular, generalizando, pois, os efeitos da decisão.

Segundo considerações preliminares do Ministro Gilmar Mendes⁷⁸ a “*aparente originalidade da fórmula*” tem obstado “*o seu enquadramento dogmático*”.

Guilherme Peña⁷⁹ afirma que é imprópria a vinculatividade do Senado na suspensão da lei ou ato normativo declarado inconstitucional por via de exceção pelo Supremo sobremaneira porque enquanto órgão legisferante é “*revestido de liberdade de conformação legislativa negativa*”.

No mais, o Mandado de Injunção n.º 460, de Relatoria do Min. Celso de Mello, julgado em 10.06.1994 e publicado no DJU em 16.06.1994 corrobora esse entendimento:

⁷⁵ MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p.162.

⁷⁶ “(...) “Note-se que no desempenho dessa função o Senado não pode apreciar o mérito da decisão, ou, em outras palavras se há ou não a inconstitucionalidade identificada. **Só lhe cabe verificar se os requisitos formais da decisão foram observados.**”(grifo nosso) In: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 28. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 170.

⁷⁷ Levantamento descrito por Guilherme Peña. In: *Opere citato*, p.163.

⁷⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. O Papel do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 162, p. 149, 2004. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ri/162/R162-12.pdf>>. Acesso em: 09 set. 2008.

⁷⁹ MORAES, Guilherme Peña de. *Op. cit.* p.163.

(...) a função institucional do Senado da República não o reduz à mera condição de órgão parlamentar exercente, em caráter compulsório, de uma atividade juridicamente vinculada. Pelo contrário, **o Senado da República não está obrigado a proceder à edição da resolução suspensiva do ato estatal cuja inconstitucionalidade, em caráter irrecurável, foi declarada in concreto pelo Supremo Tribunal Federal.** Esse ato do Senado submete-se, quanto à sua prática, sempre facultativa, a um regime de estrita discricionariedade legislativa. (grifo nosso)

Conquanto, deparamo-nos com a discricionariedade política, possuindo o Senado Federal ampla liberdade para cumprir o art. 52, X, CRFB/88, sob pena de ser elidido o Princípio da Separação dos Poderes.

6. Extensão da Suspensão de Execução da Lei

No tocante à possibilidade do Senado Federal restringir os efeitos da decisão definitiva do Egrégio Supremo sobre a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo submetido à controle de constitucionalidade difuso também inexistente anuência doutrinária. Em outros termos, a mera leitura do art. 52, X, patenteia que compete ao Senado suspender a execução da lei declarada eivada de inconstitucionalidade pelo Supremo “*no todo ou em parte*”.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁸⁰ e Gilmar Mendes⁸¹ pelem a favor da impossibilidade do Senado Federal suspender a execução de parcela da lei ou ato normativo declarado inconstitucional por decisão definitiva do STF, ao mesmo tempo que, a extensão da suspensão de execução é necessariamente igual à declaração incidental de inconstitucionalidade.

Resumidamente, Pedro Lenza comunga do mesmo entendimento destacando que, deve-se interpretar a expressão “(...) *como sendo impossível o Senado Federal ampliar, interpretar ou restringir a extensão da decisão do STF*”. Destarte, considerando a conveniência da suspensão da lei, o Senado deverá fazê-lo em sua totalidade, se assim declarou o Supremo, sem reservas, ou seja, não pode suspender menos do que foi decidido pelo Pretório Excelso. Declarando o STF inconstitucionalidade de parcela da lei, o Senado deve atrelar-se estritamente à parte declarada inválida não podendo ir além. Logo, não pode o Senado suspender parcialmente a norma declarada inconstitucional, sob pena de realizar juízo

⁸⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 28. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 35.

⁸¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990. p.215-216.

de mérito sobre a decisão do STF, o que afrontaria o princípio da Separação dos Poderes. Devendo assim, a resolução do Senado coincidir *ipsi litteris* com a decisão do Supremo.

Ocorre que, concomitantemente, julgados do Pretório Excelso reforçam o posicionamento *supra*, dentre os quais, o Mandado de Segurança n.º 16.512, de relatoria do Min. Oswaldo Trigueiro, julgado em 16.05.1996, publicado em 31.08.1996, explicita que:

Resolução do Senado Federal, suspensiva da execução de norma legal cuja inconstitucionalidade foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal. Inconstitucionalidade da segunda resolução daquele órgão legislativo, por interpretar a decisão judicial, modificando-lhe o sentido ou lhe restringindo os efeitos. Pedido de segurança conhecido como representação, que se julga procedente.

Ratifica o entendimento jurisprudencial acima, a posição doutrinária que suplica que o Senado Federal não está autorizado a restringir ou ampliar a extensão do julgado proferido pelo Supremo.

Todavia, Michel Temer⁸² e Clèmerson Merlin Clève⁸³ postulam a possibilidade do Senado Federal suspender a execução de parcela da lei ou ato normativo declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo, eis que, a extensão da suspensão de execução não é precisamente igual à declaração incidental de inconstitucionalidade. Destarte, o Senado poderia deixar de suspender a execução da totalidade, assim como teria a faculdade de deixar de suspender a execução de parcela da lei ou ato normativo cuja inconstitucionalidade fosse incidentalmente declarada por decisão definitiva do Pretório Excelso.

7. Revogação da Resolução Suspensiva

No tocante à possibilidade do Senado Federal revogar a resolução suspensiva, a doutrina enfilheira-se em duas correntes extremas.

José Celso de Mello Filho⁸⁴ destaca a impossibilidade de revogação da resolução suspensiva, visto que, a competência constitucional do Senado é exaurida no momento em que a execução da lei ou ato normativo submetido ao controle de constitucionalidade concreto é suspensa. Nesse sentido, a resolução suspensiva do Senado Federal é irrevogável, justificada

⁸² TEMER, Michel. *Opere citato*. p. 48-49.

⁸³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.121.

⁸⁴ MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição Federal anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p.139.

pelo exaurimento de sua competência constitucional no instante momento em que o órgão legisferante edita aquela norma.

No mais, a jurisprudência majoritária do STF se fixa nesse sentido, vide o Mandado de Segurança 16.519, de relatoria do Ministro Luiz Gallotti, julgado em 16.02.1966:

(...) o ato do Senado Federal não é um ato legislativo, sendo complementar de uma decisão judicial, ampliativo dos efeitos desta. Portanto, não pode o Senado Federal, após exercer a atribuição que lhe confere o art.52, inc. X, da CRFB, rever, em sua substância, a decisão do Supremo Tribunal Federal.

Por outro viés, José Horácio Meirelles Teixeira⁸⁵ ressalta a possibilidade de revogação da resolução suspensiva, tendo em vista que, a alteração da jurisprudência do órgão exercente do controle de constitucionalidade difuso, na apreciação de outros casos concretos, justificaria o levantamento da suspensão. Deveras apropriada se mostra a observação de Sérgio Resende de Barros⁸⁶ que se amolda a tese de José Horácio, mesmo expondo argumentos diversos:

Um tal retorno pode até parecer absurdo, uma vez que a prática nunca o exercitou e a doutrina não o meditou, a não ser rapidamente, com ânimo negativo, como Alexandre de Moraes, citando Celso de Mello e alguma jurisprudência do Supremo. Mas é preciso repensar essa negativa, pois, ao invés de absurdo, o retorno da lei à eficácia é rigorosamente lógico em sua coerência com o sistema difuso, seja este considerado em si mesmo, seja em sua intersecção com o sistema concentrado, permitindo colher bons frutos de **uma intervenção do Senado que constitui um verdadeiro check and balance, engenhosamente criado pelo constitucionalismo brasileiro**. Por força da natural congruência entre os atos jurídicos, exceto se houver expressa proibição legal, resulta que, do mesmo modo que se pode retirar, também se pode restaurar um poder ou uma condição de poder. Este é um princípio de coerência do sistema. Assim, o vigor da lei se restabelece nas mesmas condições em que foi retirado. No stare decisis, a jurisprudência pode por si mesma reavivar a executoriedade que amortecera. Similarmente, na hipótese do inc. X do art. 52 da Constituição brasileira, a resolução do Senado pode pôr ou tirar o efeito erga omnes. Absurdo seria negar ao Senado o poder de revogar uma resolução sua.(grifo nosso)

8. Efeitos da suspensão de execução da lei declarada inconstitucional

As decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal proladadas em controle difuso em regra tem efeito *inter partes*, mas previu o constituinte originário a chamada suspensão da execução da lei declarada inconstitucional para outorgar a eficácia *erga omnes* às mesmas.

⁸⁵ TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 429-431.

⁸⁶ BARROS, Sérgio Resende de. *Op.cit.* p.14.

Assim sendo, suspensa a lei ou ato normativo em sede de controle incidental, a suspensão do Senado atingirá a todos, entretanto, sua validade está condicionada ao momento que a resolução for publicada na Imprensa Oficial.

Entretanto, a doutrina também diverge quanto à eficácia retroativa ou prospectiva da resolução suspensiva do Senado Federal, de modo que, as linhas de entendimento são antagônicas.

José Affonso Silva⁸⁷, Nagib Slaibi Filho⁸⁸, Regina Maria Macedo Nery Ferrari⁸⁹ e Themístocles Brandão Cavalcanti⁹⁰ defendem a eficácia *ex nunc* da suspensão de execução. Por esta perspectiva, a resolução suspensiva do Senado operaria efeitos prospectivos a partir de sua edição, ou seja, os efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade seriam restritos às partes do mesmo processo enquanto não implementada a suspensão de execução da lei ou ato normativo declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, não alcançando o atos jurídico perfeito e o direito adquirido na vigência deste.

No que pese a dimensão de uma eficácia mais ampla ao ato do Senado, Themístocles Brandão Cavalcanti afirma que o ato do Senado não tem efeito retroativo, sendo a única solução que responde aos interesses públicos é que a suspensão produz seus efeitos desde a sua efetivação, não atingindo as situações jurídicas criadas sobre a sua vigência.

Comungando do mesmo entendimento Oswaldo Aranha Bandeira de Mello assevera que a suspensão da lei corresponde a revogação da mesma, respeitando-se obrigatoriamente as circunstâncias anteriores definitivamente constituídas, por isso que, a revogação opera com eficácia *ex nunc*. Destacando que:

(...) não alcança os atos jurídicos formalmente perfeitos, praticados no passado, e os fatos consumados, ante sua irretroatividade, e mesmo os efeitos futuros dos direitos regularmente adquiridos (...) o Senado Federal apenas cassa a lei, que deixa de obrigar, e, assim, perde a sua executoriedade porque, dessa data em diante, a revoga simplesmente.

Em relação à questão, Slaibi Filho assevera que prolatada decisão acerca da matéria constitucional, o art. 178 do Regimento Interno do STF será feita a comunicação à autoridade ou órgão interessado e, somente após o trânsito em julgado ao Senado, para atribuição dos efeitos *erga omnes*, ponderando o seguinte:

⁸⁷ SILVA, José Affonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p.162.

⁸⁸ SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.237.

⁸⁹ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 152-153.

⁹⁰ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do Controle de Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p.164.

Observe-se que o Supremo Tribunal Federal tem competência jurisdicional no que diz respeito à dicção da validade da norma perante a Constituição, e os efeitos, com relação às partes serão *ex tunc*, enquanto a competência do Senado é legislativa, pois suspende a eficácia da norma com efeito *erga omnes* e *ex nunc* – a função do Supremo Tribunal Federal, no controle incidental, é tipicamente jurisdicional, enquanto a resolução do Senado representará atividade legislativa que poderá até mesmo alcançar a ordem normativa de município, se o ato cuja execução for suspensa tiver sido emitido por órgão ou Autoridade de Comuna⁹¹.(grifo nosso)

José Afonso da Silva conclui que a suspensão de execução do Senado gera efeitos *ex nunc*, ponderando antes, que os problemas gerados pela declaração de inconstitucionalidade difuso bifurcam-se:

(...) os problemas dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no caso concreto deve ser resolvido levando-se em conta dois aspectos: i) surte efeito *ex tunc*, fulminando a relação jurídica fundada em lei ou ato normativo inconstitucional, desde o seu nascimento; ii) o entanto, a lei ou ato normativo continua eficaz e aplicável até que o Senado Federal suspenda sua executoriedade; essa manifestação do Senado, que não revoga nem anula a lei, mas simplesmente lhe retira a eficácia, temo efeito *erga omnes* daí por diante, isto é, *ex nunc*. **São dois momentos: primeiro, a decisão judicial com efeitos *ex tunc* e *inter partes*; segundo, a resolução do Senado Federal com efeitos *ex nunc* e *erga omnes***⁹². (grifo nosso)

⁹¹ SLAIBI FILHO, Nagib. *Opus citatum*. p. 237-239.

Remete o autor ao parecer em Procedimento Administrativo n.º 4.477/72, publicada no DJU em 16.05.1977, p.3.123, do Min. José Geraldo Rodrigues Alckimin, classificada como célebre, na qual o mesmo afirma que "(...) 1. A declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, pelo Supremo Tribunal Federal, tanto pode ocorrer no julgamento de ação direta (representação, Constituição Federal, art. 119, I, l) como no julgamento de outras ações. Nesse último caso, o julgamento, reconhecendo a inconstitucionalidade, se limita à não aplicação da norma inconstitucional à espécie examinada. Criou a Constituição Federal, entretanto algo de novo . algo de mais próximo ao veto, muito embora só nos resultados, na eficácia, que é a suspensão da execução (Pontes de Miranda, Com. À Constituição de 1967 com a Emenda Constitucional n.º 1/69, III/ 88). Assim, como a função jurisdicional, no caso concreto, não pode estender a eficácia da declaração de inconstitucionalidade à generalidade dos casos, limitada que está à espécie em apreciação, o Supremo Tribunal Federal comunica o julgado ao Senado Federal, que, nos termos do art.42, VII, da Constituição Federal, suspende a execução da lei ou decreto declarados inconstitucionais.

2. Já nos casos de ação direta, a função jurisdicional, apreciando a representação, se estende à decretação da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo em tese. Não vejo, pois, seja necessária a intervenção do Senado, cabível somente quando, por ser a inconstitucionalidade reconhecida no julgamento de caso concreto, a decisão judicial não possa exercer seus efeitos fora da demanda em que proferida. Aqui, sim, a manifestação do Senado Federal é indispensável para dar eficácia geral ao julgamento de inconstitucionalidade, além da espécie apreciada no julgamento. No caso de representação por inconstitucionalidade, porém, o julgamento se refere à lei ou ato normativo, em tese, e a decisão que os tem como inconstitucional encerra, em si mesma, o efeito de excluir-lhes a eficácia". Todavia, destaca que no mesmo parecer n.º 4.477/72, o Ministro Moreira Alves exarou parecer no sentido de se excluir a comunicação ao Senado quando não se tratar de leis ou decretos. Concluindo que, "ainda quando se tratar de atos previstos no art.46 da Constituição revogada e hoje no art. 59 da Constituição, além de decretos, como atos dos Chefes de Poder Executivo, haverá comunicação ao Senado Federal para fins do art.52, X".

⁹² SILVA, José Afonso da. *O Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil*. La Jurisdicción Constitucional em Iberoamérica. Dykinson: Madrid, 1997. p.402-403.

Pedro Lenza⁹³ convencido que os efeitos são *erga omnes*, todavia *ex nunc*, portanto, não retroagindo, ensina que, o vocábulo “suspensão” ajuda na compreensão desse imbróglio, visto que, explicita:

(...) suspender a execução de algo que vinha produzindo efeitos significa dizer que se suspende a partir de um momento, não fazendo retroagir para atingir efeitos passados. Assim, por exemplo, quem tiver interesse de ‘pedir de volta’ um tributo declarado inconstitucional, deverá mover a sua ação individualmente para reaver tudo antes da Resolução do Senado, na medida em que ela não retroage.

Clèmerson Merlin Clève⁹⁴, Gilmar Mendes⁹⁵, Marcello Caetano⁹⁶, Paulo Napoleão Nogueira da Silva⁹⁷ e Zeno Veloso⁹⁸, e asseveram que os efeitos da suspensão de execução são *ex tunc*. Nesse sentido, a resolução suspensiva do Senado Federal engendraria efeitos retroativos a partir do momento da produção da lei ou ato normativo declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal, ou seja, a generalização dos efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade em decorrência da suspensão de execução retroage à formação da norma submetida ao controle de constitucionalidade difuso, não havendo ato jurídico perfeito e direito adquirido com assento nesta.

De acordo com o Ministro Gilmar Ferreira Mendes⁹⁹ essa doutrina é colidente com as premissas basilares da declaração de inconstitucionalidade no Direito Pátrio, pois de acordo com o atual presidente do STF:

Afirmava-se quase incontestadamente, entre nós, que a pronúncia da inconstitucionalidade tinha efeito *ex tunc*, contendo a decisão judicial caráter eminentemente declaratório. Se assim fora, afigura-se inconcebível cogitar de ‘situações juridicamente criadas’, de ‘atos jurídicos formalmente perfeitos’ ou de ‘efeitos futuros dos direitos regularmente adquiridos’, com fundamento em lei inconstitucional. De resto, é fácil de ver que a constitucionalidade da lei parece constituir pressuposto inarredável de categorias como as do direito adquirido e do ato jurídico perfeito.

Nesse diapasão, o Ministro traz a baila, questionamentos acerca da carência de isenção da expressão “*suspender a execução de lei ou decreto*”¹⁰⁰. Concluindo, pois, que era notório

⁹³ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 11.ed. São Paulo: Método, 2007. p.151-152.

⁹⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Op.cit.* p. 121.

⁹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Opere citato*. p. 215-216.

⁹⁶ CAETANO, Marcello. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. 1. p.274.

⁹⁷ SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *O Controle da Constitucionalidade e o Senado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p.111.

⁹⁸ VELOSO, Zeno. *Controle de Constitucionalidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p.41.

⁹⁹ Reclamação n.º 4.335-5/AC, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, ainda com julgamento pendente no STF, Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/RCL4335gm.pdf>>. Acesso em: 01 jul 2008, p.14.

¹⁰⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Ibid.* p.15.

que para os constituintes que a suspensão da execução da lei, da forma adotada pela Constituição de 1934, implicava na: “(...) *extensão dos efeitos do aresto declaratório da inconstitucionalidade, configurando, inclusive, instrumento de economia processual*”. No mais, Gilmar Mendes acrescenta que:

Atribuía-se, pois, ao ato do Senado, caráter ampliativo e não apenas paralisante ou derogatório do diploma viciado. E, não fosse assim, inócuo seria o instituto com referência à maioria das situações formadas na vigência da lei declarada inconstitucional ¹⁰¹.

A jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal é fixada neste sentido, vide o Mandado de Segurança n.º 17.976, Rel. Min. Amaral Santos, julgado em 13 de setembro de 1968, publicado no Diário da Justiça de 26 de setembro de 1969: “*a suspensão da vigência de lei ou ato normativo por inconstitucionalidade torna sem efeito todos os atos praticados sob o império da lei inconstitucional*”.

A posição clássica do Egrégio Pretório sustenta que o ato do Senado empresta eficácia genérica à sua decisão definitiva. Entretanto, controvérsias à parte, releva-se que o Supremo já entendeu que mesmo no controle concreto pode-se atribuir efeitos *ex nunc* e *pro futuro*, trata-se do *leading case* Mira Estrela, a saber RE n.º 197.917, de relatoria do Ministro Maurício Corrêa¹⁰². No julgamento em questão, o Plenário do Supremo declarou a inconstitucionalidade da Lei Orgânica Municipal de Mira Estrela determinando que o número de vereadores do Município passaria de 11 (onze) para 09 (nove) e, a referida decisão só atingiria a legislatura posterior, ou seja, a decisão teria eficácia futura.

No julgamento da Questão de Ordem em Medida Cautelar n.º 189¹⁰³, o Ministro Gilmar Mendes desenvolveu o entendimento do caso Mira Estrela afirmando que “*Como se pode ver, se se entende inconstitucional a lei municipal em apreço, impõe-se que se limitem os efeitos dessa declaração (pro futuro)*”. Ainda destaca o Ministro que, o sistema difuso ou incidental de controle de constitucionalidade admite a mitigação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade e, em casos determinados, acolheu até mesmo a pura declaração de inconstitucionalidade com efeito exclusivamente *pro futuro*. No mais, para Gilmar Mendes, destaca que a eventual declaração de inconstitucionalidade com efeito *ex tunc* (retroativo) engendraria repercussões em todo o ordenamento atual, atingindo decisões tomadas em momento anterior ao pleito eleitoral, que resultou na hodierna composição da Câmara

¹⁰¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Ibidem*. p.18.

¹⁰² Recurso Extraordinário n.º 197.917/SP, de relatoria do Min. Maurício Corrêa, apreciado em 06 de junho de 2002 e publicado no Diário da Justiça em 07 de maio de 2004, p. 08.

¹⁰³ Questão de Ordem em Medida Cautelar n.º 189, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, julgada em 09 junho de 2004 e publicada em 27 de agosto de 2004 no Diário da Justiça.

Municipal: fixação do número de vereadores, estabelecimento do número de candidatos, definição do quociente eleitoral etc. De igual forma, as decisões tomadas posteriormente a eleição também seriam cotejadas, assim como a validade da deliberação da Câmara Municipal nos diversos projetos e normas aprovados. Relevou ainda Gilmar Mendes, que a doutrina e a jurisprudência entendem que a margem de escolha conferida ao Egrégio Tribunal para a fixação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade não legitima a adoção de decisões arbitrárias, estando a mesma balizada pelo princípio da proporcionalidade.

Ainda no pertinente aos efeitos *inter partes*, com o discurso cataplasmático de assegurar a segurança jurídica, a economia processual, a maior eficácia às decisões, além da celeridade processual, com o intento fulcral de combater o excesso de recursos e a multiplicação de demandas julgados pela Suprema Corte, surge uma nova tendência denominada **Transcendência dos Motivos Determinantes da Sentença em Controle Difuso** ou **Abstrativização do Controle Difuso**, ou ainda, **Objetivação do Controle Difuso**. Assim sendo, alvitrar-se-ia por meio desse instrumento estender os efeitos de uma decisão para as pessoas que estiverem em similar circunstância, obstando a provocação do Judiciário de modo singular, todavia, superando o disposto no art. 52, X, CRFB/88 que delineaia como imprescindível a manifestação do Senado Federal. Em linhas gerais, essa linha teórica, capitaneada pelo Ministro Gilmar Mendes, sustenta o encerramento do que o mesmo chama de “*fórmula vetusta*”, na qual a decisão do Pretório Excelso que suspende a execução da lei inconstitucional no controle difuso é submetida à sabatina do Senado Federal para ter eficácia *erga omnes*. Nesta perspectiva, fala-se em mutação constitucional na interpretação doutrinária e judicial do referido dispositivo, de forma a permitir que as declarações de inconstitucionalidade do Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, quando a validade de lei ou ato normativo tiver sido discutida em concreto, sejam revestidas de eficácia *erga omnes* e vinculante, independentemente de suspensão da execução da norma pelo Senado Federal. Outrossim, o atual presidente do Ministro Gilmar Mendes¹⁰⁴ destacava, em artigo escrito em idos de 2004, aspectos do instituto que considera um anacronismo:

(...) parece legítimo entender que, (...) a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter **simples efeito de publicidade**. Desta forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é

¹⁰⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. O Papel do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 162, p. 165-166, 2004. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ri/Pdf/pdf_162/R162-12.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2008.

inconstitucional, esta decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, **não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo**. A própria decisão da Corte contém essa força normativa. Parece evidente ser essa a orientação implícita nas diversas decisões judiciais e legislativas acima referidas. Assim, o Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, uma vez que se não cuida de uma decisão substantiva, mas de simples dever de publicação, tal como reconhecido a outros órgãos políticos em alguns sistemas constitucionais (Constituição austríaca, art. 140,5 – publicação a cargo do Chanceler Federal, e Lei Orgânica da Corte Constitucional Alemã, art. 31, (2) publicação a cargo do Ministro da Justiça). A não-publicação não terá o condão de impedir que a decisão do Supremo assuma a sua real eficácia. Essa solução resolve de forma superior uma das tormentosas questões da nossa jurisdição constitucional. Superam-se, assim, também, as incongruências cada vez mais marcantes entre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a orientação dominante na legislação processual, de um lado, e, de outro, a visão doutrinária ortodoxa e – permita-nos dizer – **ultrapassada do disposto no art. 52, X, da Constituição de 1988**. (grifo nosso)

O debate acerca da pertinência do instituto foi incandescido novamente com a discussão sobre a progressão de regime no caso específico dos crimes hediondos engendrado pelo o *Habeas Corpus* n.º 82959/SP, de relatoria do Min. Marco Aurélio¹⁰⁵. Além da conseqüente Reclamação n.º 4.335-5/AC, de relatoria do Min. Gilmar Mendes e, ajuizada pela Defensoria Pública da União em face da decisão do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco que indeferiu o pedido de progressão de regime em favor dos apenados¹⁰⁶.

¹⁰⁵ *Habeas Corpus* n.º 82.959/SP, de relatoria do Min. Marco Aurélio, julgado em 23 de fevereiro de 2006 e publicado no Diário da Justiça em 01 de setembro de 2006, p.18.

CAPÍTULO II – VINCULATIVIDADE E TRANSCENDÊNCIA DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NOS PROCESSOS DE CONTROLE ABSTRATO DE NORMAS

“(...) convêm que os homens digam o que não sabem e, por ofício, o inverso do que sabem. Assim se forma esta outra incurável: a esperança”.

Machado de Assis

1. Aspectos Históricos e Regulamentação do Efeito Vinculante

Como visto no capítulo anterior, os efeitos das decisões em controle incidental permeiam a discussão da Abstrativização, todavia a referida eficácia imprescindível, em consonância com a dicção do art. 52, X da Carta Magna, da intervenção do Senado Federal para que assim opere com *status erga omnes* e vinculante. Ocorre que, para tanto faz-se necessário analisar *a priori*, os aspectos formadores relativos aos efeitos da decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle das normas jurídicas.

Conquanto, rememora-se que a noção de constitucionalidade num modelo como o nosso, chamado misto ou híbrido, onde vigem 02 (duas) modalidades de controle, tendo a lei os sinais indelévels da generalidade e da abstração, por via de consequência, a declaração de inconstitucionalidade da norma nem sempre será geral e abstrata se coloca premissa fulcral.

Ao lado dessa constatação a princípio óbvia, temos que a ausência de vinculação ao precedente na modalidade de controle difuso é considerada por muitos autores como uma falha do sistema pátrio, ao passo que, segundo estes doutrinadores, procedeu-se com uma apropriação incompleta do modelo anglo-saxão. Portanto, diferentemente do que ocorre nos ordenamentos jurídicos da *Common Law*, no sistema eclético brasileiro inexistente a vinculação aos precedentes ou o princípio do *stare decisis*.

E mais, há de se relevar a constitucionalização do Direito, a judicialização das relações sociais e políticas e o ativismo jurisdicional do Excelso Sodalício como manifestações de implicação notória na questão em análise.

Luís Roberto Barroso¹⁰⁷, de forma bem resumida explicita que a constitucionalização do Direito associa-se “a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo

¹⁰⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. p.16-17.

material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico". Em outros termos, *"os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional"*. Conseqüência lógica desse fenômeno é a sua repercussão na atuação das 03 (três) esferas de Poder, ressaltando o autor em questão a implicação em relação a cada Poder:

Relativamente ao Legislativo, a constitucionalização (i) **limita a sua discricionariedade ou liberdade de conformação na elaboração de leis em geral** e (ii) **impõe-lhe determinados deveres de atuação para a realização de direitos e programas constitucionais**. No tocante à Administração Pública, além de igualmente (i) limitar-lhe a discricionariedade e (ii) impor a ela deveres de atuação, ainda (iii) fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário. Quanto ao Poder Judiciário, (i) serve de **parâmetro para o controle de constitucionalização por ele desempenhado** (incidental e por ação direta), bem como (ii) **condiciona a interpretação de todas as normas do sistema**.¹⁰⁸

Complementando a preleção do Prof^o Barroso, Miguel Carbonell destaca que o neoconstitucionalismo alvitra explicar um conjunto de textos constitucionais que começam a surgir depois da segunda guerra mundial e sobremaneira a partir dos anos 70 (setenta) do século XX. Assim, afirma que se trata de Constituições que não se limitam a estabelecer competências ou separar os poderes públicos, mas sim contém grandes níveis de normas materiais ou substantivas que condicionam a atuação do Estado por intermédio da ordenação de determinados fins e objetivos.¹⁰⁹

Incontestemente é que a patente difusão da Carta Magna pelo ordenamento jurídico se impõe por intermédio da jurisdição constitucional exercida amplamente e, englobando a aplicação direta da Constituição à determinadas questões, a declaração de inconstitucionalidade de normas incompatíveis e a interpretação conforme a Lei Maior. Nesse compasso de amplo exercício da jurisdição constitucional, verifica-se que sob a égide da Constituição Cidadã ascendeu vertiginosamente a demanda da sociedade brasileira por justiça e a conseqüente representação simbólica que passaram a ter os tribunais e os juízes no imaginário coletivo¹¹⁰. Junte-se a isso, a ascensão institucional do Poder Judiciário com a recuperação das liberdades

¹⁰⁸ BARROSO, Luis Roberto. *Ibidem*. p.44.

¹⁰⁹ CARBONELL, Miguel. *Teoria del Neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Ed. Trotta – Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 2007, p. 09-10.

¹¹⁰ Barroso atribui esse fenômeno a razões como: *"(...) redescoberta da cidadania e pela conscientização das pessoas em relação aos próprios direitos (...) circunstância de ter o texto constitucional criado novos direitos, introduzido novas ações e ampliado a legitimação ativa para tutela de interesses, mediante representação ou substituição processual (...)"*(BARROSO, Luis Roberto. *Op. cit.* p.44)

democráticas e as garantias da magistratura que ensejaram o desempenho de um papel político maior, dividindo esferas de poder com o Legislativo e Executivo. Outrossim, nessa zona grísea de divisão de poderes hodierna é que emergem as colisões e, onde também se assenta a discussão acerca da competência atribuída ao Senado em controle de constitucionalidade. Neste diapasão, com esse somatório de ingredientes caleidoscópicos deparamo-nos com a judicialização de questões políticas e sociais, tendo os tribunais com última instância decisória *in fine*. Autores especializados¹¹¹, como Martin Shapiro e Alec Stone asseveram que a judicialização política pode ser contextualizada na expansão da área de atuação das cortes judiciais com a transferência de decisões políticas aos tribunais e na difusão dos métodos judiciais de decisão *extra* muros das cortes de direito. O fenômeno também se manifesta em processos políticos nos quais a jurisprudência constitucional se torna paradigma do processo decisório, ao passo que o prenúncio de veto porvir ou censuras judiciais, baseados nos preceitos constitucionais ou mesmo tendência que é capaz de modificar os resultados legislativos.

A judicialização da política corresponde a um fenômeno observado em diversas sociedades contemporâneas. Essa manifestação, segundo a literatura¹¹² que tem se dedicado ao tema, apresenta dois componentes: a) um novo “ativismo judicial”, isto é, uma nova disposição de tribunais judiciais no sentido de expandir o escopo das questões sobre as quais eles devem formar juízos jurisprudenciais, ressalte-se que muitas dessas questões até recentemente ficavam reservadas ao tratamento dado pelo Legislativo ou pelo Executivo; e b) o interesse de políticos e autoridades administrativas em adotar procedimentos semelhantes ao processo judicial e aos parâmetros jurisprudenciais em suas deliberações, destacando-se que em diversas ocasiões, o Judiciário é politicamente provocado a fornecer esses parâmetros.

Segundo Vallinder¹¹³, a judicialização da política é um fenômeno de comportamento institucional, que tem como característica: a) a expansão do poder das cortes judiciais, de acordo com o autor, seria o resultado de diversas características do desenvolvimento histórico

¹¹¹ SHAPIRO, Martin; STONE, Alec. *The new constitutional politics of Europe. Comparative Political Studies*, v. 26, n. 4, p. 397-420, jan. 1994 *apud* CASTRO, Marcos Faoro de. *O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política*. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_34/rbcs34_09.htm>. Acesso em 18 ago. 2008, p.16.

¹¹² VALLINDER, T. (1995), "When the Courts Go Marching In", in N. Tate e T. Vallinder, T. (orgs.), *Te global expansion of judicial power*, New York, New York University Press. [Originalmente publicado como: Vallinder, T. (1994).] *apud* CASTRO, Marcos Faoro de. *O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política*. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_34/rbcs34_09.htm>. Acesso em 18 ago. 2008, p.16.

¹¹³ *Loc.cit.*

de instituições nacionais e internacionais e de renovação conceitual) em disciplinas acadêmicas. Assim, a reação democrática em favor da proteção de direitos e contra as práticas populistas e totalitárias da II Guerra Mundial na Europa, que deu origem, por exemplo, à adoção de uma ampla carta de direitos na *Grundgesetz* alemã; a preocupação das esquerdas com a defesa de “direitos” contra “oligopolistas e oligarcas”, como no caso do trabalhismo inglês dos anos 50; o resgate intelectual e acadêmico de teorias de direitos liberais, presente em autores como Kant, Locke, Rawls e Dworkin e o concomitante desprestígio de autores como Hume; a influência da atuação da Suprema Corte americana (especialmente a chamada Warren Court, nos anos 50-60, com o germe do ativismo judicial); a tradição europeia (kelseniana) de controle da constitucionalidade das leis; os esforços de organizações internacionais de proteção de direitos humanos, sobretudo a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948 - todos esses fatores, conforme Vallinder¹¹⁴, contribuíram para o alvorecer da judicialização da política. Acrescente-se, ainda, como outro fator determinante da judicialização da política, o declínio da eficácia da política macroeconômica do final dos anos 60¹¹⁵. *Cum granis salis*, deve ser lida e interpretada a expressão politização do Judiciário, visto que, configura-se uma teoria que alberga a liberdade deste Poder para dizer e criar o direito fora dos limites constitucionais e de seu poder. E, de outro lado, como a atribuição dada ao Judiciário de velar pela constitucionalidade das leis e dos atos normativos para extirpar o arbítrio e manter o Estado de Direito garante dos direitos fundamentais. Interessantes também se mostram as observações de Gustavo Zagrebelsky¹¹⁶ tratando de matéria correlata que denomina *Jurisprudencia creativa*. Segundo o autor da Universidade de Turim, a impermeabilidade das jurisprudências é defendida com argumentos que se referem à legitimidade da justiça constitucional, a separação dos poderes e a natureza da interpretação constitucional como segue *infra*..

La comunicación entre jurisprudencias presupone la existencia, en la interpretación, de un margen de elasticidad, es decir, de discrecionalidad. Si faltara, todo el discurso anterior sería echado por la borda. Admitiendo que existan buenas razones a favor del diálogo entre las jurisprudencias, si las decisiones de los tribunales estuvieran rígidamente vinculadas al cuadro interno y sin márgenes de apreciación, esas buenas razones caerían sobre terreno estéril.

¹¹⁴ *Loco citato*.

¹¹⁵ CASTRO, Marcos Faoro de. Dívida externa, globalização da economia e direitos humanos. *Arquivos do Ministério da justiça*, 184, ano 47, jul./dez. 1994, p. 125-44.

¹¹⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. Jueces Constitucionales. In: CORBONELL, Miguel. *Teoria del Neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Ed. Trotta – Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 2007, p. 95-96.

(...)

Los argumentos contra la ‘Constitución viviente’ [sensible a las exigencias constitucionales de ltiempo que cambia] se centran em los peligros de la jurisprudencia crestiva, hecha posible por la interpretación evolutiva Separarse de los orígenes – se dice – **significa aumentar la discrecionalidad; discrecionalidad equivale a politización; la politización es incompatible con el carácter judicial de la justicia constitucional y ofende la separación de poderes haciendo daño al legislativo; la ofensa a la separación de poderes, por su vez, mina la legitimidad de la justicia constitucional. No sólo para mantener la separación de poderes; no sólo para preservar el carácter judicial de la justicia constitucional sino también para salvaguardar las razones de su legitimidad , es necesario rechazar la doctrina de la Constitución viviente, aunque se haya impuesto com la fuerza de los hechos en la práctica de las cortes.** (grifo nosso)

E dentro desse contexto, não podemos deixar de acrescentar o ativismo jurisdicional conceituado por William Marshall¹¹⁷ como “(...) *a recusa dos tribunais de manterem-se dentro dos limites jurisdicionais estabelecidos para o exercício de seus poderes*” como fator mais adequado à análise do que se manifesta, foi incorporado pelo Direito Brasileiro nesse último quartel do século XX. O que vem levando autores a afirmar que o Egrégio Pretório através de uma práxis ativista está redesenhando as balizas da sua competência jurisdicional “(...) *alcançando áreas e temas que talvez não contivessem no traçado original da Constituição, alterando assim, e próprio peso no concerto político da relação entre os Poderes*”.

Bem assim, a vinculatividade das decisões em última instância do Supremo, seja em controle concentrado seja em controle difuso, configura um *plus* em relação aos outros Poderes, ao passo que, no contexto superficialmente *supra* descrito outorga-lhe certa primazia na atual sociedade marcada pela litigiosidade e pela deficiência do Judiciário em dar respostas rápidas para tais reclames (falsas promessas de direito). Daí, a importância de investigar aspectos informativos do efeito vinculante, sobremaneira ponderando a conformação pós-Constituição de 1988, que segundo o Ministro Gilmar Mendes¹¹⁸ outorgou deveras de protagonismo o controle abstrato de constitucionalidade:

A ampla legitimação, a presteza e a celeridade desse modelo processual, dotado inclusive **da possibilidade de se suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado**, mediante pedido de cautelar, fazem com que as grandes questões constitucionais sejam solvidas, na sua

¹¹⁷ MARSHALL, William P. *Conservatives and seven sins of judicial activism*. In: University of Colorado Law Review. Forthcoming, vol. 73, September, 2002, *apud* VALLE, Vanice Lirido do (org.). *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*, 2008, p.10-11. Destaque-se que a obra está no prelo da Editora e tem previsão de publicação para 2009.

¹¹⁸ Reclamação 4.335-5/Acre, de Relatoria do Min. Gilmar Mendes, p.34.

maioria, mediante a utilização de ação direta, típico instrumento do controle concentrado. Assim, **se continuamos a ter um modelo misto de controle de constitucionalidade, a ênfase passou a residir não mais no sistema difuso, mas no de perfil concentrado.** (grifo nosso)

O Ministro Sepúlveda Pertence destacou essa mesma particularidade no voto apresentado na ADC n.º 01, *ipsis litteris*:

(...) Esta ação é um momento inevitável na prática da consolidação desse audacioso ensaio do constitucionalismo brasileiro — não, apenas como nota Cappelletti, de aproximar o controle difuso e o controle concentrado, como se observa em todo o mundo — mas, sim, de convivência dos dois sistemas na integralidade das suas características.

Esta convivência não se faz sem uma permanente tensão dialética na qual, a meu ver, a experiência tem demonstrado que será inevitável o reforço do sistema concentrado, sobretudo nos processos de massa; na multiplicidade de processos que inevitavelmente, a cada ano, na dinâmica da legislação, sobretudo da legislação tributária e matérias próximas, levará, se não se criam mecanismos eficazes de decisão relativamente rápida e uniforme, ao estrangulamento da máquina judiciária, acima de qualquer possibilidade de sua ampliação e, progressivamente, ao maior descrédito da Justiça, pela sua total incapacidade de responder à demanda de centenas de milhares de processos rigorosamente idênticos, porque reduzidos a uma só questão de direito.

Por outro lado, (...), o ensaio difícil de convivência integral dos dois métodos de controle de constitucionalidade do Brasil só se torna possível na medida em que se acumularam, no Supremo Tribunal Federal, os dois papéis, o de órgão exclusivo do sistema concentrado e o de órgão de cúpula do sistema difuso.

De tal modo, o peso do Supremo Tribunal, em relação aos outros órgãos de jurisdição, que a ação declaratória de constitucionalidade traz, é relativo porque, já no sistema de convivência dos dois métodos, a palavra final é sempre reservada ao Supremo Tribunal Federal, se bem que, declarada a inconstitucionalidade no sistema difuso, ainda convivamos com o anacronismo em que se transformou, especialmente após a criação da ação direta, a necessidade da deliberação do Senado para dar eficácia ‘erga omnes’ à declaração incidente.

Aprioristicamente, o art. 187 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal¹¹⁹ ao versar acerca da vinculação assevera que a interpretação exposta no acórdão terá força vinculante para todos os efeitos, depois da publicação no Diário da Justiça da União, naturaliza o efeito vinculante como um elemento próprio ou característico da decisão. Matiza a norma em tela, o primeiro germe de vinculação às decisões precedentes do Egrégio Supremo, independentemente de emenda constitucional.

¹¹⁹ **Art. 187** - A partir da publicação do acórdão, por suas conclusões e ementa, no Diário da Justiça da União, a interpretação nele fixada terá força vinculante para todos os efeitos.

A *posteriori*, a vinculação se evidenciou como a Emenda Constitucional n.º 03, de 16 de março de 1993, com previsão expressa no caso da Ação Declaratória de Constitucionalidade. Contraditoriamente, afirmava-se que a ADC visava afastar a incerteza acerca da validade da lei ou do ato normativo, ou seja, arredar a insegurança jurídica ou mutar a presunção relativa de constitucionalidade da norma em presunção absoluta. Segundo Gilmar Mendes¹²⁰, a EC n.º 03/93 foi concebida à luz da Emenda Roberto Campos, consagrando no art. 102, §2º da Constituição que:

as decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeitos vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo.

E depois, aceitou-se também o mesmo efeito vinculante próprio das Ações Declaratórias na hipótese de Ação Direta de Inconstitucionalidade.

No mais, a Emenda Constitucional n.º 45 de 2004, robusteceu a existência de efeito vinculante em decisões de controle concentrado de constitucionalidade e, previu o efeito para as Súmulas em circunstâncias específicas¹²¹. A EC n.º 45/2004, como foi dito criou a súmula vinculante em matéria constitucional (art. 103-A) e consagrou, no texto da Carta Magna, a orientação do STF conferir também efeito vinculante às decisões proferidas em causas de controle concentrado de constitucionalidade, quer seja em ADIN, quer seja em ADC (art.102, §2º).

Quanto ao efeito vinculante no controle abstrato, o mesmo possui tratamento especial na própria *Lex Fundamental* no art. 102, §2º e previsão legal no parágrafo único do art.28 da Lei n.º 9.868/99. A vinculação neste caso (no sentido de imperatividade do conteúdo abstrato) é oriunda do próprio objeto da ação. Pois existindo uma norma dotada de generalidade e abstração, qualquer decisão acerca da sua existência, validade e eficácia também gira em torno do viés geral e abstrato. Tratando-se de lei constitucional ou inconstitucional, sê-lo-á em relação a todos. Assim sendo, são inerentes ao objeto da declaração, a abstração e a generalidade e pelos motivos que constem da fundamentação aludida. Neste sentido, Manoel Gonçalves Filho¹²² conclui que, “*sem essa eficácia erga omnes e sem esse efeito vinculante, a ação não alcançaria o fim colimado*”.

¹²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas*. p. 02. Disponível em: <http://br.geocities.com/profpito/oefeitovinculantegilmar.html>. Acesso em: 15 jul 2008.

¹²¹ STRECK, Lenio Luiz, *Op. cit.* p.43.

¹²² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2003. p.206.

No que pese a vinculatividade em controle difuso, inexistente previsão constitucional ou legal previsão em sede de decisão de mérito proferida em controle concreto pelo Supremo. Contrariamente, como já se teve oportunidade de explanar, o entendimento majoritário aponta que o efeito da decisão vincula tão e somente as partes do processo e, para estender essa vinculação ao resultado do julgamento é imprescindível a resolução do Senado Federal, analisada no capítulo anterior. Entretanto, com fundamento em princípios como a isonomia, consistência dos resultados, economia processual, celeridade e segurança jurídica, parcela da doutrina reconhece o efeito vinculante mesmo em decisões acerca da constitucionalidade argüida em sede de controle concreto. Consideram assim, que se a Corte Suprema declara, mesmo que de forma incidental, na motivação da decisão, que uma norma é incompatível e, tendo essa lei ou ato normativo incidência geral e abstrata, a declaração também deve ter aceção e eficácia gerais e abstratas.

Nessa linha temporal, é pertinente também ressaltar que o sistema de controle de constitucionalidade das leis no direito brasileiro tem passado, nos últimos tempos, por algumas mudanças bastante significativas.

Freddie Didier Júnior¹²³ ao apresentar o que denominou “*objetivação do Recurso Extraordinário*” explica que, um dos aspectos dessa mudança é a transformação do recurso em questão, que, embora constituindo um instrumento de controle difuso de constitucionalidade das leis também tem se prestado a mecanismo de controle abstrato. Ressalva ainda que, mormente, atrela-se o controle difuso ao controle concreto da constitucionalidade, tratando-se, segundo o autor, de institutos genuinamente distintos:

O controle difuso é sempre *incidenter tantum*, pois a constitucionalidade é questão incidente, que será resolvida na fundamentação da decisão judicial; assim, a decisão a respeito da questão somente tem eficácia inter partes. O controle concentrado, no Brasil, é feito *principaliter tantum*, ou seja, a questão sobre a constitucionalidade da lei compõe o objeto litigioso do processo e a decisão a seu respeito ficará imune pela coisa julgada material, com efeito erga omnes.

Conquanto, Didier Jr. entende, além disso, que inexistente óbice à ocorrência de um controle de constitucionalidade difuso, mas abstrato, isto é, uma averiguação de constitucionalidade feita em tese por qualquer órgão judicial. Observando, entretanto que sendo proferida em controle difuso, a decisão não será acobertada pela coisa julgada e será

¹²³DIDIER JR., Freddie. *Curso de Direito Processual Civil*. 3.ed. Salvador: Jus PODIVM, 2007. v.3. p. 274-275.

eficaz apenas *inter partes*, mas visto que, a análise é feita em tese, o tribunal, este sim, estaria vinculado a adotar o mesmo posicionamento em outras circunstâncias¹²⁴.

A guisa do exposto supra, ao examinar a constitucionalidade de uma lei em Recurso Extraordinário, a decisão sobre a questão seria tomada em abstrato, passando a orientar o tribunal em situações semelhantes. Sobre o tema, convém lembrar a preleção de Gilmar Mendes no Processo Administrativo n.º 318.715, que culminou na edição da Emenda n.º 12 ao RISTF, publicada no Diário da Justiça de 17.12.2003:

[...] O recurso extraordinário **‘deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesses das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva**. Trata-se de orientação que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional (Verfassungsbeschwerde). [...]

A função do Supremo nos recursos extraordinários – ao menos de modo imediato – não é a de resolver litígios de fulano ou beltrano, nem a de revisar todos os pronunciamentos das Cortes inferiores. **O processo entre as partes, trazido à Corte via de recurso extraordinário, deve ser visto apenas como pressuposto para uma atividade jurisdicional que transcende efeitos subjetivos.** (grifo nosso)

Logo, a jurisprudência do Supremo expressamente tende a exasperar a eficácia do *decisum* prolatado em sede de controle incidental afora das partes postulantes na ação. A referida tendência é notória em algumas decisões do STF que atribuíram efeitos mais amplos aos julgados.

2. Conceito de Efeito Vinculante

Ab initio, João Luís Fischer Dias¹²⁵ leciona que a definição de efeito vinculante é muito similar ao próprio conceito de lei e, tendo em vista que ambas as categorias expressam normatividade, heteronomia, tributividade e bilateralidade. Aponta ainda que, a dita

¹²⁴ Ademais, ministra Didier que: “É o que acontece quando se instaura o incidente de arguição de inconstitucionalidade perante os tribunais (art. 97 da CF/88 e arts. 480 a 482 do CPC): embora instrumento processual típico do controle difuso, a análise da constitucionalidade da lei, neste incidente, é feita em abstrato. Trata-se de incidente processual de natureza objetiva (é exemplo de processo objetivo, semelhante ao processo da ADIN ou ADC). É por isso que, também à semelhança do que já ocorre na ADIN e na ADC, é possível a intervenção de *amicus curiae* neste incidente (art. 482, §§). É razão disso, ainda, que fica dispensada a instauração de um novo incidente para decidir questão que já fora resolvida anteriormente pelo mesmo tribunal ou pelo STF (art.481, parágrafo único, CPC)”.

¹²⁵ DIAS, João Luís Fischer. *O efeito vinculante: dos precedentes jurisprudenciais das súmulas dos tribunais*. São Paulo: IOB Thompson, 2004. p.13-22.

semelhança se dá em virtude da tênue distinção ontológica entre lei e jurisprudência, explicando didaticamente que:

O efeito vinculante ou força vinculante, no seu sentido mais genérico, lato sensu, traduz-se como: liame, laço que cria um vínculo entre sujeitos – uma obrigação que limita as escolhas do sujeito nas suas relações intersubjetivas, sem solapar deste sujeito à liberdade, proporcionando, ao esmo tempo, **estabilidade e segurança nas relações sociais**.

No mais, o referido autor ensina que o sentido etimológico da palavra vínculo, do latim vinculu, que expressa a idéia de liame, laço, tudo o que serve para atar, exprime relação existente entre duas pessoas ou entre dois entes jurídicos. Caracteriza ainda, o efeito vinculante com o sentido de precedente judicial obrigatório, compreendido como a “*eficácia de uma decisão judicial proferida sobre uma questão de fato e de direito, que ultrapassa o caso concreto do qual se originou*”¹²⁶, aproximando-o do *stare decisis* estadunidense cuja ausência em nosso meio é reiterada com pesar.

Utilizando-se de outros termos, Sérgio Sérulo Cunha¹²⁷ define de igual modo o instituto da vinculatividade explicitando que “(...) *vincular é ligar, estabelecer laço, relação dependência ou de subordinação, obrigação, sujeição à atuação de outrem*”.

De acordo com Teori Albino Zavascki¹²⁸, o sentido de efeito vinculante que mais se adequa ao nosso sistema constitucional é o de “*uma qualificada força de precedente*” variável em cada sistema, extensivo, em alguns deles ao próprio legislador. Ainda segundo o Ministro, “*o efeito vinculante confere um força obrigatória qualificada*” e assim como a eficácia *erga omnes* seria característica do dispositivo de todas as decisões transitadas em julgado.

Por seu turno, Roger Stiefelmann Leal¹²⁹ destaca que a eficácia vinculante não se confunde com coisa julgada ou eficácia *erga omnes*:

Sob uma perspectiva lógico-dedutiva, **a autonomia de significado do efeito vinculante no ordenamento pátrio decorre necessariamente da exclusão dos aspectos elementares às definições de coisa julgada e eficácia não permite contra todos**. A inovação promovida pelo acréscimo do efeito vinculante não permite que seja confundido ou sobreposto aos demais efeitos e qualidades derivados da natureza do controle abstrato de constitucionalidade. (grifo nosso)

¹²⁶ *Ibidem*. p.23.

¹²⁷ CUNHA, Sérgio Sérulo. *O efeito vinculante e os poderes do juiz*. São Paulo: Saraiva, 1999. p.30.

¹²⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.52.

¹²⁹ LEAL, Roger Stiefelmann. *O Efeito Vinculante na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006. p.149.

Neste diapasão, Sérvulo Cunha¹³⁰ afirma que uma característica ímpar do efeito vinculante “*é sua consideração como uma forma de abstração da decisão – e nem tanto da generalidade, própria da eficácia erga omnes – ou seja, de ampliação do alcance objetivo da coisa julgada*”.

Roger Stiefelmann Leal¹³¹ critica asseverando que o efeito vinculante não se conforma como um elemento indissociável do ideário de Estado Democrático de Direito ou de modelo específico de jurisdição constitucional, mas diversamente “*(...) configura instituto de natureza complementar, estranho ao sistema, que não se faz presente em vários ordenamentos que contemplam mecanismos de controle abstrato de constitucionalidade*”.

Rebatendo as ilações do *supra* dito doutrinador, João Luís Fischer¹³² ensina que o efeito vinculante não é alheio ao sistema pátrio, visto que o mesmo existiu com roupagem díspar na tradição romanista, esclarecendo no “*Brasil de Portugal, já havia a previsão da formação de precedentes gerais e obrigatórios. Durante o Império, várias leis regularam no Brasil o regime jurídico dos assentos*”.

Celso Albuquerque Silva¹³³ destaca que, mesmo existindo há mais de uma década no ordenamento jurídico brasileiro, “*o efeito vinculante sofre intensas objurcações, principalmente quanto à sua legitimidade, e pouco se tem aprofundado no estudo dos fundamentos teóricos da doutrina vinculante*”. Ademais, afirma que o efeito vinculante está atrelado diretamente ao acesso à justiça, ao passo “*foram selecionados três princípios legitimadores do instituto (...) o princípio da isonomia, o princípio da legalidade e o princípio democrático*”. No que se refere ao princípio da igualdade, Celso Albuquerque¹³⁴ ressalva que:

(...) impende ressaltar que, classicamente, o efeito vinculante tem sido considerado a melhor política judicial porque permite concretizar a regra de justiça consubstanciada no mandamento isonômico de que os iguais devem ser tratados igualmente. Desse princípio deflui a regra de que litígios judiciais substancialmente semelhantes devem ser destinatários de decisões judiciais idênticas.

¹³⁰ CUNHA, Sérgio Sérvulo. *Op. cit.* p.19.

¹³¹ LEAL, Roger Stiefelmann. *Opere citato.* p.114.

¹³² DIAS, João Luís Fischer. *Opus citatum.* p. 26.

¹³³ SILVA, Celso Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. XIX-XX.

¹³⁴ *Loc. cit.*

Roger Stiefelmann¹³⁵ acrescenta ainda como princípios informativos da vinculatividade, o Princípio da Segurança Jurídica e da Unidade da Constituição.

No mais, Celso de Albuquerque não afasta a adoção do efeito vinculante tendo em vista a necessidade da estabilidade e certeza do direito:

(...) **a estabilidade e a certeza do direito são um forte argumento da adoção do efeito vinculante.** A ausência de uma diretriz relativamente segura para a solução de determinada controvérsia conduz inevitavelmente a um permanente estado de insegurança e, conseqüentemente, injustiça.¹³⁶ (grifo nosso)

Peter Härbel¹³⁷ considera que, “*a vinculação se converte em liberdade na medida em que se reconhece que a nova orientação hermenêutica consegue contrariar a ideologia da subsunção*”.

Neste diapasão, Rodolfo de Camargo Mancuso¹³⁸ assevera que a vinculatividade garante maior consistência ao ordenamento jurídico para impor a observância da *ratio decidendi* na interpretação das leis de modo uniforme. Logo, “*a uniformização da jurisprudência ensinaria em seu sentido mais potencializado*”, ou seja, “*a jurisprudência atinge seu ponto ótimo de eficácia, quando após resolvido o caso concreto, a tese fixada se destaca, projetando efeitos em face de outras demandas, virtuais ou pendentes*”.

Contra a eficácia vinculante, os autores como Marco Antônio Botto Muscari¹³⁹, trazem ao debate a violação do Princípio da Independência Funcional dos Juízes, do Princípio da Separação dos Poderes, desrespeito ao duplo grau de jurisdição, agressão aos postulados do acesso à justiça e da inafastabilidade do controle judiciário, ofensa à obrigatoriedade de motivação das decisões, tentativa de tornar previsíveis as decisões para fins de controle neoliberal vinculado à globalização econômica, falta de legitimação democrática do Poder Judiciário e aniquilação da atividade criativa do magistrado.

¹³⁵ LEAL, Roger Stiefelmann. *Opere citato*. p.115.

¹³⁶ SILVA, Celso Albuquerque. *Opus Citatum*. p.79.

¹³⁷ HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. Antônio Fabris, 1997. p.30.

¹³⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. 2.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.137.

¹³⁹ MUSCARI, Marco Antônio Botto. *Súmula Vinculante*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999. p.63-65.

3. Efeito Vinculante e Eficácia *Erga Omnes* ou Geral ou Generalidade

Segundo Gilmar Ferreira Mendes, “a eficácia erga omnes e o efeito vinculante deveriam ser tratados como institutos afins, mas distintos”¹⁴⁰ como se extrai do trecho abaixo, tendo em vista o germe tedesco:

Além de conferir **eficácia erga omnes** às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade, a presente proposta de emenda constitucional introduz no direito brasileiro o conceito de **efeito vinculante** em relação aos órgãos e agentes públicos. Trata-se de instituto jurídico desenvolvido no Direito processual alemão, que tem por objetivo outorgar maior eficácia às decisões proferidas por aquela Corte Constitucional, assegurando força vinculante não apenas à parte dispositiva da decisão, mas também aos chamados **fundamentos** ou **motivos determinantes** (tragende Gründe).

A declaração de nulidade de uma lei não obsta à sua reedição, ou seja, a repetição de seu conteúdo em outro diploma legal. Tanto a coisa julgada quanto a força de lei (eficácia erga omnes) não lograriam evitar esse fato. Todavia, o efeito vinculante, que deflui dos fundamentos determinantes (tragende Gründe) da decisão, obriga o legislador a observar estritamente a interpretação que o tribunal conferiu à Constituição. Conseqüência semelhante se tem quanto às chamadas normas paralelas. Se o tribunal declarar a inconstitucionalidade de uma Lei do Estado A, o efeito vinculante terá o condão de impedir a aplicação de norma de conteúdo semelhante do Estado B ou C (Cf. Christian Pestalozza, comentário ao § 31, I, da Lei do Tribunal Constitucional Alemão (Bundesverfassungsgerichtsgesetz) in: Direito Processual Constitucional (Verfassungsprozessrecht), 2ª edição, Verlag C.H. Beck, Munique, 1982, pp. 170/171, que explica o efeito vinculante, suas conseqüências e a diferença entre ele e a eficácia seja **inter partes** ou **erga omnes**)¹⁴¹.(grifo nosso)

É imprescindível distinguir a eficácia “*erga omnes*” (força de lei) do *efeito vinculante*, pois, apesar de serem institutos afins, como não são idênticos. De acordo com Gilmar Mendes¹⁴², a orientação que tem prevalecido é a de que o primeiro se refere à parte dispositiva da decisão, ao passo que, o segundo, cujo objetivo é conferir maior eficácia às decisões do STF, assegura “*força vinculante não apenas à parte dispositiva da decisão, mas também aos chamados fundamentos ou motivos determinantes*”. E em relação às normas paralelas, aduz que “(...) o efeito vinculante tem o condão de impedir a aplicação de uma lei do Estado B ou

¹⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Opus citatum*. p.01-02.

¹⁴¹ *Loco citato*.

¹⁴² Proposta de Emenda Constitucional n. 130, de 1992. In: MARTINS, Ives Gandra Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado da constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 337.

*C se uma lei de conteúdo semelhante do Estado A for declarada inconstitucional. O mesmo já não ocorre com a eficácia erga omnes”.*¹⁴³

Pondera Teori Albino Zavascki¹⁴⁴ que “há dificuldade em estabelecer, com precisão, o que é efeito vinculante e o que o diferencia da eficácia erga omnes”, visto que, conforme entendimento do Ministro Moreira Alves¹⁴⁵, “a eficácia contra todos ou erga omnes já significa que todos os juízes e tribunais, inclusive o Supremo Tribunal Federal, estão vinculados ao pronunciamento judicial”.

Ainda de acordo com Zavascki, a terminologia “vinculados”, atém-se à extensão do julgado – *erga omnes*, espraiando-se contra todos, inclusive o Poder Legislativo e o próprio Supremo Tribunal Federal –, não se confundindo com o efeito vinculante instituído pela Emenda Constitucional n.º 03/93, como destaca Moreira Alves em seu voto, *in verbis*:

A eficácia erga omnes das decisões de mérito proferidas em ambas essas ações as impõe a todos, mas é o efeito vinculante da decisão de mérito na ação declaratória de constitucionalidade que lhe permite, prontamente, defender a segurança jurídica com o respeito da ordem constitucional assegurado por esse meio de controle.

Ademais, o Min. Moreira Alves leciona sobre a extensão em face de todos ou *erga omnes* na Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 01:

[...] se estende a todos (eficácia erga omnes) no sentido de que, em face de todos, sua eficácia se exaure na declaração de que o ato normativo é inconstitucional (e, portanto, nulo desde a origem) ou constitucional (e, conseqüentemente, válido), o que implica a possibilidade de o Poder Judiciário, por suas instâncias inferiores, poderem continuar a julgar em contrário, hipótese em que, às partes prejudicadas nos casos concretos, só restará, em recurso extraordinário, ver respeitada, pelo Supremo Tribunal Federal, sua decisão na ação direta de inconstitucionalidade sobre o ato normativo que dela foi objeto; e mais: essa eficácia erga omnes da ação direta de inconstitucionalidade não impede que o Poder ou órgão de que emanou o ato normativo julgado inconstitucional volte a reincidir na inconstitucionalidade editando novo ato com o mesmo conteúdo do anterior, hipótese em que será necessária a propositura de nova ação direta de inconstitucionalidade, pois a declaração anterior não alcança esse segundo ato.¹⁴⁶ (grifo nosso)

Alhures, Sérgio Cunha¹⁴⁷ diz que, o efeito vinculante não se dirige a todos, mas apenas ao poder público, já a força de lei, traduz-se a partir de um viés subjetivo, na vinculação de

¹⁴³ *Loc. cit.*

¹⁴⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2001. p. 51.

¹⁴⁵ Questão de Ordem da Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 01, de relatoria do Ministro Moreira Alves, julgada em 27 de outubro de 1993 e publicada no Diário da Justiça de 16 de junho de 1995.

¹⁴⁶ *Loco citato*.

¹⁴⁷ CUNHA, Sérgio Sérvulo da. *O efeito vinculante e os poderes do juiz*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 08.

todos e, não somente dos interessados no processo e dos poderes público, como se vê abaixo *ipsi litteris*:

A força de lei diferencia-se claramente do efeito vinculante. **O efeito vinculante não se dirige a todos mas apenas ao poder público.** Quando o inciso I fala de efeito vinculante, não pode referir-se ao conteúdo da coisa julgada material, porque os destinatários do efeito vinculante ultrapassam os interessados na lide; ele confere às decisões em processos de controle de normas um efeito de constatação vinculante. **A força de lei, significa, sob o ponto de vista subjetivo, vinculação de todos, não só dos interessados no processo (como acontece na coisa julgada) e não só dos poderes públicos e órgãos da Administração** (como acontece no efeito vinculante do art. 31.1).

Destarte, nota-se uma sutil diferença no que tange os limites subjetivos, isto é, a extensão de ambos os efeitos. Enquanto a eficácia *erga omnes*, em face de todos, se exaure, o efeito vinculante tem abrangência mais restrita, abarcando o Poder Executivo – incluindo-se a Administração Pública federal, estadual, distrital e municipal – e os demais órgãos do Poder Judiciário – todos os órgãos do Poder Judiciário, excetuando o Supremo Tribunal Federal –.

Sendo assim, além de diverso, o alcance dos efeitos supramencionados, existe outro detalhe que diferencia os 02 (dois) institutos, isto é, a possibilidade de garantir a autoridade das decisões proferidas em sede de controle abstrato de normas. As decisões judiciais quando favorecidas somente de eficácia *erga omnes*, engendram que as outras instâncias do Poder Judiciário decidam de forma diferente, restando às partes a possibilidade de ajuizar recurso extraordinário¹⁴⁸ ou ação de desconstituição, na hipótese de sua aplicação por autoridades administrativas, a fim de que estas sejam obedecidas¹⁴⁹. Em relação ao efeito vinculante, o mesmo impõe a sua imperativa observância, exprimindo desse modo um caráter eminentemente subordinante, derivando notória conseqüência de matiz processual, notadamente a possibilidade de utilização da reclamação para garantir a eficácia das decisões da Corte¹⁵⁰.

Quanto à natureza e aos fundamentos da eficácia *erga omnes*, há uma lacuna doutrinária. Porém, Moreira Alves aduz que a eficácia *erga omnes* é oriunda da “*própria*

¹⁴⁸ Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 01, de relatoria do Ministro Moreira Alves, julgada em 01 de dezembro de 1993 e publicada no Diário da Justiça de 16 de junho de 1995.

¹⁴⁹ ALVES, José Carlos Moreira. O Controle de Constitucionalidade no Brasil. *Revista da Procuradoria-Geral da República*, São Paulo, n. 09, p. 131, jul-dez. 1996.

¹⁵⁰ Voto do Min. Celso de Mello na Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 4/ DF, publicado no *Diário da Justiça* de 21 de maio de 1999, no qual, de modo expreso atribuiu à decisão, “*eficácia vinculante e subordinante, com todas as conseqüências jurídicas daí decorrentes, inclusive aquelas de natureza processual concernentes ao emprego do instituto da reclamação*”. (grifo no original).

natureza do controle abstrato de normas”¹⁵¹, não sondando opinião acerca da natureza da própria eficácia *erga omnes*. A respeito dessa questão, Lúcio Bittencourt¹⁵² objeta que os tratadistas estadunidenses, não fundamentaram a eficácia *erga omnes*, e de igual modo, foram seguidos pelos doutrinadores brasileiros, sendo que esses últimos tão e somente repisaram as lições dos norte-americanos, sem investigar os motivos nos quais se embasaram:

(...) as dificuldades e problemas surgem, precisamente, no que tange à eficácia direta ou colateral da sentença declaratória da inconstitucionalidade, pois, embora procurem os autores estendê-la a situações jurídicas idênticas, considerando indiretamente anulada a lei, ‘porque a sua aplicação não obteria nunca mais o concurso da justiça’, não tem, todavia, conseguido apresentar **fundamento técnico, razoavelmente aceitável**, para justificar essa extensão. Não o apontam os tratadistas americanos-infensos à sistematização, que caracteriza os países onde se adota a codificação do direito positivo- limitando-se a enunciar o princípio, em termos categóricos: a lei declarada inconstitucional deve ser considerada, para todos os efeitos, como se jamais, em qualquer tempo houvesse possuído eficácia jurídica- *is to be regarded as having never, at any time, been possessed of any legal force*. **Os nossos tratadistas também não indicam a razão jurídica determinante desse efeito amplo. Repetem a doutrina dos escritores americanos e as afirmações dos tribunais, sem buscar-lhes o motivo, a causa ou o fundamento.** Nem o grande Rui, com o seu gênio estelar, nem os que subseqüentemente, na sua trilha luminosa, versaram o assunto com a proficiência de um Castro Nunes. (grifo nosso)

Não obstante, o autor *supra* irrisignando *de front* ao impedimento de arrazoar a amplitude de efeitos, atribui ao instituto os princípios que orientam a coisa julgada:

É que, em **face dos princípios que orientam a doutrina de coisa julgada** e que são comumente aceitos entre nós, **é difícil, senão impossível, justificar aqueles efeitos**, que, aliás, se verificam em outras sentenças como, por exemplo, as que decidem matéria do estado civil, as quais, segundo entendimento geral prevalecem *erga omnes*. (grifo nosso)

Em consonância com o ponderado *supra*, a razão de ser da utilização da expressão *erga omnes* calca-se no fato da inconstitucionalidade decorrente do julgamento de lei em tese, acarretar a retirada dessa lei do ordenamento jurídico. Destarte, uma vez proclamada a inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo, reconhecesse-se o seu vício desde o início, ao passo que, a mesma destoava de seu fundamento genuíno, qual seja, a Constituição. Portanto, deriva daí que, não integrando mais o ordenamento jurídico, a norma deixa de existir, se extenua perante todos.

¹⁵¹ Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 01, de relatoria do Ministro Moreira Alves, julgada em 01 de dezembro de 1993 e publicada no Diário da Justiça de 16 de junho de 1995.

¹⁵² BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1949. p. 140-141

Por sua vez, o efeito vinculante da decisão, conforme salientado pelo Ministro Gilmar Mendes¹⁵³ é oriundo múnus político-institucional da Corte ou do Tribunal Constitucional de velar pela observância da Carta Política:

[...] está intimamente vinculado à **própria natureza da jurisdição constitucional** em dado Estado democrático e à **função de guardião da Constituição desempenhada pelo Tribunal** (...) Em verdade, **o efeito vinculante decorre do particular papel político-institucional desempenhado pela Corte ou pelo Tribunal Constitucional**, que deve zelar pela observância estrita da Constituição nos processos especiais concebidos para solver determinadas e específicas controvérsias constitucionais¹⁵⁴. (grifo nosso)

Os argumentos que se opõem à vinculação geral do comando abstrato estão atrelados ao Princípio da Separação dos Poderes. Sendo assim, Celso de Albuquerque Silva¹⁵⁵ ensina que a vinculação não conflita com o Princípio em questão, em virtude da normatividade oriunda da valorização do Poder Judiciário e de seu reconhecimento enquanto poder político:

A crítica que aponta a adoção do efeito vinculante como um instituto violador do princípio da separação dos poderes acolhe, ainda que inconscientemente, **o Poder Judiciário como um mero limite contra o Poder Absoluto, reduzindo a atuação judicial à clássica concepção de um legislador negativo típica do estado liberal absentista. Nessa visão mais conservadora do princípio da separação dos poderes, o legislador possuiria o monopólio na criação do direito.**

Sabe-se, porém, que a moderna doutrina constitucional superou de há muito essa visão conservadora estruturada no paradigma liberal individualista onde o direito é visto como mero ordenador de condutas, para **reconhecer à justiça a posição de um verdadeiro poder político**. Ao juiz, moderno, atuando na nova concepção de um **direito promovedor-transformador típico do Estado Democrático de Direito**, é reconhecida **importância capital para a efetiva concretização e realização dos valores e princípios acolhidos na Constituição**. Verifica-se, assim, a **superação da função judicial negativista clássica, que cede passo a uma função ativa e intervencionista do Poder Judiciário**. (grifo nosso)

Tendo em vista que, é proeminente a celeuma doutrinária acerca dos aspectos basilares do efeito vinculante, impõem-se afirmar que inexistente unanimidade entre nossos constitucionalistas. Logo, são defendidas teses divergentes da acima esposada por autores de forte compleição intelectual, como Ingo Sarlet¹⁵⁶, que absorto com a manutenção do Estado Democrático de Direito aduz que *“as medidas reformadoras já realizadas e propostas, em*

¹⁵³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Opus citatum*. p. 14.

¹⁵⁴ Medida Cautelar na Reclamação n.º 2126, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, julgada em 12 de agosto de 2002, publicada no Diário da Justiça de 19 de agosto de 2002.

¹⁵⁵ SILVA, Celso Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 91-92.

¹⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Efeito Vinculante e Deforma do Judiciário. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, v. 02, 2002, p. 14-24.

verdade estão contribuindo para erosão e distorção das instituições democráticas entre nós". Indica ainda, a vulnerabilidade do controle difuso e incidental de constitucionalidade incumbido da preservação da abertura do processo de interpretação jurídico-constitucional. De mais a mais, a despeito de admitir a vinculação das decisões declaratórias de inconstitucionalidade, desde que afastem o ato inconstitucional, afirma que quanto à ação declaratória de constitucionalidade, com arrimo em Lênio Streck e J.J.Gomes Canotilho, que esta ao atribuir caráter normativo às decisões muda a Corte numa espécie de legislador positivo, o que na sua concepção, ventilaria os princípios da separação dos poderes e do Estado de Direito. Nesse ínterim, expõe que o Egrégio Pretório finda por exercer as funções de Poder Constituinte Reformador, ao passo que, sua interpretação se metamorfoseia em norma com força constitucional.

4. Elementos do Efeito Vinculante

De acordo com Gilmar Mendes, a doutrina constitucional só reconhece efeito vinculante às decisões de mérito proferidas pelo STF. Logo, o efeito vinculante não alcança julgados de matiz somente processual, assim, não alcança decisões de mero caráter interlocutório.

i. Limites Objetivos do Efeito Vinculante

Tradicionalmente, entende-se que efeito vinculante só existe no controle abstrato de constitucionalidade, em razão de previsão expressa e da sutileza de qual é o comando abstrato dela oriundo. Destarte, a princípio, segundo Manoel Gonçalves Ferreira, o "*efeito vinculante equivale, em termos práticos, a força de lei (...)*"¹⁵⁷, logo nada diferiria da chamada força de lei própria da sentença definida no art. 468 do Código de Processo Civil. E se a sentença tem força de lei, a vinculação no *decisum* das ações diretas também tem força de lei e, se força de lei é vincular, as mesmas evidentemente vinculam.

Ocorre que, levando-se em consideração que para a doutrina clássica, o efeito vinculante é um aspecto irrelevante, por ser algo característico; a atipicidade identificada

¹⁵⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 233.

estaria na abrangência, ou seja, no efeito *erga omnes*. A fim de que o efeito vinculante não fosse mais uma expressão esvaziada, a doutrina passou a diferenciar efeito vinculante como uma ligação especial e extraordinária que ultrapassa a força de lei, e assim explica o Min. Teori Zavascki:

(...) a sentença proferida em ação de controle concentrado irradia efeitos para todos os possíveis destinatários da norma. Ou seja: a sentença tem eficácia subjetiva *erga omnes*. E à força dessa declaração submetem-se, obrigatoriamente, as autoridades que têm por atribuição aplicar a norma questionada, vale dizer, os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública. Relativamente a eles, a sentença tem, portanto, efeito vinculante.

Todavia, o Ministro Moreira Alves parece contrário ao entendimento *supra* ao asseverar categoricamente na Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º1 que “[...] a eficácia contra todos ou *erga omnes* já significa que todos os juízes e tribunais, inclusive o Supremo Tribunal Federal, estão vinculados ao pronunciamento judicial”. Logo, entoa discordância ao afirmar que a eficácia subjetiva alcança todos os destinatários, com força de lei como todas as sentenças, mas que, apesar da força de lei, a obrigatoriedade de seguir o precedente é somente do Poder Judiciário e da Administração Pública.

Neste diapasão, uma contemporânea doutrina passou a sustentar que o efeito vinculante alcança a fundamentação da decisão, isto é, o comando abstrato e suas razões de ser, sendo esse o limite objetivo do efeito vinculante. Tendo em vista que, essa questão será tratada em item específico, suficiente no momento é expor breves considerações de Roger Stiefelmann¹⁵⁸ que defende o entendimento em tela:

Em alguns países europeus, não afeitos propriamente à prática construtivista do *stare decisis*, percebeu-se a necessidade de reforçar a eficácia das decisões prolatadas no âmbito da jurisdição constitucional, de modo que os demais poderes do Estado, inclusive os tribunais e a administração pública, estivessem vinculados não só a parte dispositiva da sentença, mas também aos motivos, princípios e interpretações que lhe serviram de fundamento (...). A imposição da *ratio decidendi* que presidiu a decisão aos demais poderes teria como efeito normativo necessário a proibição do uso do expediente da reiteração do comportamento julgado inconstitucional, bem como a obrigação de eliminar o demais atos que encerram o mesmo vício apontado. Este acréscimo eficaz denominou-se efeito vinculante (*Bindungswirkung*).

Assim, *a priori*, poder-se-ia argüir na obrigatoriedade do seguimento do precedente em processos judiciais similares com a criação de um mandamento abstrato e geral.

¹⁵⁸ LEAL, Roger Stiefelmann. *Opus citatum*. p.113.

Conquanto, o ensinamento de Celso de Albuquerque Silva¹⁵⁹ indica maior amplitude ao asseverar que o precedente vinculante também é capaz de fomentar a conformação social:

(...) em se admitindo que o efeito vinculante, dada a generalidade do holding, abrange **não apenas a parte dispositiva do julgado, mas igualmente os fundamentos determinantes da decisão, força é reconhecer que, para além da solução para o caso concreto, a decisão vinculante contém assertativas gerais e abstratas, apontando para o dever de observância por parte de outros atores jurídicos distintos daqueles envolvidos na questão decidida**, de considerar que, nas mesmas circunstâncias, conduta semelhante é permitida ou proibida. (grifo nosso)

Gilmar Mendes¹⁶⁰ em sua análise da vinculatividade nas ações diretas, observa que, a concepção de efeito vinculante está ligada ao modelo germânico. Segundo o atual Presidente do Supremo, a proposta do Deputado Roberto Campos não pretensionava dar só eficácia *erga omnes*, mas, também efeito vinculante à decisão, deixando claro que tais efeitos não estariam limitados apenas à parte dispositiva. Embora a EC n.º 03/93 não tenha incorporado a proposta na sua inteireza à luz dos elementos contidos na proposta genuína. E dessa forma, Gilmar Mendes recorre à literatura alemã para explicar o real sentido do instituto. Até-se primeiro, às decisões capazes de gerar efeito vinculante, conclui que “*fundamentalmente, são vinculantes as decisões capazes de transitar em julgado*”. Assim, o efeito vinculante se refere ao momento da decisão, não alcançando decisões posteriores:

Problema de inegável relevo diz respeito aos limites objetivos do efeito vinculante, isto é, à parte da decisão que tem efeito vinculante para os órgãos constitucionais, tribunais e autoridades administrativas. Em suma, indaga-se, tal como em relação à coisa julgada e à força de lei, se o efeito vinculante está adstrito à parte dispositiva da decisão (Urteilstenor; Entscheidungsformel) ou se ele se estende também aos chamados fundamentos determinantes (tragende Gründe), ou, ainda, se o efeito vinculante abrange também as considerações marginais, as coisas ditas de passagem, isto é, os chamados *obiter dicta*.

Enquanto em relação à coisa julgada e à força de lei domina a idéia de que elas não de se limitar à parte dispositiva da decisão (Tenor, Entscheidungsformel), sustenta o Bundesverfassungsgericht que o efeito vinculante se estende, igualmente, aos fundamentos determinantes da decisão (tragende Gründe).

Segundo esse entendimento, a eficácia da decisão do Tribunal **transcende o caso singular**, de modo que os princípios dimanados da parte dispositiva (Tenor) e dos **fundamentos determinantes** da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades nos casos futuros.

¹⁵⁹ SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p.225.

¹⁶⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Opus citatum*. p.05

ii. Limites Subjetivos do Efeito Vinculante

A regra consagrada nos diplomas processuais é que o limite subjetivo de uma decisão judicial são os *ex adversus* envolvidos na demanda. Matiza essa colocação, a dicção do art.468 do Código de Processo Civil¹⁶¹, ou seja, tendo como premissa que a sentença possui força de lei entre as partes e, tratando-se força de lei a vinculatividade, evidentemente os limites subjetivos do efeito vinculante de qualquer decisão judicial são as partes abrangidas na relação jurídica material.

Entretanto, o *suso* referido limite tem excepcionalidades, no tocante aos feitos que engendram eficácia *erga omnes*, como os processos de controle concentrado de constitucionalidade. Nesse caso, a vinculação não se condiciona aos sujeitos envolvidos ou a generalidade de pessoas, mas atrela-se ao tipo de ação na qual a sentença foi prolatada, tendo em vista, que em *lato sensu*, a supremacia da Constituição faz com que todos sejam obrigados e seus efeitos irradiados por todo o Direito; mesmo que se tratando de uma interpretação dada à norma constitucional ou infraconstitucional.

Ainda de acordo com as lições de Direito Germânico do atual presidente do STF¹⁶², no que pese os processos de controle abstrato, a decisão de mérito proferida pela Corte Constitucional vincula a todos os órgãos constitucionais, os tribunais e as autoridades administrativas. Conclui que, esses efeitos vinculantes em relação a órgãos ou autoridades que não integram de alguma forma o processo somente parece fazer sentido se se admitir que ele atinge não apenas a questão submetida ao Tribunal e por ele decidida, mas também outras questões de idêntico conteúdo (*gleiche Rechtsfrage*). Ocorrendo assim, uma ampliação do efeito vinculante, no plano subjetivo, para além dos limites da coisa julgada. Na afirmação de Maunz¹⁶³, “(...) mediante a vinculação de órgãos, pessoas ou autoridades estranhas ao processo, evita-se que, surgindo a mesma questão jurídica, sejam instaurados novos processos desse tipo (outras partes, outro pedido, mas idêntica questão jurídica)”.

Todavia, contra essa orientação suscitam-se 03 (três) objeções que Gilmar Mendes apenas cita, não enfrentando-as: a) o efeito vinculante estende a eficácia da decisão, alcançando pessoas que dele não participaram. Assim sendo, a dita vinculação estaria limitada

¹⁶¹ **Art. 468** - A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.

¹⁶² MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. cit.* p.07.

¹⁶³ MAUNZ, *apud* MENDES, Gilmar Ferreira. *O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas.* p. 07-09.

à relação jurídica objeto da controvérsia judicialmente apreciada; b) o efeito vinculante suscita problemas graves, parece claro que a sua aplicação apenas à relação ou à questão jurídica decidida acabaria por retirar o alcance do instituto, que teria significado meramente simbólico; c) por fim, símile concepção transmudaria a vontade histórica do legislador, constituindo fraude, ao passo que, pretensionou de modo inequívoco vincular órgãos constitucionais, tribunais e autoridades administrativas à própria questão jurídica resolvida.

a) Significado do efeito vinculante na dimensão subjetiva

O efeito vinculante não atinge somente as partes que figuram no processo, mas os demais órgãos. Não existe efeito vinculante para o próprio Supremo Tribunal Federal, na condição de *Bundesverfassungsgericht*, que não estaria coagido a manter o mesmo entendimento jurídico argüido em uma decisão posterior.

Destarte, “a vinculação da Corte Constitucional está limitada à coisa julgada material, isto é, à parte dispositiva da decisão. Os fundamentos da decisão, ainda que determinantes, não vinculam o Tribunal”¹⁶⁴.

No mais, além dos órgãos constitucionais federais e estaduais, o efeito vinculante atinge todas as autoridades administrativas e tribunais nas diversas esferas federativas. Portanto, o efeito vinculante, considerando a peculiaridade dos municípios alemães que tem *status* de autoridades estaduais, abrange inclusive as ditas autoridades locais. Assim sendo, há vinculação dos juízes e tribunais aos julgados específicos das Cortes Superiores que podem “cassar, reformar e suspender julgados das Cortes inferiores”¹⁶⁵.

Certo é que o efeito vinculante das decisões do *Bundesverfassungsgericht*, de acordo com Mendes, não é de forma alguma obstaculizado pelo Princípio da Independência dos juízes, no que toca aos demais juízes e tribunais, porque essa independência é entendida como liberdade em relação aos demais órgãos estaduais que não os próprios tribunais¹⁶⁶.

Outro detalhe, relevado pelo atual Presidente do Supremo, é que mesmo depois de declarada a constitucionalidade da lei, o legislador no uso de seu múnus legisferante não está obstado de operar com mudanças ou revogar a referida norma¹⁶⁷.

¹⁶⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Opere citato*. p.10.

¹⁶⁵ *Loc. cit.*

¹⁶⁶ *Loco. citato*.

¹⁶⁷ *Loc. cit.*

b) Vinculação dos órgãos do Poder Judiciário, do Poder Executivo e do Poder Legislativo

O efeito vinculante consagrada na EC n.º 03/93 reduz-se ao plano subjetivo, isto é, aos órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo. Diferentemente do estabelecido na proposta original que se atinha à vinculação dos órgãos e agentes públicos¹⁶⁸.

Nestes termos, declarada a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei objeto da ação declaratória, ficam os Tribunais e órgãos do Poder Executivo obrigados a guardar-lhe plena obediência. Destaca Gilmar Mendes¹⁶⁹ que, a transcendência enseja a consideração não somente da parte dispositiva do *veredicto*, mas a norma abstrata extraída:

o caráter transcendente do efeito vinculante impõe que sejam considerados não apenas o conteúdo da parte dispositiva da decisão, mas a norma abstrata que dela se extrai, isto é, a proposição de que determinado tipo de situação, conduta ou regulação – e não apenas aquela objeto do pronunciamento jurisdicional – é constitucional ou inconstitucional e deve, por isso, ser preservado ou eliminado.

Ressalva-se ainda que, conforme a inteligência do art. 133, I, CPC¹⁷⁰, a inobservância da decisão constitui violação ao dever funcional da autoridade administrativa e/ou do juiz. E de acordo com o art. 102, I, I, CRFB/88¹⁷¹, observa-se que eventual desrespeito à decisão do Supremo legitima o ajuizamento de Reclamação por inequívoca lesão à autoridade do julgado do Pretório Excelso; cabível inclusive no processo abstrato na ADC, conforme a EC supramencionada.

Indagação de *símile modo* interessante reside na própria dimensão subjetiva do efeito vinculante no que toca à possibilidade da decisão definitiva de mérito autovincular o próprio STF.

Mendes assevera que, embora a Lei Orgânica do Tribunal Constitucional alemão não seja explícita nesta questão, a Corte não admite a autovinculação. Afirma ainda que, esse posicionamento tem uma boa aceitação doutrinária ao passo que, “(...) *além de contribuir para o congelamento do direito constitucional, tal solução obrigaria o Tribunal a sustentar teses que considerasse errôneas ou já superadas*”. Contudo, ao inferir uma interpretação

¹⁶⁸ *Loc. cit.*

¹⁶⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. cit.* p.10.

¹⁷⁰ **Art. 133** - Responderá por perdas e danos o juiz, quando:

I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;

¹⁷¹ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

(...)

l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;

literal a fórmula adotada pela Emenda n.º 03/93, é evidenciada a exclusão do Pretório Supremo do campo de incidência do efeito vinculante na expressão “*aos demais órgãos do Poder Judiciário*”. Fortalecendo os argumentos de que o STF não seria atingido pelo efeito vinculante, acrescenta Gilmar Mendes que:

De um ponto de vista estritamente material também é de se excluir uma autovinculação do Supremo Tribunal aos fundamentos determinantes de uma decisão anterior, pois isto poderia significar uma renúncia ao próprio desenvolvimento da Constituição, afazer imanente dos órgãos de jurisdição constitucional.

Todavia, parece importante, tal assinalado por Bryde, que o Tribunal não se limite a mudar uma orientação eventualmente fixada, mas que o faça com base em uma crítica fundada do entendimento anterior que explicita e justifique a mudança. (grifo nosso)

Destarte, diante dos termos da Emenda Constitucional n.º. 03/93, não existe menção expressa a vinculação do Poder Legislativo. Todavia, *a contrario sensu*, Alexandre de Moraes¹⁷² defende, também a vinculação do legislador afirmando que este “*não poderá editar nova norma com preceitos idênticos aos declarados inconstitucionais, ou ainda, norma derogatória da decisão do Supremo Tribunal Federal; ou mesmo, estará impedido de editar normas que convalidem os atos nulos praticados com base na lei declarada inconstitucional*”.

5. Teoria da Abstrativização do Controle Difuso de Constitucionalidade ou Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes da Sentença no Controle Difuso de Constitucionalidade ou Objetivação do Controle Difuso

5.1. Nomenclatura

Os termos Teoria da Abstrativização do Controle Difuso de Constitucionalidade ou Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes da Sentença no Controle Difuso de Constitucionalidade ou Objetivação do Controle Difuso têm sido usados indiscriminadamente para designar o mesmo fenômeno: a outorga de efeitos *erga omnes*, à exemplo do controle abstrato, às decisões emanadas do controle difuso de constitucionalidade. Salienta-se porém que, as terminologias discutidas não são universais ou unânimes.

¹⁷² MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 627.

A jurisprudência do Excelso Sodalício¹⁷³, por ora usa a expressão “efeito transcendente dos motivos determinantes”, “fenômeno da transcendência dos motivos que embasaram a decisão”, etc.

Por seu turno Freddie Didier Jr.¹⁷⁴ precursoramente aponta a “objetivação do Recurso Extraordinário”, destacando que o Recurso Extraordinário é um dos instrumentos mais utilizados pelos litigantes contra lei ou ato normativo que ventila a Carta Política.

Já Pedro Lenza¹⁷⁵ trabalha com a “teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença no controle difuso” e de igual modo como espécie de sinônimo com “abstrativização do controle difuso”, designadas pelo autor como “nova tendência do STF”¹⁷⁶.

Lênio Streck¹⁷⁷ fala somente em “atribuir efeito erga omnes e vinculante às decisões emanadas de controle difuso”.

Luiz Flávio Gomes¹⁷⁸ discute os “efeitos do controle de constitucionalidade abstrativizado” enaltecendo que a “a decisão da Suprema Corte, na prática, mesmo quando se dá num caso concreto, acaba produzindo efeito contra todos e possui eficácia vinculante, na medida em que a lei foi discutida em tese”. Complementa que “o descumprimento da decisão do Supremo Tribunal Federal, para além de retratar uma convicção ideológica do conflito com o Estado constitucional e democrático de direito, dará ensejo à promoção de reclamação junto ao Excelso Tribunal”.

¹⁷³ **A)** Processo Administrativo n.º 318.715/STF de 17/12/2003, que culminou na edição da emenda n.º 12 do RISTF; **B)** Medida Cautelar Recurso Extraordinário n.º 376.852/SC, julgado em 27 de março de 2003, julgado em 13 de junho de 2003, onde próprio Ministro Gilmar Mendes reafirmou a necessidade de transformação do Recurso Extraordinário em remédio de controle difuso de constitucionalidade; **C)** Posicionamento da Relatora Ministra Ellen, por ocasião do julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 375.011/RS, julgado em 05 de outubro de 2004 e publicado em 28 de outubro de 2004, p. 43; **D)** Decisão do plenário do STF que declarou a inconstitucionalidade do § 1º, art. 2º, da Lei 8.072/90 - Progressão de regime nos crimes hediondos - em sede de *Habeas Corpus* n.º 82.959/SP; **E)** Recurso Extraordinário n.º 197.917/SP; **F)** Julgamento da Reclamação 4335-5/AC, que, até o mês de novembro de de 2008, encontrava-se em andamento.

¹⁷⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie. Transformações do Recurso Extraordinário. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Processo e Constituição**: estudos em homenagem a professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. p. 1.052-1.073.

¹⁷⁵ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. 11 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2007. p. 172.

¹⁷⁶ LENZA, Pedro. *Op.cit.* p. 149

¹⁷⁷ STRECK, Lênio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Cattoni; LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. *A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional*. Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br/index.php>>. Acesso em: 08 dez. 2007, p.02.

¹⁷⁸ GOMES, Luiz Flávio. *Eficácia do Controle de Constitucionalidade Difuso Abstrativizado*. In: Consulex, n.º 221, 2006, p.47.

5.2. Noções de Transcendência ou Efeito Transcendente

Partido do pressuposto que, o sistema de controle de constitucionalidade pátrio é híbrido, existe uma diferença ontológica entre as 02 (duas) modalidades: no viés concreto, a argüição de inconstitucionalidade matiza questão prejudicial, uma vez que, é incidental no curso de determinado processo. O clássico jurista Rui Barbosa¹⁷⁹, já sustentava que, se a “(...) *declaração de inconstitucionalidade se dá incidentalmente, pelo acolhimento da questão prejudicial que é fundamento do pedido ou da defesa, a decisão não possui autoridade de coisa julgada*”, nem se prolonga, mesmo *inter partes*, exteriormente ao processo no qual foi preferida.

Ocorre que, segundo a teoria processual dominante no Direito Brasileiro, apenas a parte dispositiva de uma decisão judicial transita em julgado, ao passo que, os fundamentos jurídicos da decisão não fazem coisa julgada. Amoldada à teoria de Enrico Tulio Liebman¹⁸⁰, o art. 469 do Código de Processo Civil¹⁸¹ não englobou por intermédio da coisa julgada os motivos, mesmo que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva, e a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença¹⁸². Mesma sistemática aplicada à questão prejudicial, quando decidida incidentalmente, em relação a qual se opera tão somente o fenômeno da preclusão. Todavia, quando houver pedido expresso, a questão prejudicial for necessária e o juiz for competente *ratione materiae*, ocorrerá ampliação do objeto do processo e, conseqüentemente, a questão decidida será abarcada pela autoridade da coisa julgada, como se depreende do trecho *infra*:

¹⁷⁹ BARBOSA, Rui *apud* GRINOVER, Ada Pelegrini. *Controle de Constitucionalidade*, Re Pro 90/11.

¹⁸⁰ LIEBMAN, Enrico Tulio, *apud*, SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1994. p.168.

¹⁸¹ **Art. 469** - Não fazem coisa julgada:

I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;

II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença;

III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.

¹⁸² Ensina Araken de Assis que, para a doutrina germânica, “*a coisa julgada é uma peculiar eficácia acrescentada à sentença no momento do seu trânsito em julgado: a eficácia da declaração (Festellungswirkung), que torna o pronunciamento, no presente e no futuro, indiscutível ou incontestável. Assim, a coisa julgada se arrola, segundo tal concepção, dentre os efeitos da sentença*”. Araken conclui que “*Talvez sensibilizado por semelhante argumento o legislador não reproduziu, no art. 467 a idéia de Liebman (...), remanescendo tão-só o adjetivo ‘imutável’, ténue resquício da matriz doutrinária. Por isso, não há motivo concreto e relevante para repetir, automaticamente, a lição rejeitada pelo ius positum, prestando reverência à memória de LIEBMAN*” (Eficácia da coisa julgada inconstitucional. *Revista Jurídica*, n. 301, nov. 2002, p. 9). Já Eurico Liebman, discordava de tal concepção, diferindo os efeitos da sentença da autoridade da coisa julgada (fenômenos distintos e independentes). Esta seria uma qualidade especial que se agrega aqueles, após o trânsito em julgado, para torná-los imutáveis. (PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa julgada cível*. 2.ed. Rio de Janeiro: AIDE, 1998. p 68-72) resume a discussão: o argumento fundamental dos críticos é o de que os efeitos da sentença podem ser, em regra, alterados. Para alguns, somente é inalterável o elemento declaratório; para outros, o conteúdo decisório da sentença.

É exato dizer que **a coisa julgada se restringe à parte dispositiva da sentença**; a essa expressão, todavia, deve dar-se um sentido substancial e não formalista, de modo que abranja não só a parte final da sentença, como também qualquer outro ponto em que tenha o juiz eventualmente provido sobre os pedidos das partes. (grifo nosso)

Entretanto, parte da doutrina e da jurisprudência hodiernas caminha para um novel entendimento de atribuição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle *indidenter tantum* pelo Egrégio Supremo. E é nesse diapasão que, a doutrina brasileira trata do chamado efeito transcendente das decisões no exercício da jurisdição constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, mesmo inexistindo uniformidade no tratamento e no conceito. Contrariando, portanto, a clássica dogmática processualista amalgamada nos ensinamentos de Liebman, o Supremo no exercício do controle concentrado, vem estendendo os efeitos da coisa julgada aos fundamentos que o levaram a declarar a validade ou a invalidade de uma norma jurídica. O ativismo jurisdicional do Egrégio Pretório tem provocado o que se pode designar de “*efeito transcendente dos motivos determinantes*”.

Não é excessivo trazer à memória que a definição de efeito vinculante, conforme se viu alhures, aproxima-se da ampliação objetiva do alcance da coisa julgada, cuidando-se, pois, de institutos correlatos, contudo, distintos entre si¹⁸³.

Evidente é que a limitação objetiva da coisa julgada é tratada pelo Código de Processo Civil, isto é, constitui matéria jurídica-política infraconstitucional. O que poderia levar a sustentação de que a análise da eficácia das decisões de controle de constitucionalidade, regulada pela Carta Magna, efetuar a hermenêutica a partir de leis ordinárias para tratar de normas constitucionais. A interpretação ocorre no sentido inverso, a partir dos preceitos constitucionais para as leis ordinárias, tendo em vista a o Princípio da Supremacia da Constituição.

Pelo fio do exposto, mesmo em sede de controle concentrado, que produz efeitos vinculante e *erga omnes*, as razões jurídicas, a saber, a motivação ou a fundamentação, que levariam o STF a decidir sobre a validade ou a invalidade de determinada norma, em regra, nunca transcenderiam o próprio julgado.

¹⁸³ Para Giuseppe Chiovenda, a coisa julgada verte-se no “*bem da vida que o autor deduziu em juízo (res in iudicium deducta) com a afirmação de que uma vontade concreta de lei o garante ao seu favor ou nega ao réu depois que o juiz o reconheceu ou desconheceu com a sentença de recebimento ou de rejeição da demanda*” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed., São Paulo: Bookseller, 2002. v.1. p.446).

De acordo com Roger Stiefelmann Leal¹⁸⁴, o efeito transcendente constituiria um caracter especial da vinculatividade. Gilmar Mendes¹⁸⁵ chega a afirmar que “*pretendeu-se, com o efeito vinculante conferir eficácia adicional à decisão do Supremo Tribunal Federal, outorgando-lhe amplitude transcendente ao caso concreto*”. Logo, tal efeito passa a vincular não só a declaração de validade ou de invalidade da norma (parte dispositiva do acórdão), mas, sobretudo, os motivos (os fundamentos) que embasaram juridicamente aquela decisão. Assim, os referidos motivos podem ser suscitados para se justificar, de imediato, a declaração de validade ou de invalidade de outra norma com idêntico teor.

A teoria do efeito transcendente dos motivos determinantes é verdadeira inovação constitucional, onde todos os tribunais estariam vinculados não somente à parte dispositiva do primeiro veredito do Supremo, mas, em especial, aos fundamentos jurídicos que conduziram o STF a tomar determinada decisão.

Marcelo Novelino Camargo¹⁸⁶ assevera que o fenômeno da transcendência consiste no reconhecimento da eficácia que ultrapassa o caso singular:

(...) a transcendência dos motivos significa que os motivos que determinaram aquela decisão **transcendem o julgamento para outros casos e também são vinculantes**. Cabe a ressalva que não é toda a fundamentação que é vinculante, apenas a *ratio decidendi*, ou seja, a razão que levou o tribunal a decidir daquela forma.

Diferentemente da *ratio decidendi* ou razão de decidir, as questões chamadas *obiter dicta*, isto é, coisa dita de passagem ou mero comentário, não vinculam assim as referidas questões são acessórias do julgado, questões secundárias, ou melhor, questões ditas de passagem. Neste caso, os efeitos da decisão proferida em controle concreto não se limitariam à parte dispositiva da decisão, de modo a se aplicar aos próprios fundamentos determinantes do julgado que o Supremo Tribunal Federal venha a proferir em sede de controle abstrato, especialmente quando consubstanciar declaração de inconstitucionalidade. Gilmar Mendes¹⁸⁷ afirma ao tratar dos limites objetivos do efeito vinculante que, o objeto do efeito vinculante é tanto a motivação quanto o dispositivo do julgado, quer se trate de controle concentrado, quer se trate de controle difuso. No mais, o Presidente do Supremo defendeu na

¹⁸⁴ LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006. p.150.

¹⁸⁵ Gilmar Mendes na apresentação da obra de Celso Albuquerque da Silva. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.XV.

¹⁸⁶ CAMARGO, Marcelo Novelino. (Org.). *Leituras Complementares de Constitucional: Controle de Constitucionalidade*. Salvador: Jus Podium, 2007. p. 53.

¹⁸⁷ Reclamação n.º 2363/PA, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, julgada em 23 de outubro de 2003, publicada no Diário da Justiça de 01 de abril de 2005.

Reclamação 2363/PA o matiz transcendente e vinculante dos fundamentos determinantes das decisões do STF:

(...) a aplicação dos fundamentos determinantes de um ‘leading case’ em hipóteses semelhantes tem-se verificado, entre nós, até mesmo no controle de constitucionalidade das leis municipais. Em um levantamento precário, pude constatar que muitos juízes desta Corte têm, constantemente, aplicado em caso de declaração de inconstitucionalidade o precedente fixado a situações idênticas reproduzidas em leis de outros municípios. Tendo em vista o disposto no ‘caput’ e § 1º-A do artigo 557 do Código de Processo Civil, que reza sobre a possibilidade de o relator julgar monocraticamente recurso interposto contra decisão que esteja em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, **os membros desta Corte vêm aplicando tese fixada em precedentes onde se discutiu a inconstitucionalidade de lei, em sede de controle difuso, emanada por ente federativo diverso daquele prolator da lei objeto do recurso extraordinário sob exame.** (grifo nosso)

Intuitivamente, vê-se que a criação do instituto do efeito transcendente dos motivos determinantes ampara-se no fortalecimento do poder normativo da Constituição e no ativismo do STF. Deve-se então, ressaltar que o controle de constitucionalidade não é uma questão meramente processual, ele decorre da inevitável supremacia e unidade da Constituição. Em razão dessa supremacia e unidade, todo o ordenamento jurídico encontra-se validado e condicionado pela normatividade ou força normativa da Carta Magna e da interpretação que é dada à *Lex Fundamentalis* pelo STF. Nesse sentido, os motivos jurídicos que levam o STF a declarar, na via principal ou incidental, a validade ou a invalidade de uma norma necessariamente transcenderiam ou sublimariam os efeitos do próprio julgado e serviriam como parâmetro para todo o ordenamento jurídico e para todas as instituições do Estado e da sociedade civil.

Nesses termos da Medida Cautelar na Reclamação n.º 4.999/RN, de relatoria do Min. Celso de Mello, publicado no Diário da Justiça em 22 de março de 2007¹⁸⁸:

Sustenta-se, nesta sede processual - presentes os motivos determinantes que substanciaram a decisão que esta Corte proferiu na ADI 2.868/PI - que os atos, de que ora se reclama, teriam desrespeitado a autoridade desse julgamento plenário, que restou consubstanciado em acórdão assim ementado: "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 5.250/2002 DO ESTADO DO PIAUÍ. PRECATÓRIOS. OBRIGAÇÕES DE PEQUENO VALOR. CF, ART. 100, § 3º, ADCT, ART. 87. Possibilidade de fixação, pelos estados-membros, de valor referencial inferior ao do art. 87 do ADCT, com a redação dada pela Emenda Constitucional 37/2002. Ação direta julgada improcedente." (ADI 2.868/PI, Rel. p/ o acórdão Min. JOAQUIM BARBOSA - grifei) O litígio jurídico-constitucional suscitado em sede de controle abstrato (ADI 2.868/PI),

¹⁸⁸ Medida Cautelar na Reclamação n.º 4.999/RN, de relatoria do Min. Celso de Mello, julgada em 19 de março de 2007 e publicada no Diário da Justiça em 22 de março de 2007.

examinado na perspectiva do pleito ora formulado pelo Município de Afonso Bezerra/RN, parece introduzir a possibilidade de discussão, no âmbito deste processo reclamatório, do denominado **efeito transcendente dos motivos determinantes da decisão declaratória de constitucionalidade** proferida no julgamento plenário da já referida ADI 2.868/PI, Rel. p/ o acórdão Min. JOAQUIM BARBOSA. Cabe registrar, neste ponto, por relevante, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no exame final da Rcl 1.987/DF, Rel. Min. MAURÍCIO CORREA, expressamente admitiu a possibilidade de reconhecer-se, em nosso sistema jurídico, a existência do fenômeno da "**transcendência dos motivos que embasaram a decisão**" proferida por esta Corte, em processo de fiscalização normativa abstrata, em ordem a proclamar que o efeito vinculante refere-se, também, à própria "ratio decidendi", projetando-se, em conseqüência, para além da parte dispositiva do julgamento, "in abstracto", de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade. Essa visão do fenômeno da transcendência parece refletir a preocupação que a doutrina vem externando a propósito dessa específica questão, consistente no reconhecimento de que a eficácia vinculante não só concerne à parte dispositiva, mas refere-se, também, aos próprios fundamentos determinantes do julgado que o Supremo Tribunal Federal venha a proferir em sede de controle abstrato, especialmente quando consubstanciar declaração de inconstitucionalidade (...) Na realidade, essa preocupação, realçada pelo magistério doutrinário, tem em perspectiva um dado de insuperável relevo político-jurídico, consistente na necessidade de preservar-se, em sua integralidade, a força normativa da Constituição, que resulta da indiscutível supremacia, formal e material, de que se revestem as normas constitucionais, cuja integridade, eficácia e aplicabilidade, por isso mesmo, não de ser valorizadas, em face de sua precedência, autoridade e grau hierárquico (...) Cabe destacar, neste ponto, tendo presente o contexto em questão, que assume papel de fundamental importância a interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função institucional, de "guarda da Constituição" (CF, art. 102, "caput"), confere-lhe o monopólio da última palavra em tema de exegese das normas positivadas no texto da Lei Fundamental, como tem sido assinalado, com particular ênfase, pela jurisprudência desta Corte Suprema: "(...) A interpretação do texto constitucional pelo STF deve ser acompanhada pelos demais Tribunais. (...) A não-observância da decisão desta Corte debilita a força normativa da Constituição. (...)" (RE 203.498-AgR/DF, Rel. Min. GILMAR MENDES - grifei) Impende examinar, no entanto, antes de quaisquer outras considerações, se se revela cabível, ou não, na espécie, o emprego da reclamação, quando ajuizada em face de situações de alegado desrespeito a decisões que a Suprema Corte tenha proferido em sede de fiscalização normativa abstrata. O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar esse aspecto da questão, tem enfatizado, em sucessivas decisões, que a reclamação reveste-se de idoneidade jurídico-processual, se utilizada com o objetivo de fazer prevalecer a autoridade decisória dos julgamentos emanados desta Corte, notadamente quando impregnados de eficácia vinculante: "**O DESRESPEITO À EFICÁCIA VINCULANTE, DERIVADA DE DECISÃO EMANADA DO PLENÁRIO DA SUPREMA CORTE, AUTORIZA O USO DA RECLAMAÇÃO. - O descumprimento, por quaisquer juízes ou Tribunais, de decisões proferidas com efeito vinculante, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sede de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade, autoriza a utilização da via reclamatória, também vocacionada, em sua específica função processual, a resguardar e a fazer**

prevaler, no que concerne à Suprema Corte, a integridade, a autoridade e a eficácia subordinante dos comandos que emergem de seus atos decisórios. Precedente: Rcl 1.722/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO (Pleno)." (RTJ 187/151, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno) Cabe verificar, de outro lado, se terceiros - que não intervieram no processo objetivo de controle normativo abstrato - dispõem, ou não, de legitimidade ativa para o ajuizamento de reclamação perante o Supremo Tribunal Federal, quando promovida com o objetivo de fazer restaurar o "imperium" inerente às decisões emanadas desta Corte, proferidas em sede de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, a propósito de tal questão, ao analisar o alcance da norma inscrita no art. 28 da Lei n.º 9.868/98 (Rcl 1.880-AgR/SP, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA), firmou orientação que reconhece, a terceiros, qualidade para agir, em sede reclamatória, quando necessário se torne assegurar o efetivo respeito aos julgamentos desta Suprema Corte, proferidos no âmbito de processos de controle normativo abstrato: "(...) LEGITIMIDADE ATIVA PARA A RECLAMAÇÃO NA HIPÓTESE DE INOBSERVÂNCIA DO EFEITO VINCULANTE. - Assiste plena legitimidade ativa, em sede de reclamação, àquele - particular ou não - que venha a ser afetado, em sua esfera jurídica, por decisões de outros magistrados ou Tribunais que se revelem contrárias ao entendimento fixado, em caráter vinculante, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos processos objetivos de controle normativo abstrato instaurados mediante ajuizamento, quer de ação direta de inconstitucionalidade, quer de ação declaratória de constitucionalidade. Precedente. (...)." (RTJ 187/151, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno) Vê-se, portanto, que assiste, ao ora reclamante, plena legitimidade ativa "ad causam" para fazer instaurar este processo reclamatório. (grifo nosso)

Em suma, a objetivação do controle difuso resguardaria além da aproximação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade nas modalidades concreta e abstrata, segundo os seus defensores, o instituto suprimiria a carência do *stare decisis* e tornaria desnecessária a resolução do Senado Federal para atribuição de efeito *erga omnes* às decisões prolatadas em sede de controle concreto. Por estes que vêem a abstrativização como panacéia para todos os males, a mesma também engendraria maior segurança jurídica, celeridade processual, uniformidade da jurisprudência. Enfim, trata-se de mais um mecanismo de "aggiornamento" ou atualização, modernização, com o fulcro de adequar os institutos ao novo contexto de atuação do Poder Judiciário pós-Constituição de 1988, sobremaneira, o Supremo Tribunal Federal no desempenho do seu múnus de guardião da Carta Magna sem brechas para a insurgência de recursos.

Ademais, Pedro Lenza expõe que algumas incongruências que subsistem na nova sistemática adotada pelo Supremo Tribunal Federal, principalmente no que se refere a ausência de um sistema regulador de dispositivos e regras constitucionais:

(...) muito embora a tese da transcendência decorrente do controle difuso pareça bastante sedutora, relevante e eficaz, inclusive em termo de

economia processual, de efetividade do processo, de celeridade processual (art. 5º, LXXVIII – Reforma do Judiciário) e de implementação do princípio da força normativa da Constituição (Konrad Hesse), parecem faltar, ao menos em sede de controle difuso, dispositivos e regras, sejam constitucionais, para a sua implementação.

5.3 – Transcendência em Controle Difuso: Leading Case Mira Estrela (Recurso Extraordinário n.º 197.917/ SP)

O pronunciamento do Ministro Maurício Corrêa no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 197.917/SP¹⁸⁹ ensejou uma vasta celeuma no ordenamento jurídico pátrio. No exercício de sua competência recursal, em Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo face à Câmara Municipal de Mira Estrela, o Excelso Sodalício patenteou a inconstitucionalidade do art. 6º da Lei Orgânica de Mira Estrela, que assentava em 11 (onze) o número de parlamentares do referido Município, levando em conta que sua população se firma em no mínimo três mil habitantes. Desta maneira, o Pretório Excelso, por maioria, 08 (oito) votos a 03 (três), deu provimento parcial ao Recurso

¹⁸⁹ Recurso Extraordinário n.º 197.917/SP, de relatoria do Ministro Maurício Corrêa, julgado em 06 de junho de 2002 e publicado no Diário da Justiça de 07 de maio de 2004.

Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MUNICÍPIOS. CÂMARA DE VEREADORES. COMPOSIÇÃO. AUTONOMIA MUNICIPAL. LIMITES CONSTITUCIONAIS. NÚMERO DE VEREADORES PROPORCIONAL À POPULAÇÃO. CF, ARTIGO 29, IV. APLICAÇÃO DE CRITÉRIO ARITMÉTICO RÍGIDO. INVOCAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A POPULAÇÃO E O NÚMERO DE VEREADORES. **INCONSTITUCIONALIDADE, INCIDENTER TANTUM, DA NORMA MUNICIPAL. EFEITOS PARA O FUTURO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL.** 1. O artigo 29, inciso IV da Constituição Federal, exige que o número de Vereadores seja proporcional à população dos Municípios, observados os limites mínimos e máximos fixados pelas alíneas a, b e c. 2. Deixar a critério do legislador municipal o estabelecimento da composição das Câmaras Municipais, com observância apenas dos limites máximos e mínimos do preceito (CF, artigo 29) é tornar sem sentido a previsão constitucional expressa da proporcionalidade. 3. Situação real e contemporânea em que Municípios menos populosos têm mais vereadores do que outros com um número de habitantes várias vezes maior. Casos em que a falta de um parâmetro matemático rígido que delimite a ação dos legislativos Municipais implica evidente afronta ao postulado da isonomia. 4. Princípio da razoabilidade. Restrição legislativa. A aprovação de norma municipal que estabelece a composição da Câmara de Vereadores sem observância da relação cogente de proporção com a respectiva população configura excesso do poder de legislar, não encontrando eco no sistema constitucional vigente. 5. Parâmetro aritmético que atende ao comando expresso na Constituição Federal, sem que a proporcionalidade reclamada traduza qualquer afronta aos demais princípios constitucionais e nem resulte formas estranhas e distantes da realidade dos Municípios brasileiros. Atendimento aos postulados da moralidade, impessoalidade e economicidade dos atos administrativos (CF, artigo 37). 6. Fronteiras da autonomia municipal impostas pela própria Carta da República, que admite a proporcionalidade da representação política em face do número de habitantes. Orientação que se confirma e se reitera segundo o modelo de composição da Câmara dos Deputados e das Assembleias Legislativas (CF, artigos 27 e 45, § 1º). 7. **Inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, da lei local que fixou em 11 (onze) o número de Vereadores, dado que sua população de pouco mais de 2600 habitantes somente comporta 09 representantes.** 8. **Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário conhecido e em parte provido.** (grifo nosso)

Extraordinário n.º 197.917/SP que julgou a inconstitucionalidade do aludido artigo da Lei Orgânica Municipal n.º 226/90, em razão da inobservância da proporcionalidade entre o número de vereadores e habitantes do Município em tela, em consonância com o artigo 29, inciso VI, da Constituição da República Federativa do Brasil¹⁹⁰. Com a decisão, o Plenário fixou entendimento que os municípios têm direito a 01 (um) vereador para cada 47.619 (quarenta e sete mil, seiscentos e dezenove) habitantes¹⁹¹. Logo, o Município de Mira Estrela, que tinha à época, menos de três mil habitantes, se adequava ao mínimo constitucional de 09 (nove) representantes. Não obstante, a decisão não afetaria a composição atual da legislatura da Câmara Municipal, mas o Legislativo local deveria estabelecer nova disciplina sobre a matéria para as eleições seguintes, de modo a se amoldar ao entendimento do Supremo.

O início do julgamento ocorreu em junho de 2002, na ocasião o relator Ministro Maurício Corrêa, ponderou acertada a sentença de 1ª grau que declarou inconstitucional o dispositivo da Lei Orgânica. Argüiu Maurício Corrêa que o parâmetro ideal para estabelecer a proporcionalidade entre o número de habitantes e seus representantes é o que determina que o mínimo de 09 (nove) e o máximo de 21 (vinte e um) vereadores nos municípios de até um milhão de habitantes.

Ainda no julgamento, o Min. Maurício Corrêa ressaltou que, apesar da Carta Magna apresentar as diretrizes “*para operar a regra aritmética de proporção, também ficou nela*

¹⁹⁰ Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:

(...)

VI - o subsídio dos Vereadores será fixado pelas respectivas Câmaras Municipais em cada legislatura para a subsequente, observado o que dispõe esta Constituição, observados os critérios estabelecidos na respectiva Lei Orgânica e os seguintes limites máximos: (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 25, de 2000)

) em Municípios de até dez mil habitantes, o subsídio máximo dos Vereadores corresponderá a vinte por cento do subsídio dos Deputados Estaduais; (Incluído pela Emenda Constitucional n.º 25, de 2000)

b) em Municípios de dez mil e um a cinquenta mil habitantes, o subsídio máximo dos Vereadores corresponderá a trinta por cento do subsídio dos Deputados Estaduais; (Incluído pela Emenda Constitucional n.º 25, de 2000)

c) em Municípios de cinquenta mil e um a cem mil habitantes, o subsídio máximo dos Vereadores corresponderá a quarenta por cento do subsídio dos Deputados Estaduais; (Incluído pela Emenda Constitucional n.º 25, de 2000)

d) em Municípios de cem mil e um a trezentos mil habitantes, o subsídio máximo dos Vereadores corresponderá a cinquenta por cento do subsídio dos Deputados Estaduais; (Incluído pela Emenda Constitucional n.º 25, de 2000)

e) em Municípios de trezentos mil e um a quinhentos mil habitantes, o subsídio máximo dos Vereadores corresponderá a sessenta por cento do subsídio dos Deputados Estaduais; (Incluído pela Emenda Constitucional n.º 25, de 2000)

f) em Municípios de mais de quinhentos mil habitantes, o subsídio máximo dos Vereadores corresponderá a setenta e cinco por cento do subsídio dos Deputados Estaduais; (Incluído pela Emenda Constitucional n.º 25, de 2000)

¹⁹¹ Disponível

em:

<<http://www.stf.gov.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=62437&caixaBusca=N>>. Acesso em 05 out. 2008.

estabelecido que somente a Lei Orgânica municipal fixará o número de integrantes de suas Câmaras Legislativas, ajustando o número de vereadores à sua população”.

No voto-vista proferido em abril de 2003, Gilmar Mendes, defendeu a declaração da inconstitucionalidade do dispositivo para a próxima legislatura, assim como na sessão de julgamento, onde acompanhou parcialmente o voto do relator:

(...) no caso em tela, observa-se que **eventual declaração de inconstitucionalidade com efeito *ex tunc* (que retroage) ocasionaria repercussões em todo o sistema vigente, atingindo decisões que foram tomadas em momento anterior ao pleito**, e que resultou na atual composição da Câmara Municipal: fixação do número de vereadores, fixação do número de candidatos, definição do quociente eleitoral. Igualmente, as decisões tomadas posteriormente ao pleito também seriam atingidas. (grifo nosso)

Desse modo defendeu o uso do mecanismo da modulação ou restrição temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade regulada no art.27 da Lei n.º 9.868/99¹⁹². A modulação dos efeitos da decisão consiste na redução do âmbito da eficácia retroativa pelo órgão judicial por motivo de segurança jurídica (conceituada por José Afonso da Silva¹⁹³ como a estabilidade das relações jurídicas) ou se excepcional interesse social, mediante a fixação de um termo inicial para a produção de todos ou de alguns dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade.

O Ministro Sepúlveda Pertence foi o primeiro a apresentar discordância no seu voto-vista, negando provimento ao Recurso ao afirmar que os municípios têm autonomia política para determinar o maior ou o menor número de vereadores que irão representar a população. Destaque-se que o Ministro Marco Aurélio, que decidiu antecipar seu voto, seguiu o entendimento de Sepúlveda. Na ocasião, o ministro Cezar Peluso pediu vista.

Até o julgamento do RE 197.917/SP, os ministros Carlos Ayres Britto, Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa, Maurício Corrêa e Nelson Jobim, e consideraram a fórmula de proporcionalidade de 01 (um) vereador para cada 47.619 habitantes. O Ministro Peluso, ao

¹⁹² **Art. 27.** Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista **razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social**, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. (grifo nosso)

¹⁹³ Ademais, nos termos de José Afonso da Silva, a conceitua JOSÉ AFONSO DA SILVA, o conceito de segurança jurídica pode ser assimilado em duas dimensões: a) no primeiro, *lato sensu*, a segurança jurídica assume o sentido geral de garantia, proteção, estabilidade de situação ou pessoa em vários campos, dependente do objetivo que a qualifica; b) em *stricto sensu*, a segurança jurídica consiste na garantia de estabilidade e certeza dos negócios jurídicos, de sorte que as pessoas saibam de antemão que, uma vez envolvidas em determinada relação jurídica, esta se mantém estável, mesmo se modificar a base legal sob a qual se estabeleceu. (In: SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.433).

pronunciar o seu voto-vista expôs que “[...] como indubitado que a regra constitucional guarda a intenção óbvia de limitar a representação política, independentemente do montante dos subsídios dos vereadores, sem deixar margem à atuação discricionária de cada Lei Orgânica municipal, do legislador subalterno”. Assim, o ministro Cezar Peluso seguiu o voto do relator, com a ressalva feita pelo ministro Gilmar Mendes “A proposta do relator demonstra, a meu ver, e com devido respeito, a possibilidade aritmética de dar sentido concreto e uniforme ao mandamento da proporcionalidade, sem mutilar o disposto no artigo 29, inciso IV (da Constituição)”.

Celso de Mello simplesmente anuiu com a divergência aberta por Sepúlveda Pertence dizendo que entender que “(...) a definição do número de vereadores representa **matéria posta sob reserva exclusiva dos municípios, desde que observadas as limitações fixadas e impostas pela própria Constituição da República**”.(grifo nosso)

Já o Min. Nelson Jobim alegou que essa “*seria uma matéria a ser regulamentada pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE), para dar eficácia à situação e viabilizar a realização das eleições*”, tendo em vista que as conseqüências deletérias vislumbradas.

Releve-se que, a datar do julgamento em questão, movido por representação formulada pelo Procurador Geral Eleitoral se manifestou o *Parquet* propondo a elaboração de norma fixando prazo para que os Municípios ajustassem suas Casas Legislativas à decisão proferida em controle concreto:

Objetivando assegurar a observância da orientação emanada da Corte Suprema, não apenas, evidentemente, para o município de Mira Estrela, mas para todos os municípios brasileiros, e considerando, ainda, a proximidade das eleições municipais, o MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL, invocando as competências dessa Corte Superior previstas no art. 23 do Código Eleitoral, propõe a edição de ato normativo que estabeleça prazo razoável às Câmaras Municipais para adaptação das respectivas leis orgânicas, visando o pronto atendimento dos parâmetros de fixação do número de Vereadores.

Nesse compasso, o Tribunal Superior Eleitoral elaborou a Resolução n.º 21.702, de 12 de abril de 2004, ordenando as instruções acerca do número de vereadores a serem eleitos conforme a população de cada município.

Através da Resolução n.º 21.702, editada em conforme os ditames do disposto no inciso IX, do art. 23, da Lei n.º 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral), o Tribunal Superior Eleitoral ordenou no art. 1º que, nas eleições municipais a fixação do número de vereadores a serem eleitos observaria os parâmetros declarados pelo Supremo Tribunal

Federal no julgamento do RE n.º 197.917. De acordo com o art.2º, até 1º de junho de 2004, o Tribunal Superior Eleitoral verificaria a adequação da legislação de cada município ao disposto no art. 1º e, na omissão ou desconformidade dela, determinaria o número de vereadores eleitos (art. 2º).¹⁹⁴

Nesse mister, a decisão do Supremo Tribunal foi proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade, deste modo, aprioristicamente, a dita decisão referente ao município de Mira Estrela seria inapta para gerar os seus efeitos sobre as Leis Orgânicas dos outros municípios da federação, ao passo que, como exaustivamente alegado, a eficácia da referida decisão opera-se somente entre as partes do processo, sem produzir efeitos vinculantes. Visto isso, devido ao fato, de em regra, as decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal em Recurso Extraordinário fundado no artigo 102, inciso III, c¹⁹⁵, da Carta Política não serem dotadas de efeito vinculante, concomitantemente, por não caber perante o Egrégio Pretório a Ação Direta de Inconstitucionalidade em face de atos normativos municipais, nada impede que entendimentos diversos surjam a respeito da questão. Todavia, o caso Mira Estrela indica uma nova interpretação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle incidental do Supremo Tribunal Federal, servindo de precedente para outras inovações no que pese o aspecto da eficácia das decisões proferidas *incidentur tantum*.

Outrossim, rememora-se que obstada a possibilidade da discussão da matéria em ação direta de inconstitucionalidade, em virtude da competência do Supremo Tribunal Federal estampada no art. 102, inciso I, a, nada embarga o questionamento em sede de controle concentrado de constitucionalidade, por intermédio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (art. 102, § 1º da Carta Magna c/c. art. 1º, da Lei n.º 9.882/99).

¹⁹⁴ Questiona-se se Tribunal Superior Eleitoral teria poderes para determinar aos Municípios a adequação das respectivas Leis Orgânicas ao julgado no Recurso Extraordinário n.º 197.917. Argumenta-se que, consoante dispõe o artigo 23, inciso IX, do Código Eleitoral (Lei n.º 4.737/65), e o artigo 105, *caput*, da Lei n.º 9.504/97, que estabelece normas para as eleições, tem o Tribunal Superior Eleitoral a atribuição de expedir Resoluções e Instruções visando a regulamentar o Código Eleitoral e as disposições da própria Lei das Eleições, advertindo-se que as Resoluções do Tribunal Superior Eleitoral têm força de Lei Federal, mas restringem-se à regulação da legislação eleitoral, tão somente, ficando claro que citadas Resoluções, ainda que com força de Lei, estão dispostas em patamar inferior à Constituição Federal, que estabelece, com todas as letras, no inciso IV, do art. 29, competir ao Município, por meio de sua Lei Orgânica, dispor sobre o respectivo número de Vereadores. Observe-se que a possibilidade de o Tribunal Superior Eleitoral editar Resoluções a respeito de assuntos eleitorais não contraria a Constituição Federal, mas o conteúdo da Resolução n.º 21.702 é materialmente inconstitucional, por ferir gravemente a autonomia municipal que, não se pode negar, não é matéria eleitoral.

¹⁹⁵ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
(...)

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

(...)

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

CAPÍTULO III – A SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DA LEI PELO SENADO E A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

“Ao vencedor, as batatas!”
Machado de Assis

1. Considerações Preliminares

A chamada abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, como visto, envolve 03 (três) facetas de primeira ordem, a pontuar com mais minúcia, o viés político, o viés processual e o viés constitucional. Em que pese o aspecto político, problematizo-se que na atribuição de efeito *erga omnes* e vinculante às decisões emanadas do controle difuso, dispensando a participação do Senado Federal ou metamorfoseando-o em uma espécie de “diário oficial” da Suprema Corte, é possível ventilar o equilíbrio entre os Poderes da República, o Poder Constituinte e o próprio Sistema Federativo, provocando deste modo, uma verdadeira ruptura paradigmática no plano da Jurisdição Constitucional. Destarte, contrapondo a abstrativização do controle difuso à questão do Equilíbrio entre os Poderes da República e ao instituto de origem estadunidense do *Checks and Balances*, vê-se que o Judiciário possuiria um *plus* que desequilibraria as referidas forças em tela.

Ademais, se no viés processual, corrobora-se o entendimento de que o sistema único em questão, que visa em última instância, combater o excesso de recursos e a multiplicação das demandas, ultraja os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório (art.5º, LIV e LV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹⁹⁶), ou em suma, lesiona-se a garantia de acesso aos Tribunais pelo cidadão, pois o mesmo será atingido por uma decisão de um processo no qual não figurou como parte. Há de se apreciar maduramente no tocante a este item, que apesar da valia inestimável dos institutos da economia, da celeridade processual e da segurança jurídica, impõem-se com similar primazia a possibilidade do cidadão ver a sua demanda apreciada pela Corte Constitucional, na hipótese de desrespeito da Carta Política, mesmo que somente o direito incidentalmente, sem uma apreciação exaustiva de matéria fática que singulariza as lides.

¹⁹⁶ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o **devido processo legal**;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o **contraditório e ampla defesa**, com os meios e recursos a ela inerentes;”. (grifo nosso)

Dentro das inúmeras problematizações oriundas do tema, verifica-se, na perspectiva eminentemente constitucional, que a decisão que equipara os efeitos do controle difuso de constitucionalidade ao controle abstrato, atribuindo efeitos *erga omnes* e vinculante, fenômeno incitado pela chamada de mutação constitucional art. 52, X, CRFB/88, engendra um sistema único de controle de constitucionalidade. Neste turno, problematizaram-se os institutos como a Vinculatividade e a Transcendência de forma a entender com maior propriedade a discussão travada no plano do Direito Constitucional brasileiro.

Neste diapasão, o instituto da mutação constitucional ascende como máxima para o estudo do controle de constitucionalidade difuso ou incidental, quando se discute a razão jurídica da norma a ser extratada do art. 52, inciso X da Constituição Federal na Reclamação 4335-5/AC.

2. Mutação Constitucional

i. Conceitua o

Reza Luiz Lênio Streck que a origem da muta o constitucional remonta fins do século XIX e inícios do século XX. Tendo como precursores Paul Laband¹⁹⁷, Georg Jellinek¹⁹⁸, sem olvidar de destacar o avanço teórico de Hs -Dau-Lin¹⁹⁹. Destacam Arthur J. Jacobson e Bernhard Schilink²⁰⁰ que o dualismo metodológico positivismo legalista-positivismo sociológico que perpassa a obra *Verfassungs nderung und Verfassungswandlung* de Jellinek e   arcabouço para o instituto da muta o (*Verfassungswandlung*) obstou o autor germânico de tratar normativamente com o reconhecimento daquelas que seriam “*as influências das realidades sociais no Direito*”²⁰¹. Concluem os referidos autores alienos que a muta o constitucional   um fen meno empírico e não   solucionado normativamente, ao passo que “*Jellinek não apresenta um substituto para o positivismo legalista, mas apenas*

¹⁹⁷ LABAND, Paul. *Die Wandlungen der deutschen Reichsverfassung*, Dresden 1895, *apud*, STRECK, Luiz Lênio; OLIVEIRA, Marcelo Cattoni; LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. *A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: muta o constitucional e limites da legitimidade da jurisdi o constitucional*. Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br/index.php>>. Acesso em: 08 dez. 2007, p. 20.

¹⁹⁸ **JELLINEK, Georg**. *Verfassungs nderung und Verfassungswandlung*, Berlim, 1906, *apud*, STRECK, Luiz Lênio; OLIVEIRA, Marcelo Cattoni; LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. *Ibidem*, p.21.

¹⁹⁹ Hs -Dau-Lin. *Die Verfassungswandlung*, Leipzig, 1932, *apud*, STRECK, Luiz Lênio; OLIVEIRA, Marcelo Cattoni; LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. *Ibidem*, p.22.

²⁰⁰ JACOBSON, Artur J. e SCHILINK, Bernhard. *Weimar: A Jurisprudence of crisis*. Berkeley: University of California, 2000, p.46, *apud*, STRECK, Luiz Lênio; OLIVEIRA, Marcelo Cattoni; LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. *Ibidem*, p.19

²⁰¹ *Ibidem*, p.24.

tenta suplementá-lo com uma análise empírica ou descritiva dos processos político-sociais”²⁰².

J.J.Gomes Canotilho²⁰³ se posiciona acerca da matéria arguindo que: “(...) *considerar-se-á como transição constitucional ou mutação constitucional a revisão informal do compromisso político formalmente plasmado na constituição sem alteração do texto constitucional. Em termos incisivos: muda o sentido sem mudar o texto*”.

O constitucionalista paulistano Uadi Lammêgo Bulos²⁰⁴ designa a mutação constitucional como um processo informal de modificação da Constituição caracterizado por conferir “(...) *novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados à letra da constituição, quer através da interpretação, em suas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio da construção (construction), bem como dos usos e dos costumes constitucionais*”.

A transição constitucional seria a alteração semântica da *Lex Fundamental*, oriunda da hermenêutica e das decisões do Egrégio Pretório. Conquanto, a mutação não modifica o texto constitucional, mas a interpretação que se faz da norma objeto do processo de reforma.

Segundo o Min. Eros Grau²⁰⁵, “*a mutação constitucional é a transformação de sentido do enunciado da Constituição sem que o próprio texto seja alterado em sua redação, vale dizer, na sua dimensão constitucional textual*”. O Ministro acrescenta dizendo que reside nesse fenômeno mais que uma mera interpretação:

Quando ela se dá, o intérprete extrai do texto norma diversa daquelas que nele se encontrava originariamente involucradas, em estado de potência. **Há, então, mais do que interpretação, esta concebida como processo que opera a transformação de texto em norma. Na mutação constitucional caminhamos não de um texto a uma norma, porém de um texto a outro texto, que substitui o primeiro.**

Daí que a mutação constitucional não se dá simplesmente pelo fato de um intérprete extrair de um mesmo texto norma diversa produzida por um outro intérprete. Isso se verifica diuturnamente, a cada instante, em razão de ser, a interpretação, uma prudência. Na mutação constitucional há mais. Nela não apenas a norma é outra, mas o próprio enunciado normativo é alterado”.(grifo nosso)

²⁰² STRECK, *Op. cit.* p.54-57

²⁰³ CANOTILHO, J.J.Gomes. *Opere citato.* p. 1.228.

²⁰⁴ BULOS, Uadi Lammêgo *apud*, Pedro Lenza. *Direito Constitucional Esquematizado.* 11.ed. São Paulo: Método, 2007. p. 110

²⁰⁵ Voto-vista do Ministro Eros Grau na Reclamação n.º 4.335-5 do Acre, publicado na *home page* do STF em 19 de Abril de 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=69653&caixaBusca=N>. Acesso: 13 jul 2008.

Com o fulcro de galgar uma visão mais ampla, no Direito Comparado Ana Victoria Sánchez Urrutia²⁰⁶ destaca a mutação constitucional «(...) *em cuanto cambio de la realidad constitucional al margen de los procedimientos formales de reforma*», ou por ora como «(...) *el cambio de significado o sentido de la Constitución sin que vea alterada su expresión escrita*». Releva-se que a autora espanhola investiga a gênese da mutação em seu artigo “*Mutación Constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto*”. De acordo com Ana Victoria²⁰⁷, o clássico Paul Laband esquematiza as 03 (três) hipóteses mais relevantes de mutação constitucional:

Laband describe cuáles son los casos más importantes de mutación constitucional en el marco de la Constitución del Reich y hace referencia a la transformación informal de la Constitución del Reich por medio de tres vías distintas: **regulación por parte de las leyes del Reich de elementos centrales del Estado no previstos o previstos de manera colateral por la Constitución del Reich, modificación de elementos centrales del Estado por medio de leyes del Reich que contradicen el contenido de la Constitución y alteración de los elementos centrales del Estado por medio de usos y costumbres de los poderes públicos.**

Ana Victoria Urrutia assevera que o trabalho mais importante acerca da mutação constitucional foi elaborado por Hsü-Dau-Lin, visto que o autor sintetiza, sistematiza e completa todos os escritos sobre a matéria. Para tanto o estudioso investiga os diversos embates entre as normas constitucionais e a realidade e assim depara-se com 02 (duas) possibilidades: a) plena congruência entre a norma constitucional e a realidade fática, passível de modificação formal da Constituição; b) e dissociação entre a norma constitucional e a realidade – sendo este o núcleo do que Hsü-Dan-Lin caracteriza como mutação constitucional, ou seja, «(...) *la mutación constitucional (Verfassungswandlung) es definida como una incongruencia entre la norma constitucional y la realidad*»²⁰⁸. No mais, conforme a relação entre norma e realidade pode existir 04 (quatro) espécies de mutações constitucionais, cujo teor vale a pena transcrever:

a) Mutación constitucional por medio de la práctica estatal que no viola la Constitución: en este supuesto, no se deja de observar una norma constitucional sino que surgen relaciones jurídicas no previstas o no reguladas em las prescripciones constitucionales. Para describir esta modalidad, Hsü utiliza (...) casos de mutaciones constitucionales fuera de las normas constitucionales com ejemplos de la época del Reich alemán. La existencia del vicescanciller del Reich, no previsto por la Constitución y al

²⁰⁶URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución: Una aproximación al origen del concepto. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 20, n. 58, 2000, p.105.

²⁰⁷ *Loco citato*.

²⁰⁸ *Loc cit.*

que se le conferían todas las atribuciones y responsabilidades del canciller, constituye uno de esos ejemplos.(...)

b) **Mutaciones constitucionales por la imposibilidad de ejercicio de determinadas atribuciones previstas constitucionalmente:** una mutación constitucional puede ser causada por la imposibilidad, en muchos casos sobrevenida, del ejercicio de atribuciones de poder que constituyen el contenido de determinadas prescripciones constitucionales. Las potestades que determinadas normas atribuyen a los poderes decaen a causa de la imposibilidad de su ejercicio y los artículos correspondientes de la Constitución dejan de responder a la realidad jurídica.(...)

c)) **Mutación constitucional por medio de una práctica estatal contraria a la Constitución:** para Hsü una mutación constitucional puede ser causada por una praxis estatal que éste en clara contradicción con la letra de la Constitución, sea por lo que él denomina «revisión material» de la Constitución (materielle Verfassungsänderung) o, por medio de la legislación ordinaria (leyes o reglamentos internos de los órganos estatales superiores). (...)

d)) **Mutación constitucional por medio de la interpretación constitucional:** para Hsü una mutación constitucional puede llevarse a cabo por medio de la interpretación, es decir, ‘... cuando las prescripciones constitucionales son interpretadas de acuerdo con las cambiantes concepciones y necesidades de la época, sin atenerse al tenor literal de la Constitución o sin tener en cuenta el sentido con el que dotó originalmente el legislador constitucional a las normas en cuestión’(...)²⁰⁹

Em suma, através da preleção de Hsü temos que a mutação constitucional é o resultado da tríplex especificidade da Constituição: a incompletude e elasticidade das normas constitucionais, as peculiaridades do Estado como objeto de regulação jurídica e a ausências de uma instância superior que garanta sua existência.

Na dicção de Lênio Streck, a “*tese da mutação constitucional advoga em última análise uma concepção decisionista da jurisdição e contribui para a compreensão das cortes constitucionais como poderes constituintes permanentes*”²¹⁰. Todavia, arrazoa o autor que “(…) *um tribunal pode mudar a constituição; um tribunal não pode ‘inventar’ o direito: este não é seu legítimo papel como poder jurisdicional, numa democracia*”. Neste iterim, Streck²¹¹ de forma contundente postula que a atividade jurisdicional não é legisferante ou constituinte. Assim sendo, a função da jurisdição seria dar prosseguimento ao múnus de “*construir interpretativamente, com a participação da sociedade, o sentido normativo da constituição e do projeto de sociedade subjacente*”. Conclui que, o Judiciário não “*pode*

²⁰⁹ *Loco citato*

²¹⁰ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido Processo Legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*. 2.ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006. p.21.

²¹¹ *Loc.cit.*

paradoxalmente subverter a constituição sob o argumento de a estar garantindo ou guardando”.

Como aperitivo jurisprudencial, no qual se matiza a mutação constitucional, temos *Habeas Corpus* nº. 74.051/ SC, de relatoria do Min. Marco Aurélio²¹², donde se derivou a mutação da norma regulamentada pelo art. 5º, *caput*, CRFB/88. O referido dispositivo consagra o princípio da isonomia, assegurando de tal forma a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade aos nacionais e aos estrangeiros residentes no país. Uma interpretação literal levaria conclusão que os estrangeiros não residentes no Brasil, mas que aqui se encontrem em trânsito, estarão impedidos de reivindicar a proteção aos direitos e garantias individuais expressos no art. 5º da Carta Magna; considerando-se que os destinatários desta proteção são restritamente os brasileiros e os estrangeiros residentes no país. Entretanto, essa significação não se harmoniza com os postulados fundamentais da República Federativa do Brasil, sobremaneira com o magnânimo princípio da dignidade da pessoa humana – marco para a aplicação da justiça social –.

O julgado em tela se refere ao pleito de *Habeas Corpus* impetrado em favor de um estrangeiro que não possuía residência no Brasil. Na ação constitucional, o autor arguiu delongas no prazo no cumprimento de prisão preventiva. Rememora-se que o *Habeas Corpus*, ação de cunho eminentemente penal alvitra evitar ou obstar a violência ou ameaça na liberdade de ir, vir e permanecer, por ilegalidade ou abuso de poder, está regulada no art. 5º, LXVIII. Assim sendo, interpretando-se de forma literal disposição constitucional, no que pese os destinatários dos direitos e garantias individuais, tinha-se como consequência sistemática a impossibilidade de impetração desta ação pelos estrangeiros que não possuíam residência no Brasil. Contudo, o Ministro Marco Aurélio de Mello defendeu uma tese diversa, na qual sustentou a ocorrência do processo de reforma constitucional por intermédio da mutação constitucional, com a conseqüente modificação semântica do dispositivo constitucional relativo aos destinatários do amparo assegurado pelo art. 5º da Carta Fundamental. Por conseguinte, não ocorreu a alteração do texto constitucional escrito, mas ocorreu tão e somente a modificação da interpretação realizada a partir do texto, ampliando-se desta maneira a acepção da norma.

Sendo assim, com a decisão do Egrégio Pretório, o supramencionado dispositivo dando nova interpretação à norma, garante-se o direito não só aos brasileiros ou aos estrangeiros residentes no país, mas de igual modo aos estrangeiros não residentes que

²¹² *Habeas Corpus* nº. 74.051/ SC, de relatoria do Min. Marco Aurélio, 2ª Turma, julgado em 18 de junho de 1996, publicado no Diário da Justiça de 20 de setembro de 1996.

estejam no Brasil. Tem-se pois, um exemplo inequívoco de mutação constitucional considerando todo o ordenamento jurídico e consoante ao primado da Constituição.

ii. **Mutação Constitucional versus Reforma Constitucional**

Em suma, o Poder Constituinte Derivado alvitra reformar, modificar uma Constituição já existente. O processo de reforma constitucional está regulamentado na própria Constituição, possuindo limitações que decorrem do próprio texto constitucional. Existem 02 (duas) formas de revelação do Poder Constituinte Derivado: a) por intermédio da reforma do texto constitucional com alteração expressa do texto, isto é, através de processos de revisão constitucional e de emenda constitucional; b) ou sem alteração do texto, somente com uma modificação semântica do texto constitucional, a saber, por meio do processo de mutação constitucional.

Como assentado *supra*, a mutação constitucional é um processo informal, segundo o qual se altera o contexto sem alteração do texto. Ou seja, ocorre uma mutação no sentido, alcance, no conteúdo da norma sem que ela seja materialmente alterada. Assim sendo, utiliza-se o processo de interpretação, muda-se somente a interpretação da norma. Logo, a transição recai sobre a própria norma constitucional.

Já a reforma constitucional é o processo formal, segundo o qual se altera o texto por intermédio da emenda ou revisão. Ou seja, o Poder Constituinte Derivado Reformador está suscetível às formas de manifestação pré-estabelecidas, quais sejam a emenda e a revisão constitucional.

A revisão constitucional está prevista no art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que estabelecia que após 05 (cinco) anos da promulgação da Constituição da República de 1988 seria realizada a revisão constitucional pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional em sessão unicameral. Foram realizadas seis emendas constitucionais de revisão. De acordo como critério material da doutrina, a revisão é mais extensa, ou seja, pode alcançar todo o texto constitucional, salvo as limitações materiais explícitas ou implícitas (cláusulas pétreas).

A Emenda Constitucional é regulamentada no art. 60 da Carta Política e poderá ocorrer a qualquer momento, desde que observado os parâmetros constitucionais. Atualmente, já foram editadas 56 (cinquenta e seis) emendas constitucionais²¹³. Destacando dessas últimas

²¹³ De acordo com o site do Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/quadro_emc.htm>. Acesso em: 21 set. 2008.

a EC n.º 45, que procedeu com a denominada reforma do poder judiciário, onde houve o estabelecimento das súmulas vinculantes, do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público e a exigência de 03 (três) anos de advocacia para aqueles que pretendam ingressar na carreira da magistratura ou do Ministério Público. Conforme o carácter material, a doutrina afirma que a emenda, sendo uma das formas de manifestação de reforma, é menos extensa, isto é, alcança matérias específicas.

Para Georg Jellinek²¹⁴, a reforma constitucional é produzida por ações voluntárias, enquanto a mutação constitucional não há modificação do texto, conforme abaixo *in litteris*:

Por reforma de la Constitución entiendo la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionadas. Y por mutación de la Constitución entiendo la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tirnen que ir acompañados por la intención, o conciencia, de tal mutación.

Na lição de Ana Victoria Sánchez Urrutia²¹⁵, corroborando com o entendimento *supra*, a distinção entre mutação e reforma constitucional reside na intencionalidade da modificação da norma constitucional:

A diferencia de la reforma constitucional que siempre es intencional, para Jellinek, la mutación constitucional supone el cambio operado por actos no intencionados que alterran expresamente el texto de la Constitución. En la descripción del fenómeno, es poco sistemático: recoge de manera poco ordenada datos sobre los cambios informales de las Constituciones de su época. Así hace referencia a la mutación constitucional a través de la práctica parlamentaria, por la administración y por la jurisdicción; a la necesidad política como factor de la transformación de la Constitución; **a la mutación de la Constitución por desuso de las facultades estatales y al problema de las mutaciones constitucionales consecuencia de las lagunas de la Constitución y su integración. Em este contexto, hace referencia, de forma desigual, a los cambios producidos por las costumbres, por actos normativos.** (grifo nosso)

Agregados ao debate dos conceitos de mutação constitucional carece da presença dos elementos minimamente necessários para a análise efetiva do Case Acre que ensejou, para alguns autores, o precedente capaz de tornar equânime a eficácia nos modos principal e incidental de controle de constitucionalidade. Nunca sendo enfadonho repisar que tradicionalmente, o controle dito *incidenter tantum* caracteriza-se pelos aspectos a seguir²¹⁶: a) a questão constitucional é suscitada como causa de pedir; b) a instauração se dá pela via de exceção, ou seja, como um meio de defesa; c) a decisão vem na fundamentação; d) impassível

²¹⁴ JELLINEK, Georg *apud* SÁNCHEZ URRUTIA, Ana Victoria. *Op. cit.*, p.110

²¹⁵ URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. *Opere citato*, p.111.

²¹⁶ BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro: Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. Editora Saraiva. 2004. p. 71-75.

de coisa julgada material ; e) os efeitos da decisão são *inter partes*; f) e a finalidade desse controle é subtrair de certo caso concreto a incidência de uma norma reputada inconstitucional.

3. A Reclamação do Acre n.º 4335-3/ AC e a Mutação Constitucional do Papel do Senado no Controle de Constitucionalidade

i. Epítome do *Case Acre*

A Reclama o n.º 4.335-3   o epicentro contemporâneo da matéria Abstrativiza o do Controle Difuso, ao passo que na a o o Supremo Tribunal Federal analisou os efeitos da declara o de inconstitucionalidade em sede de controle concreto, pondo em discussão a necessidade de manifesta o do Senado Federal (art. 52, X, CF/88), gerando assim, um debate homérico na mais alta Corte do Poder Judiciário brasileiro.

Como exposto alures, a referida reclama o foi ajuizada pela Defensoria Pública do Estado do Acre em face de decisão do Juiz de Direito da Vara de Execu es Penais da Comarca de Rio Branco, no Estado do Acre, que indeferiu o pedido de progressão de regime em favor de alguns réus. Alegando, pois, a reclamante o descumprimento da decisão do Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* n.º 82.959/SP, de relatoria do Ministro Marco Aurélio de Mello, ocasião na qual o STF arredou a veda o de progressão de regime aos condenados pela prática de crimes hediondos, declarando inconstitucional o artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, de 1990 – vulga “Lei dos Crimes Hediondos”.

A reclamante requereu que a progressão de regime fosse concedida aos apenados baseada no julgamento *supra*, que declarou em sede de controle difuso inconstitucionalidade da norma que vedava a dita possibilidade. Destarte, o pedido foi denegado pelo Juiz de Direito da Vara de Execu es Penais da Comarca de Rio Branco/AC, motivando a sua decisão no fato de haver veda o legal a respeito da progressão em crimes hediondos como se segue:

[..] conquanto o Plenário do Supremo Tribunal, em maioria apertada (6 votos X 5 votos), tenha declarado *incidenter tantum* a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º da Lei n. 8.072/90 (Crimes Hediondos), por via do Habeas Corpus n. 82.959, isto após dezesseis anos dizendo que a norma era constitucional, **perfilho-me a melhor doutrina constitucional pátria que entende que no controle difuso de constitucionalidade a decisão produz**

efeitos inter partes. Para que se estenda os seus efeitos erga omnes, a decisão deve ser comunicada ao Senado Federal, que discricionariamente editará resolução suspendendo o dispositivo legal declarado inconstitucional pelo Pretório Excelso (conforme, aliás, o próprio STF informou em seu site na internet, em notícia publicada no dia 23/02/2006, que é do seguinte teor: ‘...Como a decisão se deu no controle difuso de constitucionalidade (análise dos efeitos da lei no caso concreto), a decisão do Supremo terá que ser comunicada ao Senado para que o parlamento providencie a suspensão da eficácia do dispositivo declarado inconstitucional...’).²¹⁷(grifo nosso)

Destaca-se que, a Reclamação ora em análise, ainda pende de julgamento no Egrégio Supremo, entretanto, dos 11 (onze) ministros da Corte, 04 (quatro) já deliberaram acerca da controvérsia.

O ministro Gilmar Ferreira Mendes, relator da ação, julgou-a procedente, para cassar as decisões impugnadas, assentando que caberá ao juízo reclamado prolatar uma nova decisão para aferir se, no caso concreto, os interessados atendem ou não os requisitos para gozar do benefício da progressão de regime. Aprioristicamente, em relação ao cabimento da Reclamação, Mendes relevou que a mesma foi usada em consonância com a sua destinação constitucional, a saber, a preservação da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal, preconizada no art. 102, I, 1, da Lei Maior²¹⁸, nessa hipótese a garantia da decisão proferida no HC n.º 82.959/SP de relatoria do Min. Marco Aurélio. Evidenciou ainda, que a jurisprudência do STF “*deu sinais de grande evolução no que se refere à utilização do instituto da reclamação em sede de controle concentrado de normas*”. *Ad postremum*, examinou a alegação do juízo reclamado no sentido de que a eficácia *erga omnes* da decisão no HC n.º 82.959/SP subordinar-se-ia à resolução do Senado suspendendo a execução da lei. A fim de avaliar a dimensão constitucional da matéria, Gilmar Mendes divagou acerca do múnus do Senado Federal no controle de constitucionalidade difuso (art. 52, X da Carta Magna), identificando o fenômeno da mutação constitucional do instituto e, assentando que a decisão prolatada pelo juízo reclamado ultrajou a eficácia *erga omnes* que a ser conferida à decisão do Supremo no HC n.º 82.959/SP.

Já o Ministro Eros Grau, acompanhando o voto do relator no seu voto-vista, avaliando como procedente a Reclamação, tendo em vista que, a decisão definitiva do Supremo possui

²¹⁸ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
I - processar e julgar, originariamente:

(...)

l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;

força normativa suficiente para suspender a execução da lei, logo a competência do Senado Federal seria tão e somente publicizar a suspensão da lei declarada inconstitucional.

Por seu turno, o Ministro Sepúlveda Pertence posicionou-se pela improcedência da Reclamação, contudo concedeu o remédio constitucional *ex officio* a fim de que o magistrado verificasse os outros pressupostos autorizadores da progressão. A argüição do Ministro se assentou na impossibilidade de redução do papel do Senado no controle de constitucionalidade incidental mantido por praticamente todos os textos constitucionais a partir de 1934.

Também contrário à procedência da Reclamação, o Ministro Joaquim Barbosa não conheceu a Reclamação, permitindo a ordem de *habeas corpus* igualmente de ofício. Entendeu que deve ser mantida a leitura tradicional do art. 52, X, da Constituição Federal, afastando a ocorrência da alegada mutação constitucional.

O Ministro Ricardo Lewandowski pediu vista dos autos e ainda não proferiu seu voto.

Como se nota alhures, a questão engendra controvérsias, o que impescinde de uma análise pormenorizada das alusões de cada um dos Ministros, com o fulcro de depreender os arrazoamentos levantados no que tange o papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade difuso e a abstrativização do art. 52, X, CRFB/88.

ii. Mutação Constitucional do art. 52, X da Carta Magna

a) Ministro Gilmar Ferreira Mendes

O relator da Reclamação do Acre, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes inicia por examinar o instituto da suspensão pelo Senado da execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo na Constituição de 1988 e ressalva a amplitude atribuída ao controle abstrato de normas que, de acordo com sua constatação, ensejou a desmistificação da “*crença na própria justificativa desse instituto, que se inspirava diretamente numa concepção de separação de Poderes – hoje inevitavelmente ultrapassada*”²¹⁹. Asseverou ainda que o único argumento para a subsistência da suspensão pelo Senado se dá “*em razão de índole exclusivamente histórica*”. Gilmar Mendes avança mais ao inferir uma comparação entre as competências do Supremo Tribunal, que em uma ação direta de inconstitucionalidade e em Emenda

²¹⁹ Reclamação do Acre, p.25

Constitucional pode suspender liminarmente a eficácia de uma lei e em outra no controle incidental a declaração de inconstitucionalidade teria eficácia *inter partes*.

O Min. Gilmar Mendes²²⁰ propugna em última análise uma releitura do papel do Senado no processo de controle de constitucionalidade, considerando que quando o instituto foi inaugurado na ordem constitucional pátria, prevalecia uma noção já superada de de separação de poderes. Segundo Mendes quando a Constituição de 1934 foi promulgada, “*outros países já atribuíam eficácia geral às decisões proferidas em sede de controle abstrato de normas, tais como o previsto na Constituição de Weimar de 1919 e no modelo austríaco de 1920*”²²¹.

Ressalva o atual Presidente do Supremo a incompatibilidade da suspensão da execução de lei pelo Senado a fim de garantir os efeitos gerais ou vinculantes do *veredicto* do Egrégio Supremo que não declara a inconstitucionalidade de determinada norma, refreando-se assim, a fixar a orientação adequada do ponto de vista constitucional. A hipótese em questão se dá quando o STF entende que dada norma constitucional deve ser interpretada de forma precisa e explícita, sobrepujando entendimento deveras adotado pelos tribunais inferiores ou pela própria Administração. Neste caso específico, a decisão do Supremo incidirá nas balizas da relação processual subjetiva, ou seja, terá eficácia *inter partes* e, por outro viés, não caberá a intervenção do Senado Federal, ao passo que não se trata de declaração de inconstitucionalidade de lei, estando matéria suscetível a inúmeras controvérsias. Símile hipótese é ensejada quando o Pretório Excelso perfilha uma interpretação conforme a Constituição²²² ou ainda nas circunstâncias de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto²²³. No primeiro caso, o intérprete outorga ou afasta da norma impugnada certa interpretação com o objetivo de conciliá-la com o texto da Constituição. Ao passo que, na segunda conjectura ocorre o deslinde de que dado significado normativo é inconstitucional sem que a expressão literal sofra qualquer modificação. Concorde Gilmar Ferreira Mendes, também nessas suposições, a suspensão de execução da lei ou do ato normativo pelo Senado se manifestaria incompatível, visto que “*(...) não se cuida de afastar a incidência de disposições do ato impugnado, mas tão somente de um de seus significados normativos*”²²⁴. Defende desse modo que, todos esses casos não pode a eficácia ampliada condicionada ao

²²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3.ed. rev e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p.270.

²²¹ Reclamação do Acre, p. 31.

²²² *Loco citato*.

²²³ *Loc. cit.*

²²⁴ *Loco citato*.

instituto da suspensão pelo Senado. De igual maneira, afirma que a suspensão da execução pelo Senado não possui qualquer incidência nos casos de declaração de não-recepção da lei pré-constitucional realizada pelo Supremo. Assenta, portanto, que o instituto estudado tem aplicação restrita às hipóteses de declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo. Ressalva também que a admissão da declaração de inconstitucionalidade com eficácia circunscrita no controle concreto, isto é, a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex nunc*, cuja necessidade já vem sendo reconhecida no âmbito da Corte Suprema, aparenta de acordo com Gilmar Mendes, enfraquecer vigorosamente a intervenção do Senado Federal:

[...] a **‘decisão de calibragem’ tomada pelo Tribunal parece avançar também sobre a atividade inicial da Alta Casa do Congresso**. Pelo menos, não resta dúvida de que o Tribunal assume aqui uma posição que parte da doutrina atribuía, anteriormente, ao Senado Federal.

[...]

Por último, observe-se que a adoção da técnica da declaração de inconstitucionalidade com limitação de efeitos parece sinalizar que o Tribunal entende estar desvinculado de qualquer ato do Senado Federal, cabendo tão somente a ele – Tribunal – definir os efeitos da decisão. (grifo nosso)

Neste diapasão, sobressai que as decisões do Egrégio Supremo com efeitos restritos, ilustradas pelo julgamento da progressão de regime nos crimes hediondos (HC n.º 82.959/SP), demonstram que a Corte Suprema, ao pronunciar seus veredictos, já estava atribuindo a estas decisões eficácia *erga omnes*. É pertinente transcrever o trecho do acórdão do julgamento do *Habeas Corpus* n.º 82.959/SP, já tratado em capítulo anterior, que atribui eficácia limitado à decisão:

[...] Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do Ministro Nelson Jobim, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria, em deferir o pedido de habeas corpus e declarar incidenter tantum, a inconstitucionalidade do §1º do artigo 2º da Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Celso de Mello e Nelson Jobim, Presidente. **O Tribunal, por votação unânime, explicitou que a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará conseqüências jurídicas em relação às penas já extintas nesta data, pois esta decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão.** (grifo nosso)

Em consonância com o Relator, a admoestação *supra* comprova que a declaração de inconstitucionalidade no caso concreto também é suscetível de limitação de efeitos. O alicerce

dessa limitação, é a carência de outro princípio que legitime inaplicação do princípio da nulidade, dá ares de evidenciar que, sendo cabível a pronúncia de inconstitucionalidade limitada, manifeste-se esta cindida a todas as modalidades de controle de constitucionalidade. Nesta situação, considera-se que a decisão prolatada pelo Pretório Supremo, destacando que a declaração incidental não ensejará resultados jurídicos no que pese às penas já findas, evidenciaria talvez que a Corte esteja cônica do múnus de intérprete magnânimo da Carta Magna ou por outro turno, extrapolando os limites de sua atuação. O entendimento assentado pelo STF inquestionavelmente incutirá reflexos nos julgados dos juízos e tribunais, mesmo não se matutando eficácia vinculante do *veredicto* proferido na seara do controle difuso de constitucionalidade, motivo que relativiza este argumento.

Indagação diversa enfrentada no voto de Gilmar Ferreira Mendes e já abordada pela jurisprudência do Supremo se refere à exigência de se usar o procedimento regulamentado no art. 97 da Carta Política no caso de já haver pronunciamento do Supremo que assevere a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo. No Recurso Extraordinário n.º 190.728, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal oportunamente chancelou a dispensabilidade de se encaminhar a questão constitucional ao Plenário do Tribunal, uma vez que o Supremo tenha se manifestado sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei investigada. Orientação similar foi adotada também pela 2ª Turma da Corte, conforme se infere na ementa do acórdão do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 168.149, proferido pelo ministro Marco Aurélio²²⁵:

[...] Versando a controvérsia sobre o ato normativo já declarado inconstitucional pelo guardião maior da Carta Política da República – o Supremo Tribunal Federal –, descabe o deslocamento previsto no art. 97 do referido Diploma maior. O julgamento de plano pelo órgão fracionado homenageia não só a racionalidade, como também implica interpretação teleológica do art. 97 em comento, evitando a burocratização dos atos judiciais no que nefasta ao princípio da economia e da celeridade. A razão de ser do preceito está na necessidade de evitar-se que órgãos fracionados apreciem, pela vez primeira, a pecha de inconstitucionalidade argüida em relação a um certo ato normativo.(grifo nosso)

O Ministro relator da Reclamação ao examinar o posicionamento em tela arrazoa sobre a equiparação dos efeitos das decisões nas 02 (duas) modalidades existentes no sistema pátrio:

[...] Esse entendimento marca uma evolução no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, que passa a equiparar, praticamente, os efeitos das decisões proferidas nos processos de controle abstrato e

²²⁵ Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 168.149, de relatoria do Min. Marco Aurélio, julgado em 26 de junho de 1995 e publicado no Diário da Justiça de 04 de agosto de 1995.

concreto. A decisão do Supremo Tribunal Federal, tal como colocada, **antecipa o efeito vinculante de seus julgados em matéria de controle de constitucionalidade incidental, permitindo que o órgão fracionário se desvincule do dever de observância da decisão do Pleno ou do Órgão Especial do Tribunal a que se encontra vinculado.** Decide-se autonomamente com fundamento na declaração de inconstitucionalidade (ou de constitucionalidade) do Supremo Tribunal Federal proferida *incidenter tantum*. (grifo nosso)

No mais, o Ministro completa sua prelação evidenciando certa sensibilidade da Alta Corte no que pese a atribuição de eficácia no controle concreto de constitucionalidade como se segue *ipsi litteris*:

[...] O Supremo Tribunal Federal percebeu que não poderia deixar de atribuir significado jurídico à declaração de inconstitucionalidade proferida em sede de controle incidental, ficando o órgão fracionário de outras Cortes exonerado do dever de submeter a declaração de inconstitucionalidade ao plenário ou ao órgão especial, na forma do art. 97 da Constituição. Não há dúvida de que o Tribunal, **nessa hipótese, acabou por reconhecer efeito jurídico transcendente à sua decisão. Embora na fundamentação desse entendimento fale-se em quebra da presunção de constitucionalidade, é certo que, em verdade, a orientação do Supremo acabou por conferir à sua decisão algo assemelhado a um efeito vinculante, independentemente da intervenção do Senado.** (grifo nosso)

Indubitavelmente, o entendimento jurisprudencial *supra*, hodiernamente está consagrado no próprio Diploma Processual Civil, como de modo expresso localizamos no art. 481, parágrafo único, *in fine*, com redação dada pela Lei nº. 9.756, de 17 de dezembro 1998.

No tocante às ilações realizadas por Gilmar Ferreira Mendes, as mesmas se mostram deveras tendenciosas, ao passo que, a dispensa de envio da matéria de constitucionalidade ao pleno do Tribunal, ou ao órgão especial, conforme a hipótese, tem fulcro e razão nos fatores da economia processual, assim como no declive da presunção de constitucionalidade que encoberta a lei ou ato normativo. Conquanto, subsistido uma pronúncia de inconstitucionalidade da lei em sede de controle difuso, a presunção de constitucionalidade que garante a norma finda por abalada, justificando-se desse modo que o encaminhamento da controvérsia constitucional ao plenário ou ao órgão especial do Tribunal é dispensável, assim esse posicionamento alinha-se harmonicamente com o princípio da economia processual.

Destarte, não se cai na discussão de atribuir “efeito jurídico transcendente” à decisão do Pretório Supremo, visto que a declaração de inconstitucionalidade precedente feita pelo plenário ou órgão especial do próprio Tribunal já se mostraria capaz de tornar prescindível um

novel deslocamento da matéria constitucional. Pelo fio do exposto, é pertinente trazer a baila o texto do artigo 481, parágrafo único do Código de Processo Civil:

Art. 481. (...)

Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a argüição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

A constitucionalidade do art.481, parágrafo único do Diploma Processual Civil é discutível, defendida porém, por Nagib Slaibi Filho²²⁶.

No mais, o condão de obstar o deslocamento previsto no artigo 97 da Carta Magna não se dá tão e somente pela decisão de inconstitucionalidade anteriormente prolatada pela Corte. Mas também pelo o pronunciamento da inconstitucionalidade realizado pelo próprio Tribunal é engendrada símile eficácia, sem que se levante a questão do efeito jurídico transcendente da decisão por ele emitida. Por conseqüência, a *mens legis* do disposto no artigo 481, parágrafo único do CPC atrela-se à economia processual, alvitrando otimizar a instituição judiciária, não persistindo *a priori* necessária conjugação com a eficácia transcendente da decisão do Supremo Tribunal, como argüiu o ministro Ferreira Mendes.

Alega ainda Gilmar Mendes que as práticas relevadas até então, orientam uma reinterpretção do papel exercido pelo Senado Federal no controle de constitucionalidade. Assevera deste modo que, a exigência de que os efeitos *erga omnes* da decisão de declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo dependam de uma outra decisão, agora do Senado, está atualmente desprovida de significância com a introdução e, respectiva, ampliação do controle difuso de normas constitucionais.

Reitera Mendes que, se se defendia, antes de 1988, a existência de um modelo híbrido, eclético ou misto de controle de constitucionalidade, é razoável que o forte acento residia ainda no amplo e dominante sistema concreto de controle. Porém, na dicção do Ministro, a Constituição de 1988 modificou de maneira vertiginosa esse contexto atribuindo maior destaque ao modelo concentrado de constitucionalidade, tendo em vista que as matérias constitucionais deslocaram sua veiculação basicamente por intermédio de ação direta de inconstitucionalidade diante o Supremo Tribunal Federal.

Ressalve-se que, concretamente, a argüição realizada pelo atual Presidente do STF patenteia certa incongruência, todavia é plausível indicar aqui a ocorrência de certas restrições ao *munus* interpretativo do julgador. Neste turno, mostra-se fulcral o reconhecimento das

²²⁶ SLAIBI FILHO, Nagib. *Op. cit.* p.240.

supra referidas limitações sob pena de reunir desordenadamente as funções de intérprete e julgador à de legislador; o que não encontra amparo no princípio da separação dos poderes.

Destaca o Ministro Ferreira Mendes, ainda na fundamentação de seu voto, que a interpretação perfilhada pela doutrina majoritária e pela jurisprudência do STF, no que pese a suspensão de execução, concorreu decisivamente para que a teoria da nulidade da lei inconstitucional restasse sem concretização no direito pátrio. Esmiuçando assim que, o direito brasileiro, mesmo sem dispor de um mecanismo que conferisse efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal Federal, a exemplo do *stare decisis* estadunidense, apontava a nulidade da lei inconstitucional de modo praticamente uníssono. Ocorre que, a suspensão da execução pelo Senado não se apresentou como espécie de superação dessa incompatibilidade, sobremaneira porque se delegou um sentido substantivo à competência do Senado, de acordo com o qual o ato do Senado Federal que conferia efeitos contra todos à declaração de inconstitucionalidade incidental. De acordo com o Relator, ainda que se acolha que o instituto da suspensão da execução da lei pelo Senado afaste a lei inconstitucional do ordenamento jurídico com efeitos *ex tunc*, a suspensão do modo como interpretada e praticada, representa pelo contrário, a antítese da afirmação da teoria da nulidade da lei inconstitucional. Tendo em vista que, inaplicabilidade geral da lei carece exclusivamente da vontade de um órgão eminentemente político e não dos órgãos judiciais encarregados da aplicação do direito. Essa constatação enseja a tese de que, não obstante a sustentação da teoria da nulidade da lei inconstitucional, solidificava-se institutos que estorvavam a sua implementação, no que argüiu o douto relator:

[...] se a doutrina e a jurisprudência entendiam que a lei inconstitucional era *ipso jure nula*, deveriam ter defendido, de forma coerente, que o ato de suspensão a ser praticado pelo Senado destinava-se exclusivamente a conferir publicidade à decisão do STF.

[...]

Não foi o que se viu inicialmente. Como apontado, a jurisprudência e a doutrina acabaram por conferir significado substancial à decisão do Senado, entendendo que somente o ato de suspensão do Senado mostrava-se apto a conferir efeitos gerais à declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal, cuja eficácia estaria limitada às partes envolvidas no processo. (grifo nosso)

A fim de robustecer seus argumentos, Gilmar Mendes ressalva os casos de declaração de inconstitucionalidade de leis municipais, nas quais o Excelso Pretório tem adotado uma postura deveras protagonista, atribuindo eficácia vinculante não somente à parte dispositiva da decisão de inconstitucionalidade, mas também aos próprios fundamentos determinantes. *Mutatis mutandis*, são numericamente manifestos os litígios nos quais o Supremo tem

alargado o *decisum* do plenário que declara a inconstitucionalidade da norma municipal a situações iguais oriundas de municípios distintos. Porquanto, reitera-se a dispensabilidade da submissão da questão ao Pleno do Tribunal no caso de modelos legais similares.

Abraçando o retro entendimento, no julgamento do RE n.º 228.844/SP de relatoria do Ministro Maurício Corrêa²²⁷, quando se debatia a legitimidade do IPTU (Imposto Predial e Territorial Urbano) progressivo exigido pelo Município de São José do Rio Preto, no Estado de São Paulo, serviu-se de sustentáculo firmado pelo plenário do Egrégio Supremo, em controvérsia anterior proveniente do Estado de Minas Gerais, que se assentou na inconstitucionalidade da lei do Município de Belo Horizonte, instituidor da alíquota progressiva do IPTU.

A Ministra Ellen Gracie também usou um precedente originário do Município fluminense de Niterói para prover o RE n.º 364.160²²⁸ no qual se questionava a ilegitimidade da taxa de iluminação pública instituída pelo Município de Cabo Verde, no Estado de Minas Gerais.

Conforme dicção de Gilmar Mendes, essa prática reiterada explicita o efeito vinculante dos fundamentos determinantes da decisão proferida pelo STF no controle de constitucionalidade do direito municipal. De acordo com Mendes, “*semelhante orientação somente pode vicejar caso se admita que a decisão tomada pelo Plenário seja dotada de eficácia transcendente, sendo, por isso, dispensável a manifestação do Senado Federal*”²²⁹.

Retoma-se que, em consonância com o Ministro Gilmar Mendes, a reiteração das decisões prolatadas com a mesma orientação que as precedentemente proferidas seriam advindas do “efeito vinculante dos fundamentos determinantes”. Contudo, as *suso* referidas decisões podem ser concebidas como genuínos precedentes, ao passo que, o Supremo teria seguido entendimento uniforme ao julgar casos parecidos, evidenciando deusas razoabilidade, tendo em vista o já aludido princípio da segurança jurídica. Pelas razões expostas no tocante à vinculatividade, é difícil asseverar que a mesma se origina de decisões prolatadas em controle de constitucionalidade concreto. E mais deficitário ainda pelas próprias especificidades desta modalidade de controle de constitucionalidade, é reconhecer o *supra* efeito aos motivos que determinaram a decisão, o que se mostraria bastante arriscado.

²²⁷ Recurso Extraordinário n.º 228.844, de relatoria do Min. Maurício Corrêa, julgado em 20 de maio de 1999, publicado no Diário da Justiça de 16 de junho de 1999.

²²⁸ Recurso Extraordinário n.º 364.160/MG, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, julgado em 06 de dezembro de 2002 e publicado no Diário da Justiça de 07 de fevereiro de 2003.

²²⁹ Reclamação n.º 4335-5/AC, p. 44.

O reconhecimento de efeito vinculante aos motivos determinantes da decisão, como teorizado pelo relator, é deveras audaz e a adoção de tal fórmula, um tanto abrangente, pode acarretar graves conseqüências. Visto que, mesmo que *ceteris paribus* e, levada ao extremo, findaríamos na aceitação da vinculação do legislador à decisão definitiva prolatada pelo Pretório Excelso. E, é categórico que Poder Legislativo não se submete à decisão do Supremo, como extrai-se do mandamento contido no artigo 102, §2º da Carta Magna, que estabelece que os efeitos *erga omnes* e vinculante serão produzidos “(...) *relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal*”. A simples leitura do dispositivo evidencia a exclusão do Poder Legislativo no que pese a vinculatividade das decisões definitivas emanadas do STF em sede de ações diretas de inconstitucionalidade e ações declaratórias de constitucionalidade. É mais que evidente que essa limitação não se deu fortuitamente, pois se tais veredictos vinculassem também o Poder Legislativo colocar-se-ia o ordenamento jurídico objetivo frente a um inexorável risco de engessamento, por tais ponderações o entendimento do Ministro Gilmar Mendes deve ser analisado à luz da temperança e da cautela.

Por outro turno, ao aceitar irrestritamente que os motivos que determinaram a decisão do Supremo são dotados de eficácia vinculante, conclui-se que a atividade típica do legislador com intento de produzir norma jurídicas de teor igual àquela marcada pelo carácter da inconstitucionalidade também estaria obstada, e mais, seria possível inclusive, o ajuizamento de reclamação perante órgão legislativo que estorve a decisão do STF. Partindo do pressuposto que o legislador não está obstado de produzir norma jurídica com símile conteúdo da regra declarada inconstitucional, ao passo que esta norma pode ser combatida por intermédio de ação autônoma.

Outro item trabalhado pelo Ministro se refere ao controle de constitucionalidade nas ações coletivas. Admite como pertinente a averiguação considerando-se que o controle exercido em ações coletivas, ações civis públicas ou mandados de segurança coletivos, que atestem a inconstitucionalidade de certa norma inquestionavelmente não terão os seus efeitos limitados às partes da demanda. Nessas hipóteses, Gilmar Mendes releva que “*a suspensão de execução da lei pelo Senado, tal como vinha sendo entendida até aqui, revela-se completamente inútil, caso se entenda que ela tem outra função que não a de atribuir publicidade à decisão declaratória de ilegitimidade*”²³⁰. Arrazoa, dessa maneira que a admissão de ações coletivas como ferramenta de controle de constitucionalidade contingencia bastante a diferença entre os processos de matiz objetiva e os processos de carácter subjetivo.

²³⁰ *Loc. cit.*

Neste diapasão, uma verificação mais minuciosa das ilações veiculadas, matiza a realidade da eficácia das referidas decisões das ações coletivas que por sua própria natureza não se limita às partes envolvidas no processo. De acordo com a circunstância, o múnus exercido pelo Senado Federal pode ser, de fato, facultativo, mas se isto ocorrer a situação seria a mesma ainda quando do advento do disposto no artigo 52, X da Constituição. Ademais, inexistem óbices à intervenção da *supra* dita Casa do Congresso nestas hipóteses, contudo sua atuação poderia ser uma simplória formalidade. Oportunamente, faz-se necessário destacar, em consonância com as lições de Alexandre de Moraes²³¹, a jurisprudência da Corte tem se assentado no entendimento que:

(...) se a decisão do juiz ou tribunal declarando a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo em face da Constituição Federal gerar efeitos erga omnes haverá usurpação de competência do STF, por ser o único Tribunal em cuja competência encontra-se a interpretação concentrada da Constituição Federal.

Nesses casos, não se permitirá a utilização da ação civil pública como sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade, a fim de exercer controle concentrado de constitucionalidade de lei ou ato normativo.
(grifo nosso)²³²

Logo, é manifesta a vedação em se utilizar a ação civil pública e as outras ações coletivas como espécie de sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade, afastando o uso das ditas ações quando sua eficácia for *erga omnes* e, conquanto, similar aos efeitos da declaração abstrata de inconstitucionalidade. A orientação trabalhada mostra que o Supremo não visa, conforme dicção de Gilmar Mendes, relativizar a distinção entre os processos de índole objetiva e os processos de caráter estritamente subjetivo, mas guardar a qualidade atinente ao controle exercido de modo difuso e aquela do controle desempenhada de modo concentrado. De modo que, sendo defeso o uso da ação civil pública quando a eficácia do *veredicto* constituir-se *erga omnes*, a ponto de privar o Supremo do controle abstrato da

²³¹ MORAES, Alexandre de. *Op. cit.* p.707.

²³² No tocante à matéria transcreve-se o trecho do Informativo nº. 407/ STF: “O Tribunal, por maioria, julgou procedente reclamação ajuizada contra tutela antecipada concedida por juiz federal de seção judiciária de São Paulo, que suspendera a aplicação do art. 1º da Medida Provisória 14/2001, convertida na Lei 10.438/2002. Salientou-se, inicialmente, a existência de ação direta em que se objetiva a declaração da inconstitucionalidade da citada lei e de que a ação civil pública em questão - em que se impugna a validade de encargo tarifário (seguro anti-apagão) - fora proposta antes da conversão e do ajuizamento dessa ADI. Entendeu-se que a decisão impugnada usurpou a competência privativa do Supremo para julgar ação direta de inconstitucionalidade que tenha como parâmetro a Constituição Federal, uma vez que, no caso, a ação civil é proposta contra a União e a ANEEL e a declaração de inconstitucionalidade com efeitos erga omnes é posta como o próprio objeto do pedido e não como causa de pedir. Vencido o Min. Marco Aurélio que não reconhecia a usurpação da competência da Corte por considerar que o pronunciamento, afastando a incidência da lei, seria restrito e indispensável à acolhida da medida acauteladora. Reclamação julgada procedente para cassar a medida liminar concedida, declarar a incompetência do reclamado e determinar o arquivamento da ação civil pública”.

constitucionalidade das normas jurídicas frente à *Lex Fundamentalis*. No curso de outro viés, inexistirá obstáculo à declaração incidental de inconstitucionalidade em sede de ação coletiva quando “(...) *tratar-se de ação ajuizada, entre partes contratantes, na persecução de bem jurídico concreto, individual e perfeitamente definido, de ordem patrimonial, objetivo que jamais poderia ser alcançado pelo reclamado em sede de controle in abstracto de ato normativo*”²³³.

No fio exposto, Gilmar Mendes²³⁴, de modo categórico, aduz a esse caso a mutação constitucional:

[...] É possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica **mutação constitucional** em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988. Valendo-nos dos subsídios da doutrina constitucional a propósito da mutação constitucional, poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica reforma da Constituição sem expressa modificação do texto.(grifo nosso)

Assim sendo, deduz Gilmar Mendes que hodiernamente é lícito compreender que a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal tem fulcro de dar “*simples efeito de publicidade*”²³⁵. Logo, se o STF, na seara do controle concreto, indicar definitivamente que a lei ou ato normativo é inconstitucional, esse *decisum* terá efeitos *erga omnes*, realizar-se-á a comunicação ao Senado Federal a fim de que este publique o *veredicto* do Diário do Congresso. Neste íterim, não seria mais a decisão do Senado que iria atribuir eficácia geral ao julgamento do Egrégio Supremo, porque a própria decisão prolatada pela Corte seria dotada de força normativa. De acordo com o insigne Ministro, esta orientação está implícita nas inúmeras decisões judiciais e legislativas supramencionadas. Conquanto, “*o Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, uma vez que não se cuida de uma decisão substantiva, mas de simples dever de publicação*” (grifo no original)²³⁶. Tem-se assim que, a negativa do Senado em publicar a resolução suspensiva da lei declarada inconstitucional pelo Supremo, em consonância com o art. 52, X da Carta Política, não possuiria a capacidade de obstaculizar que a decisão do STF engendre a sua “*real eficácia jurídica*”²³⁷.

À guisa do exposto, o Relator acolheu a procedência da Reclamação considerando que a inadmissão da progressão de regime nos casos de crimes hediondos pelo Juiz de Direito da

²³³ Reclamação n.º. 602-6/SP – Rel. Min. Ilmar Galvão, julgada em 03 de setembro de 1997, *apud* MORAES, Alexandre de. *Op. cit.* p. 709.

²³⁴ Reclamação do Acre, p. 52.

²³⁵ *Ibid.* p.55.

²³⁶ *Loco citato.*

²³⁷ *Ibidem*, p.56.

Vara de Execuções da Comarca de Rio Branco ultrajou a eficácia contra todos inerente à decisão do Supremo no HC n.º 82.959/SP, que declarou a inconstitucionalidade do artigo 2º, §1º, da Lei n.º 8.072/90.

Destarte, tendo em vista os diversos arazoamentos do Ministro Relator enseja o entendimento de que o *verdicto* do Supremo está *per si* imbuído de força normativa capaz de descartar a atuação do Senado Federal. Contudo, é cediço que a *Lex Fundamental*is hodierna, no artigo 52, X, consagra o instituto da suspensão de execução pela eminente Casa do Congresso. Assim-assim, a tese defendida por Gilmar Mendes matiza-se como de custoso acolhimento tendo em vista a literalidade da norma *supra* dita e a conseqüente unificação das modalidades de controle de constitucionalidade.

b) Voto-vista do Ministro Eros Grau

O Ministro Eros Grau em seu voto-vista acompanhou o Relator Gilmar Mendes, no que pese o sentido normativo do art. 52, X.

Preliminarmente, na esteira de Paolo Grossi, o Ministro destaca a contraposição entre “*a necessária tutela segurança jurídica e da liberdade individual*” e a “*função de interpretação no desenvolvimento do direito*”²³⁸, visto que, as duas tendem a lados opostos. A liberdade só é assegurada com a vinculação do intérprete ao texto, por seu turno a interpretação exige originalidade para acolá do texto. Outra oposição apresentada e desmistificada é a existente entre a dimensão legislativa e a normativa do direito, que de acordo com o jurista não se trata de aspectos cindidos, mas imbricados entre si, ou seja, “*aqueles dois momentos compõem um só processo, o processo que o direito é, de sorte que se deve afirmar que ele é um dinamismo*”²³⁹. Desse modo, Eros Grau se auto-incumbe de averiguar a ocorrência da mutação constitucional do art. 52 inciso X da Carta Política no *Case Acre*.

Pondera a preocupação do relator com o crescimento do número de litígios e com a multiplicação de demandas símiles dentro da modalidade de controle concreto, aspectos segundo ele matizadores da contingência precariedade da paz social, conflitos estes travados perante o Judiciário que se torna “*arena em que se joga a luta de classe*”²⁴⁰.

²³⁸ Voto-vista do Ministro Eros Grau na Reclamação 4.335-5 Acre, p. 01.

²³⁹ *Ibid*, p.02.

²⁴⁰ *Loc. cit.*

Ademais, faz sobressair que Gilmar Mendes não se contentou com a mera interpretação do texto, para além disso, progrediu ao ponto de sugerir a substituição de um texto normativo por outro, motivo pelo qual Grau justifica o fato de inferir menção à mutação da Constituição²⁴¹.

Eros Grau expõe com precisão que “*a mutação constitucional é a transformação de sentido do enunciado da Constituição sem que o próprio texto seja alterado em sua redação*”, isto é, “*na sua dimensão constitucional textual*”²⁴². Insta em esmiuçar mais, asseverando que na ocorrência da mutação, o interpretante “*extrai do texto norma diversa daquela que nele se encontrava originariamente involucradas, em estado de potência*”²⁴³. Por conseqüência, subsiste mais do que uma banal interpretação – conceituada pelo Ministro como “*processo que opera a transformação de texto em norma*”²⁴⁴. Na dicção de Eros Grau, na mutação parte-se de um texto que substitui o outro:

Na mutação constitucional caminhamos não de um texto a uma norma, porém de um texto a outro texto, que substitui o primeiro.

Daí a mutação constitucional não se dá simplesmente pelo fato de um intérprete extrair de um mesmo texto norma diversa da produzida por um outro intérprete. Isso se verifica diuturnamente, a cada instante, em razão de ser, a interpretação, uma prudência. Na mutação constitucional há mais. Nela não apenas a norma é outra, mas **o próprio enunciado normativo é alterado**. (grifo nosso)

Entretanto, o Ministro Grau afirma que o Presidente do STF “*não se limita a interpretar um texto, a partir dele produzindo a norma que lhe corresponde, porém avança até o ponto de propor a substituição de um texto normativo por outro*”²⁴⁵. Se assim, é verdade não há que se falar em mutação constitucional, mas em genuína atuação legisferante.

Além disso, culmina sua exposição ao afirmar que na Reclamação do Acre fica clarividente que a função do Senado se converte em outorgar publicidade à suspensão de execução operada pelo Supremo:

O exemplo que no caso se colhe é extremamente rico. Aqui passamos em verdade de um texto ‘*compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal*’, a outro texto ‘*compete privativamente ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo*’.²⁴⁶

²⁴¹ *Ibidem*, p. 05.

²⁴² *Loco citato*.

²⁴³ *Loc. cit.*

²⁴⁴ *Loco citato*.

²⁴⁵ *Loc. cit.*

²⁴⁶ *Loco citato*.

Enaltece que no novel texto a competência privativa atribuída ao Senado é o dever de publicação ou publicidade:

[...] Pouco importa a circunstância de resultar estranha e peculiar, no **novo texto**, a competência conferida ao Senado Federal — **competência privativa para cumprir um dever, o dever de publicação [= dever de dar publicidade] da decisão, do Supremo Tribunal Federal**, de suspensão da execução da lei por ele declarada inconstitucional. Essa peculiaridade manifesta-se em razão da circunstância de cogitar-se, no caso, de uma situação de mutação constitucional²⁴⁷.(grifo nosso)

Desta forma, discorre que Gilmar Mendes não estaria apenas conferindo resoluta interpretação do artigo 52, inciso X da Constituição, mas assevera que o mesmo procedeu com uma verdadeira mutação do texto em questão. Assim sendo, sobre a mutação constitucional, afirma o ministro embasado em Georg Jellinek, Laband e Hsü-Dau-Lin que:

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

Neste ínterim, Eros Grau questiona se o texto oriundo da mutação constitucional se amolda à “*coerência do contexto*”²⁴⁸, de forma a se afeiçoar com precisão ao sistema constitucional. De acordo com ele, a réplica é positiva, pois “*quando ligado e confrontado aos demais textos no todo que a Constituição é, oposição nenhuma entre ele e qualquer de seus princípios; o novo texto é plenamente adequado ao espaço semântico constitucional*”²⁴⁹. A conclusão óbvia para o Ministro é que a mutação “*não é uma degenerescência, senão uma manifestação de sanidade do ordenamento*”²⁵⁰.

O Ministro infere críticas mais ácidas ao artigo 52, X da Constituição ao intitulá-lo de “obsoleto” e indicar a nova leitura realizada por intermédio da mutação constitucional como se segue:

Obsoleto o texto que afirma ser da competência privativa do Senado Federal a suspensão da execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, **nele**

²⁴⁷ *Ibidem*, p.24.

²⁴⁸ *Ibid.* p.06.

²⁴⁹ *Ibidem*. p .07.

²⁵⁰ *Ibidem*. p.06.

há de se ler, por força da mutação constitucional, que compete ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo. (grifo nosso)²⁵¹

Pondo termo as suas considerações, o Ministro Eros Grau adentra às problemáticas políticas, delineando que o Legislativo está obstado de elaborar norma para assacar à *Lex Fundamental* interpretação díspar daquela definida pelo Supremo na decisão que toca à Reclamação n.º 4.335-3. Justifica sua premissa nas ilações de Karl Loewenstein que segundo o Ministro assevera que o legislador pode interpretar a Carta Fundamental somente nos casos em que não se trate de norma jurídica declarada inconstitucionalidade pelo Supremo: :

(...) o Poder Legislativo pode exercer a faculdade de atuar como intérprete da Constituição, para discordar de decisão do Supremo Tribunal Federal, exclusivamente quando não se tratar de hipóteses nas quais esta Corte tenha decidido pela inconstitucionalidade de uma lei, seja porque o Congresso não tinha absolutamente competência para promulgá-la, seja porque há contradição entre a lei e um preceito constitucional²⁵².

Grau alude às prerrogativas de estatuir e impedir presentes na obra *L'Esprit des Lois* de Montesquieu²⁵³ deslindando mais sobre a questão *inter* poderes, atrela-se sobremaneira a atribuição de impedir do Judiciário, realizada perante os atos do Poder Legislativo. Assevera, pois, que o Judiciário possui o dever de estorvar a subsistência de normas inconstitucionais:

O Legislativo não poderá, nesta hipótese, retrucar, reintroduzindo no ordenamento o que dele fora extirpado, pois os braços do Judiciário nesta situação alcançam o céu. Pode fazê-lo quando lance mão da faculdade de estatuir, atuando qual intérprete da Constituição, por não estar de acordo com a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal a um texto normativo. Mas não, repito, quando aquele que estou referindo como poder de veto do Judiciário [= poder de afirmar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo] houver sido exercido.(...)

Outra questão a ser imediatamente introduzida, anexa à anterior, diz com a impossibilidade de o Senado Federal permanecer inerte, da sua inércia

²⁵¹ *Ibidem*, p. 07.

²⁵² *Ibidem*, p. 10.

²⁵³ “Distinguindo entre faculdade de estatuir — o direito de ordenar por si mesmo, ou de corrigir o que foi ordenado por outrem — e faculdade de impedir — o direito de anular uma resolução tomada por qualquer outro (isto é, poder de veto) (...) —, entende deva esta última estar atribuída ao Poder Executivo, em relação às funções do Legislativo; com isso, o Poder Executivo faz parte do Legislativo, em virtude do direito de veto: ‘Se o Poder Executivo não tem o direito de vetar os empreendimentos do campo Legislativo, este último seria despótico porque, como pode atribuir a si próprio todo o poder que possa imaginar, destruiria todos os demais poderes’ (...). ‘O Poder Executivo, como dissemos, deve participar da legislação através do direito de veto, sem o quê seria despojado de suas prerrogativas’ (...)”.

resultando comprometida a eficácia da decisão expressiva do que venho referindo como poder de veto exercido pelo Supremo.²⁵⁴

Conquanto, em conformidade com Eros Grau, anuindo com a tese expendida por Gilmar Ferreira Mendes, ao Senado Federal, a partir de um genuíno fenômeno de mutação constitucional, cabe apenas atribuir publicidade à suspensão da execução da lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Egrégio Tribunal Supremo. Tornando-se evidente assim que, “*a própria decisão do Supremo contém força normativa bastante para suspender a execução da lei declarada inconstitucional*”²⁵⁵, mesmo que a referida argüição de inconstitucionalidade se dê na seara do controle concreto. Julga, assim, a procedência da Reclamação.

No que pertine o voto-vista, patenteia-se que apesar do empenho argumentativo inferido pelo ministro Eros Grau, são dados ares de que a proposição jurídica se habilita mais a apartar a circunstância da mutação do que especificamente corroborá-la. Dito isto, em virtude do reconhecimento de que a interpretação preconizada por Gilmar Mendes extrapola os limites da interpretação constitucional, executando-se uma verdadeira modificação do texto do artigo 52, X, CF. O próprio Ministro destaca que há diversos modos de extinguir a incongruência entre as normas constitucionais e a realidade constitucional, tais como a mutação constitucional e a reforma constitucional. Entrementes, a finalidade alvitada pelos Ministros Grau e Mendes, isto é, modificar a redação do artigo 52, X da Constituição, perfazeria-se como outro meio mais apropriado, a saber, a reforma constitucional, sob pena de se atribuir excesso de poder ao Judiciário, perigando inclusive em sobrevir na usurpação de competência do Legislativo, visto que agiria em suma como um legislador positivo. Não seria legítimo ao Supremo extrair novas regras de um arcabouço textual inexistente, ou chegar ao cúmulo de produzir normas, caso contrário, tratar-se-ia uma desmedida excrescência interpretativa por parte do Judiciário.

²⁵⁴ *Ibidem*, p.09.

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 10.

iii. Aplicação da Súmula Vinculante²⁵⁶

a) Ministro Sepúlveda Pertence

Contrário ao que foi disposto por Gilmar Mendes e Eros Grau, o ministro Sepúlveda Pertence julgou a reclamação improcedente, apesar de ter concedido de ofício *habeas corpus* para que o juiz examinasse os outros pressupostos para deferimento do benefício da progressão de regime.

A princípio, o Ministro rememorou os fundamentos do seu voto no RE n.º 191.896/PR²⁵⁷, no qual declarou prescindível a reserva de plenário, regulada no art. 97, da Carta Magna, na hipótese de pré-existir declaração de inconstitucionalidade de dada lei pelo STF, mesmo que na via concreta. A razão da referida dispensa do deslocamento, previsto no art. 97 da Constituição, assenta-se na quebra da presunção de constitucionalidade que envolve qualquer espécie de lei ou ato normativo, inexistindo uma equalização da eficácia das decisões prolatadas nos processos de controle abstrato e concreto, ou ainda, efeito vinculante não adstrito à intervenção do Senado Federal. Entretanto, certificou que não se pode, a partir de então, minimizar o *munus* do Senado, que mantiveram praticamente a totalidade das Cartas Constitucionais posteriores a de 1934. Nesse ponto, o ministro Sepúlveda destacou o mesmo entendimento que relevou Gilmar Mendes no seu voto, no que pese a desnecessidade do deslocamento previsto no artigo 97 da Constituição Federal decorrer da quebra da presunção de constitucionalidade que encobre a lei ou ato normativo.

Por conseqüência, existindo um *decisum* pela inconstitucionalidade da norma em controle difuso, a presunção de constitucionalidade indissociável da regra jurídica é mitigada, donde se conclui que o deslocamento da questão constitucional ao plenário ou ao órgão especial do Tribunal é prescindível. O Pretório Excelso repetidamente salienta que a reserva de plenário da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo se apóia na presunção de constitucionalidade que a protege:

(...) a decisão plenária do Supremo Tribunal declaratória de inconstitucionalidade da norma, posto que incidente, **sendo pressuposto necessário e suficiente a que o Senado lhe confira efeitos erga omnes, elide a presunção de sua constitucionalidade**; a partir daí, podem os

²⁵⁶ O conteúdo dos votos emitidos pelos ministros que defendem a adoção da súmula vinculante foram extraídos do Informativo n.º 463 do Supremo, tendo em vista que o inteiro teor não se encontra disponível na *home page* do STF.

²⁵⁷ Recurso Extraordinário n.º 191.896/PR, publicado no Diário da Justiça de 29 de agosto de 1997.

órgãos parciais dos outros tribunais acolhê-la para fundar a decisão de casos concretos ulteriores, **prescindindo de submeter a questão de constitucionalidade ao seu próprio plenário.**²⁵⁸

Ademais, fez sobressair Sepúlveda Pertence, convindo com diversos juristas, que a coexistência de 02 (duas) modalidades de controle de constitucionalidade, desde a Emenda Constitucional nº16, de 26 de novembro de 1965, ensejou a predominância do controle abstrato. E que embora a sistemática de outorga ao Senado da competência para a suspensão da execução da lei inconstitucional esteja a cada dia mais obsoleto, expurgá-lo por meio do que chamou de “*projeto de decreto de mutação constitucional*”, já não se faria muito útil, ao passo que, o novel instituto da súmula vinculante é instrumento hábil para resolver o anacronismo, sem aniquilar o Senado a um órgão de publicidade das decisões do STF.

Sem sombras de dúvida, o argumento trazido pelo ministro Sepúlveda Pertence é magnífico, visto que preconiza uma interpretação sistemática do texto constitucional. Pois é inconteste que a Emenda Constitucional nº. 45/04 incrementou o ordenamento jurídico pátrio com a chamada súmula vinculante, conforme o art. 103-A da CRFB/88, concedendo ao STF um poder que praticamente desobrigaria o STF da intervenção do Senado Federal, sem, todavia, subjugar o papel da Casa do Congresso a um reles órgão de publicidade das suas decisões. Deste modo, a datar da EC nº. 45/04, o STF ao apreciar de modo incidente a inconstitucionalidade de determinada norma jurídica pode, observados os pressupostos do art. 103-A da Constituição Federal, editar súmula vinculante. Assim sendo, de acordo com Alexandre de Moraes²⁵⁹, não se coloca mais como imprescindível a aplicação do artigo 52, X da Constituição, uma vez que:

(...) declarando incidentalmente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, o próprio Supremo Tribunal Federal poderá editar súmula sobre a validade, a interpretação e a eficácia dessas normas, evitando que a questão controvertida continue a acarretar insegurança jurídica e multiplicidade de processos sobre questão idêntica.

No mais, é pertinente a menção dos requisitos necessários à edição de uma súmula vinculante, de competência exclusiva do Supremo. Em consonância com o art. 103-A podem ser extraídos os pressupostos a seguir: a) a ocorrência de decisões reiteradas acerca da questão constitucional; b) controvérsia atual entre órgãos judiciários ou controvérsia hodierna entre esses e a Administração Pública; c) grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre matéria idêntica; d) ter como objeto a validade, a interpretação e a eficácia de

²⁵⁸ Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº. 167.444/ PR, de relatoria do Min. Carlos Velloso, julgado em 30 de maio de 1995 e publicado no Diário da Justiça de 15 de setembro de 1995.

²⁵⁹ MORAES, Alexandre de. *Op. cit.* p. 705.

normas determinadas que abranjam matéria constitucional; e e) aprovação por 2/3 (dois terços) dos Ministros do Supremo.

Ademais, como se depreende dos requisitos *supra* elencados, não seria suficiente para a elaboração de uma súmula vinculante uma posição isolada do Supremo, sendo essencial, além dos outros caracteres, a adoção repetida de uma orientação especial que tolde a controvérsia constitucional. Por óbvio, a ocorrência de somente um *veredicto* que declare a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo não teria o condão de preencher o pressuposto relativo à existência de reiteradas decisões. Entretanto, tendo o STF decidido determinada questão constitucional de modo reiterado, não necessariamente unânime, a exigência em tela estaria satisfeita, podendo engendrar dessa forma a formulação edição de súmula vinculante.

b) Ministro Joaquim Barbosa

O Ministro Joaquim Barbosa, por seu turno, ao emitir seu voto, a exemplo de Sepúlveda Pertence não conheceu a reclamação, mas conheceu do pedido como *habeas corpus* e também concedeu *ex officio* a ordem. Em conformidade com o Ministro, a suspensão da execução da lei pelo Senado Federal não consubstancia óbice à amplitude da efetividade das decisões do Supremo, pelo contrário trata-se de remate ou complemento. Destaca ainda que as particularidades do caso em estudo se colocam elucidativas, visto que suscitam que o intento da reclamante é a postura divergente de um juiz em relação a um posicionamento do Supremo enquanto; porque como se mostrou, o magistrado assevera que não suspenso o ato pelo Senado e não ato omissivo do Senado Federal na atribuição de efeitos *erga omnes* à decisão do Supremo. Diante disso, argüiu que a controvérsia seria solucionada com a mera concessão liminar da ordem de *habeas corpus* pelo Ministro Relator.

Em continuação, ratificou o exposto por Sepúlveda Pertence, ou seja, a alternativa de elaboração de súmula vinculante como meio de descartar a participação do Senado, sem que com isso o ente legislativo seja convertido a órgão de publicidade das decisões do Supremo. Por conseguinte, a leitura clássica do art. 52, X, da Carta Magna deve conservada e apartada a incidência da mutação, considerando que, a circunstância em tela é desprovida de 02 (dois) requisitos complementares, a saber, o decurso de um lapso temporal maior para a verificação ocorrência da mutação constitucional e o conseqüente e definitivo desuso da norma constitucional. Reforçou além disso que, a proposição estaria obstada pela própria literalidade

do art. 52, X, da Constituição da República, de igual maneira, ostentou que a referida interpretação contrariaria as regras de auto-restrição²⁶⁰.

E notoriamente, conforme o rigor das palavras do dispositivo em comento, o argumento desenvolvido por Gilmar Mendes ensejaria aprovação dificultosa, pois como reiterado inúmeras vezes, o constituinte derivado teve ocasião favorável para modificar o artigo em estudo, inclusive quando emergiu a Emenda Constitucional n.º. 45/04, que apresentou novidade no campo do controle de constitucionalidade, à título de exemplo, a ampliação do rol de legitimados para a propositura da ação direta de constitucionalidade, disposta na nova redação ao artigo 103 da Constituição. Assim, se o legislador não procedeu com a supressão do mencionado inciso X do artigo 52 da CRFB/88, é lógica a conclusão que o mesmo obrigatoriamente permanece vigente, estando o intérprete estritamente vinculado à norma, ao passo que, uma vez que é evidente que a proposição do Relator extrapola uma ordinária interpretação da norma constitucional. Caso contrário, atribuir-se-ia poder excessivo o Judiciário. Logo, não se trata de simples temor que o *veredicto* do STF possua efeitos *erga omnes*, como acontece com as decisões proferidas na via do controle por ação, mas receio de verdadeira usurpação de competência do Poder Legislativo. Se é indubitável que uma separação de Poderes sob uma perspectiva austera pode ser deletéria, não menos evidente é que a flexibilidade sem freios da dita separação pode expor a perigo a solidez do Estado Democrático de Direito, com a concorrência pérfida de um super poder. Destarte, o próprio art.2º, CRFB/88 seria insultado, visto que o mesmo consagra a independência e a harmonia entre os poderes.

4. A Reclamação do Acre n.º 4335-3/ AC e a Crítica Doutrinária²⁶¹

Diante dos respeitáveis arrazoamentos *supra* descritos, a contenda da transcendência dos efeitos do *decisum* para além das partes envolvidas na controvérsia, como se viu, é perpassada por diversos institutos basilares na ordem constitucional pátria. Ocorre que, não obstante a aclamação do germe teórico por considerável parcela da doutrina e da

²⁶⁰ No tocante ao debate acerca da postura adotada pelos magistrados em sua atividade hermenêutica, se uma postura ativista ou auto-restritiva, também leciona Jane Reis Gonçalves Pereira que a concepção auto-restritiva identifica-se com as teses que preconizam que o Judiciário deve atuar de forma deferente ao princípio da separação de poderes, enquanto que a concepção ativista relaciona-se à idéia de que os juízes devem ir além da mera aplicação da lei, interpretando-a de forma criativa. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 62.

²⁶¹ A despeito de uma exaustiva pesquisa, excetuadas as ilações de Lênio Luiz Streck, não encontramos na Doutrina nada mais que apontamentos deveras superficiais delineando a tese defendida pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, atual presidente do Supremo Tribunal Federal. E por mais que favoráveis. E por mais que concordes, não há a exposição dos fundamentos para a referida posição.

jurisprudência, a teoria em questão recebe críticas inflamadas, sobremaneira dos defensores do constitucionalismo compromissório e principiológico²⁶². Desse modo, Lênio Streck assevera que os rumos da votação da Reclamação do Acre indicam uma nova concepção de controle de constitucionalidade, de poder constituinte, de equilíbrio entre os Poderes da República e quiza de sistema federativo, já que:

(...) a questão está ancorada em dois pontos: primeiro, o caminho para a decisão que equipara os efeitos do controle difuso aos do controle concentrado, que só pode ser feito a partir do que – nos votos – foi denominado de “mutação constitucional”, que consistiu, na verdade, não a atribuição de uma (nova) norma a um texto (Sinngabung), mas, sim a substituição de um texto por outro texto (construído pelo Supremo Tribunal Federal); o segundo ponto é saber se é possível atribuir efeito erga omnes e vinculante às decisões emanadas do controle difuso, dispensando-se a participação do Senado Federal ou transformando-o em uma espécie de diário oficial do Supremo Tribunal Federal em tais questões²⁶³.

Lênio Luiz Streck aponta a tendência do STF para o cabimento de reclamações em face de teses e não contra *veredicto*, ressaltando que no controle difuso o cerne é a apreciação de casos concretos e questões prejudiciais, “(...) o Supremo Tribunal Federal desloca a discussão jurídica para os discursos de fundamentação (*Begründungsdiskurs*), elaborados de forma descontextualizada”²⁶⁴. Conclui, pois, com apreciação desfavorável de que “(...) passam a ser ‘conceitos sem coisas’. E isso é metafísica, para utilizarmos uma linguagem cara à hermenêutica de cariz filosófico”²⁶⁵, e mais:

Em outras palavras, a tese esgrimada pelo Ministro Gilmar Mendes reduz a discussão jurídica a questões de justificação da validade das normas. Ora, a discussão jurídica é sempre concreta e, confessemos, pela simples razão de que não somos metafísicos, não somos seres numerais: até mesmo quando se faz controle concentrado, há concretude. Afinal, há muito já disse a filosofia tem que descer dos céus para ter, uma vez que os problemas estão cá em terra firme e não no mundo das idéias platônicas²⁶⁶. (grifo no original)

²⁶² De acordo com Lênio Streck, o constitucionalismo compromissório e principiológico é baseado no compromisso com o povo para as transformações sociais historicamente sonegadas, circunstância que assume “*foros de dramaticidade em países de modernidade tardia como o Brasil. Isso significa que o compromisso primordial de uma constituição é a democracia e a realização dos direitos fundamentais (promessas da modernidade)*”. In: STRECK, Lênio Luiz. *A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional*. p.18. Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br/index.php>>. Acesso em: 08 ago. 2008.

²⁶³ STRECK, Lênio Luiz. *Op.cit.* p. 01-02.

²⁶⁴ STRECK, Lênio Luiz. *Op.cit.* p.22.

²⁶⁵ *Loc. cit.*

²⁶⁶ *Loco citato*.

Oportunamente, assevera o autor em tela que a partir de uma perspectiva interna ao direito, e que intenta o fortalecimento da normatividade da Constituição, o encargo da jurisdição “*é o de levar adiante a tarefa de construir interpretativamente, com a participação da sociedade, o sentido normativo da constituição e do projeto de sociedade democrática a ela subjacente*”²⁶⁷. Finando que, um tribunal não pode antagonicamente subverter a constituição sob a escusa de estar guardando-a. Complementa Streck que, é o princípio de legislação e jurisdição, logo “*dizer em concreto*” coaduna em suma a insubordinação dos cidadãos a conceitos abstrativizados, ao passo que, “*A Suprema Corte não legisla (muito embora as súmulas vinculante, por exemplo, tenham adquirido explícito caráter normativo em terrae brasilis)*”²⁶⁸. Consoante Streck, os votos proferidos até o momento concentram-se no debate sobre o papel do direito e os limites da “função corretiva” da jurisprudência constitucional trazendo à baila a indagação sobre a produção da norma jurídica através da interpretação:

A interpretação da Constituição pode levar a que o STF produza (novos) textos, isto é, interpretações que, levadas aos limite, façam soçobrar os limites semânticos do texto no modo que ele vinha sendo entendido na (e pela) tradição (no sentido hermenêutico da palavra)? Veja-se, nesse sentido, que o Ministro Eros Grau sustenta – e, com isso, concorda com o Ministro Gilmar – que cabe ao STF não apenas mudar a norma, “mas mudar o próprio texto constitucional” (o texto do inciso X do art. 52 foi, efetivamente, alterado). Veja-se: o Ministro Eros Grau se pergunta se o Ministro Gilmar Mendes, ao proceder a “mutação constitucional” não teria “excedido a moldura do texto, de sorte a exercer a criatividade própria à interpretação para além do que ao intérprete incumbe. Até que ponto que o intérprete pode caminhar, para além do texto que o vincula? Onde termina o legítimo desdobramento do texto e passa ele, o texto, a ser subvertido?”²⁶⁹

Em relação ao voto do Ministro Eros Grau, *apertis verbis* diz que apesar da “*sofisticada argumentação de cunho hermenêutico*”²⁷⁰, a sua ilação “*(...) perde terreno, mesmo que ele pretenda vê-la ancorada na dicotomia ‘texto e norma’, assim como na repercussão dessa tese na ‘mutação constitucional’*”²⁷¹, tendo em vista que:

“*(...) Ao que se depreende das assertativas do Min. Eros Grau, ‘tudo vira norma’ e com pretensões universalizantes (podendo, na mutação constitucional, o próprio texto soçobar, colocando-se em lugar deste não apenas uma norma, mas, sim, um texto, em face dos limites semânticos*

²⁶⁷ *Ibidem*, p. 21.

²⁶⁸ *Ibidem*, p. 22.

²⁶⁹ *Loc. cit.*

²⁷⁰ *Loco citato*.

²⁷¹ *Ibidem*, p.23.

*daquele texto que tinham que ser ultrapassados – nas suas palavras – era ‘obsoleto’)*²⁷².

Ortodoxamente, Lênio Luiz é concludente ao afirmar em derradeiras palavras que a equiparação de efeitos do controle difuso aos do controle concentrado é uma redução do direito ao plano da validade, ao passo que, baralha as dimensões jurisdicional e legislativa. E mais, segundo o constitucionalista a tese argüida pode respaldar os defensores das súmulas vinculantes e distorções no seu processo inadequado de aplicação. No mais, Streck agrega a essa questão hermenêutica, a possibilidade das decisões do Supremo ensejarem o equívoco de confundir as tarefas constituídas daquelas constituintes, o que evidenciaria uma séria inversão dos pressupostos da teoria democrática a qual se filia a Constituição Pátria.

²⁷² STRECK, Lênio Luiz. *Op.cit.* p.22.

CONCLUSÃO

A Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes da Sentença no Controle Difuso de Constitucionalidade embate frontalmente com o instituto da suspensão de execução da lei declarada inconstitucional *incidentur tantum* pelo Excelso Sodalício. Esse último instituto no qual a execução da lei declarada inconstitucional em sede de controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal é cessada por ato do Senado Federal remonta à Constituição de 1934, e teve sua criação justificada por um receio de se atribuir eficácia *erga omnes* às decisões emanadas do Egrégio Supremo Tribunal Federal – órgão julgador máxime. Destaque-se que, hodiernamente, essa clássica desconfiança do Poder Judiciário passou a ser encarnada pelo Legislativo, tendo o primeiro poder se imbuído da caricatura de “salvador da pátria” pelo ideário popular em algumas circunstâncias. Contudo, alguns teóricos contemporâneos defendem que este quadro de suspeita não mais permanece, e na contramão deste novo contexto, o artigo 52, X da Constituição, que regulamenta a participação daquela Casa do Congresso no controle de constitucionalidade, permanece o texto constitucional em vigor, haja vista que a referida norma não foi extirpada por nenhum mecanismo de reforma da Constituição. Observada por um ângulo que preza mais a efetividade das normas, a abstrativização ensejaria maior segurança jurídica, celeridade processual e uniformidade da jurisprudência, constituindo mais um instrumento de *aggiornamento* ou atualização da jurisprudência, objetivando pois, ajustar os institutos constitucionais ao novel contexto de ativismo do Judiciário pós-Constituição de 1988; sobremaneira, o Supremo Tribunal Federal - que hoje possui uma composição *sui generis* - na sua atribuição de zelar pela Carta Política combatendo a existência de brechas para a insurgência de recursos ou entendimentos desconformes aos prescritos pela Suprema Corte.

Em relação ao aspecto político que avoluma a atribuição de efeito *erga omnes* e vinculante às decisões emanadas do controle difuso, dispensando a participação do Senado Federal ou metamorfoseando-o em uma espécie de “diário oficial” da Suprema Corte, é factível que a irrupção do instituto em comento na ordem constitucional ventila o equilíbrio entre os Poderes da República, o Poder Constituinte e o próprio Sistema Federativo, engendrando uma genuína ruptura paradigmática no plano da Jurisdição Constitucional. Logo, opondo a abstrativização do controle difuso à questão do Equilíbrio entre os Poderes da República e ao instituto de origem estadunidense do *Checks and Balances*, vê-se que o Judiciário se sobreporia aos outros poderes, nesse caso específico ao Legislativo, em razão desse *plus* que desestabilizaria as prerrogativas inerentes a cada Poder.

No que pese o viés processual, fortalece-se a tese de que o sistema único em debate, que alvitra impugnar o excesso de recursos e a multiplicação das demandas, expondo a risco de modo pernicioso os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, ou em outras palavras, molesta-se inapelavelmente o acesso aos Tribunais Superiores, ao passo que, o cidadão será afetado por um *decisum* de um processo no qual não postulou enquanto sujeito processual, em suma, não se defendeu. Destarte, é imprescindível ponderar a valia inestimável dos institutos da economia, da celeridade processual e da segurança jurídica, que se lançam com a mesma magnânima primazia da possibilidade do indivíduo de ver a sua lide julgada pela Corte Constitucional, na circunstância de ultraje a Constituição, mesmo que somente o direito incidentalmente, sem uma apreciação exaustiva de matéria fática que singulariza as lides. É irrefutável que a Constituição disponibiliza vários instrumentos para que as demandas do cidadãos comuns sejam apreciadas pela Suprema Corte, não obstante essa constatação, notória é a eclosão do Recurso Extraordinário e do *Habeas Corpus* como meios para questionar a conformação das leis e dos atos normativos com a *Lex Fundamentalis*. Assim sendo, a tese farsesca da abstrativização enquanto amiúde óbice à interposição de recursos embarricando a discussão de certas matérias, mesmo aquelas acerca das quais o STF já tenha se manifestado, constitui um legítimo entrave à cidadania no nosso país.

Numa perspectiva genuinamente constitucional, tem-se que a decisão que equaliza os efeitos do controle concreto de constitucionalidade ao controle concentrado, outorgando efeitos *erga omnes* e vinculante, fenômeno incitado para alguns juristas pela chamada de mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição, enseja um sistema único de controle de constitucionalidade. Neste turno, problematizou-se em seção apropriada, os institutos como a vinculatividade e a transcendência de forma a entender com maior propriedade a discussão travada no plano do Direito Constitucional brasileiro. Neste diapasão, o instituto da mutação constitucional emerge excelso e soberano para o estudo do controle de constitucionalidade difuso ou incidental, quando se discute a razão jurídica da norma a ser extratada do art. 52, inciso X da Constituição Federal na Reclamação 4335-5/AC. E como percebe-se pelos próprios conceitos de mutação trazidos à baila que é inverossímil sequer cogitar no fenômeno ao se pensar no dispositivo constitucional em debate.

Pelo fio do exposto, a conseqüência lógica da emergência de uma modalidade única de controle de constitucionalidade coloca-se como evidente, ao passo que a adoção da Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes da Sentença no Controle Difuso de Constitucionalidade tende a engessar paulatinamente a jurisprudência em nome de um

combate hercúleo aos recursos, alvitando-se a uniformização dos julgados e, bloqueado a multiplicação das demandas. Para tanto, os tribunais a cada dia cerceiam o acesso à justiça, sob o argumento de tornar eficiente a prestação jurisdicional, elaborando meios para impedir a admissão de recursos, seja impondo pressupostos de admissibilidade surreais seja eliminando de vez certos instrumentos processuais.

Nesse diapasão, a Teoria da Abstrativização do controle difuso preconizada no Brasil por Gilmar Ferreira Mendes, relator da Reclamação nº. 4.335-5 e atual Presidente do STF, no sentido de haver ocorrido uma verdadeira mutação constitucional no texto do artigo referido, é de árdua sustentação, apesar dos diversos argumentos por ele trazidos no sentido da ocorrência do dito fenômeno da mutação. Pelo fio do exposto, por essa linha de raciocínio, o múnus desempenhado pelo Senado se mudou em um anacronismo, mormente com as alterações advindas a partir da Constituição de 1988, dentre as quais se a ampliação do rol de legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, a criação da ação declaratória de constitucionalidade e a introdução de um mecanismo de arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Por outro lado, tem-se o fato de que o intérprete da norma não deve se imiscuir no papel de legislador, alterando a redação de dispositivos constitucionais em vigor, ainda que tal alteração fosse desejável por parcelas da sociedade. Até porque nesse caso particular, a *supra* referida norma jurídica que dispõe acerca da intervenção do Senado Federal permanece na Constituição vigente e o legislador constituinte derivado, mesmo tendo a possibilidade de retirá-la do texto constitucional (v.g., reforma do Poder Judiciário), não o fez, restando, portanto, a norma íntegra na Carta Magna de 1988. Logo, não se mostraria pertinente que a alteração fosse arbitrariamente realizada pelo intérprete da norma, sobretudo se considerando que existe, no próprio sistema constitucional hodierno, uma solução apropriada e regulamentada e, além disso, menos gravosa à integridade da Constituição Federal, a saber, a súmula vinculante. Ademais, o mecanismo da súmula engendra o tão almejado efeito *erga omnes* sem a intromissão do Senado, contudo exige um quórum de aprovação de 2/3, díspar do quorum de maioria absoluta como se mostra o necessário para atribuição de eficácia *erga omnes* em controle *incidentur tantum*. Logo, se para a súmula que gera eficácia vinculante é no mínimo temerário supor que no controle concreto apenas com uma maioria absoluta o *decisum* seja oponível contra todos. Assim, não obstante a ilação que, a adoção da abstrativização do controle difuso é a via mais adequada para uma prestação jurisdicional eficaz, asseverando que o instituto minorará a interposição de recursos alvitando a reforma das decisões, a mesma carece de regulamentação legal e constitui um golpe arrebatador no

princípio da separação dos poderes. Indubitavelmente, há uma perigosa cisão na separação dos poderes, mesmo se defendendo uma concepção mais flexível do referido postulado. Não se olvidando de símile modo, da questão atualíssima da ausência de legitimidade democrática do Poder Judiciário. E nesse ponto, mesmo a justificativa de uma atuação mais enérgica dos juízes em virtude das crises institucionais, da improbidade, da corrupção ou inércia legislativa do Congresso não é plausível ou suficiente para que se denote ao Judiciário o *status* de “super poder”; tendo em vista, que também o Poder Judiciário é assolado por mazelas semelhantes as dos órgãos legisferantes e outras de caráter notório, como a morosidade e a falta de eficácia de suas decisões. Destarte, a Emenda Constitucional nº. 45/04, que introduziu o instituto da súmula vinculante no ordenamento pátrio (art. 103-A, CRFB/88), concedeu ao Supremo Tribunal Federal um poder que, praticamente, dispensaria a intervenção do Senado Federal, sem, contudo, reduzir o papel daquela Casa do Congresso a um simples órgão de publicidade das decisões proferidas pela Corte Suprema. Assim sendo, a edição da súmula vinculante a respeito da norma declarada inconstitucional no controle incidental, alternativa proposta pelo ministro Sepúlveda Pertence, matiza-se de fato como a mais adequada, ao passo que releva a interpretação sistemática do texto constitucional, diligência esta que não foi efetuada pelo ministro Gilmar Ferreira Mendes. Indiscutivelmente, a leitura conferida pelo ministro relator ao disposto no artigo 52, X da Constituição, extrapolou deveras as balizas da interpretação.

Segundo destaques do ministro Eros Grau, ocorreu a passagem de um texto constitucional a outro texto de conteúdo diverso, o que visivelmente vai além da mera interpretação e, portanto, vai igualmente além da competência do Supremo. Assim é que deve ser mantida a leitura tradicional do dispositivo em comento, sob pena de, em última análise, estar se concedendo ao Supremo Tribunal Federal o monopólio de interpretação da Constituição Federal, o que não é cabível, nem tampouco desejado.

Incontestemente é que o Egrégio Supremo está assoberbado de processos não só em razão da constitucionalização do Direito brasileiro, donde resulta que muitas questões jurídicas são perpassadas por discussões acerca da constitucionalidade das normas, mas também pela adição à essa realidade inexorável, do desrespeito aos direitos do cidadão e da litigiosidade que assola a sociedade de massa. Ao lado desses elementos, a vasta possibilidade de recorrer enseja a procrastinação dos contendores que buscam levar suas demandas às últimas instâncias, nem que seja para ganhar tempo para executar as sentenças prolatadas.

O anacronismo do instituto da suspensão e a panacéia de todos os males que se mostra a abstrativização, segundo os críticos, em razão da coexistência das modalidades de controle difuso e concentrado é argüida sobremaneira porque na seara do controle principal persistem

efeitos *erga omnes* e vinculantes, assim a questão estaria resolvida para todos os casos semelhantes obstando assim o ajuizamento de situações equânimes a já resolvida. Entretanto, dentro da atual sistemática, dúplice de controle, é irrazoável que o julgamento de determinada matéria em causa de pedir dentro de um controle difuso não tenha efeitos *inter partes*. No mais, a dita objetivação do controle difuso resguardaria além da aproximação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade nas modalidades concreta e abstrata, segundo os seus defensores, o instituto suprimiria a carência do *stare decisis* e tornaria desnecessária a resolução do Senado Federal para atribuição de efeito *erga omnes* às decisões prolatadas em sede de controle concreto. Numa argüição bem superficial se poderia alegar que o instituto da suspensão matiza um precursor instrumento de *Checks and Balances* dada a sua originalidade que tem gênese no primeiro quartel do século XX.

Gratia argumentandi propugna-se que, mesmo exaurindo toda bibliografia referente ao tema, as divergências não se depauperariam. Todavia, a assepsia à concepção “minimalista” do controle de constitucionalidade como mero instrumento sanador da ordem constitucional e não como meio fidedigno para a realização dos direitos fundamentais, infere para a anuência de que é a abstrativização é a “luz no fim do túnel” para combater a enxurrada recursal. Ocorre porém, que a procrastinação por intermédio da via recursal não deve ser encarada como causa supra-suma do problema que assola o Judiciário nacional, mas deve haver a alteração com elementos não só de natureza jurídica como a cultura pátria, o desenho das instituições tupiniquins e mesmo, as relações de poder e a questão social. Evidente é Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes da Sentença no Controle Difuso de Constitucionalidade inapelavelmente não merece prosperar quando esta divergir dos valores fulcrais da sociedade e de seus membros, do que estes ponderarem como primordial para o Direito e para a regulamentação das relações sociais entre eles. À guisa de como alguns doutrinadores sustentam a minimização do controle difuso, a evanescente afirmação de que a abstrativização tem por escopo a magnificência de acautelar a manutenção da ordem jurídica, a garantia da segurança jurídica e a celeridade processual, já seria suficiente para conclamarmos essa tese como um mecanismo magistral por seu caráter dinâmico e renovador. Destarte, suprimindo a inditosa consideração que subverte e subalternizada o controle *incidentur tantum*, tendo-o como uma modalidade parca e problemática do Direito, quando *a contrario sensu*, como se nota na jurisprudência do próprio Excelso Sodalício possui inerente caráter de real instrumento legatário da promoção Justiça por estar constantemente se adequando a trama social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ALVES, José Carlos Moreira. O Controle de Constitucionalidade no Brasil. *Revista da Procuradoria-Geral da República*, São Paulo, n. 09, p. 131, jul-dez. 1996.

ASSIS, Araken de. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. *Revista Jurídica*, n. 301, nov. 2002.

BARROS, Sérgio Resende de. *O Senado e o controle de constitucionalidade*. Disponível em: <http://www.srbarros.com.br/artigos.php?TextID=75&TextPart=7> Acesso em: 28 set. 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 20 mar. 2008.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: C. Bastos, 2002.

BITTENCOURT, Lúcio. *O Controle de Constitucionalidade das Leis*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Constituição, 1988.

BRASIL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

BRASIL. Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999.

BRASIL. REGIMENTO INTERNO DO SENADO FEDERAL.

BRASIL. REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo STF* n. 398, Brasília, 22-26 ago. 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo STF* n. 407, Brasília, 24 out.-04 nov. 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo STF* n. 418, Brasília, 06-10 mar. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo STF* n. 454, Brasília, 01-02 fev. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo STF* n. 463, Brasília, 16-20 abr. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.345/DF, Decisão Monocrática, Julgador: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 23 de agosto de 2005. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3345&classe=ADI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 30 abr. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 167.444/ PR, Segunda Turma, Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, DF, 30 de maio de 1995. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=279149&codigoClasse=510&numero=167444&siglaRecurso=AgR&classe=AI>>. Acesso em: 30 out. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 364.160/MG, Decisão Monocrática, Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 06 de dezembro de 2002. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(364160.NUME.%20OU%20364160.DMS.\)%20NAO%20S.PRES.&base=baseMonocraticas](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(364160.NUME.%20OU%20364160.DMS.)%20NAO%20S.PRES.&base=baseMonocraticas)>. Acesso: 09 out. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 168.149/RS, Segunda Turma, Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 26 de junho de 1995. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=279253&codigoClasse=510&numero=168149&siglaRecurso=AgR&classe=AI>>. Acesso em: 09 out. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n.º 16.512/ DF, Tribunal Pleno, Relator: Ministro Oswaldo Trigueiro. Brasília, DF, 25 de maio de 1966. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=84410&codigoClasse=376&numero=16512&siglaRecurso=&classe=MS>>. Acesso em: 02 ago. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n.º 2.363/PA, Tribunal Pleno, Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 01 de abril de 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=365588&codigoClasse=403&numero=2363&siglaRecurso=&classe=Rcl>>. Acesso em: 26 set. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Reclamação n.º 4.999/RN, Decisão Monocrática, Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 19 de março de 2007. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(4999.NUME.%20OU%204999.DMS.\)%20NAO%20S.PRES.&base=baseMonocraticas](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(4999.NUME.%20OU%204999.DMS.)%20NAO%20S.PRES.&base=baseMonocraticas)>. Acesso em: 03 out. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n.º 16.519/ DF, Tribunal Pleno, Relator: Ministro Luiz Gallotti. Brasília, DF, 20 de junho de 1966. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=84412&codigoClasse=376&numero=16519&siglaRecurso=&classe=MS>>. Acesso em: 04 ago. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Mandado de Segurança n.º 17.976/ SP, Terceira Turma, Relator: Ministro Amaral Santos. Brasília, DF, 13 de setembro de

1968. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=114815&codigoClasse=427&numero=17976&siglaRecurso=&classe=RMS>>. Acesso em: 04 ago. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Reclamação n.º 1.880/ SP, Tribunal Pleno, Relator: Ministro Maurício Correa. Brasília, DF, 07 de novembro de 2002. Disponível em: <
<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=1880&classe=Rcl-AgR>>. Acesso em: 30 abr. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n.º 24.831/ DF, Tribunal Pleno, Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 22 de junho de 2005. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=86189&codigoClasse=376&numero=24831&siglaRecurso=&classe=MS>. Acesso em: 14 set. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de instrumento n. 375.011/RS, Segunda Turma, Relator: Ministra Ellen Gracie. Disponível em: <
<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?Numero=375011&classe=AI-AgR>>. Acesso em: 08 dez. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 82.959/SP, Tribunal Pleno, Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 23 de fevereiro de 2006. Disponível em: <
<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=82959&classe=HC>>. Acesso em: 08 dez. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautela no Recurso Extraordinário n. 376.852/SC, do Tribunal Pleno. Disponível em: <
<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=376852&classe=RE-MC>>. Acesso em: 15 fev. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Reclamação n.º 2.986/SE, Decisão Monocrática, Julgador: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 11 de março 2005. Disponível em: <
<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=1880&classe=Rcl-AgR>>. Acesso em: 30 abr. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo administrativo n. 318.715/STF. Brasília, DF, 17 de dezembro de 2003. Disponível em: <
<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=318715>>. Acesso em: 20 mar. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem em Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 01/ DF, Tribunal Pleno, Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 16 de junho de 1995. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=884&codigoClasse=10&numero=1&siglaRecurso=QO&classe=ADC>>. Acesso em: 19 ago. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 01/ DF, Tribunal Pleno, Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 01 de dezembro de 1993.

Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=881&codigoClasse=9&numero=1&siglaRecurso=&classe=ADC>>. Acesso em: 19 ago. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n.º 1.987/DF, Tribunal Pleno, Relator: Ministro Maurício Correa. Brasília, DF, 01 de outubro de 2003. Disponível em: <
<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=1987&classe=Rcl>>. Acesso em: 30 abr. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Reclamação n.º 2.126/ SP, Decisão Monocrática, Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 12 de agosto de 2002. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=372905&codigoClasse=591&numero=4&siglaRecurso=MC&classe=ADC>>. Acesso em: 30 set. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n.º 4.335-5, Tribunal Pleno, Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Brasília, DF, 01 de outubro de 2003. Disponível em: <
<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=1987&classe=Rcl>>. Acesso em: 30 ago. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n.º 4.335-5, Voto-vista do Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 19 de Abril de 2007. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=69653&caixaBusca=N>>. Acesso em: 13 jul. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem em Medida Cautelar n.º 189, Tribunal Pleno, Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 09 de junho de 2004. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=348445&codigoClasse=1306&numero=189&siglaRecurso=MC-QO&classe=AC>>. Acesso em: 10 ago. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 228.844/SP, de relatoria do Min. Maurício Corrêa, Decisão Monocrática. Brasília, DF, 20 de maio 1999. Disponível em: <
[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(228844.NUME.%20OU%20228844.DMS.\)%20NAO%20S.PRES.&base=baseMonocraticas](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(228844.NUME.%20OU%20228844.DMS.)%20NAO%20S.PRES.&base=baseMonocraticas)>. Acesso em: 23 out. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n.º 74.051/ SC, Segunda Turma, Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 18 de junho de 1996. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=74951&codigoClasse=349&numero=74051&siglaRecurso=&classe=HC>>. Acesso: 15 out. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 197.917/SP, Tribunal Pleno, Relator: Ministro Maurício Correa. Brasília, DF, 07 de maio de 2004. Disponível em: <
<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=197917&classe=RE>>. Acesso em: 08 jun. 2008.

CAETANO, Marcello. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v.1.

CAMARGO, Marcelo Novelino. Org. *Leituras Complementares de Constitucional: Controle de Constitucionalidade*. Salvador: Jus Podium, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. .

CAPPELETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. (Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato). Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Dott. A. Giuffrè Editore, 1973.

CARBONELL, Miguel. *Teoria del Neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Ed. Trotta – Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 2007.

CASTRO, Marcos Faoro de. Dívida externa, globalização da economia e direitos humanos. *Arquivos do Ministério da justiça*, ano 47, n. 184, jul./dez, 1994.

_____. *O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política*. Disponível em: http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_34/rbcs34_09.htm. Acesso em 18 ago. 2008.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido Processo Legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*. 2.ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do Controle de Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Editora Bookseller, 2002. v. 1.

CLÉVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro: conceitos, sistemas e efeitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. *O efeito vinculante e os poderes do juiz*. São Paulo: Saraiva, 1999.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*. 24. ed.. São Paulo: Saraiva, 2003.

DIAS, João Luís Fischer. *O efeito vinculante: dos precedentes jurisprudenciais das súmulas dos tribunais*. São Paulo: IOB Thompson, 2004.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 3.ed. Salvador: Jus PODIVM, 2007. v. 3.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 28. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem a professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. Eficácia do Controle de Constitucionalidade Difuso Abstrativizado. *Consulex*, n. 221, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo Constitucional em Marcha*. São Paulo: M. Limonad, 1985.

_____. *A crise do Poder Judiciário, O Processo em Evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

_____. *Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. Revista de Processo, v.33, n.156, p.54-70, fev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. Antônio Fabris, 1997.

LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *A judicialização da política*. In: <http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/leal1.htm>

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 11.ed. São Paulo: Método, 2007.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da Sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 4a. ed. Com notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires, tradução dos textos posteriores para edição de 1945 de Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. 2.ed. Barcelona: Ariel, 1970.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. 2.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARTINS, Ives Gandra Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado da constitucionalidade*. São Paulo : Saraiva, 2001.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Teoria das Constituições Rígidas*. 2.ed. São Paulo: J. Bushatsky, 1980.

MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição Federal anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3.ed. rev e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Jurisdição Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Controle de Constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. O Papel do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 162, p.149-168, 2004. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ri/162/R162-12.pdf>>. Acesso em 09 jan. 2008.

_____. *O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas*. Disponível em: < Disponível em: <http://br.geocities.com/profpito/oefeitovinculanteGilmar.html>>.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. Rio de Janeiro: Henrique Cahen Editor, 1947. v. II.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17. ed. rev., ampl. e atual. com a EC 22/99. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

MUSCARI, Marco Antônio Botto. *Súmula Vinculante*. São Paulo: J. de Oliveira, 1999, p.63-65.

OTTO, Ignacio de. *Derecho Constitucional - Sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel, 1987.

PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa julgada cível*. 2.ed. Rio de Janeiro: AIDE, 1998.

SADEK, Maria Tereza. O Poder Judiciário na Reforma do Estado. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes. *Sociedade e Estado em Transformação*. São Paulo: UNESP, 1999.

SANTOS, Boaventura de Souza. A Judicialização da Política. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/opiniao/bss/079.php> . Acesso em: 20 mar. 2008.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang. Efeito Vinculante e Deforma do Judiciário. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, v. 2, 2002

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

SILVA, José Affonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *O Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil. La Jurisdicción Constitucional em Iberoamérica*. Dykinson: Madrid, 1997.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *A evolução do Controle de Constitucionalidade e a competência do Senado Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *O Controle da Constitucionalidade e o Senado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lênio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Cattoni; LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. *A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional*. Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br/index.php>>. Acesso em: 08 dez. 2007.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

TEMER, Michel. *Elementos do Direito Constitucional*. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. *Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución: Una aproximación al origen del concepto*. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 20, n. 58, 2000.

VELOSO, Zeno. *Controle de Constitucionalidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

VILANOVA, Lourival. *A Dimensão Política nas Funções do Supremo Tribunal Federal*. *Arquivos do Ministério da Justiça*, n. 154.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.