

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

**O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE E A TEORIA DA
ABSTRATIVIZAÇÃO: UMA ANÁLISE DE CASOS-REFERÊNCIA**

GRAZIELI OLIVEIRA DANTAS

Rio de Janeiro
2021/1º semestre

GRAZIELI OLIVEIRA DANTAS

**O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE E A TEORIA DA
ABSTRATIVIZAÇÃO: UMA ANÁLISE DE CASOS-REFERÊNCIA**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Me. Daniel Capecchi Nunes**.

Rio de Janeiro
2021/ 1º semestre

GRAZIELI OLIVEIRA DANTAS

**O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE E A TEORIA DA
ABSTRATIVIZAÇÃO: UMA ANÁLISE DE CASOS-REFERÊNCIA**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Me. Daniel Capecchi Nunes**.

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Professor Me. Daniel Capecchi Nunes - Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro
2021/ 1º semestre

FICHA CATALOGRÁFICA

CIP - Catalogação na Publicação

D192c Dantas, Grazieli Oliveira
O controle difuso de constitucionalidade e a teoria da abstrativização: uma análise de casos referência / Grazieli Oliveira Dantas. -- Rio de Janeiro, 2021.
115 f.

Orientador: Daniel Capecchi Nunes.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2021.

1. Controle difuso de constitucionalidade. 2. Suspensão de executoriedade. 3. Senado Federal. 4. Eficácia geral . I. Nunes, Daniel Capecchi, orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos pelo(a) autor(a), sob a responsabilidade de Miguel Romeu Amorim Neto - CRB-7/6283.

À minha vó Maria (*in memoriam*), meu exemplo de bondade e dedicação, por todo amor com nossa família.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus, por todas as oportunidades proporcionadas para o meu crescimento e pelas bençãos recebidas.

Aos meus pais, Josbercksan e Deise, pelo amor, dedicação e apoio irrestritos. Não há dúvidas de que sem vocês nada disso seria possível.

Aos meus avôs (*in memorian*), José Ferreira e José Moreira e, especialmente, à minha avó Maria, cuja força e sabedoria sempre admirei, tive e terei como referência. Estarão sempre em meu coração e em minhas memórias.

Ao meu melhor amigo e companheiro de vida, Hiran, pelo companheirismo incondicional. Seu apoio, paciência e confiança foram fundamentais nessa longa jornada, tornando-a infinitamente mais leve.

Aos meus irmãos, Jesiane, Gisele, Marcelle e Marcio, pelo crescimento que o convívio diário me proporcionou. Se houvesse opção de escolha, sempre escolheria tê-los em minha vida.

À minha sobrinha Maitê, por ser a felicidade dos meus dias. A sua existência me inspira a ser uma pessoa melhor.

À toda minha família, de sangue e de coração, por todo incentivo e amor, por acreditarem verdadeiramente em mim.

A todos os meus amigos, pelos conselhos, paciência e afeto. Às minhas amigas de longa data e sempre presentes, Aline, Bianca, Fernanda, Giovanna e Mariana.

À Faculdade Nacional de Direito e aos amigos que ela me proporcionou, Marianna, Eloísa, Vinicius, Luiz, Claudio e Priscila. Sem vocês a trajetória não teria graça e, provavelmente, não seria concluída.

Aos meus professores da Escola Municipal Padre Leonel Franca, especialmente aos professores Zilton Gonçalves e Ana de Lourdes, por toda dedicação e suporte, apesar das adversidades.

Ao Colégio Pedro II – Realengo, tudo. Sempre.

A todos os que lutaram e lutam pela educação pública de qualidade, acreditando que é o único caminho possível para o progresso, meu muitíssimo obrigada.

“Não há outro meio de atalhar o arbítrio, senão dar contornos definidos e inequívocos à condição que o limita”.

Rui Barbosa.

RESUMO

O presente trabalho monográfico abordará a chamada teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, que propõe a equiparação dos efeitos da decisão proferida em controle difuso aos efeitos do controle concentrado. Assim, as decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal que declarem a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, proferidas incidentalmente em processos subjetivos, seriam dotadas de eficácia geral e vinculante, sem a necessidade de atuação do Senado Federal, prevista no artigo 52, X, da CRFB/88. Nesse sentido, com a adoção do controle concentrado pelo ordenamento jurídico brasileiro e a sua expansão, sob a égide da Constituição de 1988, o instituto de suspensão de excoutoriedade pelo Senado passou a ser objeto de novas interpretações. Dessa forma, será analisado o alcance e pertinência hodierna do referido instituto, abordando-se a tese de mutação constitucional do art. 52, X, da CF/88, proposta na Reclamação n. 4335/AC, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, e rediscutida no julgamento conjunto das ADIs n. 3406/RJ e 3470/RJ, relatoria da Ministra Rosa Weber.

Palavras-chave: Controle de Constitucionalidade; Controle Difuso; Abstrativização; Suspensão de Excoutoriedade.

ABSTRACT

This monographic work will address the theory of abstraction of diffuse control of constitutionality, which proposes to equate the effects of decision rendered in diffuse control with the effects of concentrated control. Thus, the final decisions of the Supreme Federal Court that declare the unconstitutionality of a law or normative act, rendered incidentally in subjective cases, would be endowed with general and binding effectiveness, without the need for action by the Federal Senate, provided for in article 52, X, of CRFB / 88. In this sense, with the adoption of control concentrated by the Brazilian legal system and its expansion under the aegis of the Constitution of 88, the institute of suspension of enforceability by the Senate came to be the object of new interpretations. Furthermore, the scope and relevance of today's institute will be analyzed, addressing the constitutional mutation thesis of art. 52, X, of CF / 88, proposed in Complaint n. 4335 / AC, reporting by Min. Gilmar Mendes, and discussed in the joint judgment of ADIs no. 3406 / RJ and 3470 / RJ, report by Minister Rosa Weber.

Keywords: constitutionality control; diffuse control; abstrativization; suspension of enforceability.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: NOÇÕES PRELIMINARES.....	15
1.1. A força normativa da Constituição e unidade do sistema jurídico	15
1.2. Premissas do controle de constitucionalidade	18
1.3. Da presunção de constitucionalidade das leis.....	20
1.4. Modelos de controle	22
1.4.1. Modelo difuso (norte-americano).....	22
1.4.2. Modelo concentrado (austríaco)	26
1.4.3. Modelo misto adotado no Brasil: construção histórica através das constituições brasileiras.....	29
2. CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE	40
2.1. Competência para realização do controle difuso	40
2.2. Cláusula de reserva de plenário (art.97, CRFB/88) e procedimento da declaração incidental de inconstitucionalidade	41
2.3. Controle difuso realizado pelo STF.....	46
2.3.1. Recurso Extraordinário.....	46
2.3.2 Efeitos da decisão de declaração de inconstitucionalidade	54
2.3.3 O papel do Senado Federal no controle difuso.....	59
3. ANÁLISE DE CASOS: A POSSÍVEL MUTAÇÃO DO ART. 52, X, DA CRFB	70
3.1. Reclamação Constitucional n. 4335/AC.....	70
3.1.1. Resumo do caso	70
3.1.2. Voto do Ministro Relator Gilmar Mendes.....	73
3.1.3 Voto do Ministro Eros Grau	79
3.1.4 Votos contrários à tese de mutação	80
3.1.5 Votos divergentes: A teoria da força expansiva dos precedentes do Min. Teori Zavascki	83
3.1.6. Decisão do Supremo Tribunal Federal na Reclamação 4335/AC	88
3.2. O fenômeno da mutação constitucional e o art. 52, X, da CRFB/88.....	90
3.3. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 3406 e 3470/RJ.....	95
3.3.1 Resumo do caso e o voto da relatora	95
3.3.2. Rediscussão acerca do papel do Senado Federal.....	98
3.3.3. Decisão do Supremo nas ADIs 3406/RJ e 3470/RJ	104
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	108
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	113

INTRODUÇÃO

O controle de constitucionalidade é um dos instrumentos de aferição da compatibilidade entre leis e atos normativos e a Constituição, o qual promove a retirada da norma inconstitucional do ordenamento, a fim de restabelecer a unidade do sistema jurídico, fazendo-se valer a supremacia e a força normativa da Constituição. É importante observar, no entanto, que todas as normas ingressam no ordenamento jurídico amparadas pela presunção relativa de constitucionalidade, assim, a declaração de inconstitucionalidade deve ser feita de maneira comedida e de maneira autolimitada pelo Supremo Tribunal Federal, a quem compete a última palavra acerca da Constituição.

O ordenamento jurídico brasileiro adotou, pela primeira vez, na Constituição de 1891, um sistema de controle de constitucionalidade de leis, inspirando-se no modelo norte-americano, firmado em 1803, no célebre caso *Marbury vs. Madison*, no qual restou consignado que todos os órgãos do Poder Judiciário possuem o poder-dever de afastar a incidência de normas contrárias à Constituição; configurando-se, dessa forma, o controle difuso de constitucionalidade.

Para ampliação subjetiva e vinculante das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito de casos concretos, o constituinte brasileiro adotou, desde 1934, o instituto da suspensão da executividade pelo Senado Federal, passando a ser este competente para expedição de resolução suspensiva de lei ou ato declarado inconstitucional. Com efeito, o modelo difuso permaneceu sem grandes transformações até a chegada da Constituição Federal de 1988 e as legislações posteriores, que aumentaram intensamente as ações e mecanismos abstratos de controle de constitucionalidade.

Ressalta-se que o modelo concentrado-abstrato havia sido introduzido no Brasil pela Emenda Constitucional n. 16/1965, que previu a ação direta de inconstitucionalidade, proposta perante o Supremo Tribunal Federal, sendo o único legitimado passivo o Procurador-Geral da República, para análise em tese da constitucionalidade de lei ou ato normativo, da esfera federal ou estadual, bem como previu o controle de constitucionalidade de lei ou ato municipal em face das constituições estaduais, por via principal e concentrada. Assim, desde a década de 1960,

vigorava no Brasil um modelo misto, com a coexistência das duas formas de controle de constitucionalidade.

As inovações da Carta de 1988, bem como as inovações legislativas subsequentes, ampliaram e permitiram a preponderância do modelo concentrado e abstrato de controle de constitucionalidade, no bojo do qual as decisões proferidas possuem efeitos amplos, com eficácia geral e vinculativa. Nessa esteira, entendeu o legislador apropriado realizar transformações no controle difuso, inserindo instrumentos que permitam que algumas decisões desse modelo passassem a ter eficácia geral, sem a atuação do Senado Federal, como a edição de súmulas vinculantes e o instituto da repercussão geral. Com isso, o instituto de suspensão da executoriedade pelo Senado Federal, previsto no art. 52, inciso X, da Constituição vigente, passou a sofrer diversos questionamentos acerca da sua atual pertinência.

O presente trabalho versará sobre a teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro, a qual preconiza a equiparação total dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, proferida em sede de controle difuso, aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade realizada no controle abstrato, cujo efeito é geral e vinculante. A equalização dos efeitos decorreria da mutação constitucional da norma do art. 52, X, da Constituição Federal, que, com nova interpretação constitucional, passaria a estabelecer que compete ao Senado dar mera publicidade à decisão definitiva do STF.

Assim, o foco do trabalho será analisar se a mutação constitucional acima explanada e, portanto, a tese de abstrativização, encontra amparo e acolhida no ordenamento jurídico e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Oportuno assinalar que, partiu-se da hipótese de que a mutação é amparada no sistema constitucional brasileiro e que foi adotada pela Alta Corte, sendo que, ao efeito de submeter a hipótese à verificação de sua confirmação ou refutação, fez-se uma necessária reflexão acerca da compatibilidade dessa teoria com os ditames constitucionais vigentes, precipuamente o Estado Democrático de Direito e o basilar princípio da separação de Poderes. Para esclarecer os pertinentes questionamentos acerca do tema, será indispensável conceituar, caracterizar, subdividir e apresentar os requisitos e instrumentos do controle de constitucionalidade, especialmente o difuso, passando por sua construção histórica.

O tema reveste-se de relevância por não haver consenso na jurisprudência nem na doutrina quanto às interpretações e soluções apresentadas para as questões relativas à mutação

e sua adoção ou não pelo STF, bem como por ser concernente à maior atividade de jurisdição constitucional. Assim, o presente trabalho adotou como metodologia de pesquisa o levantamento de abrangente e atualizada bibliografia, bem como da jurisprudência pátria, com análise de casos concretos que conduzem à percepção atualizada do instituto analisado.

O trabalho será estruturado em três capítulos. No primeiro capítulo, será feita uma abordagem geral acerca do controle de constitucionalidade, abordando-se as questões relativas à fundamentação teórica, as premissas para seu exercício, bem como a presunção de constitucionalidade das normas. Ademais, apresentará os modelos de controle de constitucionalidade existentes e o modelo adotado no ordenamento jurídico brasileiro, apontando as origens e as transformações ocorridas ao longo do tempo.

O segundo capítulo analisará de maneira mais detida o controle difuso de constitucionalidade existente no Brasil, apresentando as regras e procedimentos dessa modalidade, principalmente no que tange à declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, será vista a disciplina do recurso extraordinário, os efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade e o papel do Senado Federal no âmbito do controle difuso, ressaltando-se as alterações ocorridas nesta espécie com a sobrevivência e expansão do controle concentrado, que ocasionaram um processo de objetivação do recurso extraordinário, e ensejaram a formulação da já mencionada Teoria da Abstrativização.

Por fim, o terceiro e último capítulo do trabalho cuidará da análise dos votos e decisão final da Reclamação n. 4335/AC, relatada pelo Ministro Gilmar Mendes, oportunidade na qual o Ministro apresentou, pela primeira vez, sua tese de mutação constitucional do art. 52, X, da CF/88 para o plenário da Suprema Corte, propondo uma alteração informal da Constituição, a fim de modificar a função do Senado Federal, em sede de controle difuso de constitucionalidade, por entendê-la obsoleta. Na sequência, examinará o julgamento conjunto das ADIs 3406/RJ e 3470/RJ, ambas de relatoria da Ministra Rosa Weber, na qual o Plenário do STF discutiu a ampliação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade realizada em sede de controle difuso.

1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: NOÇÕES PRELIMINARES

1.1. A força normativa da Constituição e unidade do sistema jurídico

A compreensão hodierna das constituições, como vértice supremo do ordenamento jurídico e fundamento de validade de todas as demais normas, é resultado do constitucionalismo moderno. Nesse ponto, mister ressaltar a lição do eminente jurista Gomes Canotilho que, observando a multiplicidade de formas, preferiu denominar o constitucionalismo como “movimentos constitucionais”. Com isso, Canotilho define o constitucionalismo moderno como uma “técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos”¹. Isto é, o constitucionalismo pretende, com a existência e vigência de Constituições escritas, limitar o poder político para evitar o arbítrio e abusos; garantindo, dessa forma, direitos e liberdades individuais.

No escopo do constitucionalismo moderno, o professor José Afonso da Silva registra que o célebre jurista alemão Hans Kelsen – grande expoente do positivismo jurídico – buscou conceituar a constituição em seu sentido jurídico, pensando-a como norma pura e no plano do dever-ser². O sentido jurídico atribuído por Kelsen comporta duas acepções: jurídico-positivo e lógico-jurídico. O jurídico-positivo preceitua que a Constituição é a norma suprema, que regula a criação de outras normas, sendo no sistema jurídico positivado a lei de mais alto grau. Ela encontra seu fundamento de validade na segunda acepção pensada por Kelsen, a lógico-jurídico, na qual a Constituição é a norma fundamental hipotética, que serve de fundamento lógico transcendental para validade da Constituição³.

A partir dessa significação, caracteriza-se o sistema jurídico como um sistema escalonado de normas, onde essas não ocupam todas o mesmo nível, em um só plano horizontal; o que há, na verdade, é um plano vertical e hierárquico. Assim, dentro do sistema, como já pontuado, é a

¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 51.

² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 41.

³ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. [tradução de João Baptista Machado]. 6. edição. São Paulo: Martins Fonte, 1998, p. 140 e s.

Constituição que ocupa a posição mais alta, o ápice, de modo que as demais normas devem nela extrair seu fundamento de validade⁴.

Com a chegada do neoconstitucionalismo, pautado nos ideais pós-positivistas (com a reaproximação entre Direito e Moral e entre Direito e Ética), bem como na primazia de valores e princípios, o reconhecimento da força normativa da constituição ganhou merecido relevo. Busca-se afirmar a efetividade das normas constitucionais, mormente às relativas aos direitos fundamentais. Ascende a concepção de que a Constituição não é feita de normas que apenas relevam valores políticos, valores morais e ideais de justiça, de forma estática e com previsões abstratas sem qualquer aplicação concreta, mas sim que as Constituições são destinadas a serem efetivas, a produzirem efeitos concretos e resultados práticos⁵.

Observou Konrad Hesse, para além do sentido jurídico atribuído por Kelsen e da visão sociológica de Ferdinand Lassalle (para quem a Constituição positiva/jurídica é mera folha de papel⁶), em específica contraposição a esse último, que a Constituição não é desvinculada da realidade histórica do seu momento de criação, contudo, não está a ela condicionada. Assim, a Constituição não pode ser tida como a parte mais fraca em casos de colisões. Pelo contrário, afirma Hesse, pontuando que “existem pressupostos realizáveis (realizierbare Voraussetzungen) que, mesmo em caso de confronto, permitem assegurar a força normativa da Constituição”⁷. Evidenciando, portanto, a observância obrigatória das normas constitucionais.

Dessa forma, na concepção formal de Constituição, ela é o conjunto de normas estabelecido por meio de um procedimento especial e sua modificação é condicionada a um procedimento especial de revisão previsto na própria carta. É Konrad Hesse que, segundo

⁴ Ensina Kelsen que “o fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma. Uma norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é figurativamente designada como norma superior, por confronto com uma norma que é, em relação a ela, a norma inferior”. KELSEN, Hans. Op. cit., p. 135.

⁵ CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2012, p. 40/42.

⁶ Lassalle sustenta que existem duas Constituições: a escrita e a real. Essa corresponde ao que ele denominado como soma dos fatores reais do poder e aquela – a escrita – só terá validade quando ajustada à realidade social. Assevera que “Onde a Constituição escrita não corresponder à real, irrompe inevitavelmente um conflito que é impossível evitar e no qual, mais dia menos dia, a Constituição escrita, a folha de papel, sucumbirá necessariamente, perante a Constituição real, a das verdadeiras forças vitais do país”. LASSALLE, Ferdinand. **Que é uma constituição?** [tradução de Walter Stönnner] Fonte Digital: Que é uma Constituição? Edições e Publicações Brasil, São Paulo, 1933. Ebook, p. 35.

⁷ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. [tradução Gilmar Ferreira Mendes] Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999, p. 25.

Gilmar Mendes, enuncia a concepção material de Constituição, conceituando-a como ordem jurídica fundamental da coletividade. Contudo, a Constituição não se limita à definição dos fundamentos da ordem jurídica da comunidade e das estruturas da organização do Estado, mas, inclusive, desempenha “relevante papel como instrumento de estabilidade, de racionalização do poder e de garantia da liberdade”⁸.

Assim, segundo Gilmar Mendes, no que se refere à obra de Hesse, a Constituição dedica-se à harmonização da legitimidade material e da abertura constitucional, que possibilita “compatibilizar o controle de constitucionalidade - que pressupõe uma Constituição rígida - com a dinâmica do processo político-social”⁹.

Visualiza-se, portanto, que a Constituição precisa ser dotada de rigidez e flexibilidade na exata medida para se impor como ordem jurídica fundamental, mas também atender às alterações políticas, econômicas e sociais que ocorrerão em sua vigência – que se pretende longa. É a visão de que a Constituição congrega valores ímpares de uma determinada sociedade, preceituando e regulando seu ordenamento, que sobreleva a importância dos mecanismos de controle, bem como os de interpretação e aplicação, a evitar desconformidades e inseguranças, protegendo-se a Constituição; porquanto, protegê-la é proteger direitos e garantias fundamentais.

Ao regular o funcionamento do sistema jurídico é imprescindível que haja unidade e coerência entre as normas que o compõem, isto é, o conjunto de normas precisa ser adequadamente estruturado. Como já pontuado, as normas jurídicas não estão todas alocadas no mesmo nível, havendo um escalonamento hierárquico entre elas. Dessa forma, é precípua a existência de compatibilidade das normas inferiores com a norma superior, ou seja, a Constituição.

Malgrado a adesão das compreensões acima explanadas, não raras vezes normas que não se adequam à Constituição adentram o ordenamento jurídico. A entrada dessas normas

⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1042-1043.

⁹ Ibid.

incompatíveis provoca uma quebra na harmonia do sistema, o que aciona mecanismos de ajustamento¹⁰. Assim, de acordo com o professor Luís Roberto Barroso:

O controle de constitucionalidade é um desses mecanismos, provavelmente o mais importante, consistindo na verificação da compatibilidade entre uma lei ou qualquer ato normativo infraconstitucional e a Constituição. Caracterizado o contraste, o sistema provê um conjunto de medidas que visam a sua superação, restaurando a unidade ameaçada¹¹.

A unidade sistêmica é, então, restabelecida quando a norma não compatível é expurgada do ordenamento jurídico, pois não poderia ela ou seus efeitos subsistirem após a confirmação da inadequação, uma vez que, consoante a doutrina de Hesse acima explicitada, num confronto entre normas inferiores e a Constituição, é sempre essa que deve prevalecer, porque é ela que detém a força normativa no mais alto grau, exigindo a conformação de todo ordenamento aos seus preceitos.

Ressalte-se, ainda, que a prevalência da força normativa da constituição demanda a existência de órgãos legitimados para a defesa das normas constitucionais, o que resulta necessariamente na expansão da chamada jurisdição constitucional, da qual, destaca Barroso, o controle de constitucionalidade é espécie e não sinônimo¹².

A jurisdição constitucional reclama uma maior atuação de juízes e tribunais acerca da interpretação, aplicação e defesa da Constituição, o que alça o Poder Judiciário, principalmente, a Alta Corte, a quem incumbe a palavra final acerca das questões constitucionais, a um novo patamar. Debruçar-se sobre a Constituição é debruçar-se sobre os valores sociais, morais e éticos elegidos por uma nação para formação de seu Estado. Assim, os reflexos das alterações na seara constitucional, seja por via do poder constituinte derivado seja pela via interpretativa nos tribunais, são percebidos pela coletividade, a quem as normas se dirigem e ordenam. É nesse contexto, de supremacia constitucional e alargamento de sua jurisdição, que temas como o controle de constitucionalidade e ativismo judicial chamam para si a atenção.

1.2. Premissas do controle de constitucionalidade

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 8. edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 23.

¹¹ Ibid., p. 23.

¹² Ibid., p. 25.

Para Paulo Bonavides, o controle de constitucionalidade é uma das revoluções ocorridas no Direito Constitucional, por ser fundamental à efetivação das normas constitucionais. Ao tratar do controle de constitucionalidade, assevera Bonavides que é uma consequência das constituições rígidas, assim lecionando acerca da natureza delas:

O sistema das Constituições rígidas assenta numa distinção primacial entre poder constituinte e poderes constituídos. Disso resulta a superioridade da lei constitucional, obra do poder constituinte, sobre a lei ordinária, simples ato do poder constituído, um poder inferior, de competência limitada pela Constituição mesma¹³.

Prossegue o professor Bonavides:

As constituições rígidas [...] demandam um processo especial de revisão. Esse processo lhes confere estabilidade ou rigidez bem superior àquela que as leis ordinárias desfrutam. Daqui procede, pois, a supremacia incontestável da lei constitucional sobre as demais regras de direito vigente num determinado ordenamento. Compõe-se assim uma hierarquia jurídica, que se estende da norma constitucional às normas inferiores (leis, decretos-leis, regulamentos etc.), e a que corresponde por igual uma hierarquia de órgãos. A consequência dessa hierarquia é o reconhecimento da “superlegalidade constitucional”, que faz da Constituição a lei das leis, a *lex legum*, ou seja, a mais alta expressão jurídica da soberania¹⁴.

Alexandre de Moraes enfatiza que a correlação entre o controle de constitucionalidade e o fenômeno das constituições rígidas é tão grande que no “Estado onde inexistir o controle, a Constituição será flexível, por mais que a mesma se denomine rígida, pois o Poder Constituinte ilimitado estará em mãos do legislador ordinário”¹⁵.

Ainda quanto à premissa da rigidez constitucional, fruto do procedimento especial e mais dificultoso para modificação do texto maior, discorre o mestre José Afonso da Silva:

Da rigidez emana, como primordial consequência, o princípio da supremacia da constituição que, no dizer de Pinto Ferreira, “é reputado como uma pedra angular, em que assenta o edifício do moderno direito político”. Significa que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. E, enfim, **a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela, que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso se notara sua superioridade em relação às demais normas jurídicas**¹⁶. (grifos nossos)

¹³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26. edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 296.

¹⁴ *Ibid.*, p. 296.

¹⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017, paginação irregular.

¹⁶ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 47.

Dessarte, conclui-se que são pressupostos do controle de constitucionalidade a supremacia da Constituição perante todos os demais dispositivos legais de um ordenamento jurídico, isso porque é a Constituição o fundamento de validade de todas as demais normas da ordem jurídica por ela estabelecida, bem como a rigidez constitucional, da qual a supremacia decorre. Barroso assevera que “se as leis infraconstitucionais fossem criadas da mesma maneira que as normas constitucionais, em caso de contrariedade ocorreria a revogação do ato anterior e não a inconstitucionalidade”, de modo que “inexistiria distinção formal entre a espécie normativa objeto de controle e aquela em fase da qual se dá o controle”¹⁷.

Por fim, imperioso destacar que um dos fundamentos e finalidade precípua do controle de constitucionalidade é a salvaguarda de direitos fundamentais, sobretudo, os de grupos minoritários perante maiorias parlamentares eventuais, pois os valores materiais na Constituição sedimentados devem ser protegidos das intempéries políticas¹⁸. O controle é então, segundo Moraes, configurado

como garantia de supremacia dos direitos e garantias fundamentais previstos na constituição que, além de configurarem limites ao poder do Estado, são também uma parte da legitimação do próprio Estado, determinando seus deveres e tornando possível o processo democrático em um Estado de Direito¹⁹.

Como pontua Gilmar Mendes, a supremacia da Constituição só é assegurada quando o descumprimento ocasiona consequências concretas à norma inconstitucional, “isto é, quando se pode expulsar do ordenamento jurídico a norma editada em contradição com a Lei Maior”²⁰.

1.3. Da presunção de constitucionalidade das leis

À vista das premissas de rigidez e supremacia constitucional, necessárias à realização do controle de constitucionalidade, faz-se imperioso destacar que a entrada de uma lei no ordenamento jurídico carrega em si a presunção *iuris tantum*, ou seja, a presunção relativa de constitucionalidade, porquanto promulgada pelo Poder Legislativo, cuja função típica – determinada pela Constituição – é a produção de leis. Dessa forma, pressupõe-se que os atos emanados pelos órgãos legiferantes são compatíveis com a Constituição, pois, de antemão,

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 24.

¹⁸ Ibid., p. 24.

¹⁹ MORAES, Alexandre de. Op. cit., paginação irregular.

²⁰ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo. Op. cit., p. 49.

pressupõe-se que todos os Poderes constituídos e a administração pública em geral atuam em conformidade com os ditames constitucionais²¹. Contudo, não é raro constatar contrariedades, inclusive flagrantes. Assim, a presunção relativa de constitucionalidade é uma presunção que admite prova em contrário, sendo dissolvida em sede judicial quando confirmada de maneira suficiente a inconstitucionalidade.

Todos os Poderes realizam a interpretação da Constituição, portanto, essa não é uma tarefa exclusiva do Poder Judiciário, ainda que ele a exerça de maneira qualificada. Nessa seara interpretativa, é o princípio da separação de Poderes que define papéis e estabelece limites – sendo aqui concebido o referido princípio em uma formulação que busca superar as visões estanques quanto às divisões de competências. Como entendimento já sedimentado, ao Poder Judiciário cabe a última palavra acerca da interpretação da Constituição, o que não lhe permite, contudo, interferir na margem discricionária de juízos de conveniência e oportunidade conferida aos demais poderes²².

Nesse sentido, a lição de Luís Roberto Barroso:

A declaração de inconstitucionalidade de uma norma, em qualquer caso, é atividade a ser exercida com autolimitação pelo Judiciário, devido à deferência e ao respeito que deve ter em relação aos demais Poderes. A atribuição institucional de dizer a última palavra sobre a interpretação de uma norma não a dispensa de considerar as possibilidades legítimas de interpretação pelos outros Poderes.

Como decorrência do princípio da presunção de constitucionalidade de leis e atos normativos, nos casos em que a contrariedade de uma norma não seja inequívoca, a declaração de inconstitucionalidade, que reconhece a invalidade de uma norma, com a consequente retirada do ordenamento e paralisação de seus efeitos, somente deve ocorrer após uma verificação minuciosa da incompatibilidade e se o resultado da análise for conclusivo acerca da inconstitucionalidade; caso contrário, não deve ocorrer a declaração de inconstitucionalidade. Ainda, deve-se empreender esforços para verificar se não há nenhuma interpretação razoável passível de ser empregada, a fim de evitar a invalidação²³.

²¹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 178-179.

²² Ibid., p. 179.

²³ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 183.

A declaração de inconstitucionalidade terá como efeito o rompimento da presunção de constitucionalidade da lei ou ato impugnado, que será levado a efeito a partir de uma interpretação constitucional realizada no âmbito do controle de constitucionalidade das normas, que, como se verá a seguir, pode ser delineado em diferentes formulações, o que ocasiona, inclusive, efeitos diversos para a decisão de inconstitucionalidade.

1.4. Modelos de controle

1.4.1. Modelo difuso (norte-americano)

Considera-se como nascedouro do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis os Estados Unidos, ainda que a Constituição Federal desse país não realize qualquer menção ou disposição expressa acerca do referido instituto, bem como não atribua aos tribunais essa competência. A adoção da sistemática de controle é resultado de uma reflexão acerca da supremacia da Constituição em face das leis ordinárias²⁴. Assim, em 1803, no julgamento do *leading case* *Marbury versus Madison*, a Suprema Corte americana afirmou, pela primeira vez, que todos os juízes poderiam negar a aplicação de leis consideradas inconstitucionais, logrando êxito ao demonstrar que, apesar da ausência de expressa disposição, a atribuição decorria logicamente do sistema²⁵.

Eis o pano de fundo do aclamado caso *Marbury versus Madison*: nas eleições de 1800, os federalistas perderam a maioria no Legislativo e cargos no Executivo para os republicanos. John Adams veria a ser substituído por Thomas Jefferson na presidência. Irresignados com a derrota, os federalistas orquestram manobras para garantir influências a partir do Poder Judiciário, fazendo aprovar, em um congresso ainda de maioria federalista, uma lei de reorganização do judiciário federal, que reduzia o número de Ministros da Suprema Corte e criava dezesseis novos cargos de juiz federal. A intenção era uma só, qual seja, evitar que o novo presidente fizesse nomeações para o *Supreme Court* e preencher os cargos criados com federalistas²⁶.

²⁴ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 305-306.

²⁵ DIAS, Cibele Fernandes. Controle de Constitucionalidade. In: Clèmerson Merlin Clève. (Org.). Direito Constitucional Brasileiro: organização do Estado e dos poderes. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. II, p. 651-668, p. 652.

²⁶ Barroso, Luís Roberto. Op. cit., p. 25-26. Também em: MENDES, Gilmar. Op. cit., p. 50.

Ademais, ainda no interregno entre as eleições e a posse do novo presidente, outra lei para garantir ingerência dos federalistas foi aprovada. Viabilizou-se que o então presidente John Adams nomeasse quarenta e dois novos juizes de paz. Contudo, em virtude do curto período para que todos os atos de investidura fossem finalizados, alguns dos nomeados ficaram sem receber os diplomas de nomeação, não tomando posse, e dentre eles estava Willian Marbury. Com a posse de Thomas Jefferson, este determinou ao seu Secretário de Estado James Madison que se abstinisse de entregar os atos de investidura pendentes. Tal cenário ensejou a propositura do *writ of mandamus* (mandado de segurança) por Marbury, em 1801, com base na Lei Judiciária de 1789, a qual conferiu à Suprema Corte competência para julgar casos dessa natureza.

Na sessão da Corte em 1803, sob a Presidência e voto de John Marshall, em linhas gerais e de forma primorosa, assentou-se que era indevida a retenção do diploma de investidura de Marbury, contudo, a ordem não deveria ser concedida, porquanto a ação utilizada (*writ of mandamus*) baseava-se em uma lei ordinária inconstitucional. E a inconstitucionalidade da referida lei era decorrente da outorga de uma nova competência originária à corte, o que só poderia ser feito pela e na Constituição. Isto posto, concluiu-se que qualquer lei que concedesse ou estipulasse competências diversas das estipuladas na Carta Maior com ela estariam em conflito, sendo inválidas e devendo ser declaradas inconstitucionais, cabendo ao Poder Judiciário assim proceder²⁷.

A decisão de Marshall enunciou os três grandes fundamentos que justificam o controle judicial de constitucionalidade: a supremacia da Constituição; a nulidade da lei que contrarie a Constituição; e a compreensão no sentido de que é o Poder Judiciário o intérprete final da Constituição²⁸. Foi a partir dessa decisão que restou assente que os juizes e tribunais de todo o país poderiam deixar de aplicar leis havidas como inconstitucionais nos casos concretos a eles submetidos, com fulcro nos fundamentos supracitados. Luís Roberto Barroso assim concluiu sobre a relevância do caso:

Marbury v. Madison, portanto, foi a decisão que inaugurou o controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno, deixando assentado o princípio da Constituição, da subordinação a ela de todos os Poderes estatais e da competência do Judiciário como seu intérprete final, podendo invalidar os atos que lhe contravenham. Na medida em que se distanciou no tempo da conjuntura turbulenta

²⁷ MENDES, Gilmar. Op. cit., p.52.

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p.30.

em que foi proferida e das circunstâncias específicas do caso concreto, ganhou maior dimensão, passando a ser celebrada universalmente como o precedente que assentou a prevalência dos valores permanentes da Constituição sobre a vontade circunstancial das maiorias legislativas²⁹.

No entanto, é destacado por diversos constitucionalistas que *Marbury vs. Madison* não é a origem do *judicial review* (em tradução livre “revisão judicial”), mas sim que a célebre decisão encontrou arcabouço em desenvolvimentos teóricos anteriores, como pode ser visto na tese exposta no “Federalista” n. 78 por Alexander Hamilton, ainda no ano de 1788³⁰, bem como em evoluções graduais de jurisprudências; tendo a *judicial review* encontrado terreno fértil para prosperar no cenário político-social acima descrito, possibilitando o nascimento e consolidação do controle judicial de constitucionalidade moderno³¹.

Analisando os precedentes do histórico caso, procurando, inclusive, desmistificá-lo, o professor doutor Marcelo Continentino assevera que o *judicial review* ocasionou uma verdadeira mudança no conceito de Constituição, pontuando que

a Constituição tinha adquirido um novo status, era norma jurídica; deixou de ser apenas a “intocável” e inaplicável fundamental *law* (lei meramente política) para se tornar uma norma vinculante para o caso concreto, que integra o conceito de *law* e, portanto, insere-se no campo semântico de *expound the law*, expressão que traduz a atuação dos juízes, **tornando-se em consequência mais do que uma fundamental law (uma lei meramente política) para configurar-se como uma paramount law**. Em outras palavras, além de a Constituição tornar-se parte integrante do ordenamento jurídico, do qual ela tomou o posto nuclear de fundamento de validade de todas as demais normas jurídicas, ela passou a ser ativada na fundamentação das pretensões individuais e concretas da população, diariamente levadas ao conhecimento do Poder Judiciário³². (grifos nossos)

Importante, ainda, mencionar que foi o sistema jurídico da *common law*, isto é, do direito consuetudinário e jurisprudencial, onde os precedentes judiciais são reconhecidos como fonte do direito, que possibilitou o desenvolvimento da jurisdição constitucional nos Estados Unidos. Da adoção da doutrina do *stare decisis* – também fruto da *common law* – resulta que as decisões judiciais são precedentes obrigatórios para o próprio tribunal que julgou o caso paradigmático e para os juízes a ele submetidos, tornando-se defeso decidir de forma contrária quando incursos

²⁹ BARRROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 32.

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 27-28. Também em: DIAS, Cibele Fernandes. Controle de Constitucionalidade. In: Clèmerson Merlin Clève. (Org.). Direito Constitucional Brasileiro: organização do Estado e dos poderes. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. II, p. 651-668, p. 651.

³¹ CONTINENTINO, Marcelo Casseb. História do judicial review: o mito de Marbury. In: **Revista de Informação Legislativa**, v. 209, p. 115-132, 2016. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/520000/001063213.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 29 jun 2020.

³² Ibidem.

em análise de casos análogos, em respeito à regra *stare decisis et quieta non movere* (o que está decidido não deve ser alterado)³³.

À vista disso, o núcleo, ou seja, o elemento normativo da decisão judicial levada à efeito no arquétipo é o precedente e servirá de orientação para os julgados posteriores, de forma vinculativa; restando evidente que em não havendo pertinência, apesar da aparente similitude, não deverá ser aplicado.³⁴

Seguindo o *stare decisis*, as decisões da Suprema Corte vinculam todos os tribunais e juízes sob sua jurisdição. Portanto, a repercussão da declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou de um ato normativo é a não aplicação deles em nenhum outro caso, pois todos os tribunais estarão subordinados à tese jurídica estabelecida, não sendo relevante, nesse modelo de controle, que o julgado seja relativo a um litígio específico. Reveste-se a decisão de eficácia *erga omnes*, com efeitos gerais e em face de todos³⁵.

Nagib Slaibi Filho assevera que

foi o sistema do *stare decisis* que, de um lado, tornou obrigatório o precedente para todos os órgãos judiciais e, de outro, permitiu que a mais Alta Corte criasse o precedente de carrear para si e para os demais tribunais a atribuição de expressar o significado da Lei Maior, através do seu poder de verificar a compatibilidade das leis em face da Constituição, ou dos atos dos demais ramos do Poder (Legislativo e Executivo) em face da Paramount Law³⁶.

Ante o exposto, percebe-se que o modelo americano de controle é pautado pela possibilidade de qualquer juiz ou tribunal declarar a inconstitucionalidade de uma lei, deixando de aplicá-la ao caso concreto sob julgamento, por entender ser a lei em exame incompatível com a Lei Maior, caracterizando-se, desta feita, o sistema difuso de controle de constitucionalidade.

Ressalte-se que a declaração de inconstitucionalidade de uma determinada lei pela Suprema Corte norte-americana, em virtude da *stare decisis*, gera um precedente obrigatório,

³³ DIAS, Cibele. Op. cit., p. 653. 654

³⁴ Ibidem. p.654.

³⁵ BARROSO, op. cit., p. 70-71.

³⁶ SLAIBI FILHO, Nagib. Breve história do controle de constitucionalidade. In: **Revista da EMERJ**, v. 5, p. 284-319, 2002. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista20/revista20_284.pdf> Acesso em: 28 jun. 2020, p. 287.

vinculando todo o poder judiciário do país ao entendimento proferido. Ainda, como regra, destaca-se que as decisões de inconstitucionalidade no sistema americano são declaratórias da nulidade da lei, ou seja, declaram a invalidade da lei desde sua origem por ser ela incompatível com a Constituição, possuindo, dessa forma, efeito retroativo (*ex tunc*). Pois não poderiam subsistir efeitos decorrentes de uma lei inválida, porquanto seja a declaração um reconhecimento de uma situação preexistente, e aplicar norma inconstitucional, isto é, permitir a produção de efeitos, equivaleria a deixar de aplicar a Constituição. Nesse sentido, afirma Barroso que “a inconstitucionalidade deve ser tida como uma forma de nulidade, conceito que denuncia o vício de origem e a impossibilidade de convalidação do ato”³⁷.

Por fim, cabe o esclarecimento de que o modelo tratado neste tópico, que classifica o exercício do controle quanto ao órgão judicial que o exerce³⁸, não se confunde conceitualmente com a classificação quanto à forma ou modo de controle, que se subdivide em controle por via incidental e controle por via principal: este, oriundo do modelo pensado Hans Kelsen e adotado em diversos países europeus, ocorre quando há previsão de ação própria para analisar a constitucionalidade em tese das leis, ou seja, a questão constitucional é a questão principal; já aquele (via incidental) ocorre quando a questão constitucional é uma questão prejudicial, um incidente no processo³⁹.

1.4.2. Modelo concentrado (austríaco)

De maneira diversa do modelo americano acima tratado, o modelo concentrado, também denominado de austríaco ou mesmo europeu, é marcado pela atribuição a um órgão autônomo – portanto, fora da estrutura do Poder Judiciário e dos demais poderes – a relevante tarefa de verificação da compatibilidade das leis com a Constituição; assim, o controle de constitucionalidade é exercido por um Tribunal Constitucional, criado pela Constituição para desempenhar tão somente essa função⁴⁰. O nascedouro do modelo é a Constituição da Áustria, promulgada em 1920, com alterações marcantes em 1929, fortemente influenciada pelo pensamento kelseniano.

³⁷ BARROSO, op. cit., p.38.

³⁸ BARROSO, op. cit., p. 70.

³⁹ Ibid. p. 71-72.

⁴⁰ VICENTE, Paulo; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 18 ed. rev. atual. São Paulo: Método, 2019, p. 740.

Hans Kelsen, temendo um “governo de juízes”, procurou restringir sobremaneira a possibilidade de atuação do judiciário no controle de constitucionalidade, de modo que o texto original da constituição de 1920 não conferia qualquer competência aos juízes e tribunais para analisar questões constitucionais, pois só a Corte Constitucional, autônoma e independente, era autorizada a fazê-lo⁴¹.

Após a emenda de 1929, duas formas de controle passaram a existir no sistema austríaco: a da ação direta e abstrata proposta por um dos legitimados perante o Tribunal Constitucional, prevista desde o início, e uma nova modalidade, qual seja, a apresentação de controvérsia pelo Supremo Tribunal de Justiça (Oberster Gerichtshof) ou pelo Tribunal de Justiça Administrativa (Verwaltungsgerichtshof)⁴², que diante de uma lei por eles considerada como inconstitucional, poderiam deixar de aplicá-la, suspendendo o processo e submetendo ao Tribunal a questão constitucional, para análise e pronunciamento em tese⁴³. Após a decisão acerca da inconstitucionalidade realizada pelo Tribunal Constitucional, ao juízo originário caberia a resolução das questões atinentes à matéria fática, intocada pela Corte Constitucional, seguindo o pronunciamento desta quanto à validade ou não da lei que fora questionada.

Essa alteração permitiu que o judiciário austríaco passasse a exercer um juízo provisório e negativo acerca de matérias constitucionais, integrando-o, ainda que de forma restrita à suscitação, ao sistema de controle de constitucionalidade⁴⁴. Inteligível, portanto, que a criação do Tribunal Constitucional austríaco visa a anulação genérica de leis ou atos normativos incompatíveis com a Constituição, realizando somente o controle abstrato, sem a resolução de casos concretos pela corte⁴⁵. Assim, com fulcro na doutrina de Kelsen, o controle austríaco não é concebido como uma atividade jurisdicional, mas sim como uma função constitucional, como uma atividade legislativa negativa, pois a decisão do Tribunal retira do ordenamento jurídico a lei⁴⁶, exercendo uma espécie de “revogação”.

⁴¹ MELO FILHO, João Aurino de. Modelos de controle de constitucionalidade no direito comparado. Influências no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro. In: Jus **Navigandi**, ano 12, 2008, p. 1753. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/11158>> Acesso em: 30 jun. 2020.

⁴² MENDES, Gilmar, op. cit., p. 1048.

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ MENDES, Gilmar, op. cit., p. 1049.

⁴⁵ MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 33. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2017. Ebook. Também em: VICENTE, Paulo; ALEXANDRINO, Marcelo, op. cit., p. 740.

⁴⁶ BARROSO, op. cit., p. 41.

Dessa forma, há que ressaltar a diferença marcante entre o modelo norte-americano e o austríaco: enquanto naquele há o dogma da nulidade das leis inconstitucionais, com efeitos retroativos da decisão, nesse é a tese da anulabilidade que prevalece, com efeitos não retroativos. Isso porque, no entendimento de Kelsen:

De uma lei inválida não se pode, porém, afirmar que ela é contrária à Constituição, pois uma lei inválida não é sequer uma lei, porque não é juridicamente existente e, portanto, não é possível acerca dela qualquer afirmação jurídica. **Se a afirmação, corrente na jurisprudência tradicional, de que uma lei é inconstitucional há de ter um sentido jurídico possível, não pode ser tomada ao pé da letra. O seu significado apenas pode ser o de que a lei em questão, de acordo com a Constituição, pode ser revogada não só pelo processo usual, quer dizer, por uma outra lei, segundo o princípio *lex posterior derogat priori*, mas também através de um processo especial, previsto pela Constituição. Enquanto, porém, não for revogada, tem de ser considerada como válida; e, enquanto for válida, não pode ser inconstitucional**⁴⁷. (grifos nossos)

Para Kelsen, explica Barroso, “a lei inconstitucional era válida até que uma decisão da corte viesse a pronunciar sua inconstitucionalidade. Antes disso, juízes e tribunais não poderiam deixar de aplicá-la”, concluindo que “a decisão que a reconhecesse [a inconstitucionalidade] teria natureza constitutiva negativa e produziria apenas efeitos ex nunc, sem retroagir ao momento de nascimento da lei”⁴⁸.

Todavia, deve-se destacar a aplicabilidade da decisão de inconstitucionalidade pronunciada pela Corte Constitucional aos fatos do caso concreto que suscitou a questão constitucional levada por um dos tribunais judiciários autorizados ao Tribunal Constitucional, conforme possibilitado a partir da emenda de 1929. Portanto, haverá incidência da declaração a fatos anteriores à declaração, configurando uma importante exceção quanto ao efeito *ex tunc* no modelo austríaco.

Em resumo, o sistema austríaco de controle, que com atenuações e aperfeiçoamentos foi adotado por diversos países europeus, centra-se na existência de um Tribunal constitucional, a quem incumbe precipuamente a análise e a palavra final acerca da inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, via de regra levado a efeito por intermédio de ação direta e abstrata. A decisão da corte possui eficácia prospectiva, para o futuro, não retroativa, porquanto baseada no doutrina de Kelsen, para quem a norma inconstitucional é válida e produz efeitos até que

⁴⁷ KELSEN, Hans, op. cit. p. 188-189.

⁴⁸ BARROSO, op. cit., p. 41.

seja declarada, de maneira constitutiva, como inválida, retirando-se do ordenamento jurídico - ou seja, o efeito da declaração é também *erga omnes* (em face de todos).

1.4.3. Modelo misto adotado no Brasil: construção histórica através das constituições brasileiras

Inicialmente, não houve no Brasil controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e atos normativos. Nos idos de 1981, com a primeira constituição republicana, sob a forte influência de Rui Barbosa, adentrou no Brasil o controle difuso, baseado no modelo americano de *judicial review*. Sobrevieram as constituições de 1934, 1937, 1947, 1965, 1967/1969 e, por fim, a de 1988, e com elas significativas mudanças, que proporcionaram ao direito brasileiro um modelo misto, também denominado como híbrido ou eclético, com a coexistência do controle difuso e do concentrado e, também, de forma incidental ou por ação direta. Assim, o presente tópico buscará demonstrar o desenvolvimento e aperfeiçoamento do atual sistema de controle brasileiro através das constituições e suas respectivas alterações, que permitiram ao instituto medrar-se de maneira peculiar.

Quanto à configuração do sistema misto, esclarece Gilmar Mendes que

o controle misto de constitucionalidade congrega os dois sistemas de controle, o de perfil difuso e o de perfil concentrado. Em geral, nos modelos mistos defere-se aos órgãos ordinários do Poder Judiciário o poder-dever de afastar a aplicação da lei nas ações e processos judiciais, mas se reconhece a determinado órgão de cúpula - Tribunal Supremo ou Corte Constitucional - a competência para proferir decisões em determinadas ações de perfil abstrato ou concentrado. Talvez os exemplos mais eminentes desse modelo misto sejam o modelo português, no qual convivem uma Corte Constitucional e os órgãos judiciais ordinários com competência para aferir a legitimidade da lei em face da Constituição, e **o modelo brasileiro, em que se conjugam o tradicional modelo difuso de constitucionalidade, adotado desde a República, com as ações diretas de inconstitucionalidade** (ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e representação interventiva), da competência do Supremo Tribunal Federal⁴⁹.

A Constituição Imperial, outorgada em 1824, foi a primeira constituição brasileira, com a previsão, em seu art. 10º, de quatro poderes: o Poder Legislativo, o Poder Executivo, o Poder Judiciário e o Poder Moderador⁵⁰. Sob sua égide, incumbia ao Parlamento a criação,

⁴⁹ MENDES, Gilmar. Op. cit., p. 1049.

⁵⁰ BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil** (de 25 de março de 1824). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm> Acesso em: 03 de jun. 2020.

interpretação, suspensão e revogação das leis e, ainda, a guarda da Constituição. Ao Executivo, chefiado pelo Imperador, a administração. Ao Judiciário, a aplicação das leis de maneira restrita, quase que resumida à subsunção.

Já o quarto poder – o Poder Moderador – era exercido exclusivamente pelo Imperador e sua atuação seria para preservar a independência, equilíbrio e a harmonia entre os demais poderes. Segundo Nagib Slaibi, o Poder Moderador era uma forma de limitar a atuação do Poder Legislativo, posto que aquele poderia vetar com efeito suspensivo atos legislativos, bem como poderia promover, inclusive, a dissolução da Assembleia Geral⁵¹. Assim, diante das circunstâncias políticas e sociais da época, de acordo com Gilmar Mendes, nem mesmo o mais incipiente modelo de controle de constitucionalidade judicial encontraria espaço⁵².

Com o fim do período imperial, ocorreu a mudança do regime monarquista para o regime republicano. Por conseguinte, em 24 de fevereiro de 1891, foi promulgada a segunda constituição brasileira e a primeira do período republicano. Como já mencionado, ela foi fortemente influenciada pela doutrina norte-americana, introduzindo-se no Brasil, com os esforços e interferência de Rui Barbosa⁵³, o controle difuso e incidental de constitucionalidade, com previsão expressa no artigo 59 da referida carta, *in verbis*:

Art. 59 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

(...)

§ 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

- a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;
- b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.

Dessarte, conferiu-se ao Supremo Tribunal Federal a competência para rever, em última instância, as decisões proferidas pelos tribunais federais quando estas versassem sobre matérias constitucionais no rol elencado no artigo supracitado. Para Bonavides, a via incidental já tinha alguma raiz no judiciário brasileiro, sendo teórica a inauguração pela Constituição de 1891, uma vez que a Constituição provisória de 1890 já previa a competência recursal do STF⁵⁴.

⁵¹ SLAIBI FILHO, Nagib. Op. cit., p. 5.

⁵² MENDES, Gilmar. Op. cit., p. 1077.

⁵³ Ibidem.

⁵⁴ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 326.

Quanto à revisão das sentenças proferidas pela justiça estadual, as hipóteses de ingerência do Supremo Tribunal Federal eram bastantes restritas, limitando-se aos *habeas corpus* e ações de espólio de estrangeiro, quando não houvesse previsão em tratados ou convenções, com previsão de recurso voluntário para a Suprema Corte, consoante art. 61 da referida constituição⁵⁵. Surgiu, dessa maneira, o modelo embrionário do atual recurso extraordinário, a ensejar a manifestação da Suprema Corte acerca de controvérsias constitucionais em meio a apreciação de casos concretos, ou seja, pela via incidental.

Segundo Gilmar Mendes, a Lei n. 221, de 1894, consagrou a adoção do modelo de controle de constitucionalidade judicial, pois o § 10, do art. 13 determinava que, ao apreciar a validade das leis e regulamentos, os juízes e tribunais “deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição”. Prosseguindo, Gilmar Mendes assevera que não restava dúvida quanto ao poder outorgado aos órgãos jurisdicionais para o exercício do controle⁵⁶. Isto é, foi reconhecida tanto para a justiça federal como para a estadual a competência para verificação de inconstitucionalidade, sendo admissível a recusa de aplicação do ato normativo assim compreendido.

Para Slaibi Filho, em que pesem os esforços do emérito jurista Rui Barbosa, a configuração da época não permitiu que a sistemática de controle explorasse seu potencial, pois os magistrados em geral e até mesmo integrantes da Corte Suprema recusavam-se a exercer controles sobre os outros Poderes. Concluindo ele que

a República velha teve a honra de introduzir em nosso sistema o controle judicial de constitucionalidade, como herança do padrão estadunidense de organização do Poder. Mas esse controle, naquele período, foi muito restrito, quase inexistente, não só pela formação privatística do juiz acostumado ao sistema jurídico do Civil Law, como pela falta de instrumentos jurídicos que permitissem aos tribunais – e principalmente o Supremo Tribunal Federal – a plena efetividade de tais funções.

Citando Rui Barbosa, Bonavides destaca que as decisões neste modelo inaugural deveriam dar-se em relação a cada caso particular, por sentença proferida em processo

⁵⁵ (Cf. BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (de 24 de fevereiro de 1891. Diário Constituição de 1891. “Art. 61 - As decisões dos Juízes ou Tribunais dos Estados nas matérias de sua competência porão termo aos processos e às questões, salvo quanto a: 1º) *habeas corpus*, ou 2º) espólio de estrangeiro, quando a espécie não estiver prevista em convenção, ou tratado. Em tais casos haverá recurso voluntário para o Supremo Tribunal Federal”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm> Acesso em: 03 de jun. de 2020.

⁵⁶ MENDES, Gilmar. Op. cit., p. 1078.

pertinente ao litígio e que a execução – ou seja, o efeito – seria *inter partes*⁵⁷. Gilmar Mendes, fazendo referência ao mesmo autor, sobrelevou as lições do jurista para demonstrar que na época era inequívoca a consciência de que o controle de constitucionalidade não deveria ocorrer *in abstracto*⁵⁸. Sobre o tema, Rui Barbosa assim lecionava:

Os tribunais não discutem esses assumptos *in abstracto*, sobre proposições geraes. Não intervêm na elaboração da lei, nem na sua applicação geral. Não são órgãos consultivos nem para o legislador, nem para a administração. A justiça não é auxiliar dos que decretam a lei, nem dos que a executam. Nem preparadora, nem revisora também pode ser. [...] É um poder de hermenêutica, e não um poder de legislação⁵⁹.

Luís Roberto Barroso elucida que o substrato da fórmula de controle de constitucionalidade adotada pela Constituição de 1891, que, como visto, baseou-se no constitucionalismo norte-americano do *judicial review*, efetuado de maneira incidental e difusa, permaneceu sem profundas alterações até a chegada da atual constituição brasileira⁶⁰. Sem embargo, antes da Constituição de 1988, mudanças foram realizadas para aprimorá-lo, ajustando-o à realidade brasileira.

Com efeito, a Constituição de 1934 manteve os dispositivos acerca do instituto tal como previstos na carta anterior, contudo, introduziu três grandes novidades na sistemática de controle de constitucionalidade no Brasil, pontuando José Afonso da Silva que as inovações foram tão importantes que acabaram sendo incorporadas definitivamente no sistema brasileiro⁶¹.

A primeira e mais relevante para a configuração do atual modelo misto brasileiro foi a introdução de uma espécie de ação direta para verificação de inconstitucionalidade, com competência atribuída exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal e com um único legitimado ativo, o Procurador-Geral da República. Trata-se da ação denominada de representação interventiva, que subsistiu no ordenamento, com algumas alterações em sua previsão. Por intermédio dessa ação, conforme previsto no art. 12, § 2, da Carta de 1934⁶², após

⁵⁷ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 327.

⁵⁸ MENDES, Gilmar. Op. cit., p. 1080.

⁵⁹ BARBOSA, Rui. **Os actos inconstitucionaes do Congresso e do executivo ante a justiça federal**. Rio de Janeiro: Companhia Impressora, 1893, p. 102-103.

⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 85.

⁶¹ SILVA, José Afonso. Op. cit., p. 53.

⁶² Art. 12. § 2º Ocorrendo o primeiro caso do n. V, a intervenção só se efetuará depois que a Corte Suprema, mediante provocação do Procurador-Geral da República, tomar conhecimento da lei que a tenha decretado e lhe declarar a inconstitucionalidade” (Cf. BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (de

a edição da lei que decretasse a intervenção federal em um dos Estados-membros por violação aos princípios constitucionais de observância obrigatória, estabelecidos no art. 7º, I, *a a h*, da referida constituição, por provocação do Procurador-Geral da República, a Suprema Corte precisava analisar a constitucionalidade da lei de intervenção, antes mesmo da concretização de qualquer dos seus efeitos, ou seja, de maneira prévia⁶³.

Dessa forma, a Constituição de 1934, que teve como fonte de inspiração a Constituição do México de 1917, a Constituição da União Soviética de 1918 e a Constituição da Alemanha de 1919⁶⁴, adotou um mecanismo de controle concentrado e por via principal, o que a colocou, nas palavras de Bonavides, “como um expressivo marco na progressão do País rumo a um controle direto de constitucionalidade”⁶⁵. Assim, com a representação interventiva, houve a atribuição de uma competência ao Supremo Tribunal Federal para análise abstrata da constitucionalidade, promovendo uma pequena aproximação com o modelo europeu de Cortes Constitucionais⁶⁶.

Diversamente do modelo norte-americano, o Brasil não adotou o instituto do *stare decisis*, então, a ausência de precedentes vinculantes, bem como a ausência de atribuição de eficácia *erga omnes* das decisões exaradas pelo Supremo Tribunal Federal no bojo do controle incidental de constitucionalidade, facilitavam as discrepâncias entre decisões judiciais, gerando insegurança jurídica e fragilizando a coerência e unidade do ordenamento jurídico. Visando solucionar tais problemas, o constituinte de 1934 apresentou as outras duas novidades, quais sejam: a exigência dos votos da maioria absoluta dos membros dos tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e, a suspensão da excoutoriedade, pelo Senado Federal, da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

A segunda novidade foi a chamada cláusula de reserva de plenário, também conhecida como *full bench*, a qual tornou obrigatório o voto da maioria absoluta dos membros do tribunal para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou atos normativos, com previsão no art. 179,

16 de julho de 1934. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm> Acesso em: 03 jun. 2020).

⁶³ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 85.

⁶⁴ SLAIBI FILHO, Nagib. Op. cit., p. 8.

⁶⁵ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 328.

⁶⁶ SLAIBI FILHO, Nagib. Op. cit., p. 10.

da Constituição de 1934⁶⁷. Assim, mais da metade dos magistrados componentes do tribunal precisavam reconhecer que a lei ou ato questionado era incompatível com as normas constitucionais. Segundo Gilmar Mendes, a cláusula almeja especificamente a segurança jurídica, posto que com ela o entendimento dos tribunais se apresentaria de maneira mais linear⁶⁸.

A terceira novidade é de especial relevância para o presente trabalho e será analisada de maneira mais detida no próximo capítulo, em um tópico exclusivo. Nesse momento, importa ressaltar que a previsão de suspensão da excoercedade pelo Senado Federal foi inovadora. Com ela, buscava-se ampliar os efeitos das decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo, que até então só ocorriam em sede de controle difuso, portanto, com efeito *inter partes*. O emprego de tal instituto resultou, e ainda resulta, em diversos debates tanto em sede jurisprudencial como em sede doutrinária.

Assim, apesar da breve vigência da Constituição de 1934, Gilmar assevera que “não se pode olvidar o transcendental significado desse sistema para todo o desenvolvimento do controle de constitucionalidade mediante ação direta no Direito brasileiro”⁶⁹, em virtudes das três inovações do constituinte brasileiro, que influenciaram e ainda influenciam o exercício da jurisdição constitucional de controle.

Com a implantação do Estado Novo, sob a chefia de Getúlio Vargas, sobreveio a outorgada Constituição de 1937, que representou um retrocesso no controle de constitucionalidade judicial, pois, em que pese a manutenção dos institutos previstos nas constituições passadas, o art. 96, parágrafo único, da CF/37⁷⁰ previa que, a pedido do Presidente da República, uma lei declarada inconstitucional poderia ser reexaminada pelo Parlamento, que

⁶⁷ “Art. 179. Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus juizes poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público” (Cf. BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (de 16 de julho de 1934. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm> Acesso em: 03 jun. 2020).

⁶⁸ MENDES, Gilmar. Op. cit., p. 1081.

⁶⁹ MENDES, Gilmar. Op. cit., p. 1082.

⁷⁰ “Art. 96. Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus juizes poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade da lei ou de ato do Presidente da República. Parágrafo único. No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento; se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal” (Cf. BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm> Acesso em: 04 jun. 2020).

com 2/3 dos votos em cada uma das câmaras poderia declarar-lhe a validade, superando a decisão judicial. Os fundamentos do pedido de revisão realizado pelo presidente poderiam ser no sentido de que a lei era “necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta”. Assim, fora instituída uma espécie peculiar de revisão constitucional⁷¹ e um modo de controle político em proveito do Executivo⁷². Além disso, importa ressaltar que o texto constitucional de 1937, no âmbito do controle, suprimiu tanto a representação interventiva como a competência do Senado Federal para suspender a executoriedade da lei declarada inconstitucional pelo STF⁷³.

Na sequência, a Constituição de 1946 restaurou todos os mecanismos de controle de constitucionalidade previstos na Constituição de 1934, retomando o controle difuso exercido exclusivamente pelos órgãos jurisdicionais, sem possibilidade de superação de suas decisões por reexames do Congresso⁷⁴. O referido texto constitucional, apenas no tocante à representação interventiva apresentou modificações, subordinando a intervenção federal à declaração de inconstitucionalidade pela Suprema Corte⁷⁵.

Foi com a Emenda Constitucional n. 16/1965 que significativas mudanças foram implementadas, porquanto tenha a emenda instituído o controle abstrato de normas estaduais e federais, conjuntamente com a representação interventiva, seguindo o mesmo formato⁷⁶. Criou-se, então, a chamada ação genérica de inconstitucionalidade, com previsão no art. 101, I, k⁷⁷, do texto emendado. Ademais, também pela Emenda n. 16, passou-se a prever o controle de constitucionalidade de lei ou ato municipal em face das constituições estaduais, por via principal e concentrada, conforme disposto no art. 124, XIII⁷⁸, após a reforma.

⁷¹ MENDES, Gilmar. Op. cit., p. 1082.

⁷² BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 329.

⁷³ PAULO, Vicente; ALENXADRINO, Marcelo. Op. cit., p. 746.

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ MENDES, Gilmar. Op. cit., p. 1084.

⁷⁶ MENDES, Gilmar. Op. cit., p. 1086.

⁷⁷ “Art. 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete: I - processar e julgar originariamente: k) a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República” (Cf. BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil** (de 18 de setembro de 1946). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm> Acesso em: 04 jun. 2020).

⁷⁸ Constituição da República de 1946. “Art. 124, XIII: a lei poderá estabelecer processo, de competência originária do Tribunal de Justiça, para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato de Município, em conflito com a Constituição do Estado” (Cf. BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil** (de 18 de setembro de 1946). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm> Acesso em: 04 jun. 2020).

Acerca da inovação introduzida pela Emenda 16/65, Luís Roberto Barroso assinala que

passava o Supremo Tribunal Federal a ter competência para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato federal, mediante representação que lhe fosse encaminhada pelo Procurador-Geral da República. **Introduzia-se, assim, no direito brasileiro mecanismo análogo ao das cortes constitucionais europeias: um controle por via principal, mediante ação direta, em fiscalização abstrata e concentrada no Supremo Tribunal Federal.** O controle incidental e difuso, por sua vez, não foi afetado pela inovação, passando ambos a conviver entre si⁷⁹. (grifos nossos)

Assim, conforme asseverou Barroso, a partir da Emenda n. 16/65, o modelo de controle difuso e incidental, originário dos Estados Unidos, e o modelo concentrado e abstrato, pautado nas ideias de Hans Kelsen e adotado inicialmente na Áustria em 1920, passaram a coexistir no Brasil, proporcionando o sistema misto.

A Constituição de 1967 e a Constituição de 1969 (Emenda Constitucional n. 1, de 17.10.1969) não apresentaram alterações e/ou inovações relevantes na seara de controle de constitucionalidade; a primeira apenas deixou de prever a ação genérica estadual e, já sob a égide da Constituição/Emenda de 1969, voltou a haver previsão da genérica estadual, limitando-se à intervenção de estados em municípios⁸⁰.

A Emenda Constitucional n.7/77 introduziu a representação para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual, tendo como legitimado o Procurador-Geral da República, sendo que por meio desta espécie de representação poderia o STF fixar o sentido de uma norma, pronunciando-se em tese e de forma vinculante. Além disso, a referida emenda encerrou a controvérsia quanto ao cabimento ou não de liminar em representação de inconstitucionalidade, pois previu expressamente que caberia ao Supremo Tribunal deferir o pedido cautelar eventual realizado⁸¹.

A Constituição de 1988, popularmente conhecida como Constituição Cidadã, é fruto do processo de redemocratização ocorrida após 21 anos de ditadura cívico-militar, com sucessivos governos militares, tendo ocorrido intensivos debates antes de sua promulgação. O novo texto constitucional ampliou consideravelmente os mecanismos de proteção jurisdicional e, por conseguinte, alargou sobremaneira o controle de constitucionalidade. O sistema misto foi

⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 86.

⁸⁰ Ibid.

⁸¹ MENDES, Gilmar. Op. cit., p. 1088.

mantido, conjugando-se o controle difuso e incidental, ou seja, o modelo americano, adotado desde a primeira constituição da República, com o controle concentrado e abstrato, incorporado efetivamente ao sistema pátrio a partir da Emenda n. 16/65, cuja inspiração é o modelo austríaco/europeu⁸².

Para Vicente e Alexandrino, a atual constituição brasileira

manteve em sua plenitude o controle difuso, conferindo a todos os órgãos do Poder Judiciário competência para, diante de um caso concreto, reconhecer a inconstitucionalidade das leis. Manteve, também, o controle abstrato pelo qual é possível, mediante ação direta, a solução de uma controvérsia constitucional, em tese, acerca da compatibilidade de uma lei com a Constituição⁸³.

Como grandes inovações introduzidas pela Constituição de 1988, Barroso destaca: a ampliação da legitimação ativa para propositura de ação direta de inconstitucionalidade (art. 103, I a IX); a introdução do controle de inconstitucionalidade por omissão, com previsão de ação específica (art. 103, 2º) e o mandado de injunção (art. 5º, LXXI); a recriação da ação direta de inconstitucionalidade estadual (art. 125, 2º); a ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, 1º); e, a limitação do recurso extraordinário às questões constitucionais (art. 102, III)⁸⁴.

No que tange à redução das hipóteses de cabimento do recurso extraordinário, salienta Gilmar Mendes que o constituinte buscou revestir a Suprema Corte brasileira com feição de Corte Constitucional. Para tanto, instituiu o Superior Tribunal de Justiça e transferiu-lhe as decisões acerca de colisões diretas entre o direito federal e o estadual, a fim de reduzir a sobrecarga da mais alta corte, pois com o rol anterior “o volume de processo era tão grande que comprometia a eficiência da prestação jurisdicional”⁸⁵.

Dentre todas as inovações, o maior destaque recaiu – sem dúvidas – na ampliação da legitimidade para propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), que pôs termo ao muito debatido monopólio exercido pelo Procurador-Geral da República⁸⁶. Consoante a previsão do art. 103, I a IX, da CF/88 passaram a ser legitimados ativos para a propositura da ADIN o

⁸² BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 87.

⁸³ VICENTE, Paulo; ALEXANDRINO, Marcelo. Op. cit., p. 747.

⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 87

⁸⁵ MENDES, Gilmar. Op. cit., p. 1122.

⁸⁶ MENDES, Gilmar. Op. cit., p. 1096.

Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de uma Assembleia Legislativa, o Governador do Estado, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

Com efeito, a Emenda Constitucional n. 3/93 instituiu a denominada ação declaratória de constitucionalidade, por meio da qual viabilizou-se a provocação do Supremo Tribunal para declaração de constitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal. Por conseguinte, com a Emenda Constitucional n. 4/2004 (conhecida como Reforma do Judiciário) o rol de legitimados para propositura da referida ação foi alterado, para equipará-lo ao da ação direta de inconstitucionalidade.

Na construção da nova sistemática de controle de constitucionalidade exerceram um papel expressivo a Lei n. 9.868 e a Lei n. 9.882, ambas de 1999. A primeira disciplinou o rito processual da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade. Já a segunda, tratou de disciplinar e regulamentar a arguição de descumprimento de preceito fundamental, prevista no art. 102, 1º, da CF/88, ampliando a abrangência do controle concentrado para o direito pré-constitucional, as normas revogadas e o direito municipal⁸⁷

Ante o exposto, é de se constatar, assim como Barroso, que há “uma nítida tendência no Brasil ao alargamento da jurisdição constitucional abstrata e concentrada”⁸⁸. No mesmo sentido, pontuando, ainda, o enfraquecimento do primeiro sistema de controle adotado no país, sustenta Gilmar Mendes que

A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (art. 103), permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas⁸⁹.

Assentado o panorama geral do controle de constitucionalidade apresentado neste capítulo, inclusive suas nuances históricas, o próximo capítulo buscará analisar de maneira mais

⁸⁷ MENDES, Gilmar. Op. cit., p. 1097.

⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 89.

⁸⁹ MENDES, Gilmar. Op. cit., p. 1096.

detida o exercício do controle difuso efetuado no Brasil, evidenciando suas características, requisitos e especificidades, precipuamente o controle difuso realizado pelo Supremo Tribunal Federal, bem como os efeitos da declaração de inconstitucionalidade e, especialmente, a figura do Senado Federal na espécie, que veio a ensejar a denominada “Teoria de Abstrativização” no direito brasileiro.

2. CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

2.1. Competência para realização do controle difuso

Como aludido anteriormente, desde a primeira constituição republicana, em 1891, o Brasil adotou o controle difuso e concreto de constitucionalidade, no qual todos os juízes e tribunais integrantes do Poder Judiciário podem posicionar-se acerca da inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, deixando de aplicar a norma controversa ao caso concreto a eles submetido, se entenderem pela incompatibilidade da norma questionada com o texto magno. O referido controle é, então, exercido no desenvolvimento habitual da atividade jurisdicional, cuja função precípua é interpretação e aplicação do Direito para composição dos conflitos. Na assertiva de Barroso: “o controle incidental ainda é a única via acessível ao cidadão comum para a tutela de seus direitos subjetivos constitucionais”⁹⁰.

Nesse modelo de controle, a controvérsia constitucional é apresentada em um processo subjetivo e configura-se como questão prejudicial ou questão prévia, ou seja, é um obstáculo a ser enfrentado anteriormente à análise do mérito da lide, é um óbice para o pedido e não o pedido principal. Portanto, o processo não tem como medida final a declaração de inconstitucionalidade, sendo essa arguida de forma incidental; objetiva-se a não aplicação da norma impugnada ao caso concreto em apreço, a fim de inviabilizar uma obrigação dela decorrente, com a alegação de que essa está em desacordo com a Constituição. Assim, o controle difuso difere-se sobremaneira do modelo concreto e abstrato, já que neste a questão constitucional é a questão principal, o objeto da demanda, e existem ações próprias e específicas para análise da constitucionalidade.

No ponto, esclarecendo as particularidades do modelo difuso, sobreleva-se a lição de Alexandre de Moraes:

O controle difuso caracteriza-se, principalmente, pelo fato de ser exercitável somente perante um caso concreto a ser decidido pelo Poder Judiciário. Assim, posto um litígio em juízo, o Poder Judiciário deverá solucioná-lo e para tanto, incidentalmente, deverá analisar a constitucionalidade ou não da lei ou do ato normativo. A declaração de

⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 132.

inconstitucionalidade é necessária para o deslinde do caso concreto, não sendo pois objeto principal da ação⁹¹.

Na mesma toada, o ensinamento de Gilmar Mendes:

o controle de constitucionalidade difuso, concreto, ou incidental, caracteriza-se, fundamentalmente, também no Direito brasileiro, pela verificação de uma questão concreta de inconstitucionalidade, ou seja, de dúvida quanto à constitucionalidade de ato normativo a ser aplicado num caso submetido à apreciação do Poder Judiciário⁹².

Oportuno mencionar que, hodiernamente, é cediço que a questão constitucional pode ser suscitada por qualquer das partes integrantes da relação processual, bem como por terceiros interessados e pelo Ministério Público, havendo ampla legitimidade para arguição de inconstitucionalidade neste sistema. Desse modo, mencione-se que a nomenclatura do modelo incidental de controle como “via de exceção ou defesa” resta obsoleta, pois não subsiste mais o entendimento de que caberia apenas ao réu a alegação de inconstitucionalidade de uma norma para se desobrigar do seu acatamento. Devendo ser destacado, ademais, que juízes e tribunais podem declarar de ofício a inconstitucionalidade de um normativo, como decorrência da construção desse modelo de controle, tal como posto no caso precursor *Marbury vs. Madison*.

A controvérsia constitucional nos processos subjetivos é resolvida em última instância pelo Supremo Tribunal Federal, quando da análise do recurso extraordinário, observadas as hipóteses de cabimento do referido recurso, previstas no art. 102, III, da CF/88. No ponto, ressalte-se que, em virtude do instituto do prequestionamento, que será adiante analisado, a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade *ex officio* pela Alta Corte sofreu mitigação.

2.2. Cláusula de reserva de plenário (art. 97, CRFB/88) e procedimento da declaração incidental de inconstitucionalidade

No âmbito do modelo difuso de controle de constitucionalidade, é assentado o entendimento de que o juiz de primeira instância possui competência para pronunciar-se acerca da constitucionalidade, ou não, da norma questionada em processo sob sua análise, podendo

⁹¹ MORAES, Alexandre de. Op. cit., p. 525.pdf

⁹² MENDES, Gilmar. Op. cit., p. 1108.

negar a aplicação da lei, caso compreenda pela incompatibilidade dessa com a Constituição. Entretanto, a decisão precisará ser devidamente fundamentada⁹³, em respeito ao princípio da motivação das decisões judiciais, insculpido no inciso IX, art. 93, da CF/88. Isto é, pode o juiz singular pronunciar a invalidade de uma norma por vício de inconstitucionalidade de maneira corriqueira, repita-se, desde que fundamentadamente, tendo em vista inexistir regramento específico⁹⁴. Contudo, os tribunais assim não podem proceder.

Quando a declaração de inconstitucionalidade é proferida no âmbito dos tribunais, sejam eles de segundo grau ou superiores, imperioso destacar a já mencionada cláusula de reserva de plenário, também conhecida como regra do *full bench*, adotada no Brasil desde a Constituição de 1934, com atual previsão no art. 97, da CRFB/88, *in verbis*: “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

A partir da previsão constitucional supratranscrita, exige-se para a declaração de inconstitucionalidade a formação de quórum qualificado a ser formado pela maioria absoluta dos membros do tribunal ou de seu órgão especial⁹⁵, isto é, órgãos fracionários dos tribunais (turmas, câmaras ou seções) não estão autorizados a declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo. Isso porque a referida regra tem como finalidade a preservação da segurança jurídica, com a homogeneização da jurisprudência dentro dos tribunais, o que ocorre em um grau bem mais apurado a partir da exigência do posicionamento da maioria dos membros do plenário ou órgão especial em um sentido ou outro (constitucionalidade ou inconstitucionalidade do disposto normativo questionado).

Ademais, como visto, a declaração de inconstitucionalidade é o rompimento da presunção de constitucionalidade da lei editada, dessa forma, deve ser encarada como última medida, como excepcional; sendo este o substrato para a previsão legislativa da cláusula de reserva de plenário. Para Barroso, a cláusula é um reflexo do princípio da presunção de constitucionalidade das leis, por isso a exigência constitucional de formação de maioria absoluta para a pronúncia

⁹³ VICENTE, Paulo; ALEXANDRINO, Marcelo, op. cit., p. 762.

⁹⁴ BARROSO, Luiz. Op. cit., p. 137.

⁹⁵ A formação do órgão especial está prevista no art. 93, XI, da CF/88 e tem por escopo a organização administrativa, assim dispendo: Constituição de 1988: “Art. 93. XI - nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por antiguidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno”.

da inconstitucionalidade; não se formando a maioria, a norma questionada deve ser havida como constitucional⁹⁶. O cumprimento do art. 97 da CF/88 constitui-se, portanto, como condição de eficácia da pronúncia de inconstitucionalidade, sendo nula e ilegítima a decisão proferida em desacordo com a regra⁹⁷.

Ainda no que tange à referida cláusula, considerando o reiterado descumprimento por meio subterfúgios, o Supremo Tribunal Federal entendeu necessária a edição da Súmula Vinculante n. 10, que assim dispõe: “viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

Ou seja, uma decisão de tribunal que afaste a aplicação de norma por entendê-la inconstitucional, ainda que de maneira indireta, precisa – imprescindivelmente – ser proferida pela maioria absoluta dos membros do tribunal ou do órgão especial, se existir. Todavia, se já houver decisão de inconstitucionalidade da norma questionada, proferida pelo próprio tribunal ou pelo plenário do STF, os órgãos fracionários podem aplicar o entendimento já assentado, deixando de encaminhar a questão constitucional, uma vez que já existe decisão acerca daquela norma. Tal possibilidade já encontrava previsão no antigo Código de Processo Civil e foi mantida no parágrafo único do art. 949 do Novo CPC⁹⁸, posto que a mitigação da cláusula de reserva de plenário promove outros princípios constitucionais, como o da celeridade e o da economia processual.

Essa exceção à regra da reserva de plenário, que permite a simplificação do procedimento e atende ao princípio da celeridade, expressa ainda um certo grau de eficácia vinculante das decisões proferidas por tribunais superiores, mesmo que a pronúncia tenha ocorrido em sede de controle incidental, cuja obrigatoriedade é *a priori* limitada às partes do processo. Conduzindo, em vista do exposto, uma aproximação do modelo de controle difuso ao modelo de controle concentrado, já que a autorização para que os órgãos fracionários deixem de encaminhar a

⁹⁶ BARROSO, Luís. Op. cit., p. 138.

⁹⁷ VICENTE, Paulo; ALEXANDRINO, Marcelo, op. cit., p. 764.

⁹⁸ “Art. 949, p. ú – Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário ou ao órgão especial a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão” (Cf. BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 de março de 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 13 fev. 2021).

questão constitucional suscitada, por já haver decisão anterior de tribunal – aqui, seja o de segundo grau ao qual seja vinculado ou o tribunal de superposição –, releva amplificação, ainda que restrita, do juízo decisório anterior acerca da constitucionalidade ou não de determinado dispositivo normativo, para além do processo onde fora prolatada a decisão.

Por fim, cumpre realçar que podem os órgãos fracionários reconhecer a constitucionalidade das leis e normas contestadas, bem como reconhecer a revogação de lei anterior por incompatibilidade com a nova Constituição, valendo a regra do *full bench* somente para a declaração de inconstitucionalidade⁹⁹.

Mencionada as regras pertinentes, impende tecer comentários acerca do procedimento para a declaração incidental de inconstitucionalidade, cujo rito é estabelecido nos artigos 948 a 950 do NCPC/2015. Assim, diante da arguição de inconstitucionalidade, por qualquer das partes, pelo juízo de primeiro grau ou por entendimento próprio, o relator do processo levará a questão constitucional ao órgão fracionário competente para julgar o caso concreto para que este realize a apreciação da arguição: se for rejeitada, o processo seguirá normalmente perante o fracionário e o normativo impugnado será aplicado; havendo acolhimento, deverá ser lavrado acórdão neste sentido, que encaminhará a questão ao pleno do tribunal ou órgão especial, sobrestando-se o processo principal até a resolução da controvérsia constitucional.

Destaca Gilmar Mendes que o pleno ou órgão especial “somente pode pronunciar-se sobre o que, efetivamente, foi acolhido pelo órgão fracionário, sendo-lhe defeso emitir juízo sobre questão julgada inadmissível ou rejeitada pela Turma ou Câmara”¹⁰⁰. Assim, o órgão fracionário, por não ser competente para declaração a inconstitucionalidade, desloca a apreciação da prejudicial de constitucionalidade, que deverá ser julgada nos limites do que fora transferido.

Dessa forma, a declaração de inconstitucionalidade realizada no controle incidental e difuso ocorrerá em dois passos: no fracionário, competente para acolher a arguição, e no pleno ou especial, competente para a efetiva declaração de inconstitucionalidade, caso a compreensão da maioria dos membros seja de que a norma impugnada é contrária ao texto constitucional. Tratando do que concerne a essa divisão para o julgamento, disciplina Barroso:

⁹⁹ BARROSO, Luís. Op. cit., p. 140-141.

¹⁰⁰ MENDES, Gilmar. Op. cit., p. 1112.

No controle incidental realizado perante tribunal, opera-se a *cisão funcional* da competência, pela qual o pleno (ou o órgão especial) decide a questão constitucional e o órgão fracionário julga o caso concreto, fundado na premissa estabelecida no julgamento da questão prejudicial¹⁰¹.

Contudo, em que pese a mencionada cisão, o professor Alexandre de Freitas Câmara esclarece não haver duas decisões judiciais, mas somente uma, ao que denomina como um “pronunciamento subjetivamente complexo”, posto que a um órgão compete a resolução da questão constitucional – no caso, o pleno ou órgão especial – e ao outro – o fracionário – a resolução das outras questões, inclusive, o pedido principal, sendo necessário o acatamento da tese firmada quanto à prejudicial de constitucionalidade pelo pleno ou órgão especial¹⁰². Dessarte, compreende-se que são etapas que constroem uma só decisão.

O ilustre processualista destaca que

apenas quando o órgão fracionário completar o julgamento do caso concreto é que se terá um pronunciamento judicial recorrível. Contra o acórdão do Pleno ou Órgão Especial que resolve o incidente de arguição de inconstitucionalidade não se admite qualquer recurso, salvo, embargos de declaração¹⁰³. (grifos nossos)

No ponto, deve ser ressaltado que tanto a decisão de acolhimento ou rejeição do órgão fracionário como a decisão do pleno ou órgão especial são irrecuráveis. Só será admitida a interposição de recurso após a publicação do terceiro acórdão, qual seja, o proferido pelo órgão fracionário julgando o mérito da lide, no qual acata-se a decisão do pleno (ou órgão especial) acerca da inconstitucionalidade, quer tenha sido essa declarada ou não, posto que proferida conforme a regra do art. 97 da CF/88, portanto, vinculativa. Como elucidado por Câmara, somente com a prolação desse último acórdão há a finalização do pronunciamento judicial na espécie.

Interessante mencionar que, desde a edição da Lei nº 9.868/99, fora facultada a manifestação do Ministério Público, das pessoas jurídicas responsáveis pela lei ou ato impugnado, dos legitimados para propor as ações diretas de inconstitucionalidade e constitucionalidades, conforme o rol do art. 103 da CF/88, bem como a manifestação de órgãos e entidades não integrantes do processo, cuja admissão se dará por despacho irrecurável.

¹⁰¹ BARROSO, Luís. Op. cit., p. 142.

¹⁰² CÂMARA, Alexandre de Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas. 2016. p. 457.

¹⁰³ Ibidem.

Para o ministro Gilmar Mendes, essa possibilidade de o relator admitir a manifestação de órgãos e entidade na figura de *amicus curiae* (em tradução livre amigo da corte), com o consequente alargamento do controle incidental, aproximou, ainda mais, a estrutura desse com a do controle direto, representando um “passo significativo na estrutura de um processo de controle incidental aberto e plural, no qual as diferentes visões sobre a questão constitucional posta poderão revelar-se de forma integral”¹⁰⁴.

Desse modo, inequívoco que, para reversão da decisão havida no segundo grau, necessário o manejo de recursos direcionados aos tribunais superiores: o recurso especial para questões infraconstitucionais, dirigido ao Superior Tribunal de Justiça, e, precipuamente para casos de declaração de inconstitucionalidade, o recurso extraordinário dirigido ao guardião da constituição, o Supremo Tribunal Federal.

2.3. Controle difuso realizado pelo STF

2.3.1. Recurso Extraordinário

Inicialmente, importa lembrar a já mencionada inovação trazida pela Constituição de 1988, com a criação do Superior Tribunal de Justiça. O escopo da criação do referido tribunal, com a consequente divisão das questões constitucionais e infraconstitucionais entre o recurso extraordinário e o recurso especial, respectivamente, foi a conferência de feição de Corte Constitucional ao STF. Retirou-se dessa a apreciação de questões infraconstitucionais, transferindo-as àquele tribunal.

Com isso, via de regra, em sede de recurso especial, matérias constitucionais não serão debatidas pelo STJ; no entanto, será possível a decisão acerca de temas constitucionais no recurso especial se a questão surgir posteriormente à decisão do tribunal de origem¹⁰⁵. Ademais, poderá o STJ realizar o controle *incidenter tantum* nos processos de sua competência originária e nos recursos ordinários, previstos no rol do art. 105, I e II, da CF/88, respectivamente.

¹⁰⁴ MENDES, Gilmar. Op. cit., p. 1116.

¹⁰⁵ BARROSO, Luís. Op. cit., p. 145.

Ao Supremo Tribunal Federal compete, nos termos do art. 102 da Constituição de 1988, precipuamente, a guarda da Constituição, sendo o órgão máximo do judiciário brasileiro. É incumbido do julgamento das ações diretas e abstratas de constitucionalidade de normativos federais e estaduais, portanto, incumbido do exercício de controle concentrado de constitucionalidade. Contudo, como aludido anteriormente, assim como todos os demais tribunais e juízes integrantes do Poder Judiciário, o STF possui o poder-dever de, ao julgar um caso concreto, afastar a aplicação de lei ou ato normativo que entenda ser incompatível com o Texto Maior, declarando sua inconstitucionalidade de modo incidental.

O STF poderá, em sede de controle difuso, declarar a inconstitucionalidade nas causas de sua competência originária (art. 102, I), no julgamento de recursos ordinários (art. 102, II) e no julgamento de recursos extraordinários (art. 102, III), atuando neste último também como revisor das declarações acerca da constitucionalidade pronunciadas pelos tribunais inferiores. E é nesse último tipo de julgamento que a fiscalização concreta de constitucionalidade pelo Supremo é realizada sobremaneira, em virtude do volumoso número de recursos extraordinários que conseguem chegar até a Alta Corte¹⁰⁶.

Os professores Fredie Didier e Leonardo Cunha asseveram que

o papel do recurso extraordinário, no quadro dos recursos cíveis, é o de resguardar a interpretação dada pelo STF aos dispositivos constitucionais, garantindo a inteireza do sistema jurídico constitucional federal e assegurando-lhe validade e uniformidade de entendimento¹⁰⁷.

Assim, conforme pontuam Paulo e Alexandrino:

Ressalvadas as estritas hipóteses de cabimento do recurso ordinário (CF, art. 102, II), o recurso extraordinário é o meio idôneo para a parte interessada, no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, levar ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal controvérsia constitucional concreta, suscitada nos juízos inferiores¹⁰⁸.

São quatro as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário, cuja previsão encontra-se no inciso III do art. 102 da CF/88, no qual é estabelecida a competência do Supremo para

¹⁰⁶ BARROSO, Luís. Op. cit., p. 146.

¹⁰⁷ DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal**. 13. ed. reform. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 353.

¹⁰⁸ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. Op. cit., p. 766.

julgar, através do referido recurso, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida, *in verbis*:

a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Consoante o enunciado da Súmula n. 279 do STF¹⁰⁹, o recurso extraordinário não se presta a um novo debate acerca dos fatos e provas do processo apreciado, mas, somente, a rediscussão de matérias de ordem constitucional, não sendo, pois, um terceiro grau de jurisdição.

O juízo de admissibilidade dos extraordinários ocorre em dois momentos distintos.

O primeiro deles ocorre ainda no órgão jurisdicional de origem, sendo exercido pelo presidente do tribunal recorrido, que poderá delegar a função ao vice-presidente ou a algum deles, onde houver mais de um. Em princípio, tal exame preliminar deve limitar-se a verificar a configuração de alguma das hipóteses constitucionais de cabimento e o atendimento aos requisitos formais. Do contrário, invadiria a esfera de competência do STF, convertendo-se em uma antecipação do eventual julgamento de mérito por instância ilegítima¹¹⁰.

Um dos importantes requisitos de admissibilidade é que a questão constitucional posta deverá ter sido objeto de prequestionamento. Segundo Barroso, prequestionamento “significa que a questão constitucional deverá figurar na decisão recorrida, ainda que não tenha ocorrido menção expressa aos dispositivos constitucionais pertinentes”¹¹¹. Ou seja, para o recurso extraordinário ser admissível faz-se necessário que a questão constitucional tenha sido previamente abordada e debatida na decisão recorrida, versando a esse respeito a Súmula n. 282 do STF¹¹².

Inobstante a criação do STJ e do recurso especial, cuja perspectiva era a de evitar que a Suprema Corte fosse ocupada com temas outros que não os constitucionais relevantes, foi imprescindível, para conter o número de processos corriqueiros e de menor importância que chegavam ao STF, a criação de outro requisito de admissibilidade. Assim, a partir da Emenda Constitucional n. 45/2004, foi introduzido o requisito da repercussão geral, cuja regulamentação se deu pela Lei n. 11.418, de 19 de dezembro de 2006.

¹⁰⁹ Súmula n. 279 do STF: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”.

¹¹⁰ BARROSO, Luís. Op. cit., p. 148.

¹¹¹ BARROSO, Luís. Op. cit., p. 150.

¹¹² Súmula n. 282 do STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”.

A Reforma do Judiciário, como é conhecida a EC n. 45/2004, acrescentou o terceiro parágrafo ao art. 102, da Constituição, que assim dispõe:

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

Dessa forma, a Constituição estabeleceu um pressuposto de admissibilidade ao recurso extraordinário com característica de conceito jurídico indeterminado¹¹³, possibilitando, para além do legislador ordinário, ao próprio Supremo a concretização e significação do conceito de repercussão geral. Acerca da outorga de autonomia para que a Corte exerça um filtro moderado sobre as causas que irá decidir, excluindo-se as matérias de relevância diminuta, pondera Barroso que

O resultado esperado é a produção de julgamentos mais elaborados e dotados de maior visibilidade, fomentando o debate democrático em torno das decisões e do próprio papel desempenhado pela Corte. Essa inserção da jurisdição constitucional no contexto amplo de deliberação política – preservada sua independência e a metodologia que lhe é própria – passar a ser vista como fator de legitimação, desfeito o mito de que a interpretação jurídica seja uma atividade mecânica de revelação de conteúdos objetivos¹¹⁴. (grifos nossos)

Face às críticas possíveis – inclusive, pertinentes –, como as que, por exemplo., questionam a possibilidade do Tribunal se abster de decisões em temas controversos na sociedade e politicamente sensíveis, considera o ilustre jurista que, sendo explícito o filtro exercido pela Corte, é melhor e mais democrático o exercício, pois mais aberto à crítica pública. Ressalta, ainda, que os critérios tradicionais para admissibilidade, por não serem estritamente objetivos, também poderiam funcionar como escusas para a apreciação dos temas polêmicos¹¹⁵.

¹¹³ Explica Luís Roberto Barroso: “Conceitos jurídicos indeterminados são expressões de sentido fluido, destinadas a lidar com situações nas quais o legislador não pôde ou não quis, no relato abstrato do enunciado normativo, especificar de forma detalhada suas hipóteses de incidência ou exaurir o comando a ser dele extraído. Por essa razão, socorre-se ele de locuções como as que constam da Constituição brasileira de 1988, a saber: pluralismo político, desenvolvimento nacional, segurança pública, interesse público, interesse social, relevância e urgência, propriedade produtiva, em meio a muitas outras. Como natural, o emprego dessa técnica abre para o intérprete um espaço considerável – mas não ilimitado ou arbitrário – de valoração subjetiva. O exemplo abaixo serve para ilustrar o argumento” (Cf. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, n.p. Ebook.

¹¹⁴ BARROSO, Luís. Op. cit., p. 154.

¹¹⁵ BARROSO, Luís. Op. cit., p. 155-156.

A respeito da análise da repercussão geral, lecionam Fredie Didier e Leonardo Cunha:

A repercussão geral é um atributo da questão constitucional discutida no recurso extraordinário. Assim, antes de examinar se há ou não repercussão geral, o STF examinará os requisitos gerais de admissibilidade do recurso extraordinário: cabimento, tempestividade, legitimidade recursal etc¹¹⁶.

Assim, repercussão geral, que deverá ser demonstrada em preliminar – por questões de clareza e de consonância com o Regime Interno do STF, em que pese a inexistência de previsão no NCPC/15 – é analisada com exclusividade pelo Supremo, nos termos do art. 1.035 do código de processo vigente¹¹⁷; ao contrário de outros requisitos, que podem ser aferidos no juízo inicial de admissibilidade realizado nos tribunais inferiores.

A Lei n. 11.418/2006 introduziu no CPC/73 o § 1º do art. 543-A, reproduzido integralmente no § 1º do art. 1.035 do Novo CPC, que assim dispõe: “§ 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”.

Para Alexandre Câmara, a regra geral contida no § 1º do art. 1.035, significa que

só se admite o recurso extraordinário se a questão constitucional nele discutida tiver *transcendência* do ponto de vista subjetivo, interessando sua solução não só às partes do processo em que a matéria tenha sido suscitada, mas sendo capaz de alcançar a sociedade como um todo (ou parcela relevante e significativa dela)¹¹⁸.

Ademais, a regulamentação do instituto da repercussão geral pela referida lei estabeleceu que nos casos em que o recurso extraordinário contraditar decisão contrária à súmula ou jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a repercussão geral é presumida, ou seja, é uma exceção à obrigatoriedade de demonstração da repercussão geral.

Essa previsão legal reforça a vinculação decorrente das decisões proferidas pelo STF, ainda que em sede difusa, pois prevê como presumida a repercussão geral quando o recurso extraordinário visar a desconstituição de decisão judicial contrária à jurisprudência dominante

¹¹⁶ DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo. Op. cit., p. 372.

¹¹⁷“Art. 1.035 – O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo(...). § 2º O recorrente deverá demonstrar a existência de repercussão geral para apreciação exclusiva pelo Supremo Tribunal Federal” (Cf. BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 de março de 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 13 fev. 2021).

¹¹⁸ CÂMARA, Alexandre. Op. cit., p. 541.

e súmulas não-vinculantes do STF, não atendo-se somente às questões já definidas por súmulas vinculantes. Além de manter a previsão da exceção acima explanada, o NCPC/15 passou a prever, nos termos do art. 1.035, § 3º, inciso III, que também será presumida a repercussão geral quando a decisão contestada tiver reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal.

Malgrado o estabelecimento de regras gerais pelo legislador, permanece o Supremo com a prerrogativa de definir de maneira mais específica e precisa o preenchimento do conceito de repercussão geral, a fim de priorizar as pautas e julgamentos mais relevantes para serem exercidos na mais alta corte do país, afastando a infinidade de processos com matérias de diminuta relevância constitucional. Para cumprir com sua finalidade, a análise da repercussão geral não deve importar na ocupação excessiva de tempo dos ministros. Dessa forma, “é de exigir, portanto, que o Tribunal forneça apenas uma justificação simples e sucinta, cada vez mais apoiada em *standards* fixados em casos anteriores”¹¹⁹.

A decisão de acolhimento da repercussão geral poderá ser realizada nas turmas do STF, posto que cada uma é composta por cinco ministros e, para a admissão, só se exige o mínimo de quatro votos. Entretanto, a decisão denegatória de configuração de repercussão geral precisa do voto de dois terços dos membros do Supremo Tribunal, isto é, de oito ministros; assim, para negar a repercussão o plenário precisará se manifestar.

Ademais, importante tecer comentários acerca do art. 1036, § 1º do CPC¹²⁰, que instituiu o chamado incidente de repercussão geral por amostragem ou julgamento por amostragem, realizado no âmbito das causas repetitivas, reproduzindo a regra do art. 543-B do antigo CPC, também introduzida pela já mencionada Lei n. 11.418/2006. Com a referida previsão, diante da multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, os tribunais *a quo* deverão realizar a seleção de um ou mais recursos representativos da questão constitucional suscitada e encaminhá-los ao Supremo Tribunal, que decidirá sobre a existência ou não da repercussão geral.

¹¹⁹ BARROSO, Luís. Op. cit., p. 161.

¹²⁰ Código de Processo Civil: “Art. 1036. § 1º - O presidente ou o vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal selecionará 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia, que serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça para fins de afetação, determinando a suspensão do trâmite de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou na região, conforme o caso”.

Cabe registrar que essa técnica especial para o gerenciamento das demandas repetitivas não é restrita aos recursos extraordinários, também é aplicável aos recursos especiais, visando, igualmente, evitar o acúmulo de recursos excepcionais que versam sobre as mesmas questões de direito perante os tribunais superiores¹²¹.

Após a seleção das causas-paradigmas, o Presidente ou Vice-Presidente do tribunal de origem determinará o sobrestamento dos demais recursos de sua competência que contenham a mesma controvérsia. Com isso, os recursos ficarão retidos ainda no juízo *a quo*, permanecendo assim até o pronunciamento definitivo da Alta Corte. Para Barroso, “essa possibilidade de retenção de recursos nas instâncias inferiores permite que a aferição de existência se dê a partir de casos de recursos paradigma, que sejam os mais representativos e *maduros* para julgamento”¹²². Todavia, nos termos do § 4º do art. 1.036, do CPC¹²³, essa seleção realizada no tribunal de origem não vincula a Corte Suprema, uma vez que o relator do recurso extraordinário poderá escolher outras causas em que compreenda estar mais bem definida a controvérsia.

Tal como na análise individual de repercussão geral (art. 1035, § 8º, do CPC¹²⁴), quando a existência de repercussão geral no julgamento por amostragem for negada, todos os recursos que versem igualmente sobre a questão suscitada serão abarcados pela decisão proferida, sendo, por consequência, automaticamente indeferidos, nos termos do art. 1039, parágrafo único, do CPC/15¹²⁵.

Reconhecida a existência de repercussão geral, serão sobrestados todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, em trâmite no território nacional, que tratem da mesma temática, até a prolação da decisão de mérito acerca da controvérsia constitucional no recurso extraordinário representativo. Sobrevindo o pronunciamento definitivo do STF acerca da

¹²¹ CÂMARA, Alexandre. Op. cit., p. 552.

¹²² BARROSO, Luís. Op. cit., p. 165.

¹²³ “Art. 1036. § 4º - A escolha feita pelo presidente ou vice-presidente do tribunal de justiça ou do tribunal regional federal não vinculará o relator no tribunal superior, que poderá selecionar outros recursos representativos da controvérsia” (Cf. BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 de março de 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm> Acesso em: 13 fev. 2021).

¹²⁴ “Art. 1035. § 8º Negada a repercussão geral, o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos extraordinários sobrestados na origem que versem sobre matéria idêntica (Cf. *ibid.*).

¹²⁵ “Art. 1039. Parágrafo único. Negada a existência de repercussão geral no recurso extraordinário afetado, serão considerados automaticamente inadmitidos os recursos extraordinários cujo processamento tenha sido sobrestado” (Cf. *ibid.*).

questão controvertida com repercussão geral, será firmada uma tese, a qual deverá ser seguida pelos demais órgãos jurisdicionais brasileiro.

Por consequência, a Presidência ou Vice-Presidência do tribunal de origem negará seguimento aos recursos nos casos em que acórdão recorrido coincidir com a orientação firmada pelo tribunal superior. Se o acórdão combatido contrariar a orientação superior, caberá reexame e retratação pelo órgão que proferiu o acórdão. Caso o acórdão divergente seja mantido, o recurso será remetido ao tribunal de superposição. Existe, ainda, a possibilidade de o Supremo cassar ou reformar, de maneira liminar, o acórdão dissonante.

Em mais um aspecto, resta demonstrado que, em que pese proferidas no bojo da análise de casos concretos, portanto, na modalidade difusa de controle de constitucionalidade, essas decisões do Supremo Tribunal Federal são dotadas de grau de vinculação, com efeitos para além do processo ou dos processos *sub judice*.

Didier e Cunha ressaltam que as decisões do plenário do Supremo Tribunal geram um precedente obrigatório:

O pronunciamento do Plenário do STF sobre a repercussão geral de determinada questão vincula os demais órgãos do tribunal e dispensa, inclusive, que se remeta o tema a um novo exame do Plenário, em recurso extraordinário que verse sobre a questão cuja amplitude da repercussão já tenha sido examinada, haja ou não enunciado sumulado a respeito. Note, porém, que o precedente vinculante é do Plenário do STF (reconhecendo ou negando); reconhecida a repercussão geral pela turma do STF [...], não há precedente vinculante¹²⁶.

Corroborando com o exposto, Gilmar Mendes registra que

a sistemática da repercussão geral faz com que as decisões proferidas nos processos-paradigmas espriem seus efeitos para uma série de demandas sobre igual tema, antes mesmo da conversão do entendimento em súmula vinculante. É mais uma fase do fenômeno de "objetivação" do recurso extraordinário¹²⁷.

Na mesma toada, abordando os efeitos da adoção do referido instituto, Barroso assevera:

a aplicação da sistemática da repercussão geral ao controle incidental de constitucionalidade reforça a tendência de objetivação das decisões do STF, em geral, e no controle de constitucionalidade em particular. Com efeito, a exegese

¹²⁶ DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo. Op. cit., p. 373.

¹²⁷ MENDES, Gilmar. Op. cit., p. 1128.

constitucional que venha a ser firmada deverá ser observada pelas demais instâncias, ainda que no âmbito da solução de um conflito de interesses de natureza subjetiva¹²⁸.

Assim, a tese firmada no recurso extraordinário com repercussão geral produz efeitos para além do caso apreciado, restando aos demais integrantes do Poder Judiciário obrigados a observá-la. No entanto, importar sublinhar que os efeitos aqui comentados para a sistemática de repercussão geral nos recursos extraordinários são mais restritos dos que os que são produzidos no âmbito da edição de súmulas vinculantes e, certamente, das ações de controle concentrado de constitucionalidade, que não obrigam somente aos órgãos judiciais, mas também toda a Administração Pública¹²⁹.

Diante do exposto, nota-se que, ao longo dos anos, as alterações realizadas na disciplina do recurso extraordinário – principalmente a sistemática de repercussão geral – geraram, no Brasil, a atenuação das distinções dos modelos tradicionais. Esse processo de transformação restou conhecido doutrinariamente como a objetivação do recurso extraordinário e do controle difuso, é dizer, apesar de misto, o modelo de controle brasileiro caminha para a preponderância dos instrumentos de controle concentrado e abstrato, influenciando este de maneira determinante sobre a via difusa, precipuamente quanto aos efeitos das decisões preferidas nesse último sistema. E é nesse contexto que se deve ser pensado e analisado no papel do Senado Federal (art. 52, X, CF/88) no âmbito do controle difuso e incidental de constitucionalidade.

2.3.2 Efeitos da decisão de declaração de inconstitucionalidade

No âmbito do controle difuso, conforme já assinalado em outros momentos do trabalho, a inconstitucionalidade poderá ser declarada por qualquer juiz ou tribunal (no caso desses, desde que respeitada a cláusula de reserva de plenário), quando do julgamento do caso concreto. A declaração ocorrerá de maneira incidental, em virtude de a questão constitucional suscitada integrar a causa de pedir ou as razões de decidir, e não o pedido principal formulado, o objeto da demanda. O enfrentamento da controvérsia acerca da constitucionalidade da norma aplicável

¹²⁸ BARROSO, Luís. Op. cit., p. 165.

¹²⁹ Ibid., p. 177.

ao caso, como anteriormente comentado, é antecedente à análise de mérito, porquanto pressuposto lógico para a resolução da lide.

Portanto, como regra, dada a natureza comum e subjetiva dos processos onde é exercido o controle difuso de constitucionalidade, a decisão de inconstitucionalidade proferida alcança tão somente as partes da demanda, possuindo efeito *inter partes* e não *erga omnes*. É dizer, a norma declarada inconstitucional assim o é para aquele processo, contudo, permanece no ordenamento jurídico, válida e produzindo efeitos para terceiros não integrantes da relação processual.

Quanto aos efeitos da decisão, em consonância com o explicitado, a lição de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo afirma que

a pronúncia de inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário na via incidental, proferida em qualquer nível, limita-se ao caso em litígio, no qual foi suscitado o incidente de constitucionalidade, fazendo coisa julgada apenas entre as partes do processo. Quer provenha a decisão dos juízes de primeira instância, quer emane do Supremo Tribunal Federal ou de qualquer outro tribunal do Poder Judiciário, sua eficácia será apenas *inter partes*¹³⁰.

Com o trânsito em julgado da decisão de mérito, será ela revestida da autoridade da coisa julgada, tornando-se imutável e indiscutível. Assim, a eficácia da decisão ocorre em dois planos: subjetivo, restringindo-se às partes do processo; e o objetivo, limitando-se ao que fora pedido e expressamente decidido. Acerca da eficácia objetiva, Barroso esclarece que

por dicção legal expressa, os fundamentos da decisão não integram os limites objetivos da coisa julgada. A questão prejudicial, todavia, diferentemente do que previa o CPC/73, integrará a coisa julgada se observadas as condições previstas no art. 503, §1º, do CPC/2015. Entre elas figura a exigência de que o juiz seja competente, em razão da matéria e da pessoa, para decidir o assunto como questão principal. **No controle difuso, contudo, somente o Supremo Tribunal Federal detém competência para decidir sobre a constitucionalidade de ato à luz da Constituição Federal como questão principal.** Portanto, não há falar em *auctoritas rei iudicatae* em relação à questão constitucional apreciada pelas demais instâncias¹³¹. (grifos nossos)

Ante o exposto, necessário repisar que a questão constitucional, no controle difuso, é uma questão prejudicial. Em que pese o poder-dever de todos os órgãos jurisdicionais afastarem a aplicação de lei e atos normativos que entendam como incompatíveis com a Constituição,

¹³⁰ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Op. cit., p. 768-69.

¹³¹ BARROS, Luís Roberto. Op. cit., p. 176.

somente o Supremo Tribunal pode decidir a constitucionalidade ou não de leis como questão principal, ou seja, a questão prejudicial em matéria constitucional decida nas demais instâncias e órgãos não fará coisa julgada.

Conforme também já mencionado anteriormente, a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, quando proferida em sede de recursos extraordinários com repercussão geral, será dotada de efeitos para além do processo apreciado, pois os demais integrantes do Poder Judiciário deverão, obrigatoriamente, observar a tese firmada. Contudo, esse efeito não alcança ou obriga a Administração Pública e terceiros, diferentemente do que ocorre com a edição de súmulas vinculantes e, principalmente, com as decisões proferidas nas ações diretas sobre constitucionalidade.

Sabendo-se que a regra é que os efeitos da decisão em controle difuso são *inter partes*, importantíssimo destacar, mais uma vez, o mecanismo por meio do qual a decisão de declaração de inconstitucionalidade, no controle difuso, também poderá ter seus efeitos ampliados, passando a ter efeitos *erga omnes*: a edição de resolução pelo Senado Federal, após comunicado, que suspenda a executoriedade da lei ou ato normativo declarado inconstitucional, no todo ou em parte, pela Suprema Corte.

Contudo, como se verá em detalhes no próximo item do trabalho, o instituto de suspensão de executoriedade pelo Senado Federal, previsto no ordenamento jurídico brasileiro desde a Carta de 1934, atualmente disposto no art. 52, X, da CF/88, passou por releituras, que vieram a ensejar, inclusive, o entendimento de que o referido dispositivo legal poderia ter sofrido mutação constitucional.

Para além dos pontos já mencionados, Ana Paula de Barcellos destaca que a decisão proferida na via difusa, que reconhece a constitucionalidade de lei ou ato normativo, também possui um notável efeito objetivo sobre as ações de controle concentrado e abstrato, que é o de tornar improcedentes as ações diretas quando estas ações versarem acerca da questão constitucional já decidida na via difusa de controle¹³².

¹³² BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, n.p.

Por fim, cumpre abordar os efeitos temporais da decisão incidental de inconstitucionalidade. Em regra, a eficácia será *ex tunc*, ou seja, retroagirá ao surgimento da lei no ordenamento jurídico, porquanto a lei inconstitucional é natimorta. Isto porque prevaleceu no Brasil o entendimento de que a lei inconstitucional é nula e não anulável, como defendia Hans Kelsen. Portanto, a decisão é declaratória e não constitutiva; ela reconhece uma situação já existente. A norma inconstitucional é nula, pois já nasceu eivada de vício de inconstitucionalidade, não podendo produzir efeitos válidos. Assim, ensina Barroso que “corolário da supremacia da Constituição é que uma norma inconstitucional não deva gerar direitos ou obrigações legitimamente exigíveis”¹³³.

Contudo, ao longo dos anos, a teoria da nulidade *ab initio* foi recebendo temperamentos, pois, conforme leciona Eduardo Talamani, apesar do reconhecimento da invalidade, a lei existiu, e assim

na medida em que a norma inconstitucional existia e, mais do que isso, estava revestida de uma presunção de legitimidade, a norma inconstitucional pode ter conduzido à prática de atos durante o período em que esteve inserida no sistema. Pela ponderação de valores, muitos desses atos deverão ser mantidos. O suporte para tal manutenção não está na norma inconstitucional em si, mas em outras normas (no mais das vezes, normas-princípios): boa-fé, segurança jurídica, irrepetibilidade dos alimentos, vedação ao enriquecimento sem causa etc¹³⁴.

Na esfera da via concentrada e direta de controle de constitucionalidade houve por bem o legislador brasileiro positivar a técnica de modulação dos efeitos temporais, nos termos do art. 27 da Lei nº 9.868/99¹³⁵ e a do art. 11 da Lei nº 9.992/99¹³⁶. Assim, em razão de excepcional interesse público e segurança jurídica, pode o Supremo Tribunal Federal, com o voto de dois terços dos ministros, delimitar os efeitos temporais da decisão.

¹³³ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 177.

¹³⁴ TALAMINI, Eduardo. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade. In: Clèmerson Merlin Clève. (Org.). **Direito Constitucional brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. 2, p. 669-705.

¹³⁵ “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” (Cf. BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF 10 de novembro de 1999). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm> Acesso em: 15 dez 2020).

¹³⁶ Lei n. 9.882/99: “Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, 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”.

A respeito da aplicação da técnica de modulação na via de controle difuso, Walber de Moura Agra ensina:

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, em caráter inovador, também tem adotado a modulação de efeitos no controle difuso, principalmente em recursos extraordinários. **Havendo excepcional interesse público e necessidade de se garantir segurança jurídica, pode o STF relegar o dogma que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade serão sempre *ex tunc*, para evitar que essa declaração seja mais perniciosa à população do que a própria manutenção da inconstitucionalidade.**

A modulação de efeitos possibilita ao Supremo Tribunal Federal fazer uma análise de cada caso específico, verificando quais as consequências da determinação de efeitos *ex tunc*. **Assim, pode-se realizar uma ponderação em cada caso entre o princípio da segurança jurídica do ordenamento normativo e a teoria tradicional da inconstitucionalidade dos atos**¹³⁷. (grifos nossos)

Diversas vezes, ao aplicar a modulação nas decisões proferidas na via difusa, o Supremo faz a invocação analógica do artigo 27 da Lei n. 9868/99, contudo, em alguns não há tal referência. Abordando a ausência de invocação, afirma o ministro Barroso que “a rigor técnico, a possibilidade de ponderar valores e bens jurídicos constitucionais não depende de previsão legal”¹³⁸. No entanto, com o advento do Novo Código de Processo Civil, a prática da modulação no controle difuso passou a ser expressamente reconhecida, em virtude do disposto nos art. 525, §§ 12 e 13, art. 535, §§ 5º e 6º e art. 927, §3º, do CPC/15.

Em conclusão, normalmente os efeitos a serem produzido pelas decisões que declaram a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo no controle difuso são *inter partes* e *ex tunc*. Contudo, como dito em linhas gerais, o efeito retroativo da decisão poderá sofrer modulações, tornando a eficácia em *ex nunc* ou *pro futuro*. No que tange ao efeito *inter partes*, este poderá ser ampliado, passando a produzir efeitos *erga omnes*, seja pela edição de súmula vinculante, seja pela a edição de resolução suspensiva do Senado Federal.

Sobre essa última forma de ampliação dos efeitos da decisão que declara incidentalmente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, suas implicações e, principalmente, alterações do entendimento do papel exercido pelo Senado, versará o próximo item.

¹³⁷ AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018, p. 718.

¹³⁸ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 179.

2.3.3. O papel do Senado Federal no controle difuso

Como acima delineado, o Supremo Tribunal Federal realiza o controle difuso e incidental, principalmente e, em maior volume, na apreciação dos recursos extraordinários. A decisão proferida, por regra, gera efeitos somente para as partes litigantes no processo subjetivo no qual fora firmada, não sendo dotada, portanto, de efeito vinculante para terceiros. Também já fora apontado que a decisão do Pretório Excelso poderá ter seus efeitos ampliados, dotando-se a pronúncia de eficácia *erga omnes*, caso o Senado Federal expeça resolução para suspender a lei declarada inconstitucional pelo pleno da Suprema Corte brasileira, por maioria dos votos, nos termos do art. 52, X, da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

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;

(...)

Esse instituto foi introduzido pelo constituinte no ordenamento jurídico pátrio com a Constituição de 1934 (art. 91, IV) e foi mantido nas demais constituições, exceto na de 1937, integrando-se à tradição constitucional brasileira de controle de constitucionalidade.

Conforme também já mencionado, o Brasil filia-se ao sistema da *civil law*, no qual prevalece o direito positivado e legislado como fonte primária do direito. Entretanto, apesar de ter adotado o modelo difuso de constitucionalidade, de origem norte-americana, não adotou a doutrina da *stare decisis* – a qual confere efeito vinculante às decisões da Suprema Corte norte-americana e, ainda, impõe aos tribunais que sigam seus próprios precedentes, para que haja uniformização na aplicação do direito e segurança jurídica, pois essa doutrina conserva profunda ligação com a sistema *commow law*, onde o direito consuetudinário é fonte, não se coadunando muito bem com a sistema *civil law*.

Nessa toada, Dirley da Cunha expõe que a previsão de suspensão pelo Senado:

[possui] o propósito de corrigir uma deficiência do sistema difuso-incidental quando acolhido nos países, como o Brasil, herdeiros da tradição romano-germânica da *civil law*, desprovidos do princípio do *stare decisis*. Visava-se, com isso, evitar a proliferação de ações judiciais propostas por todos aqueles que, igualmente, se sentissem afetados pela lei ou ato inconstitucional e, decerto, prevenir a possibilidade

de conflitos de decisões - que tanto maculam a segurança jurídica e a certeza do direito - entre os vários órgãos judiciários competentes para a realização do controle¹³⁹.

Assim, a declaração de inconstitucionalidade, ainda que proferida pela mais alta corte do país – precípua guardiã da ordem constitucional – produzia efeitos apenas para as partes do processo julgado, sendo a aplicação da lei inconstitucional negada somente naquele caso concreto, não havendo vinculação obrigatória para os demais órgãos judiciais. Para suprir essa ausência e atribuir efeitos gerais à declaração de inconstitucionalidade, a solução encontrada foi a possibilidade de o Senado, após comunicação acerca da decisão, expedir uma resolução que suspendesse a execução da lei incompatível com Texto Maior. Nesse ponto, a lição de José Afonso da Silva:

A declaração de inconstitucionalidade, na via indireta, não anula a lei nem a revoga; teoricamente, a lei continua em vigor, eficaz e aplicável, até que o Senado Federal suspenda sua executoriedade nos termos do art. 52, X; a declaração na via direta tem efeito diverso, importa suprimir a eficácia e aplicabilidade da lei ou ato¹⁴⁰.

No mesmo sentido, conveniente o esclarecimento de Walber Agra, o qual destaca que o “Senado não revoga a lei declarada inconstitucional porque quem revoga lei é o Poder Legislativo. Ele irá suspender a sua eficácia, por meio de uma resolução suspensiva. A norma continuará com validade, sem, contudo, produzir nenhum efeito”¹⁴¹.

Impende destacar que, sob a égide da Constituição de 1934, o Poder Legislativo era exercido pela Câmara dos Deputados, cabendo ao Senado Federal atuar apenas em colaboração. Competia ao Senado, por expressa imposição legal, a coordenação dos Poderes, a continuidade administrativa e a guarda da Constituição¹⁴². Desse modo, observa-se que, quando da instituição da suspensão de executoriedade no ordenamento jurídico brasileiro, a função do Senado Federal não era a mesma dos dias atuais, sendo ele incumbido, inclusive, do que hodiernamente é atribuição precípua da Excelsa Corte: a guarda da Constituição. Assim, à época, a atribuição conferida ao Senado parecia estar de acordo com o exercício do controle de constitucionalidade, bem como com o princípio da separação dos poderes.

¹³⁹ CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2012, p. 330.

¹⁴⁰ SILVA, José Afonso. Op. cit., p. 56.

¹⁴¹ AGRA, Walber de Moura. Op. cit., p. 716.

¹⁴² “Art. 88 - Ao Senado Federal, nos termos dos arts. 90, 91 e 92, incumbe promover a coordenação dos Poderes federais entre si, manter a continuidade administrativa, velar pela Constituição, colaborar na feitura de leis e praticar os demais atos da sua competência” (Cf. BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (de 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm> Acesso em: 03 jun. 2020).

Devido sua condição *sui generis*, desde sua criação, o instituto de suspensão de executoriedade pelo Senado despertou diversas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais, especialmente quanto aos seus efeitos e sua natureza. Os principais questionamentos versaram sobre cinco pontos, quais sejam: o caráter discricionário ou vinculado do ato do Senado, após a comunicação; a dimensão conferida à eficácia, discutindo-se o efeito *ex tunc* ou *ex nunc* da resolução; o significado da expressão “no todo ou em parte” constante no dispositivo constitucional; a possibilidade de suspensão de leis estaduais e municipais; e, ainda, se também caberia ao Senado exercer esse papel quando a decisão de inconstitucionalidade fosse proferida no âmbito das ações diretas do controle concentrado¹⁴³.

Quanto ao último questionamento, vale esclarecer que a resolução se apresentou de maneira mais simples. Pontua Walber Agra:

É pacífico na doutrina e na jurisprudência que, no controle direto de constitucionalidade, não cabe intromissão por parte do Senado, porque a função é exclusiva do Supremo. Ele só atua, em sede de controle difuso, quando a decisão chegar ao STF e for declarada incidentalmente a sua inconstitucionalidade¹⁴⁴.

Outrossim, também restou pacífico na doutrina que o Senado Federal possui competência, enquanto órgão da Federação, para suspender a executoriedade de qualquer lei ou ato normativo, seja da esfera federal, estadual, distrital ou municipal, quando houver sido declarado inconstitucional pelo Supremo¹⁴⁵.

No que tange à primeira controvérsia indicada (caráter obrigatório, ou não, da edição da resolução), mencione-se que importantes nomes do meio jurídico defenderam os dois vieses. A doutrina majoritária firmou-se no entendimento de que o Senado não fica obrigado a editar a resolução, sendo, portanto, ato de caráter discricionário. Contudo, juristas ilustres como Lucio Bittencourt¹⁴⁶ e Miguel Seabra Fagundes sustentaram posicionamento contrário, afirmando esse último que

¹⁴³ CUNHA JUNIOR, Dirley da. Op. cit., p. 333/337. Ver também em: BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 182/183.

¹⁴⁴ AGRA, Walber de Moura. Op. cit., p. 716.

¹⁴⁵ CUNHA JUNIOR, Dirley da. Op. cit., p. 335.

¹⁴⁶ Cf. apontado por Gilmar Mendes: “Lúcio Bittencourt afirma que “o objetivo do art. 45, n. IV – a referência diz respeito à Constituição de 1967 – é apenas tornar pública a decisão do tribunal, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos”. Op. cit., p. 1130.

Pretender que o Senado recuse suspender a execução da lei, caso o supremo lhe faça, para tanto, a necessária comunicação, atribuindo, a essa atitude, a força de convalidar o texto declarado inconstitucional, ou, pelo menos, de desprestigiar o pronunciamento de inconstitucionalidade, se nos afigura absolutamente indefensável. Juridicamente e politicamente. Juridicamente porque no sistema da nossa Constituição, o Supremo é o árbitro final da constitucionalidade das leis, não cabendo ao Senado, nem de longe, rever os seus critérios. Se o admitíssemos estaríamos tornando ao malsinado e infelicíssimo sistema do artigo 96, da Carta de 1937, segundo o qual o contencioso de constitucionalidade das leis tinha a sua palavra final, não no juízo jurídico dos tribunais, porém no critério político do Parlamento¹⁴⁷.

Ainda na corrente que restou minoritária, sustentando que o ato do Senado Federal seria vinculado, a lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

Note-se que essa suspensão não é posta ao critério do Senado, mas lhe é imposta como obrigatória. Quer dizer, o Senado, à vista da decisão do Supremo Tribunal Federal, tem de 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 jurídico¹⁴⁸.

Dirley da Cunha Junior, conquanto entenda que a intervenção do Senado deva ser eliminada do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro nas questões constitucionais discutidas incidentalmente, por restar anacrônica e contraditória, espousa a corrente minoritária de que o ato é não é discricionário, aduz que:

se cuida de uma competência vinculada do Senado, que tem o dever *juridico-constitucional* de suspender a execução do ato declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Não podemos olvidar as razões que ensejaram o Constituinte de 1934 e os Constituintes de 46, 67 (inclusive da Emenda n. 01/69) e de 88 a instituírem essa atribuição do Senado, com vistas a prevenir a plethora de ações judiciais e a possibilidade de existirem decisões judiciais conflitantes, com o conseqüente e lamentável estado de insegurança jurídica. De modo que, entender como discricionária ou facultativa essa atribuição, é desconsiderar tais razões, com o reconhecimento de que o Senado pode, ao seu mero talante, decidir se confere efeitos gerais a uma decisão *inter partes* do Supremo Tribunal, evitando todos aqueles inconvenientes, ou se não os confere, deixando abertas as vias geradoras da incerteza do direito. Ademais, aceitar a liberdade do Senado para suspender, ou não, a execução de ato declarado inconstitucional pelo STF consiste em admitir que uma consideração exclusivamente política sobrepõe-se a um exame jurídico acerca da inconstitucionalidade¹⁴⁹.

Na corrente prevalecente, mencione-se Alfredo Buzaid¹⁵⁰ e Paulo Brossard entre os relevantes juristas que há muito defenderam o caráter político e discricionário do ato do Senado

¹⁴⁷ Revista de Informação Legislativa, ano III, n. 9. p. 201. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496744>>. Acesso em 15 out. 2020.

¹⁴⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, n.p.

¹⁴⁹ CUNHA JUNIOR, Dirley da. Op. cit., p. 338/339.

¹⁵⁰ Cf. BUZOID, Alfredo. **Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1958. apud MENDES, Gilmar. Op. cit., p. 1130/1131.

Federal. Em seu artigo intitulado “Senado e as leis inconstitucionais”, assim fez constar Brossard:

Tudo está a indicar que o Senado é o juiz exclusivo do momento em que convém exercer a competência, a ele e só a ele atribuída, de suspender lei ou decreto declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. No exercício dessa competência cabe-lhe proceder com equilíbrio e isenção, sobretudo com prudência, como convém à tarefa delicada e relevante, assim para os indivíduos, como para a ordem jurídica¹⁵¹.

Também filiado ao posicionamento majoritário, Luís Roberto Barroso – asseverando ser a solução que foi dada ao questionamento – pontua que

a atuação do Senado não tem caráter vinculado, mas discricionário, sujeitando-se ao juízo de conveniência e oportunidade da casa legislativa. Trata-se de ato político, não sujeito a prazo, podendo o senado suspender o ato normativo, no todo ou em parte, ou simplesmente não suspendê-lo, negando, assim, a extensão *erga omnes* da decisão do Supremo¹⁵².

O substrato do posicionamento que logrou êxito (a discricionariedade do ato) é a concepção de que compelir o Senado Federal a expedir resolução suspendendo a executoriedade da lei, em virtude da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, no controle *incidenter tantum*, resultaria em uma sobreposição entre os poderes, o que implicaria na violação do princípio da separação de poderes e, conseqüentemente, no mecanismo de freios e contrapesos¹⁵³.

Assim, restou assentado que o Senado Federal exercerá a competência do art. 52, X, da CF/88, de maneira discricionária, isto é, segundo seus critérios de conveniência e oportunidade. Contudo, ao editar e fazer publicar a resolução suspensiva terá o Senado Federal exaurido sua competência, não sendo-lhe possível revogar a resolução.

Inobstante a discricionariedade para edição da resolução senatorial, uma vez expedida, esta deve ater-se ao conteúdo da decisão definitiva da Suprema Corte. Isto é, a expressão “no

¹⁵¹ BROSSARD, Paulo. **O Senado e as leis inconstitucionais**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181304/000393215.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 18 out. 2020

¹⁵² BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 182.

¹⁵³ SPOSATO, Karyna Batista; DIAS, Clara Angélica Gonçalves Cavalcanti; GÓIS, João Alberto de Oliveira. Limites para mutação constitucional? A viragem interpretativa do artigo 52, X, da Constituição Federal de 88. In: Revista do Direito (Santa Cruz do Sul. Online), v. 2, p. p. 150-161-161, 2018. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/12341>>. Acesso em 19 out. 2019.

todo ou em parte” não se refere à resolução, mas sim à extensão da decisão de inconstitucionalidade, a qual pode declarar todo o diploma como inconstitucional ou apenas parte dele; portanto, defeso ao Senado interpretar, ampliar ou restringir os termos da decisão. No tocante, lecionam Alexandrino e Paulo:

o Senado Federal não pode restringir ou ampliar a extensão do julgado prolatado pelo Supremo Tribunal Federal, sob pena de invalidade do seu ato. A Casa Legislativa deve ater-se à extensão da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Tribunal, não possuindo competência para interpretá-la, ampliá-la ou restringi-la. Se o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de três artigos da lei, não poderá o Senado Federal suspender a execução de mais algum artigo da mesma lei, tampouco suspender a execução somente de um ou dois dos artigos declarados inconstitucionais. Vale dizer, o Senado é livre para suspender ou não a execução da lei; porém, se decidir pela suspensão, deverá fazê-lo nos estritos termos e limites da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal¹⁵⁴.

Assim, a lição do Ministro Gilmar Mendes sintetiza os apontamentos acima explanados:

O Senado Federal não revoga o ato declarado inconstitucional, até porque lhe falece competência para tanto. Cuida-se de ato político que empresta eficácia erga omnes à decisão do Supremo Tribunal proferida em caso concreto. Não se obriga o Senado Federal a expedir o ato de suspensão, não configurando eventual omissão qualquer infração a princípio de ordem constitucional. Não pode a Alta Casa do Congresso, todavia, restringir ou ampliar a extensão do julgado proferido pela Excelsa Corte¹⁵⁵.

Por fim, cumpre esclarecer a contenda que versa sobre a eficácia temporal da resolução (*ex tunc* ou *ex nunc*), devendo ser registrado que ainda não há pacificidade no tema. Como já dito, a decisão incidental de inconstitucionalidade possui caráter declaratório, reconhecendo um vício preexistente da norma impugnada, operando a decisão efeitos retroativos, posto que uma norma inconstitucional é inválida, assim não é apta a produzir efeitos regulares (não gera direito adquirido e atos juridicamente perfeitos). Malgrado essa ser a compreensão preponderante quanto à decisão, não parece ser assim para a resolução.

Os ministros do Supremo Luís Roberto Barroso¹⁵⁶ e Gilmar Mendes, ainda em exercício, defendem que a eficácia temporal da resolução gera efeitos retroativos. Dessa forma, aduz Gilmar Mendes que “verificada a suspensão de execução da lei pelo Senado Federal, ela tanto afetará a aplicação prospectiva de norma (cessação da ultra-atividade), como também permitirá, a princípio, a revisão dos atos praticados com base na lei inconstitucional (eficácia *ex tunc*)”¹⁵⁷.

¹⁵⁴ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Op. cit., p. 771-772.

¹⁵⁵ MENDES, Gilmar. Op. cit., p. 1132.

¹⁵⁶ Segundo Barroso “afigura-se fundada em melhor lógica e em melhores argumentos a atribuição de efeitos *ex tunc* à suspensão do ato normativo pelo Senado” (Cf. BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 183)

¹⁵⁷ MENDES, Gilmar. Op. cit., p. 1131.

Também advogando pela eficácia retroativa, Dirley da Cunha assevera que

se a competência do Senado em suspender a execução de lei declarada incidentalmente inconstitucional pelo STF deveu-se ao fato de se pretender obviar aqueles inconvenientes (possibilidade de decisões contraditórias, etc.) propiciados pelo sistema americano, quando seguido por países carentes do *stare decisis*, compartilhamos da orientação segundo a qual a resolução do Senado produz efeitos *ex tunc* ou retroativos. E isso significa apenas que cumpre ao Senado tão-somente emprestar eficácia geral à decisão do Supremo Tribunal Federal, que fica, assim, valendo para todos, com todos os seus efeitos, inclusive os retroativos, como se a lei jamais houvesse existido¹⁵⁸.

Em posicionamento contrário, defendendo, portanto, que a decisão não retroage, o professor José Afonso da Silva discorre:

No que tange ao *caso concreto*, a declaração surte efeitos *ex tunc*, isto é, fulmina a relação jurídica fundada na lei inconstitucional desde o seu nascimento. No entanto, a lei continua eficaz e aplicável, até que o Senado suspenda sua executoriedade; essa manifestação do Senado, que não revoga nem anula a lei, mas simplesmente lhe retira a eficácia, só tem efeitos, daí por diante, *ex nunc*. Pois, até então, a lei existiu. Se existiu, foi aplicada, revelou eficácia, produziu validamente seus efeitos¹⁵⁹.

Para Marcelo Novelino:

nada impede que o Senado edite uma resolução com efeitos retroativos expressamente previstos ou que seja estabelecida uma norma conferindo este efeito, como a contida no artigo 1º do Decreto nº 2.346/1997, aplicável no âmbito da Administração Pública federal. Tais soluções, além de conferirem maior efetividade ao princípio da isonomia, evitam a necessidade de pessoas atingidas pela norma no período anterior à edição da resolução terem de recorrer ao Judiciário, sobrecarregando ainda mais este poder, com evidentes prejuízos, sobretudo, para os que têm menor condição de recorrer ao Judiciário para fazer valer os seus direitos¹⁶⁰.

Lênio Luiz Streck assevera que se o entendimento prevalecente for o de que a resolução tem eficácia *ex tunc*, seria suficiente o Supremo encaminhar a lei declarada inconstitucional ao Senado para que houvesse a equiparação dos efeitos aos das decisões proferidas em ações diretas de inconstitucionalidade. Sendo assim, não haveria diferença entre os modelos de controle no Brasil e a adoção dos mecanismos de controle concentrado nos idos de 1965 não representaria nenhuma modificação do sistema.

¹⁵⁸ CUNHA JUNIOR, Dirley da. Op. cit., p. 337

¹⁵⁹ SILVA, José Afonso. Op. cit., p. 56

¹⁶⁰ NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 178/179.

Assim, acerca dos efeitos da suspensão, Streck sustenta:

Suspender a execução da lei não pode significar retirar a eficácia da lei. [...] Suspender a vigência ou a execução da lei é como revogar a lei. Pode-se agregar ainda outro argumento: a suspensão da lei somente pode gerar efeitos *ex nunc*, pela simples razão de que a lei está suspensa (revogada), à espera da retirada de sua eficácia. Daí a diferença entre suspensão/revogação e retirada da eficácia. Sem eficácia, a lei fica nula; sendo nula a lei, é como se nunca tivesse existido. [...] Dito de outro modo, quando se revoga uma lei, seus efeitos permanecem; quando se a nulifica, é esta irrita, nenhuma¹⁶¹.

Ainda, conforme apontamento de Cunha Jr., também advogam pela não retroatividade dos efeitos da resolução senatorial Themístocles Brandão Cavalcanti, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior e Regina Maria Macedo Nery Ferrari¹⁶². Demonstrando-se, portanto, que o debate travado acerca da eficácia temporal da resolução foi e ainda é acirrado.

Por fim, impende tecer comentários acerca do Decreto n. 2.346, de 10 de outubro de 1997, cuja finalidade é consolidação de normas acerca dos procedimentos a serem observadas pela Administração Pública Federal em razão de decisões judiciais, no qual o legislador parece ter perfilhado a corrente da eficácia retroativa, ao menos para a administração pública. Estabelece, em seu art. 1º, § 1º, que as decisões proferidas pelo STF em ações diretas terão eficácia *ex tunc*, ato contínuo, no § 2º, estabelece que a eficácia *ex tunc* será, igualmente, aplicada às leis ou atos normativos cuja inconstitucionalidade seja declarada de maneira incidental pelo STF, transcreve-se:

Art. 1º As decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional deverão ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta, obedecidos aos procedimentos estabelecidos neste Decreto.

§ 1º Transitada em julgado decisão do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, em ação direta, a decisão, dotada de eficácia *ex tunc*, produzirá efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional, salvo se o ato praticado com base na lei ou ato normativo inconstitucional não mais for suscetível de revisão administrativa ou judicial.

§ 2º O disposto no parágrafo anterior aplica-se, igualmente, à lei ou ao ato normativo que tenha sua inconstitucionalidade proferida, incidentalmente, pelo Supremo Tribunal Federal, após a suspensão de sua execução pelo Senado Federal¹⁶³.

¹⁶¹ STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 376-377.

¹⁶² Cf. CUNHA JUNIOR, Dirley. Op. cit., p. 336-337.

¹⁶³ BRASIL. Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 10 de outubro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2346.htm>. Acesso em: 20 out. 2020.

No julgamento do Mandado de Segurança n. 16.512, sob a relatoria do Ministro Oswaldo Trigueiro, ocorrido em 25 de maio de 1966, teve o Supremo Tribunal Federal a oportunidade de se debruçar acerca de dois pontos controversos no papel do Senado Federal desde a sua criação pelo constituinte de 1934: o caráter vinculado ou discricionário do ato suspensivo e a possibilidade de a resolução senatorial restringir ou ampliar a extensão da decisão. O referido MS impugnou resolução do Senado Federal que havia revogado resolução anterior, a qual fora editada para suspender a executoriedade de norma declarada inconstitucional, incidentalmente, pelo STF.

Diante do caso, manifestou-se o Supremo no sentido de que a resolução revogadora era inconstitucional. No ponto, deve ser destacado, então, que é possível o exercício de controle de constitucionalidade acerca da resolução senatorial¹⁶⁴ que cumpria o previsto no art. 64 da constituição vigente à época do julgamento¹⁶⁵ (atual art. 52, X, da CF/88).

A Excelsa Corte entendeu que o Senado Federal não estava compelido a editar resolução suspensiva, após o recebimento da comunicação acerca da decisão definitiva; portanto, considerou a Corte que a natureza do instituto é discricionária. Entretanto, assentou-se que, decidindo o Senado pela suspensão, esta não poderia ser revogada, em virtude do exaurimento da competência, bem como que a resolução deveria ocorrer nos exatos limites do que fora julgado pelo STF.

Assim, a suspensão da executoriedade da lei “no todo ou em parte” deveria ser integralmente correspondente ao que foi declarado inconstitucional pelo STF: nem mais, nem menos. Inclusive, não pode o Senado retirar do ordenamento jurídico, no exercício do art. 52, X, da CF/88, normas que não tiveram sua inconstitucionalidade declarada, posto que não é de sua competência a declaração¹⁶⁶. Como restou assentado no julgamento, o ato senatorial de

¹⁶⁴ Nesse sentido, Alexandrino e Paulo: “Cabe anotar que a resolução do Senado está, ela própria, sujeita a aferição judicial de sua constitucionalidade, inclusive mediante controle abstrato, vale dizer, a resolução pode ser impugnada judicialmente quando se entenda que ela desatendeu as determinações constitucionais, seja quanto aos seus aspectos formais (concernentes ao processo legislativo exigido para sua produção), seja quanto ao seu conteúdo (por exemplo, caso se considere que as disposições da resolução discrepam daquilo que foi decidido pelo STF)”. Op. cit., p. 772.

¹⁶⁵ “Art. 64. Incumbe ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal” (Cf. BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil** (de 18 de setembro de 1946). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm> Acesso em: 18 out. 2020.

¹⁶⁶ NOVELINO, Marcelo. Op. cit., 179.

edição de resolução suspensiva possuía o condão de conferir eficácia genérica à decisão definitiva de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, que tinha efeitos apenas para as partes litigantes.

O julgamento do referido mandado proporcionou ao Supremo analisar, sob a perspectiva e contexto da época, o papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade, verificando-se a natureza e limites da competência constitucionalmente conferida à Câmara Alta do Congresso Nacional. No entanto, diversas modificações se sucederam no modelo de controle de constitucionalidade brasileiro, especial e principalmente com a promulgação da constituição em vigência, a Constituição de 1988.

Assim, o juízo formulado no julgamento de 1966 acerca da função do Senado parece não mais lograr o mesmo espaço na doutrina pátria e na Suprema Corte brasileira, uma vez que, como assinalado anteriormente, a adoção de instrumentos do modelo concentrado e direto, iniciada com intensidade a partir da Emenda Constitucional nº 16/65, que inaugurou no Brasil a representação de inconstitucionalidade perante o STF, sofreu alargamento e aprofundamento sob a égide da Constituição de 1988.

Com as modificações implementadas, especialmente a instituição das súmulas vinculantes e da repercussão geral, restou inevitável a aproximação entre os modelos de controle de constitucionalidade. Ocorrendo a preponderância do controle abstrato e concentrado, em que pese a adoção, desde os primórdios da República brasileira, do modelo difuso de controle. Por conseguinte, além do processo de objetivação do recurso extraordinário, as inovações resultaram na criação da chamada teoria da abstrativização do controle difuso, que tem como substrato a tese de que o art. 52, X, da CF/88 teria sofrido mutação constitucional, o que representa a ressignificação do papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade.

A teoria da abstrativização propõe, portanto, uma equiparação/equalização dos efeitos, principalmente os subjetivos, das decisões proferidas no controle difuso (*inter partes*) aos efeitos do controle concentrado (*erga omnes*). Ou seja, as decisões proferidas no controle difuso-incidental passariam a ter efeitos gerais e vinculantes por elas mesmas, independentemente da atuação do Senado Federal, que passaria somente conferir publicidade às decisões do Supremo, com a mutação do inciso X do artigo 52 da Constituição.

Inicialmente, no âmbito da jurisprudência do Alta Corte, a referida mutação constitucional foi aventada pelo Ministro Gilmar Mendes, quando da relatoria da Reclamação Constitucional n. 4335/AC, julgada em 2014. Tendo o debate recebido novo espaço para enfrentamento no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 3.406/RJ e 3470/RJ, julgadas em 2017. Ante a relevância desses julgados para compreensão do tema, eles serão o objeto de análise do próximo capítulo. Contudo, antes de adentrar na análise dos casos, necessário esclarecer, em linhas gerais, o fenômeno da mutação constitucional, cuja disciplina será também abordada no próximo capítulo de forma pormenorizada, a fim de permitir maior compreensão da tese de mutação proposta e, por conseguinte, da teoria da abstrativização.

A mutação constitucional é um fenômeno decorrente da inadequação entre a norma vigente e a nova realidade fática, sendo um mecanismo de adequação, sem que haja a necessidade de utilização dos procedimentos formais de alteração, isto é, sem emendas ou revisões. É, portanto, um processo de alteração informal da Constituição, no qual a norma é nova, todavia, o texto permanece o mesmo, posto que texto e norma não se confundem. Ou seja, a mutação constitucional é a atribuição de um novo sentido ao texto insculpido na Constituição, visando sua atualização, por meio de uma nova interpretação.

Acerca do fenômeno da mutação, Marcelo Novelino leciona que

A mutação constitucional envolve, além do aspecto interpretativo, a relação de tensão entre o direito e a realidade, sendo o fator temporal o principal responsável por sua ocorrência. Em regra, a nova interpretação é implementada com o intuito de compatibilizar o conteúdo da constituição às transformações políticas, sociais e econômicas ocorridas na sociedade. Isso não significa, entretanto, que deva ser descartada a possibilidade de influência de outros fatores, tais como a práxis do Estado e a concretização de normas da constituição por normas infraconstitucionais¹⁶⁷.

Por fim, imprescindível ressaltar que, assim como as vias formais, a mutação constitucional possui limitações para sua ocorrência. Dessa forma, assinala Gilmar Mendes: “A nova interpretação há, porém, de encontrar apoio no teor das palavras empregadas pelo constituinte e não deve violentar os princípios estruturantes da Lei Maior; do contrário, haverá apenas uma interpretação inconstitucional”¹⁶⁸.

¹⁶⁷ NOVELINO, Marcelo. Op. cit., p. 129.

¹⁶⁸ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo. Op. cit., p. 134.

3. ANÁLISE DE CASOS: A POSSÍVEL MUTAÇÃO DO ART. 52, X, DA CRFB

3.1. Reclamação Constitucional n. 4335/AC

3.1.1. Resumo do caso

Em abril de 2006, a Defensoria Pública da União ajuizou reclamação constitucional, perante o Supremo Tribunal Federal, contra decisão do Juiz da Vara de Execuções Penais de Rio Branco, no Estado do Acre, que negou a progressão de regime prisional a dez apenados, assistidos pela defensoria, condenados por crimes hediondos ou a eles equiparados, com base na disciplina legal então estabelecida no §1º do artigo 2º da Lei n. 8072/1990 (Lei de Crimes Hediondos), o qual vedava a progressão.

A Defensoria Pública havia requerido ao juiz de execuções a progressão do regime de alguns apenados, condenados em regime integralmente fechado, com base no julgamento do *Habeas Corpus* n. 82.959/SP¹⁶⁹, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, no qual o Plenário do STF entendeu, por maioria dos votos, pela inconstitucionalidade da redação original do art. 2º, §1º, da Lei n. 8072/90¹⁷⁰, porquanto violador do princípio constitucional da individualização da pena, previsto no art. 5º, LXVI, CF/88.

A negativa do magistrado de primeiro grau deu-se nos seguintes termos:

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

¹⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão do Habeas Corpus n. 82.959**. Rel. Ministro Marco Aurélio. Data de julgamento: Julgamento: 23/02/2006 Data de Publicação: 01/09/2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>> Acesso em: 09 dez. 2020.

¹⁷⁰ Redação original do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90: “§ 1º. A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado”.

providencie a suspensão da eficácia do dispositivo declarado inconstitucional...")¹⁷¹.

Portanto, o juiz reclamado negou a concessão da progressão de regime baseando-se na doutrina brasileira clássica acerca do controle difuso de constitucionalidade e do papel do Senado Federal na espécie, segundo a qual, os efeitos da decisão são restritos às partes litigantes no processo em que fora declarada a inconstitucionalidade; e, portanto, para que haja ampliação dos efeitos, de modo que a declaração de inconstitucionalidade passe a ter eficácia geral, faz-se necessária a expedição de resolução senatorial suspensiva, nos termos do art. 52, X, da CF, após ser o Senado Federal comunicado pelo Supremo ou pelo Procurador-Geral da República e decidir, de forma discricionária, pela suspensão.

Outrossim, sustentou o magistrado que até o momento de sua decisão o Senado não havia exercido sua competência privativa de suspender o normativo declarado inconstitucional pelo STF, motivo pelo qual compreendia que o preceito legal questionado no HC supracitado permanecia vigente para os demais. Além disso, ressaltou que, mesmo se o Senado tivesse editado a resolução, esta teria efeitos futuros e não retroativos.

Nesse ponto, relevante observar que a argumentação do juiz *a quo* acerca do papel do Senado Federal no âmbito do controle difuso encontra substrato no posicionamento esposado pelo STF no MS n. 16.512/DF, julgado em 1966, sobre o qual já foram feitos comentários no presente trabalho.

Diante do indeferimento ao pedido de progressão, a Defensoria Pública ajuizou a reclamação constitucional ora comentada, por entender que a decisão do Juiz de Execuções Penais de Rio Branco/AC ofendia a autoridade da decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida no julgamento do HC 82.959, posto que contrária ao julgamento realizado pela Alta Corte.

Convém explicitar que a reclamação constitucional é cabível para a preservação da competência e garantia da autoridade das decisões do STF, nos termos do art. 102, I, 1, da

¹⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão da Reclamação 4335/AC**. Rel. Ministro Gilmar Mendes. Data de Julgamento: 20/03/2014. Data de Publicação: 22/10/2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>> Acesso em 10 de dez de 2020.

CF/88¹⁷², bem como para impugnar ato administrativo ou decisão judicial que contrarie súmula vinculante, consoante art. 103-A, § 3º, CF, incluído pela EC n. 45/2004¹⁷³.

A título informativo, cumpre consignar que, na inicial da reclamação, a Defensoria formulou pedido de decisão liminar, o qual fora apreciado e deferido pelo Ministro-Relator Gilmar Mendes, ainda no ano de 2006. Restou determinado, por meio da liminar, que a vedação legal à progressão de regime prisional seria afastada, no caso, até que houvesse decisão final do STF.

Em 01/02/2007, a Reclamação n. 4335/AC teve seu julgamento iniciado no Plenário do Supremo Corte, quando ainda era composta pelos Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski e pelas Ministras Ellen Gracie e Cármen Lúcia. Contudo, o julgamento só foi finalizado em 2014, quando a Corte era composta pelos Ministros Joaquim Barbosa, Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki. Ou seja, uma alteração de cinco nomes em sua composição.

Mencione-se que, durante o lapso temporal havido entre o início e término do julgamento da reclamação, precisamente no ano de 2009, o Supremo editou a Súmula Vinculante n. 26, pacificando a eficácia geral da declaração de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei de Crimes Hediondos, justamente o tema debatido na reclamação. Eis o teor da súmula em comento:

Súmula Vinculante n. 26 - Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico¹⁷⁴.

¹⁷² Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: [...] I) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões (Cf. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm > Acesso em: 10 dez. 2020)

¹⁷³ Art. 103-A, § 3º. Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso (Cf. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm > Acesso em: 10 dez. 2020)

¹⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula vinculante 26**. Disponível em: < www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1271 >. Acesso em: 10 dez de 2020.

Contudo, em que pese a superveniência da referida súmula, entenderem os ministros que seria relevante continuar o debate travado ao longo da RC n. 4335/AC, cujo cerne se tornou o questionamento acerca da imprescindibilidade ou não de atuação do Senado Federal para que as decisões definitivas do STF, no modelo difuso e incidental, que declarem a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos sejam dotadas de eficácia geral. Ou seja, se permanecia atual, vigente e literal a competência do SF prevista no art. 52, X, da CF. Isso porque, enfrentando as alegações apresentadas pelo reclamado – tanto na decisão confrontada, como nas informações encaminhadas ao Supremo –, o Ministro Relator, Gilmar Mendes, havia apresentado voto inovador, no qual propugnou pelo reconhecimento da ocorrência de mutação constitucional do referido diploma legal, que passaria a ser lido como mero dever de publicização da decisão – que a doutrina passou a nomear como teoria da abstrativização do controle difuso.

Por fim, constata-se que, sob a égide da Constituição de 1988, no que tange ao tema de controle de constitucionalidade, o julgamento da reclamação foi emblemático, pois foi nele que o Supremo voltou a ter oportunidade para debater a respeito dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso e, notoriamente, a função da Câmara Alta, acerca da qual a última discussão mais aprofundada havia sido em 1966, no MS 16.512. Destacando-se o voto proferido pelo relator que, como já dito, sustentou a tese de mutação constitucional do art. 52, X, da CF/88, a qual ocasionaria profunda alteração na atribuição do Senado no âmbito do controle *incidenter tantum* de constitucionalidade.

Nos próximos itens do trabalho, examinar-se-ão os votos proferidos pelos Ministros do STF na Reclamação n. 4335/AC, observando-se os argumentos favoráveis e os contrários à tese defendida pelo relator, a fim de visualizar as razões que levaram o Plenário a não aderir o posicionamento do Ministro Gilmar Mendes.

3.1.2. Voto do Ministro Relator Gilmar Mendes

Ao iniciar o voto, o Ministro Relator pontua a necessidade de analisar o cabimento da reclamação, uma vez que tanto o reclamado quanto a Procuradoria-Geral da República, no parecer emitido, reputaram-na como incabível. Portanto, para verificar se uma das hipóteses de cabimento estava configurada – no caso, se havia decisão do STF cuja autoridade deveria ser

garantida –, forçoso analisar qual a eficácia da decisão do Supremo proferida no HC 82.959. Abordando-se, necessariamente, o papel hodierno do Senado Federal no que tange à atribuição de eficácia geral às declarações de inconstitucionalidade proferidas em sede de controle difuso, isto é, se só há eficácia *erga omnes* das referidas decisões quando editada a resolução senatorial suspensiva ou se elas teriam eficácia geral de *per se*.

Conforme já abordado no presente trabalho, inclusive, utilizando-se como referência a obra doutrinária do Ministro Gilmar Mendes, o relator apresentou em seu voto as questões históricas para adoção da "engenhosa fórmula" da suspensão pelo Senado, cuja finalidade era conferir ampla eficácia às declarações de inconstitucionalidade do STF, uma vez que não havia no Brasil a doutrina do *stares decisis*, a qual confere, no âmbito do modelo de controle norte-americano, efeitos gerais e vinculantes às decisões da Suprema Corte norte-americana.

Ademais, destaca as discussões travadas entorno do alcance, natureza e efeitos da resolução suspensiva a ser editada pela Senado Federal, pois desde sua criação o instituto gerou inúmeras controvérsias. Assim, embasando sua tese de mutação, no que se refere aos efeitos da resolução, o ministro Gilmar Mendes salienta que Lúcio Bittencourt, ainda nos anos 1960, já asseverava que a finalidade do dispositivo constitucional era tão-somente de tornar pública a decisão.

Assevera o ministro relator que, sob a égide das Cartas de 1946 e 1967/1969, a possibilidade de suspensão pelo Senado “constituía ato político que retira a lei do ordenamento jurídico, de forma definitiva e com efeitos retroativos”¹⁷⁵. Ressaltando que este entendimento foi esposado pelo STF, quando do julgamento do MS 16.512, onde restou consignado que era a resolução do Senado que atribuía eficácia genérica, dando alcance normativo à decisão definitiva que declarou a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

Todavia, para o ministro Gilmar Mendes, a doutrina clássica acerca do papel do Senado (art. 52, X, CF/88) não deve mais subsistir no ordenamento jurídico brasileiro, pois, em que pese apropriada no passado, quando da adoção do instituto em 1934 e nos textos magnos

¹⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão da Reclamação 4335/AC**. Rel. Ministro Gilmar Mendes. Data de Julgamento: 20/03/2014. Data de Publicação: 22/10/2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>> Acesso em 10 de dez de 2020, p. 22.

subsequentes, atualmente, em virtude das alterações e novidades trazidas pela Constituição de 1988, precipuamente em relação ao sistema de controle de constitucionalidade, bem como em virtude das evoluções legislativas e jurisprudências supervenientes, não mais deve ser encarado como mecanismo para conferir efeitos amplos às decisões do Supremo, mas sim – e simplesmente – de publicização das decisões.

Dentre as transformações ocorridas, o ministro destaca, primeiramente, a expansão do modelo abstrato de controle de constitucionalidade, decorrente da ampliação da legitimidade ativa para propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da previsão da Ação Direta de Constitucionalidade e, posteriormente, da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental; conjunto que resultou na predominância do controle abstrato e concentrado em face do controle difuso. Outrossim, sobrepõe a possibilidade de suspensão liminar, em sede de ADI, da eficácia de lei e de emenda à constituição. Assim, para o Min. Mendes, diante dessas inovações no regime da CF/88, a justificativa para permanência da suspensão pelo Senado é unicamente histórica.

Buscando reforçar o anacronismo e as limitações do papel do Senado para conceder eficácia geral às decisões do Supremo, o ministro assinala para a inadequação da referida função senatorial quando não há declaração de inconstitucionalidade, mas há relevante decisão acerca da constitucionalidade de leis e atos normativos, como, por exemplo, nos casos em que há fixação de orientação constitucionalmente adequada, nos casos de adoção de interpretação conforme à Constituição, onde restringe-se o significado de certa expressão literal ou preenche-se uma lacuna do normativo apreciado, ou ainda nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, onde não há qualquer alteração na expressão literal, somente é evidenciado que um significado normativo, dentre os possíveis, é inconstitucional.

Assim, as hipóteses acima elencadas revelam que a evolução da hermenêutica constitucional brasileira passou a impossibilitar ou obstaculizar a intervenção do Senado Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade, mormente em sua clássica configuração, pois são hipóteses em que não há como haver atuação do Senado, posto que, como dito, não há declaração de inconstitucionalidade.

Como segunda mudança relevante, o Min. Gilmar Mendes indica o ingresso no ordenamento de legislações processuais que valorizam a jurisprudência do Supremo Tribunal, promovendo maior reverberação das decisões da Alta Corte nos tribunais inferiores, ampliando-se os efeitos das pronúncias de inconstitucionalidade. Em especial, destaca da Lei n. 8.038/90, que estabeleceu as normas procedimentais relativas aos recursos extraordinários e especiais, prevendo que o relator poderia negar seguimento aos recursos que contrariassem súmula do STF ou do STJ, e o § 1º-A, art. 557, acrescentado ao CPC/73 pela Lei n. 9.756/98, que possibilitou ao relator prover o recurso quando a decisão recorrida for contrária à súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal e/ou dos tribunais de superposição.

O relator realiza uma exposição de julgados demonstrando a consolidação da jurisprudência no sentido de mitigação da cláusula de reserva de plenário (art. 97, CFRB/88), ante a repercussão das declarações de inconstitucionalidade proferidas pela Corte. Como já abordado no presente trabalho, tornou-se dispensável a remessa para apreciação do Plenário ou órgão especial do tribunal os casos em haja decisão definitiva da STF acerca da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, ainda que tenha sido proferida no controle difuso.

Segundo o ministro, ante as previsões de prescindibilidade da regra *full bench*, o próprio legislador ordinário passou a prestigiar as decisões do STF, conferindo maior autoridade a essas, razão pela qual, mais uma vez, não haveria motivo para manutenção do papel clássico do Senado Federal para suspender a executoriedade de lei ou ato eivado de inconstitucionalidade.

Dessa forma, entende que as hipóteses de dispensabilidade da reserva de plenário antecipam os efeitos vinculantes e gerais da decisão de inconstitucionalidade do Supremo, o que leva o Min. Gilmar Mendes a afirmar que

Esse entendimento marca uma evolução no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, que passa a equiparar, praticamente, os efeitos das decisões proferidas nos processos de controle abstrato e concreto. A decisão do Supremo Tribunal Federal, tal como colocada, antecipa o efeito vinculante de seus julgados em matéria de controle de constitucionalidade incidental, permitindo que o órgão fracionário se desvincule do dever de observância da decisão do Pleno ou do Órgão Especial do Tribunal a que se encontra vinculado. Decide-se autonomamente com fundamento na declaração de inconstitucionalidade (ou de constitucionalidade) do Supremo Tribunal Federal proferida *incidenter tantum*¹⁷⁶.

¹⁷⁶ Ibid., p. 32.

Ao prosseguir com a fundamentação acerca da necessidade de superação da clássica visão do art. 52, X, da CF/88, Gilmar Mendes aponta para a impossibilidade de se conferir apenas eficácia *inter partes* no controle de constitucionalidade realizado em sede de ações coletivas; ressaltando que o art. 16 da Lei n. 7.347/85¹⁷⁷ prevê a eficácia *erga omnes* às sentenças proferidas nas ações civis públicas. Assim, nesses casos a função do Senado só pode ser lida como dever de publicização, sendo inútil sua costumeira atribuição de conferir efeitos gerais, com a suspensão da executoriedade do normativo inconstitucional.

Outro ponto realçado pelo relator é a posição jurisprudencial adotada pelo Supremo nos casos de declaração de inconstitucionalidade de leis municipais. O STF tem estendido os efeitos da decisão do caso de um determinado município, decidido pelo Plenário, aos casos de outros municípios com situação idêntica. Assim, há concessão de efeitos vinculantes aos fundamentos determinantes da decisão e não só para a parte dispositiva, sem que haja qualquer atuação do Senado Federal.

Além das razões acima explanadas, o Ministro Relator menciona a instituição das Súmulas Vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro, cuja previsão foi acrescentada pela EC n. 45/2004 (art. 103-A, CF/88). Entende que o papel do Senado é enfraquecido pela edição de súmulas vinculantes que contemplem a inconstitucionalidade de determinada norma, pois a própria súmula confere efeitos amplos e gerais à orientação firmada pelo STF, portanto, desnecessária e incabível a continuidade de atuação do Senado.

Por fim, para corroborar sua tese, o Min. Mendes tece comentário acerca da técnica de modulação de efeitos temporais nas decisões de declaração de inconstitucionalidade adota pela Corte, caso em que a própria promove uma definição dos efeitos de suas decisões.

Na percepção do relator, não há mais como subsistir as distinções existentes quanto aos efeitos das decisões proferidas no controle concentrado e no controle difuso, pois a natureza das duas formas de controle é idêntica quanto à finalidade e quanto aos procedimentos comuns,

¹⁷⁷ “Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova” (Cf. BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 24 de julho de 1985. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm> Acesso em: 15 dez. 2020).

o que deslegitima a continuidade de diferenciação nos efeitos. E é partir dessa compreensão que, segundo Gilmar Mendes, a jurisprudência do Supremo e o legislador ordinário passaram a reconhecer o “efeito transcendente” das decisões definitivas do STF no controle difuso; ocasionando, portanto, o enfraquecimento e a arcaicidade da competência senatorial.

Para Gilmar Mendes, diante das inovações e reformulações, mormente a preponderância do modelo abstrato de controle – que generalizou as decisões com eficácia geral –, há nova compreensão da Carta de 1988, a qual não se coaduna como o entendimento clássico acerca do papel do Senado Federal no referido modelo controle. Dessa forma, defende o Ministro Relator que houve uma verdadeira mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição de 88, devendo este dispositivo passar a ser interpretado como preconizava a lição do eminente jurista Lúcio Bittencourt, isto é, deve prevalecer a compreensão de que a função do Senado, no âmbito do controle difuso, é dar publicidade à decisão definitiva do STF que declare a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, ou seja, não é mais o Senado que atribui eficácia *erga omnes*, pois a decisão já seria dotada deste efeito quando proferida. Assim, assevera o ministro relator que

parece legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Desta forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa *força normativa*. Parece evidente ser essa a orientação implícita nas diversas decisões judiciais e legislativas acima referidas. Assim, o Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, uma vez que não se cuida de uma decisão substantiva, mas de simples dever de publicação¹⁷⁸.

Ante o exposto, o Min. Gilmar Mendes votou pela procedência da reclamação ajuizada, por entender que o juízo reclamado não observou a decisão do Supremo Tribunal Federal proferida no HC n. 82.959/SP, aplicando dispositivo declaradamente inconstitucional, qual seja, art. 2º, §1º da Lei n. 8.072/1990. Para Mendes, conforme sua tese de mutação constitucional da norma relativa à atuação do Senado, a referida decisão já teria eficácia *erga omnes* e vinculante, a despeito de edição de resolução suspensiva de excoutoriedade pelo Senado.

¹⁷⁸ Ibid., p. 55.

3.1.3 Voto do Ministro Eros Grau

O segundo a apresentar voto na Reclamação 4335/Ac foi o Ministro Eros Grau, votando pelo conhecimento e procedência a reclamação, uma vez que entendeu que assistia razão ao Relator. Ou seja, para o Min. Eros Grau havia ocorrido a mutação constitucional do art. 52, X, da CRFB/88.

Para chegar ao seu posicionamento final e acompanhar o voto de Gilmar Mendes, o Ministro Eros expõe a necessidade de avaliar se a mutação propugnada estava nos limites da moldura do texto ou se havia o ministro-relator excedido as balizas da elasticidade interpretativa concedida aos intérpretes, subvertendo o texto normativo objeto de interpretação, ao ultrapassar os limites possíveis para o fenômeno das mutações constitucionais.

Inicialmente, buscou explicitar a distinção entre a dimensão legislativa e a dimensão normativa do direito, essa sendo a produção da norma pelo intérprete e aquela a criação do texto, de modo que o direito é, segundo o ministro, um processo dinâmico. A norma é produzida no processo de interpretação, não sendo superposta ao texto. Assim, afirma o Ministro que “a norma encontra-se em estado de potência involucrada no texto; o intérprete a desnuda” e é assim que o “intérprete ‘produz a norma’”¹⁷⁹.

Contudo, destaca o ministro, não pode a interpretação ser realizada livremente, ela precisa ser realizada com atenção ao que ele chama de tradição do texto, de modo que a norma seja correta. A norma extraída será correta quando estiver dentro da moldura do texto, quando é processada racionalmente e atender aos valores dominantes, assim não incorrerá em subversão do texto.

O Min. Eros Grau afirma que o voto do Min. Relator Gilmar Mendes não se limitou a realizar a interpretação do texto normativo em debate, mas sim sugeriu uma substituição do texto por outro. Ressalta que, no fenômeno de mutação constitucional, não há simples interpretação, bem como não há qualquer reforma, que são os mecanismos mais comumente utilizados para superação das incompatibilidades entre as normas constitucionais e a realidade social (entre a Constituição formal e a material, conforme a doutrina de Ferdinand Lassalle).

¹⁷⁹ Ibid., p. 70.

Assim, na mutação o enunciado normativo é novo e não só a norma.

Leciona o eminente jurista:

A mutação constitucional é transformação de sentido do enunciado da Constituição sem que o próprio texto seja alterado em sua redação, vale dizer, na sua dimensão constitucional textual. Quando ela se dá, o intérprete extrai do texto norma diversa daquelas que nele se encontravam 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 primeiro¹⁸⁰.

Por isso, a norma oriunda do processo de mutação precisa manter-se adequada ao todo, à tradição do contexto (equivalente à coerência do contexto), isto é, o novo texto e nova norma não podem se contrapor às demais da Constituição. Precisam ser adequados ao espaço semântico constitucional, amoldando-se a ele.

Asseverando a obsolescência do texto do art. 52, X, da Constituição de 88, o qual prevê a competência privativa do Senado para suspender a excoioriedade de lei declarada inconstitucional, entende o Ministro Eros Grau que a formulação do novo texto, ante a mutação ocorrida, é absolutamente congruente ao espaço semântico da Constituição. Isso porque a mutação proposta não ofende princípios constitucionais, mas, sim, adequa o direito à realidade social. Assim, a competência do Senado passa a ser de conferir publicidade à decisão definitiva e não mais a suspensão da excoioriedade, pois própria decisão do STF possui força normativa para realizar a suspensão.

Com fulcro na fundamentação acima explanada, o Ministro Eros Grau julgou procedente a Reclamação n. 4335/AC, acompanhando a tese do Ministro Relator Gilmar Mendes, reconhecendo a mutação constitucional da norma referente ao papel do Senado Federal.

3.1.4 Votos contrários à tese de mutação

Na sequência, votou o Min. Sepúlveda Pertence – para quem a mutação proposta poderia ter “cheiro de golpe de Estado”. Para Pertence, a mutação proposta reduziria o papel do Senado

¹⁸⁰ Ibid., p. 72.

a nada, o que, considerando a história constitucional do instituto, previsto em todas as cartas desde 1934, com exceção da 1937, seria ultrapassar o que é permitido.

Assim, apesar de reconhecer que o mecanismo é obsoleto, entende que não há necessidade de enfrentamento, pois com a instituição das Súmulas Vinculantes, pela Emenda Constitucional n. 45/2004, o Supremo Tribunal Federal passou a ser dotado de poder que dispensa a atuação senatorial, ressaltando o fato de que as súmulas vinculantes vinculam todos os órgãos do Judiciário, salvo o próprio STF, e os órgãos da Administração Públicas em todas as esferas.

Ante o exposto, o Min. Pertence votou pela improcedência da reclamação, porém, com concessão de *habeas corpus* de ofício, para determinar que o juízo reclamado analisasse os demais requisitos para progressão.

O Ministro Joaquim Barbosa, a seu turno, declarou divergir frontalmente da posição do ministro relator quanto à mutação do art. 52, X, da CF/88, pois para ele, assim como para o min. Sepúlveda, a adoção de súmula vinculante concedeu ao STF o poder de conferir eficácia geral aos seus julgados. Dessa forma, discorre o ministro:

Reforça minha convicção a circunstância, revelada pelo próprio relator, de que o STF não depende mais do Senado para atribuir efeito erga omnes às declarações de inconstitucionalidade no controle difuso. Isso justamente porque, se o STF entender, com base na gravidade da questão constitucional, que a decisão deverá ter aplicação geral, deverá editar súmula vinculante a respeito¹⁸¹.

Salienta que o referido dispositivo não é um cerceamento ao STF, mas sim uma autorização conferida ao Senado, portanto, um complemento e não obstáculo à eficácia das declarações de inconstitucionalidade promovidas pelo Supremo¹⁸². Para ele, o problema do caso não é ausência de manifestação do Senado, mas sim o posicionamento do juiz reclamado que julga contrariamente à jurisprudência da Suprema Corte. Assim, entende como solução suficiente o não conhecimento da reclamação, conhecendo o pedido como *habeas corpus*, para confirmar a liminar concedida.

Em maio de 2013, o julgamento foi retomado, com a apresentação do voto-vista do Ministro Ricardo Levandowski. Também em posição contrária ao Min. Relator Gilmar Mendes,

¹⁸¹ Ibid., p. 99

¹⁸² Ibid., p. 100.

entende o Ministro Lewandosvick que o instituto não é “mera reminiscência histórica” e que o Senado Federal não tem deixado de cumprir a competência da qual foi incumbido. Portanto, posiciona-se de maneira divergente acerca da tese de mutação, que para ele

levaria a um significativo aviltamento da tradicional competência daquela Casa Legislativa no tocante ao controle de constitucionalidade, reduzindo o seu papel a mero órgão de divulgação das decisões do Supremo Tribunal Federal nesse campo. Com efeito, a prevalecer tal entendimento, a Câmara Alta sofreria verdadeira *capitis diminutio* no tocante a uma competência que os constituintes de 1988 lhe outorgaram de forma expressa¹⁸³.

No mais, entende que a mutação proposta é violadora do princípio da separação de poderes, pois ocorreria a supressão de uma competência constitucionalmente prevista, concentrando-se funções em um dos Poderes, no caso, o Judiciário. Para o Ministro Lewandowski, a acolhida da tese de mutação fere a lógica do sistema de freios e contrapesos, o qual é garantidor da liberdade política dos cidadãos, já que é esse sistema que balanceia a interação entre os Poderes.

Assevera que a mutação constitucional proposta extrapola os limites formais e materiais fixados pela própria Constituição, pontuando que a separação dos poderes (art. 60, § 4º, III) é uma cláusula pétrea. Ademais, o Min. Lewandowski assinala que a interpretação e o fenômeno da mutação constitucional possuem diversos limites e que estes são, inclusive, rígidos, sendo o principal limite a literalidade da norma, sua estrutura semântica.

Destaca que, em que pese as inúmeras críticas que se possa fazer ao papel do Senado, a literalidade do art. 52, X, da CF/88, artigo que afirma competir privativamente ao Senado a função de suspender a execução da norma declarada inconstitucional pelo STF no controle difuso, é intransponível. Além da literalidade, observa que a referida norma não possui natureza principiológica, portando, desprovida de auto aplicabilidade, mas sim que se trata de uma norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata, o que restringe – ainda mais – a atuação do intérprete.

Reconhece todas as inovações desde a Constituição de 88 no âmbito do controle de constitucionalidade, todavia, pondera que o fortalecimento da Suprema Corte brasileira “não se

¹⁸³ Ibid., p. 120.

deu em detrimento das competências dos demais poderes, em especial daquela conferida ao Senado Federal no art. 52, inc. X, da Carta em vigor”¹⁸⁴.

Salienta que, desde a instituição das súmulas vinculante, pode o próprio STF dar maior alcance às suas decisões. Recordando a publicação, em 23/12/2009, da Súmula Vinculante n. 26, pela qual foi conferido efeito vinculante e eficácia erga omnes ao decido no HC 82.959/SP, sem que houvesse alteração no entendimento acerca da função da Câmara Alta.

Aponta, ademais, que a utilização da técnica de modulação de efeitos temporais pelo próprio STF também é apta a ampliar os efeitos das decisões do Supremo proferidas na modalidade difusa de controle. Assim, não há ofensas à competência política do Senado na espécie. Com fulcro nos entendimentos explanados, o Min. Lewandowski votou pelo não conhecimento da reclamação, concedendo o habeas corpus de ofício.

O Ministro Marco Aurélio também sustentou posição contrária à tese de mutação do Relator, pois em seu entendimento conferir eficácia erga omnes no controle difuso seria misturar indevidamente os dois modelos de controle existentes. Ademais, assevera que o direito posto é o que está no art. 52, X, CF/88, não sendo viável estabelecer outro, pois o Supremo não é legislador positivo. Dessa forma, opinou pelo não conhecimento e pela concessão de habeas corpus.

3.1.5 Votos divergentes: A teoria da força expansiva dos precedentes do Min. Teori Zavascki

O Ministro Teori Zavascki apresentou seu voto-vista em março de 2014. Nele, asseverou que a principal questão do caso orbitou a leitura que o art. 52, X da Constituição deve ter atualmente em seu sentido e seu alcance. O Min. Zavascki não adotou a tese de mutação, apresentada pelo Min. Relator e acompanhada pelo Min. Eros Grau, contudo, também não acompanhou o voto dos ministros que o precederem. De pronto, afirmou entender que a mutação propugnada não é um fator determinante para o não-conhecimento ou improcedência da reclamação, pois

¹⁸⁴ Ibid., p. 122.

ainda que se reconheça que a resolução do Senado permanece tendo, como teve desde a sua origem, a aptidão para conferir eficácia erga omnes às decisões do STF que, em controle difuso, declaram a inconstitucionalidade de preceitos normativos – tese adotada, com razão, pelos votos divergentes –, isso não significa que tal aptidão expansiva das decisões só ocorra quando e se houver a intervenção do Senado – e, nesse aspecto, têm razão o voto do relator. Por outro lado, ainda que outras decisões do Supremo, além das indicadas no art. 52, X da Carta Constitucional, tenham força expansiva, isso não significa, por si só, que seu cumprimento possa ser exigido diretamente do Tribunal, por via de reclamação¹⁸⁵.

Tal como abordado ao longo do trabalho e em votos anteriores, procurou o Ministro Teori Zavascki abordar a história do papel do Senado em sede de controle de constitucionalidade, ressaltando que esse foi adotado em virtude da ausência da doutrina do *stares decisis*, que confere força vinculante aos precedentes judiciais no sistema da *common law*. Buscou destacar que o direito brasileiro vem se aproximando desse sistema de valorização dos precedentes judiciais, principalmente dos oriundos dos tribunais superiores, e da sistemática do *stares decisis*.

Dessa forma, aos precedentes do STF têm-se conferido – progressiva e intensamente – maior força persuasiva e expansiva para a resolução de novos casos idênticos ou análogos. Segundo o Min. Zavascki, foi com as reformas ocorridas a partir de 1994 no Código de Processo Civil que a força expansiva dos precedentes se ampliou sobremaneira. Nesse ponto, o ministro então destaca diversas alterações já abordadas no presente trabalho, tais como o instituto da repercussão geral nos extraordinários, o incidente de resolução das demandas repetitivas, a possibilidade de o relator monocraticamente prover ou negar seguimento a recursos quando a decisão guerreada estiver compatível ou não, respectivamente, às súmulas ou à jurisprudência dominante do respectivo tribunal ou dos tribunais superiores.

Assevera o Min. Teori que as alterações culminaram em um sistema que “não apenas confere especial força expansiva aos precedentes do STF e do STJ, mas também institui fórmulas procedimentais para tornar concreta e objetiva a sua aplicação aos casos pendentes de julgamento”¹⁸⁶.

Passa, então, a destacar a importância das decisões que, naturalmente, possuem a chamada eficácia *ultra partes*, como no caso dos processos coletivos (ação civil pública, ações

¹⁸⁵ Ibid., p. 150.

¹⁸⁶ Ibid., p. 153.

coletivas e no mandado de segurança coletivo), onde há substituição processual, bem como no âmbito dos mandados de injunção, onde as decisões - em virtude do perfil normativo-concretizado, elucida o Ministro – suprem provisoriamente a omissão do legislador, tornando inadmissível a produção de efeito apenas *inter partes*, pois a natureza injuntiva faz com que as decisões sejam expansivas, tanto material como subjetivamente.

O ministro aponta como as principais finalidades dos Cortes Superiores a uniformização da jurisprudência e a tangibilidade e integração do sistema, do que decorre logicamente a força expansiva *ultra partes* dos precedentes¹⁸⁷. Por isso, o direito brasileiro busca paulatinamente dotar os precedentes desses tribunais de força *ultra partes*, especialmente o STF, a quem incumbe a guarda do Texto Maior. Isso ocorre porque o Brasil não adotou a sistemática do *stare decisis*, assim, as decisões havidas no controle de constitucionalidade possuem, normalmente, apenas eficácia entre os litigantes.

Assim, conforme anteriormente explanado, para garantir maior isonomia e segurança jurídica, a partir de 1934, o constituinte brasileiro passou a prever que o Senado Federal, após comunicado e discricionariamente, editasse resolução suspensiva da executoriedade da norma declarada inconstitucional, superando-se a eficácia *inter partes* das referidas decisões. Diante disso, o Min. Zavascki afirma que a resolução possui natureza normativa, universalizando o reconhecimento estatal da inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo, afirma o ministro:

Esse, portanto, o sentido e o alcance que foram atribuídos, desde a Constituição de 1934, a essa peculiar intervenção do Senado: sua finalidade, de cunho eminentemente prático, sempre foi a de ampliar a força vinculativa das decisões de declaração de inconstitucionalidade tomadas pelo STF em controle difuso, conferindo-lhes, assim, eficácia erga omnes semelhante à do instituto do *stare decisis*¹⁸⁸.

Ante o panorama exposto, assevera Teori Zavascki que a competência senatorial do art. 52, X, da CF/88 é apenas uma das formas para ampliação da eficácia das decisões de inconstitucionalidade do Supremo, não mais a única, como foi sob a égide de antigas constituições. Assim, no âmbito do controle de constitucionalidade, o Ministro Zavascki destaca decisões que, naturalmente e sem depender de atuação do Senado, possuem eficácia erga omnes e vinculativa, como as proferidas nas ADI, ADC E ADPF, que são ações de natureza

¹⁸⁷ Ibid. p. 155.

¹⁸⁸ Ibid., p. 159.

dúplice – isto é, podem afirmar ou negar a constitucionalidade, independentemente da procedência ou não do pedido.

Ademais, ressalta que a Emenda Constitucional n. 45/2004 trouxe duas grandes modificações que alargaram a força expansiva das decisões do Supremo em sede de controle difuso, quais sejam: a previsão das súmulas vinculantes, que vinculam todo o Judiciário e toda a Administração Pública, e instituição da repercussão geral para admissão dos recursos extraordinários, especificamente, a exigência, para sua configuração, de que seja ultrapassado o interesse subjetivo da causa, evidenciando a formação de um precedente. Pontua o ministro:

É inegável, por conseguinte, que, atualmente, a força expansiva das decisões do Supremo Tribunal Federal, mesmo quando tomadas em casos concretos, não decorre apenas e tão somente de resolução do Senado, nas hipóteses de que trata o art. 52, X da Constituição. É fenômeno que está se universalizando, por força de todo um conjunto normativo constitucional e infraconstitucional, direcionado a conferir racionalidade e efetividade às decisões dos tribunais superiores e, como não poderia deixar de ser, especialmente os da Corte Suprema¹⁸⁹.

Por fim, afirma que a Corte, ao utilizar-se da técnica de modulação de efeitos, realizando restrições e limitações temporais ao julgado, reconhece e atribui força expansiva e universalizante a essas decisões, ainda que implicitamente. Considera que a decisão proferida no julgamento do HC 82.959/SP foi dotada de eficácia *ultra partes*, pois o Supremo, ao declarar a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, estabeleceu limitações temporais para o alcance, definindo que não geraria consequências jurídicas para as penas já extintas.

Ato contínuo, questiona o ministro se o descumprimento de qualquer decisão que possua força expansiva permite o imediato ajuizamento de reclamação constitucional. Questionamento ao qual responde negativamente, pois, devido ao grande número de decisões com força expansiva, entende que deve ser mantida uma interpretação restritiva quanto ao cabimento de reclamação, para evitar que o STF vire uma Corte executiva. Assevera que, por certo, qualquer descumprimento de decisão com força expansiva gerará ofensas à autoridade das decisões da Suprema Corte, contudo, o grau irá variar a depender do reclamante. Dessa forma, defende que somente faz jus aquele que tenha sido parte no processo no qual foi proferida a decisão está sob ofensa. Esclarecendo que “não se pode estabelecer sinonímia entre força expansiva e eficácia

¹⁸⁹ Ibid., p. 163.

vinculante *erga omnes* a ponto de criar uma necessária relação de mútua dependência entre decisão com força expansiva e cabimento de reclamação”¹⁹⁰.

Ante o exposto, considerou que a Reclamação 4335/AC ora em comento seria incabível quando de seu ajuizamento. Todavia, em razão da superveniência da Súmula Vinculante n. 26, votou pelo conhecimento e procedência da reclamação.

Observa-se, portanto, que o Ministro Teori Zavascki não debateu a proposta de mutação constitucional do art. 52, X, da CF/88, apesar de tangenciar toda a fundamentação, principalmente evolutiva do ordenamento jurídico no que concerne ao exercício de controle de constitucionalidade, utilizada pelo Min. Relator Gilmar Mendes, sustentando em sua argumentação a tese acerca da força expansiva de determinadas decisões do Supremo Tribunal Federal.

Na sequência, votou o Ministro Luís Roberto Barroso. Este afirmou que os dois modelos de sistemas jurídicos estão se aproximando cada vez mais, aumentando-se a legislação escrita na *commow law* e ampliando-se o papel dos precedentes na *civil law*. Entende que seria inevitável a adoção e ampliação do sistema de precedentes no Brasil, mesmo porque, segundo Barroso, os precedentes atendem a importantes três finalidades constitucionais: segurança jurídica, isonomia e eficiência.

Para o Ministro, aquilo que o Ministro Teori denominou como força expansiva, ele costumava denominar e defender há muito tempo como cultura de respeito aos precedentes. Ademais, para o Ministro Barroso, ele, o Min. Teori e o Min. Gilmar adotam uma posição relativamente consensual quanto à necessidade de valorização e expansão dos precedentes judiciais. Inclusive, defende o Ministro Barrosos que os precedentes deveriam vincular também de maneira horizontal, para que o tribunal preserve sua própria jurisprudência, na medida do possível. Além disso, defende que os precedentes da Corte devam ser tratados com mais importância, sustentando a necessidade de maior clareza na tese jurídica esposada nas decisões proferidas.

¹⁹⁰ Ibid., p. 168.

O Ministro Barroso declara concordar com o Min. Gilmar Mendes acerca da objetivização dos processos subjetivos em decorrência da modulação de efeitos, bem como com a tese de que as decisões do Supremo em matéria constitucional deveriam ser obrigatoriamente observadas, isto é, defende o Min. Barroso que as decisões por maioria absoluta do Supremo tenham força de precedente, sendo respeitadas de maneira geral.

Nessa esteira de entendimento, demonstra gostar da tese mutação constitucional proposta pelo Min. Relator, porquanto não considera adequado o juízo político exercido pelo Senado, após a decisão do Supremo. Contudo, o Min. Barroso se afasta da tese de mutação, pois observa como limite ao fenômeno de mutação a textualidade/literalidade dos dispositivos, o que está presente no caso do art. 52, X, da CF/88, inviabilizando a ocorrência do fenômeno da mutação. Dessa forma, por não reconhecer a mutação e entendendo que o proposto pelo Ministro Teori pode unificar os posicionamentos, o Ministro Barroso aderiu ao voto desse ministro.

A ministra Rosa Weber, em seu voto, sustentou que a literalidade do texto não permite a conclusão de ocorrência de mutação constitucional, pois o proposto não seria uma mudança, o proposto seria “uma modificação do próprio enunciado normativo, e entendo que há amarra constitucional”¹⁹¹. Diante disso, acompanhou o voto do Ministro Teori Zavascki, por entender que é o que melhor se adequou ao caso.

Por último, votou o Ministro Celso de Mello, que também acompanhou o voto do Ministro Zavascki, pois, em sua concepção, o voto permitirá ao Supremo dar

um passo significativo no processo de construção jurisprudencial em tema de reclamação, possibilitando, com a abordagem ora sugerida, o efetivo respeito ao “imperium” que qualifica as decisões deste Tribunal em sede de controle de constitucionalidade¹⁹².

3.1.6. Decisão do Supremo Tribunal Federal na Reclamação 4335/AC

A Reclamação n. 4335/AC foi julgada procedente, por maioria, com os votos dos Ministros Gilmar Mendes, Eros Grau, Teori Zavascki, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber e Celso de Mello. Restaram vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa, Ricardo

¹⁹¹ Ibid., p. 188.

¹⁹² Ibid., p. 193.

Lewandowski e Marco Aurélio, que não conheciam da reclamação, mas concediam *habeas corpus* de ofício.

O acórdão da referida reclamação constitucional foi assim ementado:

Reclamação. 2. Progressão de regime. Crimes hediondos. 3. Decisão reclamada aplicou o art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, declarado inconstitucional pelo Plenário do STF no HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1.9.2006. 4. Superveniência da Súmula Vinculante n. 26. 5. Efeito ultra partes da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso. Caráter expansivo da decisão. 6. Reclamação julgada procedente¹⁹³.

Como visto, os Ministros Gilmar Mendes e o Ministro Eros Grau defenderam a tese de mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição de 88, que, com a nova leitura, passaria a atribuir ao Senado a competência de publicar a decisão definitiva do STF, no controle difuso, que declare a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, não caberia mais ao Senado realizar a suspensão da executoriedade, pois a decisão já seria dotada de eficácia *erga omnes* e vinculativa por si mesma. Contudo, a tese que restou vitoriosa foi a do Ministro Teori, que sustenta a força expansiva ou força de precedente das decisões, com efeitos para além das partes litigantes do processo, mesmo sem a atuação do Senado Federal.

Constata-se que, em que pese a tese de abstrativização do controle difuso, isto é, a equiparação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade proferida em controle difuso aos efeitos do controle abstrato (daí o termo abstrativização), não tenha prosperado no julgado em comento, posto que defendida apenas por dois ministros, a tese vencedora vai ao encontro do processo de abstrativização.

O julgamento em apreço demonstrava que a matéria poderia vir a ser discutida novamente e ter novo desfecho, tanto pela alteração na composição da Suprema Corte, tendo em vista que os Ministros Dias Toffoli e Luiz Fux, presentes na sessão final do julgado, em 2014, não puderam votar, tendo em vista que seus antecessores, os Ministros Sepúlveda Pertence e Eros Grau, já haviam votado; como, e principalmente, pelo contínuo esvaziamento da função do Senado Federal, que poderia ensejar o entendimento de outros ministros quanto à ocorrência de mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição de 88.

¹⁹³ Ibid., p. 1.

A nova oportunidade para apreciação do tema surgiu no julgamento das ADI's 3406/RJ E 3470/RJ, que serão objeto de apreciação mais adiante no presente trabalho.

3.2. O fenômeno da mutação constitucional e o art. 52, X, da CRFB/88

Vistos os votos proferidos e o resultado do julgamento da Reclamação 4335/AC, impende, então, tecer comentários acerca do fenômeno da mutação constitucional, conceituando-o e esclarecendo os limites para que ocorra, a fim de avaliar a proposta de mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal apresentada pela Ministro Gilmar Mendes e apoiada pelo Ministro Eros Grau, entretanto, rechaçada pelos demais ministros que compunham a corte no julgamento da referida reclamação.

O Direito não é imutável e as Constituições também não são. A realidade dos fatos e as normas jurídicas estão em constante processo de influência, ora sobressaindo um e ora outro, havendo um condicionamento recíproco entre os dois. Assim, o processo de reforma constitucional é um instrumento que permite a adequação da Constituição às novas realidades sociais, possibilitando sua constante atualização e sua permanência, sem, no entanto, representar uma ruptura dos valores e princípios nela insculpidos. Dessa forma, boa parte das Constituições preveem mecanismos para realização de reforma em suas normas, mas a maneira estabelecida nas cartas não é o único caminho. Quanto às modalidades de alteração, Luís Roberto Barroso leciona que

a modificação da Constituição pode dar-se por via formal e por via informal. A via formal se manifesta por meio da *reforma constitucional*, procedimento previsto na própria Carta disciplinando o modo pelo qual se deve dar sua alteração. Tal procedimento, como regra geral, será mais complexo que o da edição da legislação ordinária. De tal circunstância resulta a *rigidez constitucional*. Já a alteração por via informal se dá pela denominada *mutação constitucional*, mecanismo que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere, no entanto, qualquer modificação do seu texto. A mutação está associada à *plasticidade* de que são dotadas inúmeras normas constitucionais¹⁹⁴.

Para Barroso, a legitimidade da mutação constitucional está na ponderação entre a rigidez da Constituição e a plasticidade das normas constitucionais, pois a primeira garante a segurança jurídica e ordem constitucional e a segunda é o que permite a adaptação as demandas sociais

¹⁹⁴ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., n.p.

supervenientes à elaboração, sem que seja necessário recorrer sempre aos processos formais de alteração, posto que estes são difíceis e demorados¹⁹⁵.

A mutação constitucional também é denominada como interpretação constitucional evolutiva, divergindo, portanto, dos procedimentos formais de emenda e revisão. Segundo a definição de Dirley da Cunha:

a mutação constitucional é um processo informal de alteração de sentidos, significados e alcance dos enunciados normativos contidos no texto constitucional através de uma interpretação constitucional que se destina a adaptar, atualizar e manter a Constituição em contínua interação com a sua realidade social. Com a mutação constitucional não se muda o texto, mas lhe altera o sentido à luz e por necessidade do contexto. É um fenômeno que vem se revelando necessário para a respiração das Constituições, cujos enunciados muitas vezes ficam asfixiados à espera de revisões formais que nunca vêm ou que, vindo, não atendem adequadamente as demandas do texto e dos fatos¹⁹⁶.

Conceituando o fenômeno, o Min. Barroso assim discorre:

é possível dizer que a mutação constitucional consiste em uma alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, além disso, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto. Esse novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo. Para que seja legítima, a mutação precisa ter lastro democrático, isto é, deve corresponder a uma demanda social efetiva por parte da coletividade, estando respaldada, portanto, pela soberania popular¹⁹⁷.

No mesmo sentido, a definição dos professores Paulo Vicente e Marcelo Alexandrino:

As denominadas mutações constitucionais (ou transições constitucionais) descrevem o fenômeno que se verifica em todas as Constituições escritas, mormente nas rígidas, em decorrência do qual ocorrem contínuas, silenciosas e difusas modificações no sentido e no alcance conferidos às normas constitucionais, sem que haja modificação na letra de seu texto. Consubstanciam a chamada atualização não formal da Constituição. Em uma frase: ocorre uma mutação constitucional quando muda o sentido da norma sem mudar o seu texto¹⁹⁸.

Portanto, a mutação constitucional altera informalmente a Constituição sem que haja qualquer alteração do texto, isto é, a forma como o texto é compreendido é nova, mas o texto não é. À vista disso, imperioso realçar que a mutação constitucional não ocorre de maneira abrupta, acidental e/ou instantânea, ela é decorrente de um processo, de uma evolução do

¹⁹⁵ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., n.p.

¹⁹⁶ CUNHA JUNIOR, Dirley. Op. cit., p. 263/264.

¹⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., n.p.

¹⁹⁸ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. Op. cit., p. 574.

Direito para acompanhar as novas configurações sociais, caracterizando-se o decurso temporal como um elemento importante para seu acontecimento.

Inteligível que esse processo não ocorre sem restrições, sob pena de violação da ordem constitucional estabelecida. Barroso aponta para dois limites para o acontecimento do fenômeno, quais sejam: “a) as possibilidades semânticas do relato da norma, vale dizer, os sentidos possíveis do texto que está sendo interpretado ou afetado; e b) a preservação dos princípios fundamentais que dão identidade àquela específica Constituição”¹⁹⁹.

Consequentemente, se a mutação proposta ultrapassar os limites acima expostos será, pois, uma mutação inconstitucional e deverá ser afastada pelos intérpretes, pelos Poderes constituídos e pela sociedade em geral. O novo texto que se pretendeu dar só poderá ser incorporado à ordem constitucional pelo poder constituinte reformador ou, ainda, pelo poder constituinte originário, que instaurará nova ordem que permita o novo sentido.

Com base nas explanações acerca da mutação constitucional, mormente suas limitações, cumpre, então, analisar se a proposta de mutação constitucional do papel do Senado Federal prevista no inciso X do artigo 52 da Constituição pode encontrar acolhida ou se ela extrapola os limites do fenômeno, esbarrando em princípios constitucionais, tais como o da separação e independência dos Poderes.

Como visto no item anterior do trabalho, excetuando-se o Min. Eros Grau, os demais ministros não acompanharam a tese de mutação defendida pelo Min. Gilmar Mendes, a qual dispensaria a atuação da Alta Câmara para conferir eficácia geral e vinculante as decisões definitivas que declarem a inconstitucionalidade de lei ou ato. Também na doutrina levantaram-se diversas vezes pelo não cabimento da mutação do art. 52, X. Entre elas, a dos professores Lenio Streck, Martonio Lima e Marcelo de Oliveira, que compreendem que a referida norma possui conteúdo democrático, asseverando que

Excluir a competência do Senado Federal – ou conferir-lhe apenas um caráter de tornar público o entendimento do Supremo Tribunal Federal – significa reduzir as atribuições do Senado Federal à de uma secretaria de divulgação intra-legislativa das decisões do Supremo Tribunal Federal; significa, por fim, retirar do processo de controle difuso qualquer possibilidade de chancela dos representantes do povo deste

¹⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., n.p.

referido processo, o que não parece ser sequer sugerido pela Constituição da República de 1988²⁰⁰.

Outrossim, para os professores a retirada dessa competência do Senado resultaria na violação de direitos e garantias fundamentais, como o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, pois a competência do art. 52, X permite, ainda que indiretamente, a participação da sociedade. Dessa forma, com a mutação, o controle difuso perderia seu caráter democrático e o Senado passaria a mero divulgador das decisões.

Igualmente contrária à tese de mutação, a lição do doutrinador Uadi Lammegô Bulos:

Na realidade, o que aconteceu com o art. 52, X, da Constituição de 1988 foi a sua *inadequabilidade* em face das transformações do fato social cambiante, acarretando-lhe *desuso*, e não mutação constitucional.

Desuso é a não aplicação ou desobediência a uma norma, sem que haja criação de outra que se lhe oponha, em virtude de sua *inadequabilidade* social. Mas nem todo *desuso* acarreta mutação constitucional. Há casos em que o *desuso* modifica, informalmente, as normas constitucionais, sem, contudo, alterar-lhes uma vírgula sequer. A recíproca também é verdadeira, pois pode haver *desuso* sem mutação constitucional.

O art. 52, X, do Texto de 1988, por exemplo, não sofreu qualquer mutação constitucional, embora esteja passando por um lento e gradual processo de *desuso*, haja vista sua *inadequabilidade* social, algo que, ao nosso sentir, não constitui uma verdadeira reforma da Constituição sem expressa mudança do texto²⁰¹. (grifos no original)

Conforme anteriormente comentado, a mutação constitucional proposta alteraria o sentido do art. 52, X da Constituição para que o Senado Federal passasse a ser incumbido de dar publicidade à decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, a qual já teria eficácia *erga omnes* e não mais *inter partes*, como tradicionalmente ocorre no controle difuso brasileiro. Assim, caberia ao próprio Supremo conferir efeitos gerais as suas decisões e não mais ao Senado, com a edição de resolução suspensiva. O proposto é, portanto, uma verdadeira transferência de competência de um poder para outro, realizada por intermédio da via interpretativa e levada a cabo pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário, que ampliará suas próprias competências por meio de uma decisão sua.

²⁰⁰ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. In: **Revista Gestão e Controle**, v. 2, p. 97-132, 2013. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/72>. Acesso em 20 jan. 21.

²⁰¹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva. 2015, p. 233-234.

Em que pese a superação da visão clássica da separação dos poderes, bem como a alteração da função constitucional do Senado – que, em 1934, quando surgiu o instituto, era o coordenador dos Poderes –, essa transformação colide com o princípio da separação de Poderes, pois incorreria em usurpação de uma competência constitucionalmente estabelecida. Neste ponto, a mutação constitucional do art. 52, X esbarra no segundo limite exposto por Barroso para o acontecimento do fenômeno, posto que conflitante com o princípio da separação de poderes.

Ademais, o novo sentido que se deseja atribuir ao inciso X do art. 52, qual seja, que compete ao Senado conferir publicidade, não está entre as possibilidades semânticas do texto constitucional, isto é, a referida mutação vai de encontro à literalidade do texto, atribuindo sentido não abarcado pelo art. 52, X, da Constituição Federal. Portanto, a mutação proposta esbarra no outro limite também apontado por Barroso para acontecimento do fenômeno.

Para Marcelo Novelino, a proposta de mutação constitucional do papel do Senado é incompatível com o princípio da conformidade funcional, o qual norteia “os órgãos encarregados de interpretar a constituição a agirem dentro de seus respectivos limites funcionais, evitando decisões capazes de subverter ou perturbar o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido”²⁰². Ressaltando o autor que, hodiernamente, esse princípio ultrapassou os limites da seara interpretativa, passando a ser considerado como um princípio autônomo de competência.

O exercício da jurisdição constitucional pelo Supremo Tribunal Federal deve preservar as competências e atribuições constitucionalmente instituídas, sob pena de violar sua legitimidade, ao extrapolar os parâmetros e princípios da interpretação constitucional ao atuar como um legislador positivo.

Diversas críticas são feitas à competência de suspensão da executoriedade pelo Senado Federal, tais como a incongruência da realização de juízo político após uma decisão definitiva proferida pela Suprema Corte, a quem compete a guarda da Constituição e a última palavra sobre esta, bem como a possibilidade de uma norma inconstitucional continuar produzindo efeitos para terceiros não integrantes do processo no qual foi proferida a decisão, ensejando

²⁰² NOVELINO, Marcelo. Op. cit., p. 139.

processos fundados na mesma controvérsia constitucional, que poderão demorar demasiadamente nas instâncias ordinárias.

Malgrado as críticas e o aparente caráter meramente histórico instituído, o papel do Senado foi reproduzido na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 52, inciso X, não tendo o constituinte derivado efetuado até o momento qualquer reforma em seu texto, cuja literalidade é clara. Desse modo, a mutação constitucional do art. 52, X, da CRFB/88 configura-se como uma mutação inconstitucional, pois ultrapassa as balizas estabelecidas para o fenômeno.

3.3. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 3406 e 3470/RJ

3.3.1 Resumo do caso e o voto da relatora

Em 2017, o plenário do Supremo Tribunal Federal voltou a travar debate acerca dos efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade, desta vez, contudo, no âmbito do exercício do controle concentrado, especificamente no julgamento conjunto das ações diretas de inconstitucionalidade n. 3406 e 3470, principal e apenso, respectivamente, ambas oriundas do Rio de Janeiro e de relatoria da Ministra Rosa Weber. Assim, passados três anos da Reclamação 4335/AC, onde a tese acerca da força expansiva das decisões restou preponderante, em detrimento da tese de mutação constitucional do art. 52, X, da CF/88, defendida pelo Min. Gilmar Mendes, mais uma vez o Supremo foi instado a posicionar-se sobre o tema.

A ação principal foi proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Indústria – CNTI em face da Lei nº 3.579/2001, do Estado do Rio de Janeiro, que dispõe acerca da substituição progressiva da produção e da comercialização de produtos que contenham asbesto/amianto, entre outras providências, pleiteando fosse declarada a inconstitucionalidade da lei em exame.

Sustentou a parte autora, em síntese, que a lei estadual supracitada era eivada de inconstitucionalidade formal, por entender que houve ofensa à disciplina da competência concorrente e usurpação da competência da União, pela que alega afronta aos artigos 21, XXIV, 22, I, VIII, XI e XII, 24, V, VI e XII, e §§ 2º, 3º e 4º, e 84, II e VI, “a”, da CRFB/88, bem como aponta inconstitucionalidade material da lei estadual.

No início do voto, ressaltou a ministra relatora que, em diversas ocasiões, o Plenário do Supremo apreciou ações com teor análogo aos das ADIs em comento, no âmbito das quais inúmeras vezes fora constata a violação da competência da União²⁰³. Contudo, no julgamento da ADI n. 3937/SP, o plenário decidiu não confirmar a cautelar deferida pelo Ministro Relator Marco Aurélio, o que para a ministra “representou evidente *overruling* da jurisprudência então firmada sobre a matéria”²⁰⁴. Na ocasião, a Corte entendeu pela inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei 9.055/1995²⁰⁵, que autoriza o uso de amianto. Todavia, assevera a Ministra, o destaque do julgamento ficou para o entendimento de que a divisão de competências comuns e concorrentes deveria ser lida de maneira menos centralizante.

Na sequência, a Ministra Relatora, teceu comentário ao julgamento da ADI n. 4.066²⁰⁶, também de sua relatoria, em que se questionava a Lei n. 9.055/1995, que disciplina o uso do amianto. Neste julgamento não se atingiu, para cumprimento da cláusula de reserva de plenário, insculpida no art. 97 da CRFB/88, a necessária maioria absoluta para declaração de inconstitucionalidade do art. 2º da referida lei, o que viabilizaria a eficácia geral e vinculante da decisão. No entanto, a referida ação foi julgada procedente, por maioria apertada, declarando-se a inconstitucionalidade do referido dispositivo legal, ao fundamento de proteção deficiente/insuficiente, nos termos dos arts. 6º, 7º, XXII, 196 e 225 da Constituição de 88, sem a atribuição de efeito vinculante e eficácia erga omnes.

Quanto à alegada usurpação de competência da União pelo Estado na feitura da lei em exame, pondera a Ministra Relatora que a definição das competências concorrentes precisa ser vista sob a ótica do princípio federativo, que caminha para um federalismo de equilíbrio e não mais de hegemonia e centralização de atribuições. Nesse sentido, entende que o princípio federativo disposto no art. 1º, caput, da Constituição importa em limitação à exegese de seu art.

²⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão da ADI n. 3406/RJ**. Rel. Min. Ellen Gracie. Data de julgamento: 06/02/2019. Data de publicação: 16/02/2009. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339388321&ext=.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2021.

²⁰⁴ Ibid., p. 23.

²⁰⁵ “Art. 2º O asbesto/amianto da variedade crisotila (asbesto branco), do grupo dos minerais das serpentinas, e as demais fibras, naturais e artificiais de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim, serão extraídas, industrializadas, utilizadas e comercializadas em consonância com as disposições desta Lei” (Cf. BRASIL. Lei nº 9.055, de 1 de junho de 1995. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 1 de junho de 1995. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19055.htm > Acesso em: 12 jan. 2021).

²⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão da ADI n. 4066**. Rel. Min. Rosa Weber. Data de julgamento: 24/08/2017. Data de publicação: 07/03/2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313831911&ext=.pdf>> Acesso em: 12 jan. 21.

24, o qual institui um sistema vertical de competências concorrentes, com uma divisão objetiva entre normas gerais e normas especiais, estas a cargo dos Estados e aquelas da União. Assim, destaca a ministra que a “inconstitucionalidade não decorre do mero descompasso material entre a lei estadual e a lei federal, qualificando-se, isto sim, pelo descumprimento frontal da regra de competência fixada no art. 24, §§ 1º a 4º, da Carta Política”²⁰⁷.

Dessarte, nas matérias de competência concorrente, a existência de lei federal dispendo sobre as normas gerais limitará o exercício da competência legiferante dos Estados, que atuará de maneira suplementar. Nessa toada, assevera a ministra que “em matéria de competência concorrente, não é dado à norma estadual confrontar a norma geral. A aplicação da norma estadual complementar não pode a ela se contrapor de modo a provocar o seu afastamento”²⁰⁸.

A Lei n. 9.055/1995 é a norma geral acerca do amianto, definindo as condições mínimas para a licitude da exploração do amianto na variedade crisotila. Contudo, para a ministra, a “simples tolerância”²⁰⁹ da lei federal não tem eficácia preemptiva e não vincula a atividade legislativa de Estados e Municípios, que podem estabelecer, portanto, maior controle e, inclusive, proibir. Nessa toada, assevera a eminente relatora:

Sob uma perspectiva que valoriza o federalismo, normas federais enunciatórias de **regimes de mera tolerância** ou de **patamares mínimos de proteção** devem ser interpretadas de modo a viabilizar e estimular, e não a sufocar, o **experimentalismo de regimes normativos** nas unidades federadas²¹⁰. (grifos no original)

Para a Ministra Rosa Weber, a Lei n. 3.579/2001 do Estado do Rio de Janeiro é adequada ao *standard* normativo fixado pela Lei Federal nº 9.055/1995²¹¹, não afrontando a disciplina da competência concorrente nem incorrendo em usurpação de competência da União, estabelecidas na Lei Maior. Concluiu a ministra:

Nessa ordem de ideias, entendo que, **ao regular aspectos da exploração do amianto relacionados a produção e consumo, proteção do meio ambiente e controle da poluição e proteção e defesa da saúde, a Lei nº 3.579/2001 do Estado do Rio de Janeiro em absoluto excede dos limites da competência suplementar dos Estados, no tocante a essas matérias**²¹². (grifos no original)

²⁰⁷ BRASIL. ADI 3406 op. cit., p. 32.

²⁰⁸ Ibid., p. 36.

²⁰⁹ Ibid., p. 38.

²¹⁰ Ibid., p. 39.

²¹¹ Ibid., p. 41.

²¹² Ibid., p. 37.

Superando as questões relativas às alegações de inconstitucionalidades formais, a Ministra Relatora passou a ponderar acerca da dita inconstitucionalidade material da lei estadual, apresentando julgados e estudos acerca do amianto. A Min. Relatora Rosa Weber, então, concluiu pela constitucionalidade material da Lei n. 3.579/2001 do Estado do Rio de Janeiro, pois há consenso técnico e científico acerca dos malefícios do crisotila para a saúde e para o meio ambiente, apontando para a proteção insuficiente conferida pelo art. 2º da Lei n. 9.055/1995, o que “ampara a conclusão de que de não desarrazoadas as iniciativas legislativas relativas à sua regulação, em qualquer nível federativo, ainda que resultem no banimento de todo e qualquer uso do amianto”²¹³.

Ante o exposto, a relatora votou pelo conhecimento e improcedência das ações diretas de inconstitucionalidade, com a declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei Federal 9.055/95.

3.3.2. Rediscussão acerca do papel do Senado Federal

Prosseguindo o julgamento, votou o Ministro Alexandre de Moraes, que relatou ter dúvidas sobre a permissão ou não para utilização do amianto, especificamente a variedade crisotila, autorizada pelo art. 2º da Lei do Amianto, ressaltando que esse questionamento afeta todas as ações pendentes acerca do tema. Ademais, destacou o fato de que no julgamento da ADI n. 4.066, o artigo 2º da referida lei não foi afastado do ordenamento jurídico de maneira *erga omnes* e vinculante, devido ao não cumprimento do art. 97 da CRFB/88. Ressaltou, inclusive, que em outro julgamento realizado no mesmo dia, já com a participação do Ministro Dias Toffoli, houve a declaração de inconstitucionalidade do referido artigo, só que de maneira *incidenter tantum*.

Para o Min. Moraes, declarar a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 9.055/95 significa que a lei federal proíbe todos os tipos de asbesto, por conseguinte, inviável que legislações estaduais estabeleçam proteções maiores, uma vez que a utilização estaria totalmente proibida. Assim, pontua novamente que, se a declaração tivesse ocorrido no controle concentrado pela

²¹³ Ibid., p. 65.

maioria absoluta, todas as ações seriam prejudicadas, pois partem do entendimento de constitucionalidade do art. 2º e debatem a regulamentação mais restrita feita pelos Estados.

O Ministro Gilmar Mendes asseverou, então, que é necessário equipar os efeitos das decisões do controle difuso aos do controle concentrado, ao menos no âmbito do Supremo, indicando que a atuação do Senado Federal não é exercida de maneira linear e que o próprio STF já não aguarda mais a suspensão pelo órgão político, indo até além, como nas questões do controle constitucional das leis municipais. Assim, defende o enfrentamento do tema pela Corte. Ademais, o Min. Gilmar Mendes ainda argumenta que o Novo CPC confere força abrangente aos precedentes.

Nesse momento, a ministra Carmen Lucia ressaltou que, para ela, o Ministro Mendes está afirmando que “nós estamos caminhando, na jurisprudência constitucional brasileira, para algo que era inédito em nossa história, que é declarar a inconstitucionalidade de matéria e não de uma norma específica, que é o fato das leis municipais”²¹⁴.

A seu turno, o ministro Marco Aurélio defende que o art. 2º da lei em debate continua eficaz, pois não houve a suspensão de excoutoriedade pelo Senado Federal, nos termos do art. 52, X, da Constituição Federal.

Novamente, o ministro Gilmar Mendes defende que a Corte realize uma equalização, revisando seu posicionamento. Aponta para o art. 927 do NCPC/15 e para a prática do próprio STF, que já não aguarda mais a atuação do Senado. Com a declaração, ainda que incidental, para o Ministro “a matéria já estava resolvida. Nenhum de nós espera que, tendo pacificado a matéria em sede de controle de constitucionalidade, seja difuso, seja concentrado, isso se reedite”²¹⁵. Assim, defende novamente a releitura do art. 52, X, que passaria a ser lido que ao Senado compete a publicização da decisão, pois a decisão já teria efeitos gerais.

Contudo, em contraposição ao proposto, afirma o Ministro Marco Aurélio que “o fenômeno, previsto no inciso X do artigo 52 da Constituição Federal, no que revela a atribuição

²¹⁴ Ibid., p. 71.

²¹⁵ Ibid., p. 78.

do Senado, não é simplesmente declaratório, é constitutivo, diz respeito à suspensão da execução da lei no território nacional”²¹⁶.

Acompanha esse entendimento o ministro Alexandre de Moraes, defendendo que não se pode suplantar uma norma constitucional pelo Código de Processo Civil. Entende que o art. 2º da Lei n. 9055/95 permanece no ordenamento jurídico brasileiro. Sustenta, em verdade, a posição de que o referido artigo é constitucional, porquanto compreenda sê-lo adequado ao artigo 2º da Convenção 162. Assim, o Min. Moraes encerra seu voto nos seguintes termos:

Julgo parcialmente procedente a Lei 3.579, em relação aos artigos 2º e 3º, excluída a proibição, ou dando interpretação conforme que fica proibida, em todo território do Estado do Rio de Janeiro, a extração de asbesto, excluída a variedade crisotila – a meu ver, extração é norma geral, e o artigo 2º ainda não foi extirpado da lei federal –, e da mesma forma ao artigo 3º, fica proibida a utilização de qualquer asbesto, excluída a variedade crisotila, porque o artigo 2º da lei federal, que ainda não foi extirpado do ordenamento jurídico, é uma norma geral e já regulamentada. No restante, acompanho Sua Excelência a Relatora²¹⁷.

O Ministro Edson Fachin, ao proferir seu voto, confirmou seu entendimento de que a declaração de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 9.055/95 no âmbito da ADI n. 3937, mesmo sendo incidental, operou uma preclusão consumativa da matéria, sendo inevitável a projeção da decisão para os processos análogos. Considerando ser esta uma solução razoável e adequada para que não caia o Tribunal “numa dimensão semicircular progressiva e sem fim”²¹⁸. Dessa forma, acompanhou o voto da Relatora, reiterando o acompanhamento que faz para a declaração de inconstitucionalidade do referido dispositivo legal.

O Ministro Fux entendeu que as leis locais permissivas são inconstitucionais e as proibitivas são constitucionais, devido à proclamada inconstitucionalidade do art. 2º da lei federal. Assim, acompanhou o voto da relatora, da seguinte forma:

De sorte que eu, adotando essa equivalência do controle difuso e do controle concentrado, entendendo que o artigo 52, X, apenas permite uma chancela formal do Senado - o Senado não pode alterar a essência da declaração de inconstitucionalidade do Supremo -, eu, então, acompanho integralmente o voto da Ministra Rosa Weber, agora, baseado nos fundamentos que o Plenário, por maioria, - e me submeto à colegialidade -, decidiu pela inconstitucionalidade da Lei Federal.

²¹⁶ Ibid., p. 79.

²¹⁷ Ibid, p. 88.

²¹⁸ Ibid, p. 89.

Nesse sentido, o Ministro Fux asseverou que a atuação do Senado é apenas formal, pois não lhe é dado alterar a decisão. Assim, o ministro considera adequado o momento para que a Corte passe a conferir maior eficácia às decisões nos dos modelos de controle, especialmente no difuso.

Após o voto do Min. Fux, o Min. Alexandre de Moraes fez um esclarecimento para assinalar que a nova leitura do art. 52, X não foi colocada como uma questão de ordem e que ela diverge da questão da preclusão da matéria, pontuando que não abordou o tema porque este não estava em questão. Ademais, afirma que o Supremo ainda entende que cabe ao Senado suspender a executoriedade, atribuindo efeitos gerais à decisão definitiva de inconstitucionalidade e que “a grande diferença do controle concentrado é que a suspensão dá efeito sempre *ex nunc*, não retroativos”²¹⁹.

Ao proferir seu voto, o Ministro Gilmar Mendes acompanhou o voto da relatora, contudo, ressaltou que, para ele, o Tribunal estava fixando o entendimento de que a declaração de inconstitucionalidade é da matéria e não só da norma em si. Defendeu, como já dito, a ocorrência da mutação do art. 52, X da Constituição, como já sustentava desde a Reclamação n. 4335/AC.

Reportando-se ao seu voto proferido na ADI n. 3937, na qual foi relator, o Ministro Marco Aurélio votou pela procedência da ação, isto é, pela declaração de inconstitucionalidade da Lei 3.579/2001 do Estado do Rio de Janeiro. Contudo, antes teceu considerações acerca da proposta de nova interpretação do papel do Senado Federal, a qual rechaça de maneira veemente, por entendê-la como ofensa à harmonia e independência entre os Poderes, como se vê no trecho a seguir:

Recuso-me a dizer que o Senado da República é um verdadeiro Diário Oficial, que simplesmente deve publicar as decisões do Supremo formalizadas no controle concreto de constitucionalidade, no âmbito do controle difuso de constitucionalidade. Não interpreto literalmente, gramaticalmente, o que se contém no inciso X do artigo 52 da Constituição Federal, mesmo porque a interpretação gramatical e a que mais seduz, e aquela a que se chega, ao objetivo da norma, numa visão superficial. Entendo o inciso X do artigo 52 como regra que atende a independência e harmonia entre os Poderes, a sinalizar que o sistema nacional é equilibrado, ao prever – e em bom vernáculo – competir ao Senado não simplesmente publicar a decisão tomada pelo Supremo (...)²²⁰.

²¹⁹ Ibid., p. 92.

²²⁰ Ibid., p. 97.

O ministro Celso de Mello acompanhou integralmente, o voto da relatora, apoiando-se, ainda, nos fundamentos do voto que proferiu no julgamento da ADI n. 4.066. Durante o debate, o Min. Celso de Mello expressamente acolheu a tese de mutação, contudo, relevantíssimo destacar que o eminente ministro cancelou todos os comentários que realizou durante a sessão de julgamento ora comento, as quais deixaram de integrar o acórdão.

A ministra Cármen Lúcia também acompanhou o voto da relatora, para julgar improcedente as ações, com declaração incidental de inconstitucionalidade. Quanto à proposta do Min. Gilmar Mendes, reafirmou o que já havia dito antes na sessão de julgamento, no sentido de que o Supremo estava fazendo uma inovação ao reconhecer a inconstitucionalidade de matérias idênticas e não só da norma em si, transformando-se o Supremo paulatinamente em uma corte de precedentes. Ainda, ressaltou que a jurisprudência e a doutrina já falam nos modelos de controle concentrado e difuso como se fossem sinônimos²²¹.

Nesse momento, o Ministro Marco Aurélio pontou que a tese resultaria na transformação da decisão em controle difuso em controle concentrado, afirmando que isso geraria uma grave consequência, pois o Congresso ficaria impedido de editar lei de teor idêntico ao da lei declarada inconstitucional no controle difuso, podendo ensejar o manejo de reclamação constitucional. Além disso, para o ministro a interpretação sugerida entende como inócua a atuação do Senado, estabelecida na Constituição.

A Ministra Carmen Lúcia afirmou, nesse ponto, que “é preciso que a Constituição, sendo viva, acompanhe as mudanças e as demandas”²²² e que o que ela estava acolhendo era no sentido de que a função do Senado era apenas de aspecto formal, aduzindo que

aqui, nós estamos caminhando para oferecer uma jurisdição constitucional que promova não a repetição de temas que já foram tratados, mas é uma acolhida que me parece extremamente coerente com o que se propõe o controle de constitucionalidade, quer em controle concreto, quer em controle abstrato, até porque é em caso concreto, nos casos de repercussão geral, que nós tornamos uma abstração o que se contém na tese que é aplicada e vinculante a todos²²³.

²²¹ Ibid., p. 137.

²²² Ibid., p. 140.

²²³ Ibid., p. 141.

O ministro Dias Toffoli estava impedido na ADI 3406, entretanto, não estava na ADI apensada, de número 3470, na qual proferiu seu voto. Neste, o ministro consignou que reiterava o voto proferido na ADI 3937, no qual foi relator para acórdão, votando pela declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei Federal nº 9.055/1995, com efeitos *erga omnes* e vinculante. Dessa forma, votou pela improcedência da ADI proposta em face da legislação estadual restritiva, com a declaração de sua constitucionalidade.

Para o Ministro Toffoli essa lei federal passou por um processo de inconstitucionalização, conforme se depreende do fragmento abaixo transcrito:

Tendo em vista tais pressupostos teóricos, entendo, no caso, que a Lei nº 9.055/1995 passou por um processo de inconstitucionalização em razão da alteração no substrato fático do presente caso. Isso porque as percepções dos níveis de consenso e dissenso em torno da necessidade ou não do banimento do amianto não são mais os mesmos observados quando da edição da referida norma geral.

Se, antes, tinha-se notícia dos possíveis riscos à saúde e ao meio ambiente ocasionados pela utilização da crisotila, falando-se naquela época na possibilidade do uso controlado dessa substância, hoje, o que se observa é um consenso em torno da natureza altamente cancerígena do mineral e da inviabilidade de seu uso de forma efetivamente segura, sendo esse o entendimento oficial dos órgãos nacionais e internacionais que detêm autoridade no tema da saúde em geral e da saúde do trabalhador²²⁴.

Tal como a Min. Relatora, o Min. Toffoli ressaltou que a Constituição de 1988 adotou um federalismo cooperativo, em que os entes federativos atuam de maneira conjunta. Dessa forma, nos casos de competência legislativa concorrente deve haver consonância entre as normas de todos os âmbitos (nacional, regional e local), todavia, não há impedimento para que as normas especiais à cargo dos Estados e Municípios sejam mais rigorosas do que as normas gerais, de edição da União.

Contudo, o Ministro Toffoli entende que as leis não poderiam proibir aquilo que a lei federal autoriza porque lhes falta competência para tanto. Assim, conforme acima pontuado, entende que o art. 2ª da Lei n. 9.055/95 é inconstitucional e que “no momento atual, não mais se compatibiliza com a Constituição de 1988, razão pela qual os estados passaram a ter competência legislativa plena sobre a matéria, nos termos do art. 24, §§ 3º e 4º, da CF/88”²²⁵.

²²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão da ADI 3470/RJ**. Rel. Min. Rosa Weber. Data de julgamento: 29/11/2017. Data de publicação: 01/02/2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339388378&ext=.pdf>. Acesso em: 14 jan. 21, p. 105.

²²⁵ *Ibid.*, p. 101-102.

Assim, o Ministro Toffoli acompanhou o voto da Relatora, mas esclareceu que se posiciona diferentemente acerca da questão atinente à competência concorrente (art. 24 da CRFB/88), conforme o voto juntado. Ademais, acompanhou a ideia da preclusão consumativa em relação à decisão da matéria, com conferência de efeito erga omnes e vinculante ao controle difuso.

Nem poderia ser diferente: se o que se decide no controle abstrato tem uma consequência; no controle concreto teria outra? Por quê? O sentido do art. 52, X, da Constituição é para uma época em que o Diário Oficial levava 3 meses para chegar nos rincões do Brasil, uma época em que as decisões do Supremo ou do Judiciário não eram publicadas em diários oficiais. Hoje, a TV Justiça transmite ao vivo e em cores para todo país o que nós estamos deliberando aqui. Não tem sentido ter que se aguardar uma deliberação futura para dar eficácia à decisão; ficamos nós, aqui, depois, a bater carimbo em relação a inúmeros processos que aqui chegam. Toda a evolução da jurisdição constitucional recente do Brasil foi exatamente no sentido de superarmos essa necessidade²²⁶.

3.3.3. Decisão do Supremo nas ADIs 3406/RJ e 3470/RJ

Os ministros Edson Fachin, Luiz Fux, Gilmar Mendes, Celso de Mello e a ministra Cármen Lúcia seguiram o voto da Ministra Relatora Rosa Weber em ambas ADIs. O ministro Dias Toffoli, impedido na ADI 3403, seguiu a relatora, em seu voto na ADI 3470. Restaram vencidos o Ministro Marco Aurélio, que julgava procedente a ação, e, parcialmente, o Ministro Alexandre de Moraes, que julgava parcialmente procedente o pedido, dando interpretação conforme aos arts. 2º e 3º da Lei n. 3.579 do Estado do Rio de Janeiro. O ministro Luís Roberto Barroso estava impedido nas duas ações e o Ministro Ricardo Lewandowski ausente justificadamente. Não obstante os impedimentos e ausência, a Corte alcançou a maioria absoluta, exigida pelo art. 97 da Constituição Federal, para declarar a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei do Amianto.

Ante o exposto, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a ação direta de inconstitucionalidade proposta em face da Lei n. 3.579/2001 do Estado do Rio de Janeiro e, incidentalmente, declarou inconstitucional o art. 2º da Lei Federal n. 9.055/95, com atribuição de efeitos gerais e vinculante, nos termos do voto da Ministra Relatora. Transcreve-se abaixo a ementa comum aos dois julgados:

²²⁶ Ibid., p. 89.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 3.579/2001 DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. SUBSTITUIÇÃO PROGRESSIVA DA PRODUÇÃO E DA COMERCIALIZAÇÃO DE PRODUTOS CONTENDO ASBESTO/AMIANTO. LEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM*. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. ART. 103, IX, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL POR USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DA UNIÃO. INOCORRÊNCIA. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE. ART. 24, V, VI E XII, E §§ 1º A 4º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CONVENÇÕES NºS 139 E 162 DA OIT. CONVENÇÃO DE BASILEIA SOBRE O CONTROLE DE MOVIMENTOS TRANSFRONTEIRIÇOS DE RESÍDUOS PERIGOSOS E SEU DEPÓSITO. REGIMES PROTETIVOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. INOBSERVÂNCIA. ART. 2º DA LEI Nº 9.055/1995. PROTEÇÃO INSUFICIENTE. ARTS. 6º, 7º, XXII, 196 E 225 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DA LEI FLUMINENSE Nº 3.579/2001. IMPROCEDÊNCIA. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º DA LEI Nº 9.055/1995. EFEITO VINCULANTE E *ERGA OMNES*.

Com o encerramento do julgamento e publicação do Informativo n. 887 no sítio eletrônico do STF, onde constou que o Ministro Celso de Mello expressamente havia adotado o entendimento de mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal²²⁷, boa parte da doutrina considerou que o Supremo havia adotado a Teoria da abstrativização do controle difuso, ainda que não tenha expressamente usado essa nomenclatura.

Convém destacar, no entanto, que essa não é uma posição unânime. Em artigo publicado no site Conjur, o promotor de justiça Eliseu Belo defende que é equivocado falar que a tese de mutação foi adotada. Aduz que a declaração, ainda que incidental, ocorreu no âmbito de ação direta, isto é, no controle concentrado, no qual não caberia a invocação do art. 52, X, CRFB/88, portanto, a atuação do Senado já não seria necessária. Ademais, alega que a tese de mutação constitucional não contou com a adesão expressa da maioria dos ministros e ressalta o fato de que o Ministro Celso de Mello – que havia expressamente perfilhado a posição de ocorrência de mutação – cancelou todos os seus comentários, retirando-os da assentada do julgamento plenário; considera ainda que a adesão expressa somente foi feita pelos Ministros Fux e Toffoli, e que este último incorreu em *obiter dictum*. Neste sentido, discorre:

Portanto, mostra-se claramente impertinente e inadequado cogitar-se do art. 52, X, da Constituição Federal, quando se cuida de uma declaração de inconstitucionalidade

²²⁷ Constou no Informativo STF n.886: “O ministro Celso de Mello considerou se estar diante de verdadeira mutação constitucional que expande os poderes do STF em tema de jurisdição constitucional. Para ele, o que se propõe é uma interpretação que confira ao Senado Federal a possibilidade de simplesmente, mediante publicação, divulgar a decisão do STF. Mas a eficácia vinculante resulta da decisão da Corte. Daí se estaria a reconhecer a inconstitucionalidade da própria matéria que foi objeto deste processo de controle abstrato, prevalecendo o entendimento de que a utilização do amianto, tipo crisotila e outro, ofende postulados constitucionais e, por isso, não pode ser objeto de normas autorizativas”. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo886.htm>. Acesso em: 17 jan. 2021

proferida no bojo de uma ação direta de inconstitucionalidade, seja essa declaração principal ou mesmo incidental, porque a decisão assim adotada, fruto de uma análise da lei no plano abstrato ou em tese, goza, por força do art. 102, § 2º, da Magna Carta, do efeito vinculante e da eficácia contra todos. Ou seja, o Senado não pode atuar para dar aquilo que a própria Constituição Federal já conferiu, em outro dispositivo, à inconstitucionalidade reconhecida no âmbito de uma ação direta! Isso corresponderia a buscar uma providência completamente desnecessária, porque já alcançada pela via da ADI²²⁸.

Na mesma esteira, José Porto e Danniell Martins asseveram que o Supremo ainda não adotou a abstrativização do controle difuso com o julgado em comento, especialmente porque a decisão incidental ocorreu no âmbito do controle concentrado, mas sim a teoria da transcendência dos motivos determinantes. Dessa forma, entendem que a decisão representa uma ampliação no objeto da ação direta de constitucionalidade proposta, aduzindo que

[a] decisão não foi tomada em um processo concreto, mas, sim, em um processo objetivo, o que, por ora, não nos permite falar em abstrativização do controle difuso. A rigor, seria mais apropriado assegurar que o Supremo Tribunal abraçou a teoria da transcendência dos motivos determinantes, que sugere que todos os dispositivos tidos como inconstitucionais em um processo de controle concentrado são atingidos pelo efeito vinculante, ainda que constem na fundamentação, não tendo sido objeto da impugnação pelo legitimado. O exemplo do amianto é preciso²²⁹.

Em posição contrária, Bernardo Gonçalves Fernandes aponta que, ainda que se possa defender que teoria da transcendência tenha sido aplicada, pois efetivamente houve atribuição de efeito vinculante à fundamentação necessária para a conclusão do julgado decisão (no caso em apreço, a declaração incidental de inconstitucionalidade), é importante observar que o STF vem afastando a referida teoria, a fim de evitar a propositura de reclamações e que, apesar da Reclamação 4335/AC, nenhum ministro citou expressamente a teoria, nas razões do voto.

Entende o autor acima citado que o Supremo adotou a abstrativização do controle difuso, tendo o art. 52, X, da CF/88 sofrido mutação constitucional, conforme defendido pelo Min. Gilmar Mendes, desde 2014. Ademais, entende que esse posicionamento deveria ser revisto pelos ministros do Supremo, porquanto inadequado. Assim leciona o jurista:

A nossa posição, fundamentada de acordo com a teoria discursiva da Constituição e da democracia de *Jürgen Habermas*, é a de que a tese da *abstrativização do controle difuso-concreto* reforça o **controle concentrado** e a **objetivação**, que é adstrita a ele,

²²⁸ BELO, Eliseu Antônio da Silva. A abstrativização do controle difuso já é uma realidade no STF? In: **Conjur**. 30 set. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-set-30/eliseu-belo-abstrativizacao-controle-difuso-stf>> Acesso em: 17 jan. 2021.

²²⁹ PORTO, José Roberto Mello Porto; MARTINS, Danniell Adriano Araldi. STF não adota (ainda) a abstrativização do controle difuso. **Conjur** 10 mai. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-10/opinioao-stf-nao-adota-ainda-abstrativizacao-controle-difuso>>. Acesso em: 22 jan. 2021.

centralizando as decisões cada vez mais no STF, sob os auspícios de uma desmedida **instrumentalidade e economia processuais, que** acabam por deslegitimar o sistema de controle de constitucionalidade na via difusa de cunho democrático-discursivo, que se desenvolve por meio da *crítica pública das decisões*, podendo minar, com isso, a base do próprio sistema de direitos fundamentais atrelada ao Estado Democrático de Direito²³⁰. (grifos no original)

Ademais, assevera ser uma decisão radical que modifica a estrutura do ordenamento e afeta o equilíbrio entre os poderes, por intermédio de uma interpretação que extrapola os limites semânticos do texto normativo, podendo acarretar sérios danos ao Estado democrático de direito. Dessa forma, a alteração pretendida só poderia ser feita pela via formal, sendo a mutação proposta inconstitucional²³¹.

Sustenta que a decisão deveria ter sido minimalista, restringindo-se ao caso julgado e não buscado soluções para casos futuros, pois não havia condições fáticas e jurídicas que permitissem uma decisão mais ampla como foi a dada no caso, uma vez que a questão da mutação ainda não estava amadurecida²³².

Por fim, aponta que o julgamento ocorreu no âmbito do controle abstrato-concentrado, dessa forma, defende que o STF poderia e deveria ter seguido por outro caminho, abrindo uma exceção, qual seja:

em processos objetivos, a declaração incidental de inconstitucionalidade de norma que não foi objeto do pedido terá efeitos erga omnes e vinculantes, sem que isso altere a prática do STF nas declarações incidentais de inconstitucionalidade no âmbito do controle difuso-concreto em processos subjetivos (de viés não abstrato)²³³.

Inobstante as divergências e críticas entre os próprios ministros e as doutrinárias, inegavelmente o julgamento em comento representa a posição do Supremo Tribunal Federal de aproximar – ou mesmo equiparar – os efeitos das decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade, principalmente quanto à eficácia subjetiva, aos do controle concentrado, sem depender da atuação do Senado Federal, caminhando para a efetiva adoção da abstrativização do controle difuso.

²³⁰ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. rev., atual, e ampl. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 1860.

²³¹ Ibid., p. 1861.

²³² Ibid., p. 1861.

²³³ Ibid., p. 1862.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como escopo a análise da teoria da abstrativização, dessa forma, buscou-se observar de que forma a teoria se originou, seus atuais contornos e quais mudanças ocorreram historicamente para que tal tese lograsse encontrar espaço tanto na doutrina como na jurisprudência pátria.

Conforme os ensinamentos de Konrad Hesse, as Constituições são dotadas de força normativa, o que significa dizer que, na interpretação constitucional, ao texto da Constituição deve ser conferida máxima efetividade, sobrelevando-se a supremacia da Constituição, como vértice do ordenamento jurídico. Para garantia dessa supremacia, faz-se necessária a existência de meios para retirada do ordenamento de normas incompatíveis com a Constituição, a fim de preservar e/ou reestabelecer a unidade e coerência do sistema jurídico, sendo o principal mecanismo o exercício do controle de constitucionalidade.

Como visto, o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro é misto e complexo, porquanto coexistem no ordenamento o modelo concentro-abstrato e o incidental-difuso, com institutos/instrumentos que conjugam aspectos dos dois modelos clássicos. Inicialmente, o Brasil adotou somente o modelo difuso norte-americano, o qual confere a todos os órgãos do Poder Judiciário o poder-dever de afastar a incidência de lei ou ato normativo considerado contrário à Constituição. Todavia, não adotou a doutrina do *stares decisis*, segundo a qual as decisões formam precedentes vinculantes, principalmente as proferidas pela mais Alta Corte do país, sendo dotadas, portanto, de efeitos gerais. Assim, a decisão de inconstitucionalidade proferida pelo STF tinha a eficácia restrita às partes litigantes do processo.

Objetivando evitar que cidadãos tivessem respostas diferentes acerca da mesma controvérsia jurídica-constitucional, tendo em vista a forma como o sistema de controle foi incorporado, resolveu o constituinte brasileiro, em 1934, adotar a fórmula de suspensão da executoriedade da lei inconstitucional pelo Senado Federal, para a ampliar dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo, de maneira incidental, na apreciação de casos concretos, cuja regra é de eficácia *inter partes*.

Dessa forma, por meio da expedição de uma resolução suspensiva, ao Senado Federal competia a atribuição de eficácia erga omnes e vinculativa à decisão definitiva do STF que

declare incidentalmente a inconstitucionalidade de lei ou ato, que até então era a praticamente a única maneira possível. Ao analisar a atuação do Senado no MS n. 16.512/DF, assentou o Supremo que era um ato discricionário e de caráter substancial, ou seja, a resolução que atribuía efeitos gerais à decisão. Definiu, ainda, que a resolução estava subordinada ao conteúdo da decisão do Supremo.

Ademais, considerando que as normas possuem presunção relativa de constitucionalidade e, por conseguinte, a declaração de inconstitucionalidade ser a última medida a ser adotada, ainda em 1934, o constituinte optou por também estabelecer a cláusula de reserva de plenário, segundo a qual somente por maioria dos votos do Plenário do tribunal ou do órgão especial, poderá ser declarada a inconstitucionalidade de uma norma, atualmente com previsão no art. 97 da CRFB/88. Tal previsão visa a preservação da segurança jurídica, bem como uniformização da jurisprudência, dessa forma, a referida regra também vincula a atuação do Supremo Tribunal Federal e não só as instâncias ordinárias de jurisdição.

O sistema de controle permaneceu praticamente inalterado até a Emenda n. 16/1965, quando o constituinte inaugurou a ação direta de inconstitucionalidade a ser proposta pelo Procurador-Geral da República, único legitimado, perante o Supremo, questionando a constitucionalidade de lei ou ato normativo, da esfera federal ou estadual. O panorama passou por consideráveis modificações com a chegada da Constituição de 1988 e legislações posteriores, expandindo-se sobremaneira os institutos do modelo concentrado, passando este a ser o preponderante.

O alargamento e a ênfase do modelo concentrado resultaram em uma visível incongruência na coexistência dos modelos, pois se o Supremo decidir uma questão de constitucionalidade na via abstrata, o efeito será amplo e vinculante, contudo, se a mesma controvérsia tivesse sido discutida e julgada na via difusa, o decidido valeria apenas para as partes do processo.

A Emenda Constitucional n. 45/2004 trouxe duas grandes inovações, a previsão de edição de súmulas vinculantes pelo STF, as quais obrigam todos os Poderes e a Administração Pública em todos os níveis, bem como instituiu o instituto da repercussão geral nos recursos extraordinários, resultando, principalmente este último, em um processo de objetivação do controle difuso de constitucionalidade, que normalmente era subjetivo.

Foi sob essa nova perspectiva e nova formulação do sistema complexo de controle de constitucionalidade que, em 2006, com a propositura da Reclamação Constitucional n. 4335/AC, o Supremo Tribunal Federal se manifestou acerca do papel do Senado Federal no âmbito do controle de constitucionalidade difuso.

Na referida reclamação, o Ministro Gilmar Mendes apresentou, pela primeira vez em plenário, a tese que já sustentava doutrinariamente, a de que o art. 52, X, da Constituição de 1988 havia sofrido mutação constitucional, em virtude das diversas alterações, tendo se tornado esvaziado e obsoleto. Dessa forma, defendeu que a nova norma extraída do artigo deveria ser a de que compete ao Senado Federal dar publicidade e não mais atribuir efeitos gerais à decisão do STF, pois elas já seriam dotadas desses feitos, não havendo mais distinção entre a pronúncia da declaração na forma principal ou incidental.

O Min. Gilmar Mendes defendeu, em suas razões de voto, que o instituto de suspensão de excoercedade, em que pese ter se demonstrado adequado inicialmente quando proposto, não mais se coaduna com o perfil de controle efetuado hodiernamente pelo Supremo Tribunal, nem com o regramento do sistema de controle. A tese do relator somete foi acolhida pelo Ministro Eros Grau, todos os demais ministros negaram a ocorrência de mutação, alguns, como visto, de maneira veemente, como o Min. Sepúlveda Pertence.

Essa proposta de equiparação, por intermédio da alteração da competência do Senado de material para formal, restou conhecida como a teoria da abstrativização do controle difuso e não foi adotada pelo Supremo no julgamento da Reclamação 4335/AC. A tese que prevaleceu foi a do Min. Teori Zavaschi acerca da força expansiva das decisões, com eficácia ultra partes, com o conceito de decisões vinculantes como precedentes. Contudo, essa também não foi utilizada para a provimento da referida ação, mas, sim, a Súmula Vinculante n. 26.

Apesar da tese da força expansiva não ter sido adotada, também não foi rejeitada. Na verdade, alguns ministros do Supremo demonstraram interesse na proposta de valorização dos precedentes judiciais, que se espraiam para casos idênticos e similares, possuindo, portanto, efeitos para além das partes do processo originário do precedente, sem a atuação do Senado Federal.

Decorridos apenas três anos do julgamento da Reclamação 4335/AC, o Supremo Tribunal, novamente, foi instado a se manifestar acerca da tese de mutação constitucional do inciso X do artigo 52 da Constituição. As ações questionavam lei estadual proibitiva de utilização de amianto crisotila, que era autorizado pelo artigo 2^a da Lei Federal n. 9055/95. O plenário do Supremo entendeu, por maioria, que referido artigo da lei federal era inconstitucional e que a declaração de inconstitucionalidade que se estava firmando possuía eficácia geral e vinculativa, sendo dispensada, portanto, a atuação do Senado para ampliação subjetiva da decisão.

Com base neste julgamento, a doutrina majoritariamente entendeu que o STF havia adotado a tese de mutação do art. 52, X, da CF, abraçando a interpretação de que o Senado apenas fará a publicização da decisão, portanto, teria adotado a teoria da abstrativização do controle difuso, com a equiparação das decisões deste aos do controle concentrado.

Assim, o presente trabalho objetivou analisar a teoria da abstrativização do controle difuso e suas implicações, motivo pelo qual o exame da Reclamação 4335/AC e das ADIs 3460/RJ e 3470/RJ demonstrou-se indispensável para o esclarecimento da origem e alcance da referida teoria, com o exame detido das razões de votos dos ministros em ambos os julgados, tanto os favoráveis quanto os contrários à tese.

Imperioso destacar que a finalidade da mutação constitucional proposta é, sem dúvidas, a celeridade da prestação jurisdicional e o reforço da segurança jurídica, evitando decisões díspares para casos análogos e diminuir o volume de processos pendentes versando sobre questão constitucional já resolvida. Dessa forma, propôs-se que as decisões do Supremo fossem bastantes em si mesmas, isto é, passassem a possuir eficácia geral, independentemente de manifestação do Senado. Todavia, a solução, pela tese de mutação, não se demonstra a mais apropriada constitucionalmente.

Nessa senda, importante rememorar que a doutrina e os ministros contrários à tese sustentam que a proposta é inconstitucional, pois vai além dos limites semânticos permitidos pelo texto normativo do art. 52, X, da Constituição, o qual confere ao Senado a competência para suspensão da exequibilidade da lei incompatível.

Dessa forma, compreensível que a proposta de mutação é inadequada e configura uma usurpação de competência constitucionalmente prevista, sendo inviável que o Supremo, por sua própria decisão, aumente seus poderes em detrimento de outro Poder, incorrendo em violação ao princípio da separação dos Poderes.

Com efeito, a competência senatorial de suspensão da executoriedade de norma inconstitucional é, atualmente, imprópria e ultrapassada, de modo que sua subsistência no ordenamento parece residir em razões históricas. Entretanto, as críticas, ainda que pertinentes, não autorizam ou validam a ocorrência de mutação constitucional que sobrepuja os limites do fenômeno.

A solução mais adequada para o caso seria a alteração pelas vias formais, com a elaboração de uma emenda constitucional que suprimisse a norma constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal, ou que, ao menos, modificasse o texto normativo de acordo com a nova interpretação – legislativa e jurisprudencial – que se tem dos sistemas de controle de constitucionalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018

BARBOSA, Rui. **Os actos inconstitucionaes do Congresso e do executivo ante a justiça federal**. Rio de Janeiro: Companhia Impressora, 1893.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, n.p.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Ebook.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 8. edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BELO, Eliseu Antônio da Silva. A abstrativização do controle difuso já é uma realidade no STF? In: **Conjur**. 30 set. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-set-30/eliseu-belo-abstrativizacao-controle-difuso-stf>> Acesso em: 17 jan. 2021.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26. edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil** (de 25 de março de 1824). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm> Acesso em: 03 de jun. 2020.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (de 24 de fevereiro de 1891). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm> Acesso em: 03 de jun. de 2020.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (de 16 de julho de 1934). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm> Acesso em: 03 jun. 2020.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm> Acesso em: 04 jun. 2020.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil** (de 18 de setembro de 1946). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm> Acesso em: 18 out. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 10 dez. 2020.

BRASIL. Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 10 de outubro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2346.htm> Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 24 de julho de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm> Acesso em: 15 dez. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.055, de 1 de junho de 1995. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 1 de junho de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9055.htm> Acesso em: 12 jan. 2021.

BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF 10 de novembro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm> Acesso em: 15 dez 2020

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 13 fev. 2021).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão da ADI n. 3406/RJ**. Rel. Min. Ellen Gracie. Data de julgamento: 06/02/2019. Data de publicação: 16/02/2009. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339388321&ext=.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão da ADI 3470/RJ**. Rel. Min. Rosa Weber. Data de julgamento: 29/11/2017. Data de publicação: 01/02/2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339388378&ext=.pdf>. Acesso em: 14 jan. 21.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão da ADI n. 4066**. Rel. Min. Rosa Weber. Data de julgamento: 24/08/2017. Data de publicação: 07/03/2018 Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313831911&ext=.pdf>> Acesso em: 12 jan. 21.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão do Habeas Corpus n. 82.959**. Rel. Ministro Marco Aurélio. Data de julgamento: Julgamento: 23/02/2006 Data de Publicação: 01/09/2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>> Acesso em: 09 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão da Reclamação 4335/AC**. Rel. Ministro Gilmar Mendes. Data de Julgamento: 20/03/2014. Data de Publicação: 22/10/2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>> Acesso em 10 de dez de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula vinculante 26**. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1271>. Acesso em: 10 dez de 2020.

BROSSARD, Paulo. **O Senado e as leis inconstitucionais**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181304/000393215.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 18 out. 2020

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2015

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. História do judicial review: o mito de Marbury. In: **Revista de Informação Legislativa**, v. 209, p. 115-132, 2016. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/520000/001063213.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 29 jun 2020.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2012.

DIAS, Cibele Fernandes. Controle de Constitucionalidade. In: Clèmerson Merlin Clève. (Org.). **Direito Constitucional Brasileiro: organização do Estado e dos poderes**. 1. ed. **São Paulo: Revista dos Tribunais**, 2014, v. II.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal**. 13. ed. reform. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. rev., atual, e ampl. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, Ebook.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. [tradução Gilmar Ferreira Mendes] Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. [tradução de João Baptista Machado]. 6. edição. São Paulo: Martins Fonte, 1998.

LASSALE, Ferdinand. **Que é uma constituição?** [tradução de Walter Stöner] Fonte Digital: Que é uma Constituição? Edições e Publicações Brasil, São Paulo, 1933. Ebook.

MELO FILHO, João Aurino de. Modelos de controle de constitucionalidade no direito comparado. Influências no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro. In: **Jus Navigandi**, ano 12, 2008, p. 1753. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/11158>> Acesso em: 30 jun. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 33. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2017. Ebook.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

PORTO, José Roberto Mello Porto; MARTINS, Dannel Adriano Araldi. STF não adota (ainda) a abstrativização do controle difuso. **Conjur** 10 mai. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-10/opiniaao-stf-nao-adota-ainda-abstrativizacao-controle-difuso>>. Acesso em: 22 jan. 2021.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SLAIBI FILHO, Nagib. Breve história do controle de constitucionalidade. In: **Revista da EMERJ**, v. 5, p. 284-319, 2002. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista20/revista20_284.pdf> Acesso em: 28 jun. 2020.

SPOSATO, Karyna Batista; DIAS, Clara Angélica Gonçalves Cavalcanti; GÓIS, João Alberto de Oliveira. Limites para mutação constitucional? A viragem interpretativa do artigo 52, X, da Constituição Federal de 88. In: *Revista do Direito (Santa Cruz do Sul. Online)*, v. 2, 2018. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/12341>>. Acesso em 19 out. 2019.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. In: **Revista Gestão e Controle**, v. 2, 2013. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/72>. Acesso em 20 jan. 21.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TALAMINI, Eduardo. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade. In: Clèmerson Merlin Clève. (Org.). **Direito Constitucional brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. 2, p. 669-705.

VICENTE, Paulo; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 18 ed. rev. atual. São Paulo: Método, 2019.