

**ESCOLA SUPERIOR DE MAGISTRATURA DO ESTADO DO CEARÁ-
ESMEC.
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

**A DISPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL DO ART. 52, X DA CF/88
NO ATUAL SISTEMA DE CONTROLE JUDICIAL DE
CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO**

Márcia Pires Ramos

Fortaleza-CE
Agosto, 2008

MÁRCIA PIRES RAMOS

**A DISPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL DO ART. 52, X DA CF/88
NO ATUAL SISTEMA DE CONTROLE JUDICIAL DE
CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO**

Monografia apresentada como exigência parcial para obtenção do grau de especialista em Direito Constitucional, sob a orientação de Conteúdo do Professor Humberto Cunha e orientação metodológica da Professor Flávio José Moreira Gonçalves.

Fortaleza – Ceará

2008

MÁRCIA PIRES RAMOS

**A DISPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL DO ART. 52, X DA CF/88
NO ATUAL SISTEMA DE CONTROLE JUDICIAL DE
CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO**

Monografia apresentada à banca examinadora e à Coordenação do Curso de Especialização em Direito Constitucional da Escola Superior de Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC), adequada e aprovada para suprir exigência parcial inerente à obtenção do grau de especialista em Direito Constitucional, em conformidade com os normativos de MEC.

Fortaleza (CE), 19 de dezembro de 2008.

Hora: 18:00 h.

Francisco Humberto Cunha Filho Dr.
Professor Orientador da ESMEC.

Flávio José Moreira Gonçalves Ms
Professor Examinador da ESMEC.

Edilson Barreira Dr.
Professor Examinador da ESMEC.

Flávio José Moreira Gonçalves Ms
Professor Orientador de Metodologia Científica

Fortaleza – Ceará

2008

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus pela oportunidade que me foi concedida em estudar nesta instituição; em seguida, a meus pais, pela dedicação e esforço pela minha formação; à minha irmã pelo companheirismo; ao meu orientador, Francisco Humberto Cunha, pela serenidade e presteza em que soube aplicar na condução do presente trabalho; a Alexandre Rocha, pela paciência e pelas palavras de incentivo e de força nas horas certas.

Por fim, gostaria de registrar ainda os meus sinceros agradecimentos a todos os professores e coordenadores do curso de especialização em Direito Constitucional e, em especial, aos funcionários da Coordenação da ESMEC pela atenção que sempre tiveram em me servir bem.

RESUMO

A Constituição Federal é a lei suprema do ordenamento jurídico brasileiro que determina forma de governo, estrutura, organização e os limites dos poderes do Estado, bem como direitos e garantias fundamentais. Para garantir a incolumidade da mesma, é necessário que haja um sistema de controle de constitucionalidade para combater a validade de norma inferior que possa eventualmente violá-la. O controle jurisdicional difuso, inspirado no direito-norte americano, instalou-se no Brasil com a Carta de 1891. Após algum tempo, gerou-se uma série de questões que acarretaram a desconfiança da legitimidade do sistema. Para saná-las, a CF/34 inseriu o Senado no controle difuso, dando-lhe competência para conferir eficácia geral às decisões definitivas do Supremo referentes à declaração incidental de inconstitucionalidade de lei, solucionando os conflitos frutos daqueles inconvenientes. Com o advento da CF/88 e de suas Emendas Constitucionais, o modelo difuso perdeu bastante espaço para o controle concentrado, por demonstrar este maior praticidade em seus institutos. Mas aquela competência privativa do Senado, cuja inserção desde o início rendeu muitas controvérsias, permanece ainda no ordenamento jurídico atual mediante o art. 52, X da Constituição vigente. Daí a importância do presente trabalho em analisar a estrutura do controle difuso, sobretudo a eficiência do supra aludido dispositivo constitucional, em face do fortalecimento dos institutos jurídicos do controle concentrado, bem como em face das inovações apresentadas pela atual postura do Supremo Tribunal Federal, em relação a via difusa.

Palavras-chave: Controle Difuso. Suspensão. Senado Federal. Controle Jurisdicional.

ABSTRACT

The Federal Constitution is the supreme Brazilian law that determines the form of government, structure, organization and powers limits of State, as well as rights and guarantees. To ensure safety for Constitution, there must be a control system of constitutionality able to combating the possible validity of lower standard produced in disagreement with the constitutional precepts. The diffuse control of court, based in U.S. law, it was installed in Brazil with the Charter of 1891. After some time, there was a series of issues that resulted in mistrust of system's legitimacy. In order to fix them, the CF/34 inserted the Senate in control diffuse, giving it competency to verify the final decisions effectiveness of the Federal Supreme Court relating to unconstitutionality of a law in future statement. After some time, there were a number of issues that lead to distrust of the system legitimacy. With the CF/88 addition and its Constitutional Amendments, the diffuse model losts enough space to control concentrated, due to demonstrating greater convenience in their offices. But that private power of the Senate, whose initial inclusion yielded many controversies, stays in the legal planning by the current Constitution in art. 52, X. Therefore the importance of this work is to make an analysis of the control diffuse structure, especially the efficiency, above mentioned constitutional device, both in the face of legal institutions strengthening of concentrated control, as in the face of the innovations made by the STF current stance, on the way diffuse.

Keywords: Control Diffuse. Suspension. Federal Senate. Judicial Control.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 HISTÓRIA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO ...14	
1.1 O sistema norte-americano.....	14
1.1.1 Sistema Common Law e o Stare decisis.....	17
1.2 A Constituição Imperial de 1824.....	20
1.3 A primeira Constituição Republicana (CF/1891).....	21
1.4 A Constituição de 1934.....	22
1.5 A <i>Polaca</i> (Constituição de 1937).....	24
1.6 As Constituições de 1946 e de 1967.....	25
1.7 A Constituição Federal de 1988.....	26
2 SOBRE O CONTROLE DIFUSO	28
2.1 Aspectos Gerais: Constituição e Controle de Constitucionalidade.....	28
2.1.1 Constituições Rígidas e Flexíveis.....	29
2.1.2 Controle Político e Controle Jurisdicional.....	30
2.2 O Procedimento do Controle Difuso Tradicional.....	31
2.2.1 Procedimento do Controle Difuso nos Tribunais.....	33
2.2.2 Procedimento do Controle Difuso no STF.....	40
2.2.3 Considerações sobre o artigo 52, X da CF/88.....	43
2.2.3.1 Suspensão pelo Senado: obrigação ou faculdade?.....	45
2.2.3.2 Efeito <i>ex tunc</i> ou <i>ex nunc</i> ?.....	47
3 A VIA DIFUSA E O ART. 52, X DA CF/88 NO CONTEXTO ATUAL	52
3.1 Da função do Senado Federal.....	52
3.2 A Repercussão da Súmula Vinculante instituída pela EC n. 45/2004.....	55
3.3 As Inovações do STF.....	58
3.4 Mutação Constitucional do art. 52, X da CF/88?.....	65
CONCLUSÃO	68
REFERÊNCIAS	70
APÊNDICE	73
ANEXO	88

INTRODUÇÃO

O controle de constitucionalidade judicial é um dos institutos jurídicos mais importantes da história mundial a garantir a incolumidade dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos em sociedade, além de assegurar estabilidade, uniformidade e supremacia ao ordenamento jurídico de um Estado Constitucional de Direito.

A idéia de se constituir um Estado com essas características surgiu mediante a necessidade de acabar com as ações despóticas e tirânicas dos governos absolutistas, cujos poderes se concentravam na figura de um só governante, o monarca. Essas ações, esses abusos constatados na Europa continental, entre os séculos XVII e XIX, em nada atendiam aos anseios da sociedade naquele momento, só criavam impedimentos e obstáculos ao desenvolvimento da economia capitalista, que se encontrava em momento de ascensão, bem como oprimiam cada vez mais as classes menos favorecidas da sociedade.

A obra de Montesquieu, intitulada *Do Espírito das Leis*, expressa bem a razão de elidir o absolutismo monárquico, revelando a técnica da separação dos poderes, bem como, a saber, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. Tais Poderes, há de se deixar claro, não são totalmente isolados, havendo necessariamente uma interação harmônica entre eles, como reza o sistema dos *freios e contrapesos*. Essa técnica admite que cada Poder tenha como predominante a função estatal que lhe dá nome; mas como não são, e nem podem ser, isolados, esses Poderes praticam, em determinadas circunstâncias, funções diversas das que lhe são próprias no seu âmbito interno, assim como também interagem entre si. A título de exemplo, o Poder Judiciário tem como predominante a função jurisdicional, mas no seu âmbito interno ele pratica atos legislativos, quando estatui os seus Regulamentos Internos, pratica atos executivos, ao nomear um servidor público e, também, interfere nos outros poderes, quando impede que um determinado ato executivo tenha eficácia, proferindo a sua ilegalidade. No dizer de Paulo Bonavides (2003), cada Poder é possuidor de duas faculdades, a de estatuir e a de impedir.

A idéia de separação dos poderes revolucionou a organização política dos Estados europeus, como também se tornou um dos princípios mais importantes das Constituições dos demais Estados ocidentais. A reflexão trazida pela referida obra gira em torno da liberdade individual. Esta só estaria garantida a cada cidadão com a existência de leis que a respeitassem e a assegurassem, bem como com a não concentração de poderes em uma só

pessoa, pois do contrário haveria o risco de abusos, gerados por meio de mandos e desmandos arbitrários, e de atitudes intervencionistas, que poderiam vir a comprometer a estabilidade e a segurança das relações jurídicas entre os cidadãos, especialmente nos negócios da burguesia emergente. Para evitar tais abusos, se fez então necessário o desmembramento desses poderes, ou melhor, a divisão das funções estatais.

Com a implementação de tais idéias nos sistemas políticos e em ordenamentos jurídicos de vários países, aos poucos os Estados absolutistas foram perdendo força e deram lugar aos Estados constitucionais. Estes últimos têm como fundamento basilar a obediência a uma lei máxima que atinge a todos, até mesmo, o monarca. Essa lei é a constituição do estado, que exprime entre outras coisas a forma de governo, a organização do Estado, os direitos e garantias individuais dos cidadãos e os limites de competência de cada um dos três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário).

No entanto, sua estrutura varia de acordo com o sistema político-jurídico de cada Estado. Um aspecto a ser ressaltado é a questão da rigidez. Pode a Constituição ser flexível ou rígida. A flexível prescinde de um controle de constitucionalidade, diferente do que ocorre na constituição rígida onde um mecanismo de controle de constitucionalidade é de grande importância para segurança e estabilidade do ordenamento jurídico. Este assunto será melhor abordado em capítulo específico.

O controle de constitucionalidade pode ser exercido por órgãos políticos (controle político), por órgãos do Poder Judiciário (controle jurisdicional ou judicial), e por ambos (controle misto). No presente trabalho dá-se ênfase ao controle jurisdicional. Este se dá dentro no atual regimento jurídico sob duas maneiras: difusa (todos os juízes e tribunais podem exercer o controle de constitucionalidade das leis) e concentrada (apenas a Corte Suprema é quem exerce o controle). Dentre estas, a forma difusa será tratada de maneira mais aprofundada no discorrer deste estudo.

O controle de constitucionalidade judicial, atualmente aplicado em alguns ordenamentos de Estados ocidentais, dentre estes o Brasil, surgiu expressamente nos Estados Unidos da América mediante o famoso caso *Marbury vs. Madison*, julgado pelo presidente da Suprema Corte Norte-Americana, John Marshall, em 1803. Foi aí que houve a “identificação original da constituição escrita com a liberdade individual” (BARROS *In*: MARTINS, 2002, p. 595). Marshall, em seu voto, proferiu a possibilidade do juiz rever a legalidade de uma lei

ou de um ato normativo em face da Constituição, podendo declará-la inválida para solucionar o fato em lide, tornando-a sem efeitos, se a mesma se chocar contra preceito defendido por uma norma constitucional. Posteriormente, tal instituto advindo desse julgado se estendeu a todos os juízes que constituíam o Poder Judiciário norte-americano, adquirindo assim a sua forma difusa.

O manifesto expresso na decisão de Marshall suscitou, à época, a idéia de que uma Lei Magna deve sustentar e impor sua supremacia perante as leis inferiores. Somente as leis condizentes e em conformidade com a Constituição é que devem ser aplicadas aos julgados, às relações jurídicas, devendo deixar de aplicar, ao caso concreto, as que não tiverem em conformidade com a Lei Maior, tornando-se isto praticamente em uma obrigatoriedade para todos os juízes e tribunais norte-americanos.

O ordenamento jurídico brasileiro, encabeçado sempre por constituições rígidas, adotou primeiramente o modelo norte-americano (controle de constitucionalidade judicial difuso), presente na Constituição de 1891. Porém, no que concerne ao objeto do presente trabalho, somente com a Constituição de 1934 surgiu a participação do Senado no controle jurisdicional difuso, que se deu por meio do artigo 91, IV da Carta citada. A atribuição foi no sentido do referido órgão político dar solução às discussões e conflitos gerados pela diversidade de decisões em sede de controle difuso (ou por via de exceção) sobre a declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, bem como estabelecer uniformidade dessas decisões. Desde então, tal preceito veio a ser repetido nos textos das constituições posteriores, inclusive na vigente.

A atual Constituição (1988) trata da participação do Senado em sede de controle de constitucionalidade difuso em seu dispositivo art. 52, X. Do tempo das primeiras constituições para esta, muitas transformações aconteceram, inclusive no sistema de controle de constitucionalidade. O sistema, além do modelo difuso norte-americano, adotou também o modelo austríaco, proposto por Hans Kelsen: o concentrado, tornando assim misto o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro.

A inserção do Senado Federal no controle jurisdicional difuso, desde o princípio, sempre gerou muitas discussões, principalmente a respeito da sua legitimidade de efetuar o controle, sobre a sua obrigatoriedade em executar tal atribuição incumbida pela Carta Magna, sobre a sua relação com o Supremo Tribunal Federal (STF) e sobre o seu desempenho diante

uma tarefa tão relevante para a segurança do nosso ordenamento jurídico. Além disso, com o advento da CF/88 e de suas posteriores Emendas Constitucionais, bem como de inovações na jurisprudência do Supremo, isto tudo veio reforçar ainda mais o controle de constitucionalidade concentrado, tornando aos poucos em desuso a figura do dispositivo legal art. 52, X da CF/88 (suspensão pelo Senado Federal de executabilidade de lei ou ato declarado inconstitucional por decisão definitiva do STF) no ordenamento jurídico brasileiro.

Desta forma, faz-se necessário o estudo do referido tema para se saber como é que fica o papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade difuso diante das novidades trazidas pela Carta vigente e pelas Emendas Constitucionais, bem como das novas tendências de abstração que o Supremo vem adotando em alguns de seus julgados em sede de controle difuso.

Diante o exposto, responde-se no decorrer deste trabalho monográfico aos seguintes questionamentos: Qual a real situação do controle jurisdicional difuso após as mudanças ocorridas no ordenamento jurídico brasileiro com o advento da CF/88 e de suas Emendas constitucionais? Quais os principais fatores que contribuíram para o enfraquecimento do modelo difuso de controle de constitucionalidade? Que real sentido terá, agora, o art. 52, X da Constituição vigente em face das inovações jurisprudenciais do STF? Essas inovações do Supremo traduzem uma alternativa melhor do que a solução apresentada pelo art. 52, X da CF/88 no que se refere à necessidade de se estabelecer uma segurança jurídica nos julgados em sede de controle jurisdicional difuso?

A justificativa para o presente trabalho está nas discussões geradas acerca da aplicabilidade do art. 52, X da CF/88 (suspensão pelo Senado Federal de execução de lei ou ato normativo declarado inconstitucional por decisão definitiva do STF em sede de controle difuso) diante do fortalecimento do controle abstrato no atual contexto do sistema de controle de constitucionalidade judicial brasileiro. O Senado Federal é um órgão político de função predominantemente legislativa, apesar de também exercer funções predominantes de outros poderes como o Judiciário e Executivo. Contudo, é de se notar que a Constituição Federal vigente e suas Emendas Constitucionais (EC's de nº 03/93 e de nº 45/04) fortaleceram ainda mais o controle concentrado, pois os instrumentos deste mostraram maior praticidade e celeridade em seus julgamentos do que os presentes no modelo difuso. Provavelmente por causa dessa praticidade há uma forte tendência do Supremo em atribuir feições abstratas ao controle difuso, como se vê em alguns de seus julgados mais recentes, por exemplo: o HC

82959/SP e o RE 197917/SP. Isto tudo veio a reforçar a idéia de que com o tempo a suspensão de execução de lei ou ato normativo inconstitucional pelo Senado em via difusa (art. 52, X da CF/88) vai se tornar desnecessária, sem utilidade.

Tem-se, como objetivo geral, fazer uma análise sobre a situação do controle concreto e da aplicabilidade do art. 52, X da CF/88 frente à mudança trazida pelas inovações ocorridas no ordenamento jurídico, bem como no comportamento do STF e que implicaram na supervalorização do controle abstrato e na possibilidade de não se depender mais do aval do Senado para estender os efeitos dos julgados proferidos na via difusa.

Sobre a metodologia (Projeto de Pesquisa, vide Apêndice) que forneceu o embasamento do presente trabalho, as hipóteses são perquiridas mediante pesquisa bibliográfica e documental. No que é referente à utilização dos resultados, a pesquisa é pura, voltada para o aumento do conhecimento do pesquisador para uma nova visão sobre o assunto. A abordagem é feita de forma qualitativa buscando aprofundar as relações e as ações jurídicas e políticas dentro de um sistema de Estado de Direito. Em relação aos objetivos, a pesquisa é descritiva de fenômenos sociais, sua freqüência, natureza e características, e exploratória, sempre em busca de novas informações para o aprimoramento do tema aqui desenvolvido.

O primeiro capítulo trata sobre o histórico do controle de constitucionalidade no Brasil, para que se obtenha, de certa forma, uma visão geral da evolução do referido instituto em sua passagem pelas Constituições brasileiras. Além disso, faz-se menção ao surgimento e a justificativa da inserção do Senado Federal no tradicional controle jurisdicional de constitucionalidade, bem como as conseqüências disso.

No segundo capítulo busca-se o estudo e a compreensão da estrutura e do funcionamento do controle jurisdicional difuso no ordenamento jurídico brasileiro, fazendo considerações sobre seu processamento no âmbito dos tribunais ordinários e do Supremo Tribunal Federal, bem como sobre alguns aspectos da suspensão de lei pelo Senado na forma do art. 52, X da CF/88.

Por fim, o terceiro capítulo analisa as inovações ao sistema jurídico de constitucionalidade pátrio trazidas pela Carta vigente e suas EC's bem como as trazidas pelo STF por meio de seus julgados recentes. Também analisa a situação da função privativa do Senado elencada no art. 52, X da CF/88 diante desse novo quadro de transformações, fazendo algumas considerações sobre o possível destino do referido dispositivo constitucional.

Desta forma, o trabalho aborda a situação em que se encontra o controle difuso e o dispositivo constitucional que atribui ao Senado a função de suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo STF em via difusa, diante do crescimento do controle abstrato. Busca-se aqui elucidar, de maneira coesa e clara, a origem do controle de constitucionalidade brasileiro, como se deu a inserção do Senado no controle difuso e como está sendo sua atuação desde então, as discussões que giram em torno do art. 52, X da Carta vigente, as inovações ocorridas a título de controle de constitucionalidade repressiva judicial (principalmente as trazidas pelos ministros do STF) e quais as principais conseqüências e questionamentos decorrentes das mesmas.

1 HISTÓRIA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO

A origem do sistema de controle de constitucionalidade se encontra no movimento, segundo Sérgio Resende de Barros (*In: MARTINS, 2002, p.593*), chamado constitucionalismo. Esse movimento teve suas origens entre meados do século XVIII e início do século XIX, e veio com o objetivo de acabar com o puro arbítrio dos governantes e, assim, promover uma idéia política de escrever uma constituição que estabelecesse definitivamente um Estado de Direito. Firmou-se aí uma situação onde até o próprio Estado estaria sujeito a obedecer às regras impostas.

Atente-se, neste primeiro capítulo, à evolução e ao desenvolvimento do sistema de controle de constitucionalidade na passagem de cada uma das constituições brasileiras.

Antes, porém, é importante estudar o surgimento do controle judicial de constitucionalidade nos Estados Unidos (*judicial review*), tendo em vista que o sistema de controle de constitucionalidade norte-americano serviu como relevante parâmetro para a introdução do referido controle no ordenamento jurídico brasileiro.

1.1 O sistema norte-americano

O controle de constitucionalidade jurisdicional difuso não surgiu expressamente na Carta americana. Em seu texto não está previsto qualquer atribuição ao Poder Judiciário referente ao controle de constitucionalidade de leis. Tal instituto surgiu, porém, na prática jurisprudencial norte-americana, mais precisamente na decisão pioneira de John Marshall, diante do clássico caso *Marbury vs. Madison*.

O referido caso ocorreu durante um período politicamente hostil na história dos Estados Unidos (E.U.A), marcado por fortes disputas políticas e por brigas calorosas entre republicanos e federalistas. Tudo começou ao final de 1800, momento em que o Presidente John Adams e seus aliados federalistas foram derrotados pela oposição republicana com a eleição de Thomas Jefferson para ser o novo presidente dos E.U.A.

Ao final de seu governo, John Adams e seus aliados, que representavam maioria no Congresso à época, articularam-se numa manobra política para conservar sua influência através do Poder Judiciário. Eles fizeram aprovar duas leis – *the Circuit Court Act*, em

13.02.1801, e *the Organic Act the District of Columbia*, em 27.02.1801 – através das quais almejavam tomar medidas numa tentativa de reorganização do quadro Judiciário federal. Dentre estas, estavam a redução do número de Ministros da Suprema Corte (isto para impedir uma nova nomeação pelo Presidente eleito) e a criação de 16 novos cargos de juiz federal (com atenção para o fato de que todos seriam preenchidos por federalistas, que naturalmente apoiavam John Adams). (BARROSO, 2006, p.04)

Além das citadas medidas, havia ainda a que tinha dado ensejo ao caso *Marbury v. Madison*, que consistia em autorizar John Adams a nomear quarenta e dois juízes de paz, tendo os nomes indicados já confirmados pelo Senado na véspera da posse do, então, novo presidente: Thomas Jefferson. Adams assinou os atos de investidura dos novos juízes no último dia do seu governo, deixando o seu Secretário de Estado, John Marshal, encarregado de entregar todos esses atos num único dia. Ocorreu que este não teve tempo de concluir a tarefa antes de se encerrar o governo de Adams, e alguns dos nomeados ficaram sem receber regularmente a investidura. Vale registrar que, à época, John Marshal tinha sido indicado por Adams para ocupar o cargo de Presidente da Suprema Corte dos E.U.A (*Chief Justice*). Apesar de seu nome já ter sido aprovado pelo Senado, já tendo, inclusive, prestado compromisso antes do início do novo governo Jefferson, ou seja, no período final de Adams, permaneceu no cargo de Secretário de Estado até o último dia do mandato deste (BARROSO, 2006, p.04).

Com a posse de Thomas Jefferson e de seu novo Secretário de Estado, James Madison, este, seguindo a orientação de seu Presidente, recusou-se a entregar os atos de investidura aos indicados que ainda não haviam recebido, dentre eles: William Marbury. Este, indignado, propôs uma ação judicial, o *writ of mandamus*, para ver reconhecido seu direito ao cargo. O pedido foi formulado com fundamento em uma lei de 1789 – *the Judiciary Act*. Tal lei atribuía à Suprema Corte a competência originária para processar e julgar ações como aquela. A Corte, já tendo Marshal como seu presidente, se reuniu em 1803 para julgar o histórico caso *Marbury vs. Madison*. (BARROSO, 2006, p.04-05).

Marshall, na condição de Juiz-Presidente da Suprema Corte norte-americana, se deparou diante de um complicado dilema: o ilustre magistrado entendia que as nomeações feitas pelo Presidente Adams deveriam ser respeitadas, porém, sabia que Madison, Secretário do Estado, sob os mandos do Presidente Jefferson, iria ignorar o mandado em favor de

Marbury, o que desmoralizaria a Suprema Corte e o seu juiz-presidente, pondo em xeque a Constituição dos Estados Unidos. (BARROS. *In*:MARTINS, 2002, p.597).

É importante ressaltar que, á época, os Estados Unidos estavam começando a se firmar como um estado federal, sendo que os Poderes estabelecidos na Carta Magna americana ainda não estavam com os contornos bem definidos, dando ensejo a conflitos de competências entre os mesmos. A Constituição norte-americana ainda não estava firmemente imposta, carecendo ainda de força a sua supremacia.

No entanto, o célebre magistrado conseguiu resolver o impasse alegando que a Suprema Corte era incompetente para analisar *o mandamus*, pois entendia que a *Judiciary Act* de 1789 estava sendo inconstitucional ao atribuir à Suprema Corte uma competência que não havia sido fixada primeiramente pela Constituição Americana (BARROS. *In*: MARTINS, 2002, p.597). Marshal pronunciou ainda que a referida Corte era a única instituição com o poder de dizer o direito, já que o afirmava como o intérprete final da referida Carta Magna, tendo, portanto, como dever declarar inconstitucional qualquer lei que ousasse passar por cima da autoridade do referido Documento.

Em seu pronunciamento, o Presidente da Suprema Corte consignou que para fazer valer os ideais de uma nação defendidos em sua Constituição, esta há de ter sua superioridade mantida incólume, assim como a sua supremacia definitivamente imposta. Portanto, toda norma ordinária tem que estar em conformidade com as normas constitucionais, por se entender que estas lhes são superiores.

Ou havemos de admitir que a Constituição anula qualquer medida legislativa, que a contrarie, ou anuir que a legislatura possa alterar a Constituição por medidas ordinárias. Não há por onde se contestar o dilema. Entre as duas alternativas não se descobre meio-ermo. Ou a Constituição é uma lei superior, soberana, irreformável mediante processos comuns, ou se nivela com os atos da legislação usual, e, como estes, é reformável à vontade da legislatura. Se a primeira é verdadeira, então o ato legislativo contrário à Constituição não será lei, se é verdadeira a segunda, então as Constituições escritas são esforços inúteis do povo de limitar um poder pela sua própria natureza ilimitável. Ora, com certeza, todos os que têm formulado Constituições escritas, sempre o fizeram no objetivo de determinar a lei fundamental e suprema da nação, e conseqüentemente, a teoria de tais governos deve ser a da nulidade de qualquer ato da legislatura ofensivo da Constituição. (VELOSO, 1999, p. 38).

John Marshall deixou transparecer a todos que é próprio da função do juiz o poder de avaliar a legitimidade das leis e dos atos normativos em face da Constituição ao citar um trecho do juramento que todo juiz, ao assumir a magistratura, faz “decidir conforme a

Constituição e leis dos Estados Unidos”. (BARROS. *In*: MARTINS, 2002, p.598). Nessa parte do juramento, sendo a Constituição mencionada em primeiro lugar, deduz-se que só as leis que estiverem em conformidade com a Lei máxima são tidas como legítimas.

Mauro Cappelletti, em sua obra *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado* (1999), diz que a decisão do *Chief Justice Marshall* representou uma grande inovação ao proclamar a Supremacia da Constituição sobre outras leis e o conseqüente poder dos juízes de não aplicar as leis constitucionais. Inovação esta que já no século XIX ganhou força e alcance universal.

Para Luís Roberto Barroso (2006), a interpretação movida por Marshal, que o levou a considerar a *Judiciary Act* de 1789 inconstitucional, não era a única cabível para o caso, podendo-se reconhecer a incompetência da Corte ou o descabimento do *writ* por outras razões. Marshal, porém, foi sagaz ao usar como fundamento decisório a alegação de que o Poder Judiciário é quem tem a competência para dizer o direito e o sentido das leis (BARROSO, 2006, p.08). Segue abaixo o comentário do citado jurista sobre o exposto.

É indiscutível que o voto de Marshal reflete, intensamente, as circunstâncias políticas de seu prolator. Ao estabelecer a competência do Judiciário para rever os atos do Executivo e do Legislativo à luz da Constituição, era o seu próprio poder que estava demarcando, poder que, aliás, viria a exercer pelos trinta e quatro longos anos em que permaneceu na presidência da Corte. A decisão trazia, no entanto um toque de inexcusável sagacidade política. É que as teses nela veiculadas, que em última análise davam poderes ao Judiciário sobre os outros dois ramos de governo, jamais seriam aceitas passivamente por Jefferson e pelos republicanos do Congresso. Mas, como nada lhes foi ordenado – pelo contrário, no caso concreto foi a vontade deles que prevaleceu -, não tinham como descumprir ou desafiar a decisão (BARROSO, 2006, p.09)

Assim, surgiu o modelo norte-americano de controle judicial de constitucionalidade, conhecido como difuso, pois pode ser exercido por qualquer juiz ou tribunal do Poder Judiciário, incidentalmente no curso de qualquer processo, de maneira prejudicial à lide. Isto quer dizer que o objeto da ação principal não se confunde com o incidente de inconstitucionalidade, porém, a solução daquela depende da declaração de inconstitucionalidade, ou não, da lei ou do ato impugnados no incidente. A sentença aí proferida é de natureza declaratória, tendo eficácia somente para as partes em litígio, com efeitos *ex tunc* (a lei é considerada inválida desde o tempo em que ela nasceu).

1.1.1 Sistema Common Law e o Stare Decisis

Common Law é “o Direito da Inglaterra e dos países que seguiram seu modelo. Foi elaborado com base no direito costumeiro e hoje é baseado em decisões judiciais. A norma só tem valor nesse sistema à medida que o juiz a emprega”. (VENOSA, 2001, p.94). Ou seja, nesse sistema a lei é fonte secundária, pois a fonte imediata do direito são os precedentes judiciais e as decisões judiciais uniformes (jurisprudência). Uma sentença proferida em determinado caso particular pode servir de base de raciocínio ou de fundamentação para outros casos similares no futuro. A lei só terá relevância para o direito se o juiz decidir aplicá-la em um caso concreto, caso se apresente eficaz para a solução da lide.

Essa família jurídica ganhou essa denominação por se tratar de um direito comum a toda Inglaterra. Originariamente, esse sistema se encontrava nos costumes locais, porém, sob um aspecto mais moderno, são as decisões provenientes dos juízes e tribunais que fazem surgir esse direito comum. É o sistema adotado pelos Estados Unidos da América, dentre outros que sofreram a colonização dos ingleses ou que, simplesmente por imitação, também o adotaram.

No entanto, o *Common Law* no direito norte-americano sofreu alterações, distanciando-se, então, do original modelo inglês. Sílvio de Salvo Venosa (2001, p.96) elencou algumas das principais diversidades entre o modelo norte-americano e o modelo inglês:

As diferenças existentes entre o direito inglês e o norte-americano devem-se a diversos fatores, sem se levar em conta a soberania nacional. A principal distinção está no fato de que nos EUA existe um federalismo, há um direito federal e um direito dos Estados, o que por si só embasa grande diversidade de enfoque. Existe, porém, grande unidade no *Common Law*. Não se pode falar em um *Common Law* para New Jersey e outro para New York. Há a tendência de ver o *Common Law* dos EUA como um direito da razão, um direito federal, em vez de um direito repartido entre os vários Estados. É certo que cada Estado tem sua autonomia, mas o *Common Law* deve ser encarado de maneira uniforme.

Continuando a dar seguimento às diferenciações entre o sistema inglês e o americano, conclui o referido autor (2001, p.98):

Nunca devemos esquecer que para o jurista norte-americano sua Constituição Federal tem caráter fundamental. É algo mais do que uma carta política. É um ato fundamental. Este é um dos pontos básicos do direito norte-americano, em cotejo com o direito inglês, em que não há uma constituição escrita. As garantias constitucionais são interpretadas com grande flexibilidade.

O *Common Law* norteia-se pelo princípio da obrigatoriedade do precedente judicial. Este princípio consiste em que a sentença proferida com sucesso em determinado caso deve servir de fundamento para casos análogos futuramente. Isso adveio de uma idéia basilar do

direito, em que casos parecidos devem ser decididos da mesma maneira, vez que questões similares não podem receber soluções diferentes à luz do mesmo ordenamento jurídico.

O instituto do *stare decisis* surgiu devido a essa prática marcadamente jurisprudencial presente no *common law*. A expressão em latim, *stare decisis*, veio da frase *stare decisis et non quieta movere*, que significa “estar com as coisas decididas e não mover as coisas quietas”. (BARROS. *In*: MARTINS, 2002, p.600). Desse modo, uma decisão judicial referente a um caso relevante, cujo entendimento jurídico se tornou pacífico na jurisprudência, possui efeito vinculante para todos os casos posteriores, cujas razões de direito também são semelhantes.

Isso implica que os tribunais e juízes inferiores devem decidir conforme os precedentes judiciais estabelecidos pela Suprema Corte, proporcionando dessa maneira tratamento igual a todos os casos similares ao caso decidido no precedente judicial, imprimindo-lhes assim certa uniformidade em seus julgados, o que contribui para evitar disparidades e descongestionar a aparelhagem judiciária de demandas que possam vir tratar da mesma matéria reiteradamente.

Também esse instituto se demonstra diferente no direito inglês e no direito norte-americano. Nos EUA, o *stare decisis* é menos rígido que na Inglaterra. Os precedentes judiciais no citado país norte-americano estão sujeitos à evolução histórica e às necessidades sociais nas circunstâncias em que assim exigirem. Segundo Sérgio Resende de Barros, nos Estados Unidos, não se poderia conceber, em algum momento, a absoluta inflexibilidade do *stare decisis*, devido à presença de “[...] constituição escrita e da peculiar persistência de sua Constituição: uma inovadora convivência do direito jurisprudencial com o direito legislado” (*In*: MARTINS, 2002, p.601).

Na Inglaterra, por outro lado, os juízes supervalorizam a certeza da lei e, assim, acabam por inibir a revisão de um *stare decisis*, mesmo quando isto precisa ser feito. Mais uma vez, invoca-se as explicações do autor citado acima (2002, p.601) com relação à inflexibilidade do *stare decisis* no direito inglês:

Os juízes ingleses maximizam o princípio da certeza da lei. Entendem ser tão essencial manter certa a lei, que a salvaguarda dessa certeza inibe a revisão de um *stare decisis*, ainda quando necessária, mesmo porque o Parlamento tem o poder de corrigir, a qualquer momento e com eficácia imediata, qualquer erro judiciário. Essa correção resulta em um controle inverso ao de constitucionalidade, porque se faz pelas casas parlamentares sobre as judiciais, o que seria inconcebível em um sistema constitucional de separação de poderes, como o norte-americano. Diga-se, de passagem, que a separação de poderes, como se tenha inspirado no resultado da

Revolução Gloriosa – nunca existiu na Inglaterra, onde o que se fez por essa Revolução foi uma divisão sem separação dos poderes, os quais depois se vieram integrando até o ponto máximo em que se chegou com o atual parlamentarismo monista.

O referido instituto, apesar de sua flexibilidade, trouxe para o direito norte-americano uma força institucional que garante, até hoje, estabilidade, eficiência e eficácia ao controle de constitucionalidade jurisdicional, o que é essencial para resguardar a supremacia, a hegemonia, e a superioridade da Constituição da Federação Americana diante das normas ordinárias, inferiores.

Mauro Cappeletti (1999) entende que o sucesso do controle de constitucionalidade jurisdicional difuso nos EUA se deve à obediência ao *stare decisis*. Isto se observava de maneira clara diante de situações em que havia divergências entre as Cortes, estadual e federal, com relação à constitucionalidade de uma determinada lei. Quando isto acontecia, a questão de constitucionalidade, mediante o manejo de um sistema de impugnações, acabaria por ser decidida na Suprema Corte dos EUA. A decisão aí emitida seria eficaz deste momento em diante, sendo vinculante para todos os órgãos judiciários, dirimindo, assim, os conflitos e as discussões entre aqueles tribunais.

Em outras palavras, o princípio do *stare decisis* opera de modo tal que o julgamento de inconstitucionalidade da lei acaba, indiretamente, por assumir uma verdadeira eficácia *erga omnes* e não se limita então a trazer consigo o puro e simples efeito da *não aplicação* da lei a um caso concreto com possibilidade, no entanto, de que em outros casos a lei seja, ao invés, de novo aplicada (36). Uma vez não aplicada pela *Supreme Court* por inconstitucionalidade, uma lei americana, embora permanecendo ‘on the books’, é tornada ‘a dead law’, uma lei morta (37), [...]. (CAPPELETTI, 1999, p.81)

Apesar de ter sua eficiência demonstrada, o *stare decisis* não foi adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Nosso sistema jurídico segue o modelo Romano-Germânico. Neste, segue-se a cultura *Civil Law*. A lei aqui é a fonte imediata do direito, os magistrados buscam soluções para as lides na interpretação das normas codificadas, das leis escritas. A jurisprudência é suscitada em segundo plano. À época da Constituição de 1891 não se vivia em uma cultura jurídica de jurisprudência ativa e de força vinculante das decisões judiciais. Portanto, imerso nesse cenário desfavorável, o Brasil não adotou o sistema de controle difuso norte-americano em sua totalidade, o que acabou comprometendo posteriormente a segurança jurídica nos julgados brasileiros, como adiante veremos.

1.2 A Constituição Imperial de 1824

A primeira Carta Magna brasileira, a Constituição do Império do Brasil, de 1824, não tratou sobre o controle jurisdicional de constitucionalidade; aquela conferiu aos órgãos do Poder Legislativo, além da tarefa de fabricar leis, o dever de velar pela guarda da Constituição. Somente o Legislativo poderia interpretar as leis, suspendê-las e revogá-las, no entanto, tais atividades não eram exercidas livremente, havendo aí a fiscalização do Poder Moderador, que era exercido pelo Imperador. O Poder Moderador, conforme art. 98 da Carta Imperial de 1824, era responsável pelo equilíbrio e harmonia entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

À época da elaboração da Carta de 1824, os legisladores se influenciaram pela política exercida na Inglaterra e na França e, de início, não estavam interessados pelo método americano.

1.3 A primeira Constituição Republicana (CF/1891)

Com a primeira Constituição do período republicano, datada de 1891, foi inserido no sistema jurídico brasileiro o controle de constitucionalidade difuso, também chamado de controle incidental, mediante os dispositivos legais presentes no art. 59, §1º, *a e b* e no art. 60, *a*. Nessa época, a influência do direito norte-americano fez presença marcante nas idéias e pensamentos dos doutrinadores, juristas e políticos interessados em expurgar definitivamente a ingerência de um poder moderador (extinto com o fim do sistema imperial), sobre as relações e ações dos outros Poderes. Estando inserida no texto da Constituição a garantia de que o Poder Judiciário pode exercer o controle de constitucionalidade, restou então assegurada a supremacia da própria Carta Magna, bem como o equilíbrio e a harmonia entre os Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário).

Os referidos dispositivos tratavam da matéria de controle de constitucionalidade da seguinte forma:

Quando a ação ou a defesa fundar-se em disposição constitucional, que haja sido violada por ato legislativo ou executivo do poder federal, a competência é das justiças da União (art. 60, *a*). Quando se fundar em disposição constitucional que haja sido violada por ato do poder legislativo ou executivo dos poderes dos Estados, a competência é das justiças estaduais, com recurso para o supremo tribunal (art. 59, §1). (BITTENCOURT *apud* VELOSO, 1999, p.29)

Com a Lei nº 221 de 1894, por meio do seu art.13, § 10, foi dada *carta branca* aos juízes e tribunais para apreciarem a validade de leis e regulamentos, de forma que, sendo aquelas manifestamente inconstitucionais e estes incompatíveis com as leis e com a Carta

Magna (VELOSO, 1999), devem os magistrados e os tribunais deixar de aplicá-los aos casos concretos.

Pela Revisão Constitucional de 1926 foi estendida a competência de analisar a constitucionalidade de leis federais em seus julgados para todos os tribunais, de âmbito federal e de estadual.

1.4 Constituição de 1934

Esta carta manteve o controle difuso (ou incidental) no ordenamento jurídico brasileiro, porém, trouxe algumas inovações importantes com os seus arts. 179 e 91, IV. No primeiro dos citados dispositivos, determinou o *quorum* de maioria absoluta dos membros dos tribunais para as decisões sobre inconstitucionalidade de lei ou ato normativo proveniente do Poder Público; já em seu art. 91, IV, dispôs sobre “[...] a suspensão, pelo Senado, da execução de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário”. (VELOSO, 1999, p. 31).

Como foi dito anteriormente, o Brasil é um dos países cujo sistema jurídico segue o modelo do *Civil Law*, contudo, adotou o sistema americano de controle de constitucionalidade para preservar a supremacia de sua Constituição Federal. Ocorre que, no sistema jurídico Romano-Germânico (*civil law*), não existe a figura do *stare decisis*, permanecendo a lei como a fonte primária do direito. Os julgadores devem basear suas decisões pela interpretação colhida nas leis. A jurisprudência fica em segundo plano.

O resultado disso é que as decisões proferidas pelos tribunais superiores não vinculam os tribunais e juízes inferiores. Ou seja, o juiz, ou o tribunal, decide conforme a sua própria interpretação da lei em questão, não estando obrigado a seguir a mesma linha de entendimento de outros juízes ou das Cortes superiores. Além disso, a sentença proferida no caso em que se argüi o incidente estabelece a não aplicação da lei declarada inconstitucional somente para as pessoas litigantes deste caso concreto. A referida lei, portanto, continua vigendo para todas as outras que não fizeram parte do litígio.

Isso acabou provocando uma série de inconvenientes jurídicos em todos os países do *Civil Law* que implantaram o controle difuso em seus ordenamentos jurídicos, inclusive o Brasil. Mauro Cappelletti (1999) aponta, em linhas gerais, alguns desses inconvenientes:

a) em alguns casos uma lei, ou mesmo um dispositivo legal, objeto de incidente de constitucionalidade, não era aplicada, pois entendiam alguns juizes e tribunais que a mesma era inconstitucional, porém em outros casos, semelhantes até, a mesma lei era aplicada, pois os juizes e tribunais destes entendiam que a referida lei era constitucional, recebendo tratamento diferente dos primeiros;

b) ocorria também que um mesmo órgão judiciário, que antes não havia aplicado uma lei declarada por ele inconstitucional começa a aplicá-la de imediato, tendo mudado de entendimento sobre o problema de sua legitimidade constitucional;

c) outra situação constatada era a de que mesmo após a primeira não aplicação ou várias não aplicações de certa lei ou ato normativo pelos tribunais, qualquer pessoa interessada na não aplicação da referida lei proponha, por sua vez, uma nova demanda judicial, mobilizando novamente a máquina judiciária para tratar da mesma matéria já resolvida em casos anteriores.

Diante desses e de outros problemas, que acabaram por instaurar insegurança jurídica e incerteza em nosso sistema jurídico, a constituinte que gerou a Carta de 1934 concebeu a seguinte solução para dirimir os conflitos e disparidades entre os julgados dos tribunais e demais órgãos judiciários: a intervenção do Senado no controle de constitucionalidade difuso.

Para bem da verdade, a idéia originária do anteprojeto da Carta de 1934 era a que fosse criado um quarto Poder: o Poder Moderador. Este seria responsável pela harmonia dos demais poderes, de modo semelhante ao existente no período imperial. O órgão a desempenhar a função moderadora, contudo, seria o Conselho Federal. Este também estaria incumbido de dirimir as divergências e conflitos relevantes entre os julgados dos tribunais e órgãos judiciários ocorridos dentro do controle de constitucionalidade difuso. O Conselho Federal suspenderia a execução de lei, ato, deliberação ou regulamento, declarado inconstitucional pela Suprema Corte, imprimindo, na prática, efeito *erga omnes* à decisão judicial desta última. No entanto, tal idéia não prevaleceu na Constituinte de 1934, pois tal tarefa foi incumbida ao Senado Federal. (POLLETTI, 2001). Sobre o mencionado assunto, assim discorre Zeno Veloso (1999, p. 32):

A fórmula adotada pela Constituição de 1934, com nítido colorido político, teve a cautela de resguardar o princípio da separação dos poderes, evitando quebrar a harmonia entre eles. Foi muito útil e proveitosa, considerando a época e as circunstâncias. Pelo mecanismo criado, a decisão do Poder Judiciário, emitida por

seu órgão de cúpula, adquiriria eficácia *erga omnes*, através da edição, pelo Senado Federal, da resolução suspensiva do preceito declarado inconstitucional.

No mesmo sentido, Sérgio Resende Barros (*In: MARTINS, 2002, p.604*) afirma que:

Nessa intervenção do Senado se tem, na origem e na verdade, um modo jurídico-político de atender à teoria clássica da separação de poderes. Suspender a execução equivale a revogar o executável, na prática. Mas, em teoria, a concepção dessa intervenção atendeu àquele princípio de separação, [...].

Este doutrinador também entende que tal incumbência deveria ser dirigida, de fato, ao Senado, devido a este possuir essencialmente uma função moderadora e que, por isso, sua intervenção no controle difuso já estaria justificada.

Além das inovações trazidas pelos arts. 179 e 91, IV, a Carta Magna de 1934 se destacou também, como marco expressivo do controle direto de constitucionalidade, por meio do seu art. 12, V, que trouxe a possibilidade de intervenção da União nos negócios dos Estados-membros, em caso de desobediência por parte destes aos princípios constitucionais previstos no art. 7º da mesma Carta. A esse respeito, Zeno Veloso (1999, p.31) diz que:

A intervenção, neste caso, seria decretada por lei federal (art. 12, §1º), e só se efetivaria depois que a Corte Suprema, mediante provocação do Procurador-Geral da República, tomasse conhecimento da lei federal que a tivesse decretado e lhe declarasse a constitucionalidade (art.12, §2º), o que implicava, *a contrario sensu*, a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo estadual que tivesse ensejado o processo interventivo.

Diante desta novidade, foram desenvolvidos estudos e idéias sobre a implementação no sistema de jurídico pátrio de um controle de constitucionalidade concentrado na Corte Suprema, manejado através de uma via direta de ação, e abstrato em relação ao caso concreto.

1.5 A Polaca (Constituição de 1937)

Esta Carta possui tal denominação por, de modo semelhante à Constituição da Polônia, de 1935, ter sido marcada pelo autoritarismo, personalismo e tirania do chefe do Poder Executivo de então, qual seja, Getúlio Vargas, que a outorgou em 1937, mediante golpe de Estado. Aqui houve uma hipertrofia do Poder Executivo, com uma grande concentração de poderes nas mãos do Presidente da República, não permitindo uma atuação livre dos órgãos do Poder Judiciário no exercício do controle de constitucionalidade.

Em seu art. 96, previa-se a declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República pelos tribunais, desde que respeitada a regra da maioria absoluta de votos de seus membros. Entretanto, pelo parágrafo único desse mesmo artigo, “a declaração

de inconstitucionalidade emanada do Poder Judiciário podia ser afastada e tornada sem efeito por decisão do Parlamento, de iniciativa do Presidente da República”. (VELOSO, 1999, p. 32-33).

Por fim, tal Carta Magna não merece maiores considerações no presente estudo, por peculiaridades da mesma, tendo a sua citação o fim precípua de referencial histórico.

1.6 As Constituições de 1946 e de 1967

A Carta de 1946 restabeleceu o funcionamento normal do controle difuso, com todas as inovações trazidas pela Constituição de 1934. Seu teor se baseia no modelo desta, no entanto, trouxe consigo uma novidade que provocou um avanço na regulamentação da representação interventiva.

Pela Carta de 1934, o Supremo Tribunal Federal examinava a lei federal que decretava a intervenção da União no Estado-membro, cuja lei ou ato normativo estava ferindo um dos princípios constitucionais do art. 7º, I, alíneas *a* a *h* (CF/34). Declarando constitucional a lei federal, autorizada estava a intervenção. Já pela Carta de 1946, a Suprema Corte não examinava mais a lei federal, a fim de possibilitar o decreto de intervenção, mas, o fazia em relação à lei ou ao ato estadual argüido de inconstitucionalidade. O Procurador-Geral da República submetia a argüição de inconstitucionalidade de lei ou ato estadual ao Supremo Tribunal Federal e, este, após examiná-la, declararia ou não a sua inconstitucionalidade, autorizando, assim, a intervenção da União no ente-federativo em questão. Ainda não foi desta vez que se tinha instalado o controle concentrado, pois a manifestação do Supremo visava à autorização da intervenção e não a declaração da inaplicabilidade da lei ou ato inconstitucional. Porém, tal solução significou um passo importante para uma possível implantação do controle concentrado.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, se introduziu no nosso ordenamento jurídico o instituto do controle concentrado, também conhecido como controle abstrato. A EC nº16/1965 determinou que o Supremo Tribunal Federal, por meio da nova redação dada à alínea “k”, art. 101, “podia processar e julgar a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República”. (VELOSO, 1999, p.34).

Pela representação de inconstitucionalidade, a lei ou ato é o objeto principal da ação proposta, que é analisada diretamente pelo STF. A legitimidade da lei ou do ato em face da Constituição é analisada em tese, e não diante de um caso concreto. A sentença proferida pelo Pretório Excelso possui efeito *erga omnes*, ou seja, a lei declarada inconstitucional não estaria mais valendo para todos os que sofriam a sua incidência.

Entretanto, tal novidade não interferiu em nada no controle difuso, que continuou a ser exercido no sistema jurídico paralelamente à representação interventiva. O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, desde então, adquiriu uma forma mista, comportando o controle difuso e o controle concentrado.

No que se refere à Carta de 1967, cabe dizer que esta manteve o controle difuso e o controle concentrado no ordenamento jurídico, através do seu art. 114, I, 1, bem como, por meio da EC nº 01/69. Além disso, a referida Carta garantiu somente ao Procurador-Geral da República a legitimidade ativa para a interposição de representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, perante o Supremo. Isto gerou uma série de discussões entre os juristas, pois as representações de inconstitucionalidade tornaram-se monopólio do Procurador-Geral da República. As pessoas interessadas na declaração da inconstitucionalidade de uma determinada lei dependeriam da boa vontade deste último.

1.7 A Constituição Federal de 1988

A Carta Magna de 1988 trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro novidades relevantes, especialmente no que se refere ao controle de constitucionalidade de leis e atos normativos. Conforme Zeno Veloso (1999, p.35), “trouxe, não obstante, importantes avanços, com vistas ao aperfeiçoamento e à democratização da fiscalização constitucional”.

Dentre as inovações trazidas por esta Constituição, destacam-se algumas delas:

a) De representação de inconstitucionalidade passamos a ter em nosso ordenamento jurídico a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN); além disso, ampliou-se o número de legitimados para proporem esta ação, que trata da inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, federal ou estadual, pela via direta (art. 103 e seus incisos);

b) Introduziu o controle de constitucionalidade das omissões legislativas, ou pela via concentrada mediante ADIN por omissão (art. 103, § 2º) ou pela via incidental, através do Mandado de Injunção, nos termos do (art. 5º, LXXI). Aqui se alega a inconstitucionalidade da

omissão do ente responsável pela elaboração da lei ou da produção do ato, federal ou estadual, que tornam um preceito constitucional efetivo;

c) Surgiu também a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, por meio dos art. 102, I, q e art. 102 §1º;

d) Introduziu-se, sob a égide da CF/88, a Ação Declaratória de Constitucionalidade através da Emenda Constitucional nº 03/93; aqui, se visa à declaração da constitucionalidade da lei ou do ato normativo federal.

e) Finalmente, com a EC nº 45/04, foi ampliada a legitimação ativa para o ajuizamento da ADC, igualando ao rol de legitimados da ADIN, bem como, estendeu o efeito vinculante para ADIN, já que antes tal efeito era previsto somente para ADC.

Apesar das inovações, a citada Lei superior manteve o sistema de controle difuso no ordenamento jurídico brasileiro (art. 97, art. 102, III, *a a c*), inclusive a suspensão pelo Senado Federal (art. 52, X), funcionando ambos paralelamente aos institutos do controle de constitucionalidade abstrato (concentrado), bem como ao lado dos remédios constitucionais (ampliados pela CF/88, mediante a inserção do mandado de injunção e do mandado de segurança coletivo), como o *habeas corpus*, o *habeas data*, o mandado de segurança, a ação civil pública e a ação popular que, de certa maneira, não deixam de ser meios em que se suscita o controle de constitucionalidade contra atos ou leis eivados de inconstitucionalidade.

Assim, o sistema jurídico brasileiro de controle de constitucionalidade aperfeiçoa sua forma híbrida, na qual encontramos institutos do método difuso e do método concentrado. No entanto, é perceptível o crescimento e o fortalecimento do controle concentrado, que vem ganhando mais espaço, devido à forte tendência de se concentrar todos os casos que envolvem questões essencialmente constitucionais nas mãos de um só tribunal, o STF, por ser este considerado o guardião da Carta Magna brasileira (art. 102, *caput*). Além disso, com a ampliação do número de legitimados aptos a lançar mão desse controle, bem como, pela objetividade, amplitude dos efeitos e por uma certa celeridade que o mesmo apresenta, a via concentrada vem sendo, com o passar do tempo, a mais procurada para solucionar os principais questionamentos constitucionais que surgem no cotidiano social.

2 SOBRE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO

O controle de constitucionalidade jurisdicional, ou judicial, é o controle tradicionalmente exercido pelo sistema jurídico brasileiro. É nas mãos do Poder Judiciário que se encontra preferencialmente o encargo de analisar a constitucionalidade das leis e dos atos normativos provenientes dos órgãos com poderes legislativos. Tal controle lança mão de duas formas: controle difuso e o controle concentrado.

Porém, antes de se adentrar ao principal assunto deste capítulo, faz-se necessário abordar primeiramente alguns aspectos importantes sobre controle de constitucionalidade.

2.1 Aspectos Gerais: Constituição e Controle de Constitucionalidade

No entendimento de José Afonso da Silva (2003) a Constituição é um conjunto de normas que estabelece a organização dos elementos constitutivos do Estado, regulando a sua forma de governo, o modo de aquisição do poder e o exercício do mesmo, o estabelecimento de seus órgãos, os limites da sua ação, os direitos fundamentais e as garantias do cidadão.

A Constituição pode ser classificada como:

a) em relação à forma: escrita (é a codificada ou sistematizada num texto, num único documento solene) ou não-escrita (não se encontra em textos escritos, se baseando nos costumes e nas convenções de uma sociedade);

b) quanto ao modo de elaboração: dogmática (é a que sistematiza dogmas do direito ou da teoria política predominante do momento, é elaborada por um poder constituinte) ou histórica (fruto de uma lenta evolução histórica);

c) quanto à origem: promulgada (elaborada por uma assembléia composta por representantes do povo) ou outorgada (é a imposta ao povo por um governante ou por um grupo; não há participação popular);

d) em relação à estabilidade: rígida (somente pode ser alterada por um processo solene e dificultoso), flexível (pode ser alterada por procedimento mais simples como a de uma lei ordinária), ou semi-rígida (aqui certas matérias podem ser alteradas sem maiores obstáculos enquanto outras necessitam de um procedimento mais solene).

Quanto à última classificação, deve-se atentar, sobretudo, às constituições rígidas e às constituições flexíveis, como adiante se vê.

2.1.1 *Constituições Rígidas e Flexíveis*

A Constituição de natureza rígida, como é o caso da atual Constituição brasileira, é aquela que para sofrer alteração em qualquer dispositivo seu, se exige um procedimento solene e complexo. Percebe-se aí que esse processo confere uma estabilidade à Carta Magna, bem como uma rigidez superior à das leis ordinárias, exprimindo uma idéia de ordem hierárquica ao conjunto de normas jurídicas, onde a Constituição se encontra no cume.

Isto ocorre dessa forma, pois o sistema de Constituições rígidas se assenta numa distinção entre poder constituinte e poder constituído. Poder constituinte é o que concebe, é o que estabelece a Constituição de um Estado, imprimindo a este a sua organização inicial, além de criar poderes direcionados a reger e regular os interesses de uma sociedade. É um poder predominantemente político, não estando subordinado a limites formais, ou seja, “não tendo que respeitar os limites postos pelo direito positivo antecessor”. (MORAES, 2003, p.56). Já o poder constituído é cria do poder constituinte e, portanto, está subordinado aos limites impostos pelas normas do texto constitucional, às quais não pode contrariar, sob pena de declaração de sua inconstitucionalidade.

Daí se vê a superioridade da lei constitucional, fruto do poder constituinte, sobre a lei ordinária, que é ato do poder constituído, que é limitado por aquele poder. Essa *superlegalidade constitucional* é que faz da Constituição “a lei das leis, a *lex legum*, ou seja, a mais alta expressão jurídica da soberania”. (BONAVIDES, 2000, p.267).

A competência de legislar conferida aos órgãos do Poder Legislativo é determinada pela Constituição, não podem tais órgãos, portanto, introduzir no sistema jurídico leis contrárias aos preceitos e ideais defendidos pela Lei Máxima, pois tais leis tornam-se nulas, inválidas, sem aplicabilidade alguma diante da ordem jurídica estabelecida (BONAVIDES, 2000).

Diante disso, se vê que nas constituições rígidas segue-se o princípio da hierarquia de normas e há o reconhecimento da supremacia da Constituição. No entanto, para que isto esteja sempre assegurado no ordenamento jurídico, se faz imprescindível a presença atuante de um mecanismo de controle de constitucionalidade sobre leis ordinárias.

Sem esse controle, a supremacia da norma constitucional seria vã, frustrando-se assim a máxima vantagem que a Constituição rígida e limitativa de poderes oferece ao correto, harmônico e equilibrado funcionamento dos órgãos do Estado e sobretudo à garantia dos direitos enumerados na lei fundamental. (BONAVIDES, 2000, p.268).

Já a flexível, permite que seu conteúdo seja alterado de maneira livre, sem seguir uma solenidade. Aqui não se exige um procedimento especial, como no sistema rígido. Uma norma inferior pode alterar sem maiores obstáculos o conteúdo da norma superior. O Poder Legislativo pode “alterá-la ou emendá-la com a mesma facilidade e da mesma forma com que se fazem ou revogam as leis ordinárias” (VELOSO, 1999, p.26). Portanto, nesta constituição não há sentido em falar de controle de constitucionalidade, nem em hierarquia de normas.

Entretanto, quando se fala em rigidez de uma Constituição, não se deve entender que ela seja absoluta. É um engano dizer que uma Carta rígida é uma Carta imutável. Pelo contrário, mesmo sendo rígida deve a mesma seguir as tendências da época, atendendo as necessidades sociais do momento. Não pode uma Constituição ficar em atraso diante das evoluções sociais.

2.1.2 Controle Político e Controle Jurisdicional

O controle de constitucionalidade pode ser exercido por órgãos de natureza política (controle político) como por órgãos do Poder Judiciário (controle jurisdicional). Em alguns países, como a Suíça, o controle pode ser misto quanto ao órgão controlador, ou seja, certas leis são submetidas ao controle político enquanto outras ao jurisdicional (SILVA, 2003).

Tradicionalmente no sistema brasileiro, o controle exercido pelos órgãos do Poder Judiciário normalmente é de natureza repressiva, ou seja, visa-se a expulsão da norma já editada do ordenamento jurídico. Já os órgãos políticos exercem um controle de natureza preventiva, ou seja, já detectam a inconstitucionalidade da norma antes mesmo da sua entrada em vigor, impedindo sua entrada no ordenamento jurídico.

Contudo, nada impede que um órgão político exerça o controle repressivo, como também nada obsta ao Judiciário executar o controle preventivo.

Enfatize-se aqui o estudo pelo controle jurisdicional. Este perante o sistema jurídico brasileiro se encontra na forma difusa, onde todos os juízes e tribunais o exercem, e na forma concentrada, onde somente a Corte Suprema examina a constitucionalidade de leis e atos normativos em face da Lei Máxima.

2.2 O procedimento do Controle Difuso Tradicional

Esse tipo de controle também é denominado pela doutrina como controle por via de exceção, por via de defesa, concreto, ou incidental. Nesta modalidade, qualquer magistrado ou tribunal tem o poder-dever de analisar uma lei ou um ato normativo no que for referente à sua validade em face da Carta Magna. Isto se dá no curso de qualquer ação, na instância em que se encontrar, seja no juízo originário ou em sede de recurso, inclusive em ações constitucionais, como *habeas corpus*, *habeas data* e mandado de segurança (VELOSO, 1999). Quanto a este último remédio constitucional, cabe dizer que não se pode utilizá-lo para impugnar a lei em tese, contudo, é impugnável a decisão objetiva tomada pela autoridade baseada na lei inconstitucional. Sendo o ato abusivo e sustentado em lei inconstitucional “para afastar o ato lesivo ou declará-lo insubsistente, torna-se necessário, previamente, decretar a inconstitucionalidade da lei”. (VELOSO, 1999, p.48).

O questionamento sobre a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo pode ser levantado pelas partes litigantes, pelo Ministério Público, ou até mesmo ser reconhecida *ex officio* pelo próprio julgador, sendo este juiz singular ou tribunal (MENDES, 1999).

Sempre que for suscitada a argüição de inconstitucionalidade há a necessidade de convocar o Ministério Público para que o mesmo se manifeste a respeito da prejudicial, mesmo que o próprio processo não exija sua participação. (VELOSO, 1999). “Tanto no controle incidental ou difuso, quanto no direto ou em tese, a intervenção do Ministério Público é essencial, já que se incumbe ao *parquet* [...] a defesa da ordem jurídica.” (VELOSO, 1999, p.46).

A inconstitucionalidade argüida não é objeto da ação, e sim objeto da questão que se analisa incidentalmente ao processo. Questão essa que deve ser previamente decidida pelo julgador antes mesmo de proferir a sentença, pois a decisão sobre a inconstitucionalidade ou não da lei é fundamental para a solução do litígio, tratando-se de um verdadeiro óbice ao direito que está sendo reivindicado na ação principal.

Essa inconstitucionalidade pode ser formal, quando o procedimento por meio do qual a lei ou o ato foi elaborado não obedece às formalidades estabelecidas na Constituição, ou material, quando o conteúdo da lei ou do ato normativo fere algum dos preceitos defendidos na Lei superior.

Declarando o juiz ou o tribunal a inconstitucionalidade da lei ou do ato em questão, estes deixam de ser aplicados à relação jurídica mitigada na ação. A decisão referente à inconstitucionalidade só atinge os litigantes, produzindo o que se chama de efeito *inter partes*. A lei ou o ato normativo, portanto, não é revogado, nem expulso do ordenamento jurídico, sua vigência permanece inalterada para todas as relações jurídicas que não se ligarem ao referido litígio judicial. Daí se vê a observância ao princípio da separação dos poderes, pois o Judiciário neste caso não desmancha a lei ou o ato normativo produzido pelo Legislativo, apenas deixa de aplicá-los ao caso concreto por considerá-los inconstitucionais. A sentença aí proferida é de natureza declaratória fazendo coisa julgada somente para a relação jurídica e aos que fazem parte dela. A mesma não faz coisa julgada em relação à lei ou ao ato declarado inconstitucional.

A declaração não possui força vinculante em relação aos julgados posteriores a ela, como ocorre no sistema jurídico norte-americano, por meio do *stare decisis*. Cada juiz ou tribunal pode decidir sobre a matéria conforme seu entendimento, independentemente do posicionamento de outros juízos. Daí poder-se verificar que uma mesma lei, declarada inconstitucional por uns, pode ser declarada constitucional por outros. Eis então um dos inconvenientes do controle difuso no sistema jurídico brasileiro, pois a não uniformidade desses julgados gera a instabilidade do Direito e a insegurança jurídica no sistema jurídico pátrio.

No entanto, para solucionar esse tipo de inconveniente é que se deve observar o dispositivo previsto pelo art. 52, X da CF/88, no qual se afirma que cabe ao Senado Federal “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal; [...]”.

Quando se trata da decisão do Pretório Excelso sobre a questão incidental declarando a inconstitucionalidade do dispositivo legal, no seu todo ou em parte, a sentença proferida com base nessa declaração é definitiva, ou seja, não se pode recorrer dela. Diferente com o que ocorre com as sentenças proferidas pelos juízes e tribunais inferiores, pois destes cabe recurso, desde que os requisitos legais para interposição dos mesmos sejam observados. A sentença produz efeito *inter partes*, ou seja, só quem irá se beneficiar dela é quem participou da lide. Para que os efeitos dessa sentença sejam estendidos aos outros casos semelhantes (efeito *erga omnes*), evitando assim o conflito e a disparidade entre as decisões dos julgados de juízes e tribunais, o Supremo Tribunal Federal deve comunicar ao Senado sobre a sua

decisão em relação à declaração de inconstitucionalidade e, assim, o referido órgão legislativo deverá emitir uma resolução que suspenda os efeitos da lei ou do ato normativo inconstitucional conforme o disposto na decisão do Supremo.

Enquanto não houver nenhuma resolução do Senado que suspenda os efeitos da lei declarada inconstitucional pelo STF, a mesma continuará gerando efeitos para todos aqueles que sofrem sua incidência, ensejando assim a mobilização reiterada da aparelhagem judiciária provocada por demandas (que versam sobre a mesma matéria), propostas por todos aqueles que almejam um tratamento igual ao dos litigantes que foram beneficiados pela declaração de inconstitucionalidade determinada pelo Supremo, sobrecarregando os serviços e as despesas do Judiciário.

2.2.1 Procedimento do controle difuso nos tribunais

Quando o juiz monocrático entende que é inconstitucional a lei argüida na questão incidental, sem maiores obstáculos, ele declara a inconstitucionalidade da mesma e dá o prosseguimento normal do feito proferindo a sentença com base na sua declaração. Contudo, quando se trata de declaração de inconstitucionalidade por via incidental nos tribunais, há de se observar certos requisitos. Neste caso, tem que se atentar ao art. 97 da CF/88, nos seguintes termos: “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”.

Essa é regra do *full bench* (declaração de inconstitucionalidade pela maioria absoluta dos membros do tribunal), que tem origem na jurisprudência norte-americana do século XIX (AMARAL JÚNIOR, 2002). Ela também se encontra nos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil (CPC) de 1973, que serão alvo de atenção neste estudo. Tal regra não exclui a competência do juiz monocrático de declarar incidentalmente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo objeto da argüição.

Entende-se por maioria absoluta a quantia de votos igual ou superior ao número inteiro acima da metade de todos os membros que compõem uma assembléia. No caso do dispositivo do art. 97 de CF/88, essa quantia é calculada em cima da totalidade dos membros do tribunal. Considera-se o termo *membros* do tribunal “aqueles que, a teor da Constituição, das leis e dos regimentos internos, devem tomar parte do julgamento”. (AMARAL JÚNIOR, 2002, p.31). Isso serve para salientar que o referido termo não se refere somente aos juízes efetivos do

tribunal, mas também se refere ao juiz de instância inferior que foi convocado a tomar parte na decisão para suprir a falta de um juiz efetivo (seja por licença médica ou por algum impedimento), completando assim o *quorum* necessário à votação da matéria constitucional. Esta prática é antiga no âmbito dos tribunais superiores, inclusive no STF, em seu Regimento Interno por meio do art. 40 (RISTF, 1980), como se vê:

Art. 40 Para completar *quorum* no Plenário, em razão de impedimento ou licença superior a três meses, o Presidente do Tribunal convocará o Ministro licenciado, ou se, impossível, Ministro do Tribunal Federal de Recursos, que não participará, todavia, da discussão e votação das matérias indicadas nos arts. 7º, I e II, e 151, II.

Sobre o procedimento inicial da argüição de inconstitucionalidade no âmbito dos tribunais, assim dispõe o art. 480 do CPC (1973): “Argüida a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, ouvido o Ministério Público, submeterá a questão à turma ou câmara, a que tocar o conhecimento do processo”.

“A iniciativa da argüição de inconstitucionalidade cabe a qualquer das partes, ao Ministério Público ou aos componentes do colegiado” (AMARAL JÚNIOR, 2002, p.56). Em seus comentários, Antônio Cláudio da Costa Machado (2005) afirma que não há uma forma específica para instaurar o incidente de declaração de inconstitucionalidade. Este pode ser suscitado pelo autor (numa petição inicial ou numa petição avulsa posterior) de uma ação rescisória, proposta no tribunal, ou pelo réu em sua contestação; pode ser suscitado também dentro de um recurso por meio das razões do recorrente ou das contra-razões do recorrido; pode ser suscitado pelo próprio Ministério Público (MP) ao manifestar seu parecer, ou mesmo por qualquer um dos juízes do órgão fracionário (Câmara, ou Turma, ou grupos de câmaras, ou câmaras cíveis reunidas ou seções do tribunal, depende do regimento interno de cada tribunal) verbalmente durante uma sessão de julgamento. Bom lembrar que seja qual for a ação ou recurso, poderá ser suscitado o incidente de inconstitucionalidade.

Recebendo um feito de competência originária do tribunal ou em sede de recurso, após a ouvida do MP, o relator submeterá a questão incidental aos demais juízes do órgão fracionário e, aí, aplicarão o juízo de admissibilidade. Segundo Gilmar Ferreira Mendes (1999), para que a argüição seja encaminhada ao plenário do respectivo tribunal ou ao órgão especial, conforme dispuser a legislação interna do Tribunal estadual, ela deve satisfazer aos seguintes pressupostos:

1) o objeto da argüição de inconstitucionalidade tem que ser ato de natureza normativa ou oriundo do Poder Público;

2) a questão constitucional incidental é de grande importância para a solução do caso concreto, o julgamento da causa ou do recurso depende da declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato impugnado;

3) a desconformidade do ato normativo em face da Constituição tem que estar firmemente demonstrada por quem a alegou para ser acolhida pela maioria simples (MENDES, 1999) dos membros do órgão fracionário.

Acolhida a arguição pela Turma ou Câmara (órgão fracionário) lavra-se, então, o acórdão remetendo a matéria constitucional ao plenário ou ao órgão especial, além disso, suspende-se o julgamento do feito até o pronunciamento sobre a declaração de inconstitucionalidade, ou não, do ato normativo ou lei em questão a ser dada pelo Pleno do respectivo tribunal ou pelo órgão especial. Se o incidente de inconstitucionalidade for rejeitado, o órgão fracionário dará prosseguimento normal ao feito, voltando a decidir sobre o deslinde da causa. É o que menciona o *caput* do art. 481 do CPC (1973): “Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno”.

A decisão do órgão fracionário rejeitando ou acolhendo o incidente de inconstitucionalidade é irrecorrível (MENDES, 1999). O acolhimento da arguição de inconstitucionalidade pela Turma ou Câmara significa apenas a submissão da questão à apreciação do plenário ou órgão especial, ela não tem o condão de já declarar a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo. Se assim o fizer, estará tal decisão desobedecendo à regra constitucional do art. 97 da CF/88, e ao que está estabelecido no art.481, *caput*, do CPC.

Ocorrendo tal desobediência, pode a parte prejudicada reportar-se às medidas que anulam ou modificam os efeitos da decisão tomada pelo órgão fracionário. São algumas delas:

a) *embargos declaratórios* e *embargos infringentes* – diante da decisão da Turma ou da Câmara que declara, por maioria ou unanimidade, a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo do Poder Público, decidindo de pronto o caso concreto, sem mencionar a manifestação prévia do plenário, vê-se que o referido órgão incorreu em omissão. Daí a interposição dos embargos declaratórios para supri-la e, desse modo, fazer a correção do dispositivo do acórdão embargado para obter a provocação plenária omitida. No entanto, se o intuito da parte é que o acórdão embargado venha sofrer uma alteração substancial, por meio

da manifestação do pleno, necessário se faz, então, a intimação da parte contrária para que esta se manifeste sobre a questão constitucional. Sendo infrutífera a utilização dos embargos declaratórios pode a parte dispor dos embargos infringentes (em caso do órgão fracionário declarar a inconstitucionalidade pela maioria de seus membros). Um detalhe importante a se lembrar é que, em sede de embargos (tanto os declaratórios como os infringentes) é imprescindível se pré-questionar a matéria constitucional, para que num possível não provimento do recurso a parte possa interpor um recurso extraordinário futuramente (AMARAL JÚNIOR, 2002);

b) *recurso extraordinário* – não tendo sucesso os embargos declaratórios e nem os embargos infringentes, a parte pode valer-se do recurso extraordinário (RE), com base no art.102, III, *a*, da CF/88, o qual permite a interposição do referido recurso contra decisão que contrarie algum dispositivo da Carta Magna (no caso a falta do pronunciamento do plenário ou do órgão especial sobre a declaração de inconstitucionalidade, via incidental, conforme o art. 97 da CF/88). Por meio do RE pede-se a anulação do acórdão recorrido para que o tribunal *a quo* submeta a matéria constitucional suscitada no incidente ao seu respectivo plenário, ou ao órgão especial, se for o caso, e daí obter seu pronunciamento para que, posteriormente, o caso concreto seja julgado devidamente;

c) *recurso especial* – este recurso é interposto no Superior Tribunal de Justiça (STJ). Procura-se ter a mesma solução dada no recurso acima citado. “[...] o Superior Tribunal de Justiça tem conhecido e provido recursos especiais interpostos com fulcro no art. 105, III, *a*, da Constituição de 1988, por ofensa ao art. 481 do CPC”. (AMARAL JÚNIOR, 2002, p. 65). O dispositivo legal do art. 105, III, *a*, da CF/88 permite a interposição de recurso especial contra decisão que negar vigência a tratado ou lei federal, ou que contrariá-los;

d) *ação rescisória* – é possível ajuizar uma ação rescisória, fundamentada no art. 485, V, do Código de Processo Civil (1973), em face do acórdão de um órgão fracionário que declare a inconstitucionalidade de lei ou ato proveniente do Poder Público sem observar a regra do art. 97 da CF/88, combinado com os art. 480 a 482 (este a ser analisado em momento oportuno) do mesmo código acima referido. O art. 485, V, CPC, afirma que a ação pode ser proposta quando a decisão violar literal disposição de lei. Alguns tribunais aceitam essa medida, como é o caso do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, que “[...] julgou procedente ação rescisória para declarar nula decisão de uma de suas Câmaras, [...]” (AMARAL JÚNIOR, 2002, p.66);

e) *mandado de segurança e suspensão de tutela* – via de regra, não cabe mandado de segurança contra decisão emanada de relator ou presidente de turma, salvo apenas em casos excepcionais, em que a decisão é explicitamente ilegal e danosa ao direito do impetrante. No tocante à suspensão de tutela, o Supremo tem admitido tal medida para sustar os efeitos práticos de acórdãos que não observaram a regra do art. 97 da CF/88, e que porventura poderiam gerar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança pública bem como à economia pública (AMARAL JÚNIOR, 2002).

Ainda tratando sobre o art. 481 do CPC (1973), verifica-se que este dispõe em seu parágrafo único o seguinte: “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”.

Sobre o referido dispositivo legal, comenta o já mencionado doutrinador José Levi Mello do Amaral Júnior (2002, p.84):

Ainda quanto ao parágrafo único do art. 481 do CPC, também merece comento a consagração, em nível legal, de uma exceção à regra do *full bench*, exceção essa que já vinha sendo admitida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, qual seja a desnecessidade de manifestação *em banc*, nos tribunais inferiores, quando o pleno do Supremo Tribunal Federal já houver decidido determinada *quaestio iuris* constitucional, ainda que o Senado Federal não tenha deliberado nos termos do art. 52, X, da Constituição de 1988.

Esse parágrafo foi acrescentado pela Lei 9.756 de 17 de dezembro de 1998 (dispõe sobre o processamento de recursos no âmbito dos tribunais) com o intuito de atender ao princípio da economia processual, além de proporcionar uma uniformidade entre os julgados. Visa-se evitar uma nova provocação plenária a cada vez em que for instaurado um novo processo que envolva a mesma questão incidental, já tratada anteriormente pelo pleno do tribunal ou pelo órgão especial, bem como, se já houver um pronunciamento do plenário do Supremo no mesmo sentido.

Segundo Gilmar Ferreira Mendes (1999, p.377), “[...] um novo procedimento na forma do art. 97 da Constituição somente seria necessário no caso de uma mudança de orientação por parte do próprio Tribunal”.

Pode afirmar-se que, uma vez dirimida no âmbito do plenário do próprio tribunal, ou no órgão especial, ou mesmo no pleno do STF, a matéria constitucional incidental referente a um caso concreto, este se fixa como precedente (ou *leading case*) para orientar os órgãos

fracionários nos casos subseqüentes. Quando a matéria incidental é remetida a plenário, todos os outros feitos semelhantes ao do incidente que estão em trâmite no respectivo tribunal ficam também suspensos esperando a declaração do pleno. O que este decidir valerá para todos os outros casos suspensos, além do caso concreto em questão (AMARAL JÚNIOR, 2002). Assim, todos os casos sucessivos a este receberão o mesmo tratamento por força do referido dispositivo legal.

No entanto, não se pode falar aqui em efeito *erga omnes* da decisão plenária, nem mesmo quando tal decisão procede do Supremo, pois este efeito só é concedido às decisões em sede de controle abstrato e às resoluções do Senado Federal, por força do art. 52, X da CF/88 (conforme será melhor analisado no capítulo 03 deste trabalho). Trata-se de um efeito vinculante, restrito somente aos julgados dos órgãos fracionários do próprio tribunal.

O *caput* do art. 482 do CPC (1973) determina o seguinte: “Remetida a cópia do acórdão a todos os juízes, o presidente do tribunal designará a sessão de julgamento”. Atenta-se para os comentários de Antônio Cláudio da Costa Machado (2004, p.664):

Processado, assim, o incidente, segundo o regimento interno, o Pleno do tribunal, ou seu órgão especial (CF, art. 97) decidirá sobre a admissibilidade ou não do incidente (opera-se aqui o segundo juízo de admissibilidade) e, em caso positivo, julgará o seu mérito, declarando inconstitucional, ou não, o artigo da lei, o capítulo, ou a lei (lei ordinária, complementar, delegada, etc., medida provisória, decreto, resolução, portaria, etc.). [...] dado que nele contida haverá de ser levada em conta obrigatoriamente no julgamento da causa pelo órgão fracionário, [...]

Tomadas às providências necessárias, remetem-se os autos ao Pleno e abre-se a sessão do julgamento da matéria constitucional na data marcada pelo presidente do tribunal. Para que a apreciação da questão incidental possa ter legitimidade jurídica, é necessário que, geralmente nos regimentos internos dos respectivos tribunais, se tenha um *quorum* de dois terços dos membros presentes à abertura da sessão. Da decisão que declara a inconstitucionalidade de modo incidental pelo Pleno não cabe recurso, de acordo com o que está sumulado na jurisprudência do Pretório Excelso, como adiante se vê:

a) Súmula 293 do STF: “São inadmissíveis embargos infringentes contra decisão em matéria constitucional submetida ao plenário dos tribunais.”;

b) Súmula 513 do STF: “A decisão que enseja a interposição de recurso ordinário ou extraordinário não é a do plenário que resolve o incidente de inconstitucionalidade, mas a do órgão (Câmaras, Grupos ou Turmas) que completa o julgamento do feito.”.

O plenário vai pronunciar-se somente sobre a matéria que foi efetivamente acolhida e delimitada no acórdão proferido pelo órgão fracionário. Nessa fase procedimental não há o instituto do contraditório, tendo em vista que não se discute aqui direitos subjetivos contrapostos. O que se visa é detectar a inconstitucionalidade do dispositivo legal impugnado e, assim, não aplicá-lo ao caso em questão. Os membros do Pleno aqui somente vão apreciar a questão de direito no que se refere à constitucionalidade ou não da norma objeto da arguição (AMARAL JÚNIOR, 2002).

Após a declaração, pela via incidental, de inconstitucionalidade pela maioria absoluta dos membros do plenário, retornam os autos ao órgão fracionário competente que decidirá o caso concreto em conformidade com a decisão plenária. No entanto, “da decisão que se seguir ao julgamento pelo Tribunal Pleno, são inadmissíveis embargos infringentes quanto à matéria constitucional”. (Súmula 455 do STF). Ou seja, se for recorrer do acórdão do órgão fracionário que se segue ao do pleno, a parte sucumbente só poderá impugnar a matéria que trata do julgamento do caso concreto, sendo-lhe defeso recorrer do julgamento do incidente. Vale ressaltar que, para interposição de RE contra o referido acórdão do órgão fracionário, é importante proceder a juntada do acórdão decidido em Plenário, ou no órgão especial sobre a inconstitucionalidade de lei, sob pena de o STF não conhecer o recurso, por falta da peça essencial para o julgamento definitivo do feito.

José Levi Mello do Amaral Júnior (2002, p.73) defende que mesmo contra a decisão plenária que decide incidente de inconstitucionalidade, que é tida como irrecorrível pelo entendimento majoritário da doutrina e sumulado na jurisprudência do STF, cabe embargos declaratórios, “caso haja obscuridade, contradição ou omissão no julgado (art.535, I e II, do CPC)”.

Os parágrafos §§§ 1º, 2º e 3º do art. 482 do CPC (1973), acrescentados pela Lei 9.868 de 10.11.1999 (dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o STF), afirmam o seguinte:

§1º O Ministério Público e as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, se assim o requerem, poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade, observados os prazos e condições fixados no Regimento Interno do Tribunal.

§2º Os titulares do direito de propositura referidos no art. 103 da Constituição poderão manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação pelo órgão especial ou pelo Pleno do Tribunal, no prazo fixado em

Regimento, sendo-lhes assegurado o direito de apresentar memoriais ou de pedir a juntada de documentos.

§3º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

Trata-se aqui do direito de manifestação de pessoas e entes interessados na matéria constitucional a ser analisada no plenário. É de se deixar claro que no plenário não há que se falar em contraditório. “A questão constitucional é, portanto, julgada em abstrato, isto é, a decisão é tomada sem ser considerado o caso concreto que desencadeou a arguição perante o pleno”. (AMARAL JÚNIOR, 2002, p. 48). Contudo, de certa forma, ampliaram-se os partícipes da relação processual, não em razão de interesses subjetivos, mas devido ao alcance e a importância do juízo de constitucionalidade do tribunal, pois, afinal, tal declaração não vai atingir somente o caso concreto que ensejou o incidente e, sim, a todos os feitos que estão suspensos, por se encontrarem na mesma situação e, ainda, aos casos semelhantes que supervenientemente poderão surgir.

2.2.2 Procedimento do controle difuso no STF

As mudanças advindas das inovações da Carta de 1988 repercutiram nos procedimentos internos do STF - a Corte de maior relevância do Poder Judiciário brasileiro -, no tocante tanto ao controle de constitucionalidade no modo difuso, como no modo concentrado. Ressalte-se aqui o pronunciamento de Gilmar Ferreira Mendes (1999, p.382) sobre o assunto:

A disciplina do controle incidental de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal sofreu significativa mudança. Traduzindo as concepções então vigentes, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, de 1940, consagrava, no art. 85, parágrafo único que: “se por ocasião do julgamento de qualquer feito se verificar que é imprescindível decidir-se sobre a constitucionalidade ou não de alguma lei, ou de certa e determinada disposição nela contida, ou de ato do Presidente da República, o Tribunal, por proposta do Relator, ou de qualquer de seus membros, ou a requerimento do Procurador-Geral, depois de findo o relatório, suspenderá o julgamento para deliberar na sessão seguinte, preliminarmente, sobre a argüida inconstitucionalidade, como prejudicial”. O art. 86 do Regimento previa que, se a argüição de inconstitucionalidade ocorresse perante qualquer das Turmas, competia ao Tribunal Pleno julgar a prejudicial de inconstitucionalidade da lei ou ato impugnado. O Regimento do Supremo Tribunal Federal vigente consagra, no art. 176: “Argüida a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, em qualquer outro processo submetido ao Plenário, será ela julgada em conformidade com o disposto nos arts. 172 a 174, depois de ouvido o Procurador-Geral”. Não se enfatiza mais a imprescindibilidade do julgamento da questão para a decisão do caso concreto, afigurando-se suficiente a argüição de inconstitucionalidade. Nos processos de competência das Turmas, dar-se-á a remessa do feito ao julgamento do Plenário, em caso de relevante argüição de inconstitucionalidade (RISTF, art. 176, §1º, c/c o art. 6º, II, a).

Sendo assim, suscitada a argüição de inconstitucionalidade é o bastante para que a mesma se submetida ao exame do Plenário, sem maiores questionamentos sobre a sua indispensabilidade.

O procedimento a ser tomado pelo Supremo Tribunal Federal diante de um incidente de constitucionalidade está disposto nos arts. 176 a 178 do RISTF de 1980. O art. 176 (e parágrafos) assim dispõe:

Argüida a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, em qualquer outro processo submetido ao Plenário, será ela julgada em conformidade com o disposto nos arts. 172 a 174, depois de ouvido o Procurador-Geral.

§ 1º Feita a argüição em processo de competência da Turma, e considerada relevante, será ele submetido ao Plenário, independente de acórdão, depois de ouvido o Procurador-Geral.

§ 2º De igual modo procederão o Presidente do Tribunal e os das Turmas, se a Inconstitucionalidade for alegada em processo de sua competência.

Suscitada a argüição incidental em um dos processos de competência das Turmas, o Relator considerando a relevância da matéria aí suscitada, fará um relatório, do qual a Secretaria remeterá cópia a todos os Ministros, e irá requisitar uma data para julgamento do incidente no Pleno (RISTF, art. 172, *in fine*). Feito isso, depois de ouvido o Procurador-Geral, a questão será submetida à competência do Plenário. A partir daí suspende-se o feito que suscitou a questão incidental, bem como todos os outros que tratam da mesma matéria constitucional e que estão sendo tramitados em outros órgãos fracionários do Supremo, mantendo-se assim até o pronunciamento do Pleno, sobre a inconstitucionalidade ou não do ato normativo impugnado.

Para se ter validade o julgamento da matéria constitucional argüida, exige-se um *quorum* de oito ministros (regra estabelecida pelo art. 143, parágrafo único do RISTF), e para se declarar a inconstitucionalidade, ou a constitucionalidade, da lei ou do ato impugnado na argüição, deve-se ter seis votos (maioria absoluta) dos ministros num ou noutro sentido. Ausentando-se alguns ministros, em número que possa vir a interferir no julgamento, suspende-se a sessão até o comparecimento dos ausentes. Esse procedimento é o determinado pelo art. 173 e parágrafo único do RISTF (1980):

Art. 173. Efetuado o julgamento, com o *quorum* do art. 143, parágrafo único, proclamar-se-á a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade do preceito ou do ato impugnados, se num ou noutro sentido se tiverem manifestado seis Ministros.

Parágrafo único. Se não for alcançada a maioria necessária à declaração de Inconstitucionalidade, estando licenciados ou ausentes Ministros em número que possa influir no julgamento, este será suspenso a fim de aguardar-se o comparecimento dos Ministros ausentes, até que se atinja o *quorum*.

Na impossibilidade de alguns ministros licenciados por mais de três meses comparecerem à sessão, ou em caso de certos ministros se encontrarem em situação de impedimento, o art. 40 do referido regimento autoriza a substituição dos mesmos mediante a convocação dos ministros do Tribunal Federal de Recursos que, por se tratar de órgão já extinto no sistema judiciário brasileiro, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) faz atualmente as vezes do referido tribunal.

É importante frisar-se que: a declaração de inconstitucionalidade só será proferida pelo Plenário do Supremo se atingir os seis votos, não sendo estes atingidos será confirmada sua constitucionalidade (RISTF, art. 174).

O art. 177 do RISTF (1980) determina: “O Plenário julgará a prejudicial de inconstitucionalidade e as demais questões da causa”. Aqui, a prática do STF é diferente do que ocorre nos demais tribunais. Enquanto nestes o órgão fracionário competente, após o pronunciamento do pleno, volta a julgar o caso concreto em definitivo, no Supremo o julgamento do feito é finalizado na própria sessão plenária, logo após de julgado o incidente. (AMARAL JÚNIOR, 2002). E, por fim, o art. 178 do mesmo documento legal traz em seu texto:

Declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade, na forma prevista nos arts. 176 e 177, far-se-á comunicação, logo após a decisão, à autoridade ou órgão interessado, bem como, depois do trânsito em julgado, ao Senado Federal, para os efeitos do art. 42, VII, da Constituição.

Proferida a sentença definitiva pelo STF e declarada a inconstitucionalidade (parcial ou total do dispositivo legal), a referida Corte deverá dar ciência disso aos órgãos interessados, bem como ao Presidente do Senado Federal, remetendo-lhe cópia autêntica da decisão, para que se proceda à atribuição de efeito *erga omnes* ao julgado, conferindo-lhe, assim, eficácia geral. Isto, por último, se dará por meio de uma resolução suspensiva, como está disposto na regra do art. 42, VII da CF de 1967/1969, cuja matéria foi mantida no art. 52, X da CF/1988. Importante destacar ainda que a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade deve ser aplicada a todos os casos submetidos às Turmas ou ao Plenário, porém, qualquer Ministro tem o direito de propor, em novos feitos, a revisão do entendimento assentado (MENDES, 1999).

O referido Ministro comenta ainda que, tal revisão deve ser proposta antes de se comunicar a decisão do Supremo ao Senado Federal. No entanto, em ocasião excepcional, pode tal revisão ser feita após a comunicação no Senado, porém, antes deste publicar a resolução suspensiva.

2.2.3. Considerações sobre o artigo 52, X da CF/88

Assim dispõe o art. 52, X da CF/88: “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; (...)”.

O termo citado no dispositivo legal acima se refere a leis e atos normativos das esferas federal, estadual, municipal e distrital (PALU, 1999). Zeno Veloso (1999, p. 63-4) também é conivente com esse entendimento:

(...) no controle incidental, a decisão definitiva do Supremo pode incidir sobre leis, bem como atos normativos em geral. A palavra “lei”, no texto constitucional, não está empregada no sentido estrito, formal, técnico-jurídico, mas como ato normativo, o que inclui as leis e outros instrumentos materialmente legislativos, como decretos e regulamentos autônomos, resoluções, tratados internacionais, regimentos internos dos tribunais, cuja constitucionalidade pode ser questionada no controle concreto. E não são, apenas, as leis e atos normativos federais que terão a eficácia suspensa pelo Senado. A Câmara Alta, no exercício daquela competência, suspenderá a execução, igualmente, de leis e atos normativos estaduais, distritais e municipais que, no controle incidental, tenham sido declarados inconstitucionais pelo STF.

O Senado Federal é um órgão político que representa os interesses dos Estados-membros e do Distrito Federal, no Congresso Nacional. Sua função é predominantemente legislativa, no entanto, ele também pode exercer funções de caráter administrativo, como autorizar operações externas de natureza financeira, de interesse da União e dos demais entes federativos do país, ou fixar limites globais para o montante das dívidas consolidadas por estes (conforme se vê nos incisos V e VI do art. 52 da CF/88, respectivamente) e de caráter judicial, como processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como, os Ministros do STF, os membros do Conselho Nacional de Justiça, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União (CF, art. 52, I e II).

Questiona-se oportunamente por que deve ser o Senado o órgão competente a emitir tal resolução suspensiva, e não a Câmara dos Deputados, já que esta defende e representa os interesses do povo, elemento crucial do qual emana a soberania, presente no conceito de Estado que, no modelo adotado no Brasil, ganha contornos democráticos explícitos no art. 1º, parágrafo único da CF/88?

Não foi possível lograr, até o presente momento, uma doutrina vasta defendendo a possibilidade da Câmara dos Deputados exercer a suspensão de execução no lugar do Senado Federal. Apenas o que se conseguiu, em termos de justificativa, é que referida casa legislativa, desde o início da instauração da República no Brasil, sempre desempenhou o papel de coordenador entre os Poderes, inclusive de moderador do Executivo, tolhendo, sempre que possível, os arbítrios deste último. Para os constituintes da Carta de 1934, o Senado era o fiscalizador ideal da constitucionalidade das leis, principalmente dos atos normativos advindos do Executivo.

Estes constituintes tiveram preferência pelo Senado, possivelmente, pela atávica idéia que o faz ser concebido como órgão situado na linha que separa as atividades políticas das jurisdicionais (POLETTI, p. 50-51). Não pode ser descartada, também, a hipótese da influência das idéias defendidas por Madison em “O Federalista” que, por sua vez, pugnando pela presença necessária do referido órgão numa República. Segundo Madison, o Senado possui maior possibilidade de tomar decisões mais acertadas do que a Câmara dos Deputados, por ser formado por um número menor de componentes, e por estes terem maior tempo de permanência nas atividades daquela casa legislativa. Ainda defende o nobre autor que, há uma tendência das assembleias numerosas (como é o caso da Câmara) em ceder aos impulsos de paixões “súbitas e violentas” defendidas por líderes facciosos e assim tomarem decisões “intempestivas e perniciosas” (HAMILTON; MADISON; JAY, 1984, p.482).

Trata-se de uma informação coerente ao caso brasileiro, pois aqui, a Câmara dos Deputados reúne as diferentes parcelas ideológicas da sociedade, espalhadas de modo difuso pelo território nacional (no nosso caso, altamente pluralista), e representadas proporcionalmente na referida Casa legislativa, acaba sendo esta naturalmente um cenário propício a calorosas e parciais propostas e discussões; o Senado Federal, por outro lado, detém maior equilíbrio, vez que não possui membros representando ideologias, mas os interesses de Estados-membros (com igual nível de representação, cada ente possui 03 senadores) que, buscam satisfazer anseios maiores que os meramente parciais, pois visam ao bem comum de uma parcela determinada do território nacional, albergada por sua circunscrição.

Como foi tratado anteriormente, a decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal que pronuncia incidentalmente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público é de natureza declaratória, fazendo coisa julgada somente entre os litigantes do caso concreto

(*inter partes*). Além disso, essa decisão torna-se precedente para as causas semelhantes que estavam suspensas em outros órgãos fracionários do Supremo, bem como, para as causas subseqüentes que tratem da mesma matéria.

Entretanto, referida decisão não faz coisa julgada em relação à lei declarada inconstitucional, pois pode, em princípio, qualquer tribunal ou magistrado aplicar tal lei por entendê-la constitucional, legítima, até o momento em que o Senado emitir uma resolução que suspenda a execução de tal dispositivo legal (SILVA, 2002).

Portanto, não se expulsa a lei ou o ato normativo inconstitucional do ordenamento jurídico, apenas não se aplica às relações jurídicas pleiteadas no STF e nos demais tribunais (por força do dispositivo legal do parágrafo único do art. 481 do CPC). Mesmo sendo um precedente judicial, tal declaração *incidenter tantum* não tem alcance geral como as decisões proferidas nas ações diretas do controle abstrato, por não possuir o efeito *erga omnes* destas.

Eis aí um dos inconvenientes do controle difuso brasileiro, pois outras pessoas que também se encontram na mesma situação daquelas favorecidas pela sentença definitiva do Supremo, no entanto, não participaram da lide e nem possuem condições de se defender em um processo, ou que receberam tratamento diferente de outros tribunais que lhe deram uma decisão declarando a constitucionalidade do dispositivo legal, continuam a sofrer a incidência da lei ou do ato declarado inconstitucional (declaração *incidenter tantum*). Somente se livrarão disso quando o Senado Federal suspender tal lei, ou tal ato.

Enquanto não for emitida a resolução senatorial, a lei continuará vigendo normalmente. Daí surgem vários questionamentos, dentre os quais se destacam: a discricionariedade da emissão da resolução suspensiva, os efeitos decorrentes da suspensão, a sua efetividade diante das inovações trazidas pela Constituição atual, e outros que, na medida do possível, devido as limitações do presente trabalho, serão abordados no decorrer deste capítulo.

2.2.3.1 Suspensão pelo Senado: obrigação ou faculdade?

Uma das dúvidas que gera discussão na doutrina em relação à emissão de resolução suspensiva é se esta é ou não uma obrigação do Senado Federal. Ou seja, saber se o referido órgão legislativo tem a discricionariedade, ou se possui, na verdade, um encargo obrigatório de suspender a lei declarada inconstitucional de modo incidental pelo STF, assim que este proferir sua decisão. Sobre o assunto Ronaldo Poletti (2001, p.153) se manifesta desta forma:

Questão fundamental para o entendimento da competência do Senado reside em saber se aquela Casa do Congresso está obrigada a suspender o preceito acoimado de inconstitucional pelo Supremo Tribunal ou se tem o poder de fazê-lo. Seu papel é automático ou deve examinar, decidir sobre a conveniência de suspender a execução da lei. Se aquela competência tiver, como pensamos, conteúdo jurisdicional, a consequência está em que compete ao Senado decidir a conveniência e oportunidade em exercer a sua competência privativa.

O referido doutrinador entende que a competência do Senado de suspender a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo é o mesmo que estender os efeitos de uma decisão *incidenter tantum*, que afeta tão somente os litigantes do feito, em *erga omnes* (ao alcance de todos). Essa extensão dos efeitos, no entanto, evidencia um caráter político. Além disso, cabe dizer que tal competência se aproxima mais da função jurisdicional do que da legislativa (POLETTI, 2001). Zeno Veloso (1999, p.62) pondera o seguinte:

Se o ato do Senado estiver no universo da competência discricionária, portanto, com a liberdade de suspender, ou não, a execução de lei declarada inconstitucional, por decisão definitiva do Supremo Tribunal, fazendo um novo juízo sobre a inconstitucionalidade, estaremos admitindo que uma consideração exclusivamente política sobrepõe-se a uma verificação jurídica (e também política), comprometendo e diminuindo o papel do Pretório Excelso, perdendo sentido o art. 102, *caput*, da Constituição, que o designa como guarda da Lei Fundamental.

Lúcio Bittencourt (1968) entende que o Senado não tem a opção de suspender ou não a execução da lei declarada inconstitucional de modo incidental pelo STF, mas, está sim, obrigatoriamente vinculado, a fazê-lo toda vez que se verificar a comunicação da decisão definitiva pelo Supremo, pois a finalidade do referido órgão legislativo é de tornar pública a decisão da citada Corte.

Celso Ribeiro Bastos (1995, p. 179) considera que o referido órgão legislativo tem uma atribuição significativa e sua atividade é de natureza vinculada no que concerne ao exame dos requisitos formais para a suspensão da lei ou do ato normativo. Não faz sentido, então, que tal Casa legislativa se refute da missão de suspender a execução de lei declarada inconstitucional, quando já tiver sido comunicada sobre tal declaração e tiver examinado os requisitos formais para tanto.

O Ministro Pedro Chaves (apud POLETTI, 2001) compreendia também que o Senado não possui alternativa quanto à suspensão, vez que está determinada pela Carta Magna e, portanto, tal órgão legislativo está compelido a cumprir a aludida atribuição. Entretanto, o Ministro faz a seguinte ressalva: que não se deveria transformar aquela Casa legislativa em “mero cartório de registro de atos do Supremo Tribunal Federal” (2001, p.154). Antes de emitir a resolução suspensiva, poderia o Senado examinar somente os aspectos formais da

decisão do Supremo, como a observância do *quorum*, do procedimento constitucionalmente estabelecido, da presença da maioria absoluta dos votos, dentre outros.

Destaca-se também o entendimento do Ministro Victor Nunes (MS 16.512 RTJ 38(1):23): “[...] o Senado terá seu próprio critério de conveniência e oportunidade para praticar o ato de suspensão. [...] Mesmo porque não há sanção específica nem prazo certo para o Senado se manifestar”.

No entanto, o Senado não possui a competência de examinar o mérito da decisão do Supremo, nem de fazer interpretações, nem muito menos a de modular seus efeitos, ampliando ou restringindo o que está determinado na declaração de inconstitucionalidade. O conteúdo da suspensão está atrelado ao que estiver disposto na decisão do Supremo (VELOSO, 1999).

Conforme o Regimento Interno do Senado (RISF), referida Casa tomará ciência da declaração, parcial ou total, da inconstitucionalidade proferida em decisão definitiva pelo Supremo, através de alguma das seguintes formas: por comunicação do Presidente do STF; pela Representação do Procurador-Geral da Justiça; ou mediante projeto de resolução de iniciativa da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (art. 386 do RISF). Tanto a comunicação como a representação e o projeto, devem vir instruídos com o texto da lei que se visa suspender, juntamente com o texto do acórdão do STF, o parecer do Procurador-Geral da República e uma versão do registro taquigráfico do julgamento (art. 387 do RISF). No que se refere a comunicação e representação, ambas serão lidas em plenário. Após este momento, serão encaminhadas à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania que, por sua vez, formulará o projeto de resolução, suspendendo a execução da lei, no todo ou em parte (art. 388 do RISF).

Ressalte-se que, não há previsão no RISF de prazo legal para que o Senado emita a resolução suspensiva. Fica, portanto, a seu critério o momento de suspender a execução da lei inconstitucional, assim declarada pelo Supremo. Segundo Gilmar Ferreira Mendes (1999), isto não afeta a relação entre os Poderes, não se configurando uma violação constitucional a eventual omissão do Senado Federal nesse sentido.

Outro ponto relevante a ser suscitado é que, uma vez emitindo a resolução suspensiva, na qual se reafirma a inconstitucionalidade declarada pelo Pretório Excelso, o Senado não

poderá emitir uma resolução posterior deliberando em sentido contrário ao da primeira, pois se entende ter sido exaurida sua competência nesse caso. (VELOSO, 1999).

2.2.3.2 Efeito *ex tunc* ou *ex nunc*?

Pela teoria da inconstitucionalidade como nulidade (BARROSO, 2006, p. 15-18), o ato inconstitucional é nulo de pleno direito (essa, por sinal, foi a teoria adotada pelo célebre magistrado John Marshal para resolver o caso *Marbury vs. Madison*). Um corolário natural dessa teoria é o de que a decisão que pronuncia a inconstitucionalidade é de natureza declaratória, ou seja, limita-se a reconhecer uma situação preexistente. Com isso, os efeitos decorrentes dessa decisão são retroativos, “colhendo a lei desde o momento de sua entrada no mundo jurídico. Disso resulta que (...) não serão admitidos efeitos válidos à lei inconstitucional, devendo todas as relações jurídicas constituídas com base nela voltar ao *status quo ante*”. (BARROSO, 2006, p 16).

Sendo assim, declarada incidentalmente pelo STF a inconstitucionalidade de um ato normativo, este se desfaz desde o seu nascimento, alcançando todas as relações jurídicas que foram realizadas com base no mesmo, pois, uma vez considerado inconstitucional, significa ser tido como nulo e destituído de qualquer eficácia jurídica. Vê-se então que, a referida decisão proferida pelo Supremo, destinada às partes de um processo, possui efeito *ex tunc*.

No entanto, a Carta Magna de 1988, por meio do art. 52, X, prevê um mecanismo que amplia os efeitos dessa declaração *incidenter tantum*. Tal mecanismo consiste na competência atribuída ao Senado Federal, quando devidamente comunicado, de emitir uma resolução suspensiva da lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF. Tal resolução imprimirá efeito *erga omnes* àquela declaração, sendo que, tal lei só será considerada ineficaz juridicamente a partir da data da publicação dessa resolução senatorial (efeito *ex nunc*) e não a partir de sua origem (MORAES, 2005).

Contudo, a respeito do efeito da resolução suspensiva, há divisão entre os doutrinadores, pois alguns acreditam que é mesmo *ex nunc* o efeito da suspensão pelo Senado, ao passo que outros entendem ser tal efeito *ex tunc*. Os que acreditam que a resolução suspensiva do Senado tem efeito *ex nunc* o consideram semelhante ao efeito de revogação. Esta não atinge as situações anteriores. É o que ensina Bandeira de Mello (1980), ao afirmar que a suspensão da lei corresponde à sua revogação, devendo assim conservar as relações anteriores devidamente constituídas. A suspensão aqui não alcança os atos jurídicos perfeitos ocorridos

sob a égide da lei inconstitucional, bem como não afeta os direitos adquiridos à época e que futuramente podem vir a serem reivindicados. Na mesma linha desse raciocínio, se encontra também Themístocles Cavalcanti (1966, p.164), ao entender que a única solução que atende ao interesses de ordem pública é a que entende que a suspensão produzirá os seus efeitos desde a sua efetivação, não atingindo as situações jurídicas criadas sob a sua vigência.

Rodrigo Lopes (1999) entende que a resolução suspensiva não retroage à data da edição do ato normativo, tido posteriormente pelo STF como inconstitucional, por duas razões: a primeira é que a decisão jurisdicional do Supremo apenas deixa de aplicar o comando normativo somente ao caso em questão, não afetando a eficácia da regra em relação a terceiros; e a segunda é que o referido órgão legislativo apenas suspende a eficácia, não anulando a norma jurídica.

Porém, vale lembrar que “a doutrina clássica sustenta [...] que a lei inconstitucional não é lei, não obriga a ninguém” (POLETTI, 2001, p.118). Sendo a norma contrária à Lei Maior, não é tida como válida, é como se nunca tivesse existido, para todos os fins legais. Não pode servir como fundamento para as relações jurídicas, não cria direitos, não impõe obrigações. “Em consequência, não se poderia falar em decisão constitutiva, senão em declaratória com efeito *ex tunc*” (POLETTI, 2001, p. 120).

William Douglas Resinente dos Santos entende ser retroativa (*ex tunc*) a suspensão pelo Senado, pois do contrário tal resolução suspensiva teria um viés perverso, ao deixar de amparar aqueles que não tiveram condições oportunas de ter acesso ao Supremo. O efeito retroativo é mais democrático, isonômico e previne a permanência de efeitos de uma norma inconstitucional. Afirma ainda que, em sendo tal efeito *ex nunc*, surge a obrigação das pessoas buscarem o Judiciário apenas para obter o efeito *ex tunc*, sendo isto muito comum nas questões que envolvem tributos (SANTOS; MOTTA FILHO, 2004).

Gilmar Ferreira Mendes (1999, p.388) considera que o posicionamento daqueles que adotam o entendimento do efeito *ex nunc* parece estar de encontro com os princípios basilares da declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro. Para ele, a declaração de inconstitucionalidade tem efeito *ex tunc* e caráter declaratório, não podendo cogitar aqui a existência de situações juridicamente criadas, de atos jurídicos perfeitos, ou de efeitos futuros de direitos adquiridos. O ilustre Ministro Presidente do STF acredita que, para os constituintes de 1934, a resolução suspensiva importava na extensão dos efeitos do aresto, que declarava a

inconstitucionalidade, inclusive, como instrumento de economia processual, conferindo, dessa forma, caráter ampliativo à resolução suspensiva pelo Senado e não somente derogatório ou paralisante do dispositivo legal viciado. Pois caso não fosse assim, “inócuo seria o instituto com referência à maioria das situações formadas na vigência da lei declarada inconstitucional”.

Ainda seguindo o raciocínio do citado jurista (1999, p.390-391):

A suspensão constitui ato político que retira a lei do ordenamento jurídico, de forma definitiva e com efeitos retroativos. É o que ressalta, igualmente, o Supremo Tribunal Federal, ao enfatizar que ‘a suspensão da vigência da lei por inconstitucionalidade torna sem efeito todos os atos praticados sob o império da lei inconstitucional’.

O Senador Accioly Filho (1971) assim discorria sobre a matéria:

A declaração é do Supremo, mas a suspensão é do Senado. Sem a declaração, o Senado não se movimenta, pois não lhe é dado suspender a execução de lei ou decreto não declarado inconstitucional. Essa suspensão é mais do que a revogação da lei ou decreto, tanto pelas suas conseqüências quanto por desnecessitar da concordância da outra Casa do Congresso e da sanção do Poder Executivo. Em suas conseqüências, a suspensão vai muito além da revogação. Esta opera ex nunc, alcança a lei ou ato revogado só a partir da vigência do ato revogador, não tem olhos para trás e, assim, não desconstitui as situações constituídas enquanto vigorou o ato derogado. Já quando de suspensão se trate, o efeito é ex tunc, pois aquilo que é inconstitucional é natimorto, não teve vida [...], e, por isso não produz efeitos, e aqueles que porventura ocorreram ficam desconstituídos desde as suas raízes, como se não tivessem existido.

O referido Senador acredita ainda que suspensão e revogação são institutos completamente diferentes, sendo o primeiro de alcance e de profundidade maiores do que o segundo, tendo em vista que a revogação faz com que a lei inconstitucional continue a ser aplicada às situações realizadas antes dela se tornar inválida, enquanto que a suspensão fulmina desde a raiz toda a vigência da norma inconstitucional assim considerada. Com isso, a declaração incidental proferida pelo STF, por si só, não torna o dispositivo legal totalmente ineficaz para todos (*erga omnes*) os que estão subordinados a ele, pois o mesmo continua a vigor para todas as relações que não se encontram em litígio judicial. Faz-se, então, necessária a suspensão (que é de maior alcance), pelo Senado, para saná-las.

Segundo Maísa Cristina Dante da Silveira (SILVEIRA, 2005, *on-line*), há de se observar que, pela vertente dos doutrinadores tradicionais, baseada na teoria da nulidade, a declaração de inconstitucionalidade emana efeitos retroativos, pois sendo uma vez considerado nulo tal ato normativo, pode considerar-se que o mesmo não produziu eficácia jurídica durante sua vigência, não cogitando nem mesmo a sua existência no ordenamento

jurídico. No entanto, com o advento do controle concentrado e suas inovações, entendem os doutrinadores contemporâneos que os efeitos da nulidade podem ser mitigados. Estes últimos doutrinadores defendem que a nulidade não é inerente à inconstitucionalidade. Desta forma, não havendo correspondência lógica entre inconstitucionalidade e nulidade do ato, cogita-se que várias são as sanções possíveis para o ato declarado inconstitucional, que se diversificam de acordo com a extensão da discordância entre as normas e da conseqüente impropriedade do ato inquinado.

Oswaldo Luiz Palu (1999) entende que os efeitos variam conforme o sistema de controle de constitucionalidade (difuso ou concentrado), ou dependendo também da data da lei considerada inconstitucional. Afirma o douto jurista que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade pela via do controle abstrato são *erga omnes* e *ex tunc*, ou seja, considera-se inconstitucional a lei a partir da data de sua vigência. No controle difuso o efeito é *ex tunc*, ou seja, vale a partir da data da vigência da lei e não da data da decisão de inconstitucionalidade, sendo que, isto ocorre somente para o caso concreto. Com a suspensão pela resolução do Senado Federal, os efeitos tornam-se *erga omnes* e *ex nunc*. Agora, caso o ato normativo pela via incidental concreta seja anterior a Constituição vigente, serão os efeitos da declaração de inconstitucionalidade *ex tunc*, a partir da data da Carta Magna atual e não da publicação de ato, pois entende o referido autor que os atos normativos anteriores à revogação da Constituição anterior permaneceram válidos.

Por fim, ocorre que, com o advento da Lei 9.868/99, que regulamenta a ADIn e ADC, os efeitos tradicionalmente veiculados em suas decisões sofreram uma relativização. Atualmente, portanto, de acordo com o disposto no art. 27 da referida lei, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, levando em consideração razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, pode o STF, por maioria qualificada de 2/3 de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que a mesma só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado (efeito *ex nunc*) ou de um outro momento posterior (efeito *pro futuro*).

3 A VIA DIFUSA E O ART. 52, X, DA CF/88 NO CONTEXTO ATUAL

O controle difuso, como já é sabido, foi o primeiro e principal modelo de controle de constitucionalidade adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, permanecendo assim durante muitos anos. Ocorre que, com o surgimento da atual Constituição Federal (CF/88) e de suas Emendas Constitucionais (EC's de nº 03/93 e de nº 45/04), o controle de constitucionalidade concentrado foi mais visado pelo legislador constituinte derivado, ganhando muita força. Isso se deu, principalmente, porque seus institutos demonstraram mais praticidade e celeridade que os julgamentos do modelo difuso. Este último ainda persiste na nossa cultura jurídica, porém, perdeu bastante espaço para o controle concentrado.

Entretanto, além dessa supervalorização do controle abstrato pela CF/88 e suas EC's, outros fatores também colaboraram (e continuam colaborando) para o enfraquecimento do controle concreto. Pode ser citado, por exemplo: o comportamento comodamente inerte do Senado Federal, no tocante à emissão de resoluções suspensivas; a criação de Súmulas vinculantes pelo STF; a postura do próprio Supremo, em seus julgados, com a implementação de institutos próprios do controle concentrado nas ações pela via de exceção, como por exemplo, a flexibilização do efeito temporal *ex tunc* das decisões tomadas pelo STF em sede de controle difuso, dentre outras inovações propostas recentemente no modelo difuso.

Todos esses fatores serão, nos limites do que se propõe neste trabalho, abordados nos itens seguintes.

3.1 Da função do Senado Federal

Diante do novo cenário jurídico, que o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade está ingressando atualmente, percebe-se, cada vez mais, uma inocuidade na participação do Senado Federal no controle de constitucionalidade concreto. Zeno Veloso (1999, p.63) há tempos percebeu essa situação e defende a idéia de uma reforma no art. 52, X, CF/88:

Devemos convir, entretanto, que não há razão para manter em nosso Direito Constitucional legislado a norma do art. 52, X, da Constituição Federal, originária da Carta de 1934, quando só havia o controle incidental, e o princípio da separação dos poderes se baseava em critérios e valores absolutamente ultrapassados, ancorados numa velha e rígida concepção oitocentista. Uma reforma é necessária, para que se estabeleça, de uma vez por todas, que as decisões do Supremo Tribunal

Federal, no controle de constitucionalidade, por qualquer de suas vias, sejam finais e definitivas, tenham eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

Oswaldo Luiz Palu (1999, p.132-3) também não aprova a permanência da competência privativa do Senado elencada no referido dispositivo constitucional:

Não se pode concordar que o Senado Federal seja o órgão mais adequado para fiscalizar a estabilidade da jurisprudência ou a regularidade formal dos julgados do Supremo Tribunal (Constituição, art. 52, X). A estabilidade da jurisprudência constitucional no sistema difuso (no sistema concentrado não existe atuação do Senado Federal) pode ser resolvida, como se disse, com a previsão de que, declarada *incidenter* a inconstitucionalidade, a Corte somente poderia voltar atrás, em nova demanda, com *quorum* mais elevado que o de maioria absoluta, ou ainda facultando, discricionariamente, à Corte sumular e revogar súmulas constitucionais quando entendesse estável a jurisprudência, em um ou outro sentido.

É de suma relevância reproduzir aqui as considerações do Ministro Gilmar Ferreira Mendes (1999, p.394):

A exigência de que a eficácia geral da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal fique a depender de uma decisão do Senado Federal, introduzida entre nós com a Constituição de 1934 e preservada na Constituição de 1988, perdeu grande parte do seu significado com a introdução do controle abstrato de normas, sofrendo mesmo um processo de obsolescência.[...] Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de uma Emenda Constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão-somente para as partes? A única resposta plausível indica que o instituto da suspensão pelo Senado de execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo assenta-se hoje em razão de índole exclusivamente histórica.

Outro ponto ressaltado pelo referido Ministro é que nem para as decisões do STF que se limitam a fixar interpretação constitucionalmente adequada a uma dada disposição legal, a suspensão pelo Senado se mostra adequada, pois não se trata aqui de declaração de inconstitucionalidade. Também não se mostra apropriado às decisões em que o Supremo adota uma interpretação conforme a Lei Maior, seja preenchendo a lacuna de certo dispositivo legal, seja restringindo uma expressão literal. Demonstra igual falta de serventia aos casos de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, nos quais se declarada inconstitucional apenas um dos diversos significados interpretativos do dispositivo legal e não a expressão literal nele contida.

Sepúlveda Pertence (*apud* MEIRELLES, 2005) afirmou num voto que proferiu na ADC nº 01/03 que, diante da convivência entre os dois tipos controle, difuso e concentrado, seria inevitável o crescimento e o reforço deste último, sobretudo nos processos de massa. A difícil convivência integral dos dois tipos de controle ainda se faz possível devido o STF ter

acumulado os papéis de órgão exclusivo do controle concentrado e órgão de cúpula do método difuso.

Lúcio Bittencourt (1968) por sua vez considera um equívoco atribuir a inexecução geral de um ato declarado inconstitucional à vontade exclusiva de um órgão estatal. Sustenta ainda o referido doutrinador, de forma isolada que, mesmo não havendo a suspensão pelo Senado, não ficaria afetada a eficácia da decisão pronunciada pelo Supremo, a qual, de conformidade com a teoria da nulidade, continuaria a produzir os seus efeitos regulares (*ex tunc* e *erga omnes*), independente da confirmação de qualquer dos Poderes. O objetivo do ato do Senado é apenas tornar pública a decisão do Tribunal, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos. Afirmar que o Senado suspende a execução da lei declarada inconstitucional é uma impropriedade técnica, uma vez que tal ato assim considerado não poderia ter a sua execução suspensa, por ser, na verdade, inexistente ou ineficaz.

Diante de tais considerações, o papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade é o de um mero apêndice, em voga apenas pelo mandamento constitucional, e que vem perdendo espaço para as inovações advindas do controle abstrato à medida que este se fortalece no direito brasileiro. O futuro possivelmente tornará o dispositivo do art. 52, X da CF/88 uma figura obsoleta.

Por fim, percebe-se, até pela pouca divulgação na mídia especializada, a quantidade ínfima de resoluções suspensivas emitidas pelo Senado com fim de estender os efeitos da declaração de inconstitucionalidade proferida em julgados definitivos do Supremo, em sede de controle difuso, tornando-os, mediante o ato senatorial, *erga omnes*.

Para um estudo melhor do assunto, foi feita uma breve pesquisa a partir da análise de dados fornecidos no site do próprio Senado e do STF. Constatou-se que de 1990 até 2007 foram proferidas 111 resoluções suspensivas de execução de leis ou atos normativos declarados inconstitucionais pelo Supremo em via difusa. Comparando este número com a quantidade de feitos julgados o pelo STF, que em alguns anos chega a ultrapassar a casa dos 100.000 (cem mil), percebe-se que é irrisória a atividade da referida Casa legislativa quanto ao exercício desta atribuição.

Cabe salientar, desde logo, que da pesquisa não se obteve o número preciso de quantos daqueles feitos o Supremo exerceu seu controle de constitucionalidade concreto, porém, mais do que qualquer outro juízo, sua atividade jurisdicional deve ser pautada pela zelosa

observância aos preceitos da Magna Carta, já que esta própria o considera como o seu guardião. A probabilidade de se deparar com questões prejudiciais de inconstitucionalidade no decorrer do trâmite de tais feitos é grande, até mesmo porque um Ministro pode argüir, incidentalmente e de ofício, a inconstitucionalidade, no momento em que está analisando o processo, sem ser necessário que a parte interessada o faça.

Para maiores informações referentes a tais dados, o anexo único do presente trabalho trás um quadro comparativo entre os processos julgados anualmente pelo STF e as resoluções suspensivas emitidas pelo Senado Federal no respectivo período.

Essa pouca “produtividade” do próprio Senado pode ter contribuído para a mudança de postura do STF que, ultimamente, vem adotando certas medidas (sobre as quais será tratado em momento posterior) as quais, paulatinamente, vêm pondo em xeque a competência elencada no art. 52, X da CF/88.

3.2 A Repercussão da Súmula Vinculante instituída pela Emenda 45/2004

A Emenda Constitucional (EC) nº 45 de 2004, que trata da Reforma do Judiciário, acrescentou o dispositivo legal referente à súmula vinculante, que assim passa dispor:

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

§1º A Súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

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

Antes de se adentrar na matéria, é importante verificar o que Oswaldo Luiz Palu (1999, p. 130) já discorria, antes da EC nº 45/04, sobre a implementação da súmula vinculante como meio de atribuir alcance geral às decisões do Pretório Excelso, proporcionando, desta

maneira, uma uniformidade aos julgados constitucionais, com maior eficiência do que por meio da resolução suspensiva do Senado:

Na via incidental, se ao Senado Federal fosse retirada competência de suspender a eficácia *erga omnes* e atribuída ao próprio Supremo Tribunal, atuando por meio de súmulas de jurisprudência constitucional, o sistema seria mais eficaz. Claro que para haver alteração de orientação acerca de inconstitucionalidade firmada, haveria necessidade de revisão da súmula de jurisprudência, ou após expressivo número de julgados, ou após nova decisão com *quorum* mais elevado, que seria previsto na Constituição, na lei, ou no próprio Regimento, por exemplo, de 2/3 dos membros do Tribunal.

A súmula é uma tradução compactada de entendimentos colegiados sobre determinada matéria jurídica, extraídos da jurisprudência do tribunal, utilizada reiteradamente por este, servindo, assim, de orientação para o julgamento de outros casos análogos. O uso das súmulas do STF, mesmo antes da súmula vinculante, já se tornara corriqueiro na solução das lides julgadas pelos juízes singulares e tribunais de todas as instâncias. A diferença é que, com a EC nº 45/04, as súmulas podem vir a ser editadas com força vinculante, assemelhando-se, assim, ao instituto típico do sistema *common law*, o *stare decisis*. O que difere um do outro é que, no *stare decisis*, a decisão judicial, além de dirimir a controvérsia da lide, já serve de precedente (parâmetro), dotado de força vinculante, para os casos análogos supervenientes, enquanto que a súmula, no direito brasileiro, só ganhará tal força se for aprovada mediante decisão de dois terços dos membros do STF, e se houver, necessariamente, a existência de vários julgamentos que tratam da mesma matéria constitucional de modo uniforme.

Voltando-se para o estudo do art. 103-A, somente as súmulas do Supremo Tribunal Federal terão possibilidade de obter a força vinculante (se forem aprovadas segundo os requisitos ali dispostos; caso contrário, serão súmulas sem efeito vinculante). A nenhum outro tribunal poderá ser atribuída essa competência. Tal efeito vinculante, contudo, só se dará no momento da publicação, na imprensa oficial. As aludidas súmulas vincularão os demais juízes e tribunais do Poder Judiciário, bem como os órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta, em sede federal, estadual e municipal, ou seja, todos estes entes deverão obedecer necessariamente ao que estiver disposto nessas súmulas, sob pena de terem seus atos anulados (caso de ato proveniente da Administração Pública) ou terem suas decisões cassadas (caso das decisões dos órgãos judiciais), mediante reclamação junto ao Supremo.

Sendo assim, pode o Pretório Excelso, de ofício ou mediante provocação, editar súmula vinculante depois de reiteradas decisões que tratam de certa matéria constitucional, respeitando o *quorum* de dois terços de seus membros. Uma vez editada, contudo, poderá ser

revista ou cancelada, conforme a lei 11.417 (Lei que regulamenta as súmulas vinculantes). Os legitimados à propositura da ADIN também estão aptos a propor a aprovação, a revisão ou o cancelamento de súmula vinculante, sem prejuízo do que estiver disposto em lei.

O objeto de súmula vinculante tratará sobre a validade, a interpretação e a eficácia de normas que geram controvérsia atual entre os próprios juízes, tribunais e demais órgãos judiciários, ou entre estes e administração pública. Controvérsias estas que venham a proporcionar uma grave insegurança jurídica e que, conseqüentemente, acarretem a proliferação de processos semelhantes, tratando da mesma matéria controvertida.

Os que não aprovam a idéia da súmula vinculante, alegam que seu advento promove, dentre outras mazelas, o engessamento da jurisprudência, o rompimento da independência da liberdade de juízo dos magistrados e, inclusive, a acomodação criativa dos mesmos, impedindo, assim, que certas questões jurídicas possam ser repensadas (LIMA, 1999).

Os que defendem a instauração do referido instituto argumentam que a adoção dessas súmulas visa estabelecer uniformidade e estabilidade aos julgados de casos semelhantes, evitando, assim, a proliferação de decisões divergentes sobre matérias idênticas, além de desafogar o STF e os demais tribunais de processos que reiteradamente tratam da mesma questão. O instituto, portanto, preza pela celeridade dos trabalhos no âmbito dos órgãos judiciários, bem como, pela economia processual nas demandas judiciais (LIMA, 1999).

Para fins do presente estudo, a súmula vinculante representa uma alternativa de solução eficiente e de tratamento isonômico para os julgados em sede de controle de constitucionalidade difuso.

Explica Lílian Haber (*In*: VELOSO; SALGADO, 2005) que o referido instituto pode ser útil para imprimir às decisões proferidas em sede de controle concreto os mesmos efeitos das decisões em sede de controle abstrato. No entanto, a referida autora atenta ao fato de que a figura da súmula vinculante não faz parte, em tese, do controle de constitucionalidade, apesar daquela, em termos de efeitos práticos, se assemelhe com os institutos das ações diretas de inconstitucionalidade, declaratórias de constitucionalidade e de arguições de descumprimento de preceito fundamental.

O surgimento da súmula vinculante faz repensar o sentido do art. 52, X da CF/88, pois, agora há, de certa forma, uma alternativa para conferir efeito vinculante e *erga omnes* às

decisões que declarem inconstitucionalidade na via difusa. É o que se vê com as considerações de Lílian Haber (*In: VELOSO: SALGADO, 2005, p.144*):

É o caso, por exemplo, de o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo reiteradas vezes, em sede de controle difuso, ao apreciar inúmeros recursos extraordinários que tratem exatamente do mesmo assunto. Essas reiteradas decisões poderão levar um dos legitimados a provocar a edição de uma súmula vinculante sobre o tema, e a consequência lógica disso seria conferir efeito vinculante e eficácia contra todos à decisão proferida pela via do controle difuso. Nesse caso, portanto, inexistiria interesse do Supremo Tribunal Federal em solicitar a suspensão de execução de lei ao Senado Federal, pois a súmula vinculante se encarregaria de conferir à decisão declaratória de inconstitucionalidade os mesmos efeitos inerentes às decisões proferidas em sede de controle concentrado.

É bem provável que o Supremo siga tal tendência, tendo em vista que a decisão declaratória do referido tribunal fica a mercê da boa vontade do Senado, que pouco exerceu sua função de uniformizar os julgados dos tribunais em sede de controle difuso. Indícios disso aparecem na crescente afirmação do modelo de controle concentrado no regime jurídico brasileiro no decorrer desses últimos dez anos, como observa tal transformação Leonardo Barbosa (DINO et. al, 2005, p.83-4):

Desde a Emenda constitucional nº 03, de 1993, que criou a ação declaratória de constitucionalidade, dotada de efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, começou a estruturar-se um movimento contínuo de fortalecimento da jurisdição do Supremo Tribunal Federal. Vieram, então as leis 9.868/99 e 9.882/99 (que regulamentaram a ação direta de inconstitucionalidade – ADIn, a ação declaratória de constitucionalidade – ADECon e a arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF), ratificando o entendimento jurisprudencial que já estendia a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante das decisões do STF, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, à ADIn e ADPF. Além disso, o Tribunal passou a contar com a possibilidade de manipulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, a qual poderia ser dotada de eficácia *ex nunc* ou *mesmo* pro futuro. [...] Por fim, a Emenda constitucional nº 04, de 2004, estabeleceu a possibilidade de que o STF lance mão de súmulas vinculantes em matéria constitucional. Essa breve cronologia não pretende ser exaustiva. Há uma série de decisões e debates importantes que permearam esses pouco mais de dez anos compreendidos entre as Emendas constitucionais de nº 03 e 45. Dez anos que alteraram profundamente a sistemática do controle de constitucionalidade brasileiro. [...] conclui-se uma guinada radical na jurisdição em matéria constitucional, e o resultado desse movimento é a clara preponderância do modelo de controle abstrato de constitucionalidade.

A instituição da súmula vinculante certamente contribuiu, de forma indireta, para o processo de transformação pelo qual o sistema de controle de constitucionalidade judicial brasileiro está passando.

3.3 As inovações do STF

Vários são os momentos em que o Supremo busca ampliar os efeitos de suas decisões proferidas em sede de controle difuso. A começar pela desnecessidade de seguir rigorosamente o art. 97 da CF/88 (que trata da declaração de inconstitucionalidade obrigatoriamente pela maioria absoluta dos membros dos tribunais ou de seus órgãos especiais), na hipótese do STF já ter se pronunciado a respeito da inconstitucionalidade de uma lei ou de um ato normativo (MENDES, 2006, p. 268-9):

Em acórdão proferido no RE 190.728, teve a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal a oportunidade de, por maioria de votos [...], afirmar a dispensabilidade de se encaminhar o tema constitucional ao Plenário do Tribunal, desde que o Supremo Tribunal já se tenha pronunciado sobre a constitucionalidade da lei questionada. [...] referido entendimento fora igualmente adotado pela 2ª Turma, como consta da ementa do acórdão proferido AgRgAI 168.149, da relatoria do eminente Ministro Marco Aurélio [...] Em acórdão proferido de 22 de agosto de 1997, houve por bem o Tribunal ressaltar, uma vez mais, que a reserva de plenário da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo funda-se na presunção de constitucionalidade que os protege, somada a razões de segurança jurídica. Assim sendo, 'a decisão plenária do Supremo Tribunal declaratória de inconstitucionalidade de norma, posto que incidente, sendo pressuposto necessário e suficiente a que o Senado lhe confira efeitos *erga omnes*, elide a presunção de sua inconstitucionalidade; a partir daí, podem os órgãos parciais dos outros tribunais acolhê-la para fundar a decisão de casos concretos posteriores, prescindindo de submeter a questão de constitucionalidade ao seu próprio plenário'.

Segundo o douto Ministro, esse entendimento marca uma evolução no sistema de controle de constitucionalidade pátrio que, de certa forma, faz com que sejam equiparados, na prática, os efeitos das decisões proferidas nos processos de controle abstrato e concreto, pois o referido entendimento do Supremo, tal como foi colocado, “antecipa o efeito vinculante de seus julgados em matéria de controle de constitucionalidade incidental” (MENDES, 2006, p.269). Isto gerou um impacto de grande repercussão, o que culminou numa reforma do texto do art. 481 do CPC, pela lei 9.756 de 17 de dezembro de 1998, com o acréscimo de seu parágrafo único: “Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão”.

Outro momento importante, aludido por Jonas Vieira de Lima (LIMA, 2007, *on-line*), se refere ao posicionamento do STF quanto ao uso do Recurso Extraordinário (após advento da EC nº 45/04) como uma ferramenta de abstração na via difusa. O autor explica o seguinte:

Como uma primeira manifestação, temos o posicionamento de Gilmar Ferreira Mendes no processo administrativo nº 318.715/STF que culminou na edição da emenda nº 12 ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), publicada no DJ de 17/12/2003. Vejamos o excerto: 'O Recurso Extraordinário "deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesses das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional

objetiva. Trata-se de orientação que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm adotando.' Acentua ainda que a função do Supremo nos recursos extraordinários não é a de resolver conflitos subjetivos, nem o de revisar a decisão das cortes inferiores, mas que o recurso tem o papel de servir de pressuposto para uma atividade jurisdicional que transcende aos interesses subjetivos. Como podemos notar [...] o eminente jurista não encara o Recurso Extraordinário como uma ferramenta à disposição das partes que litigam em juízo, mas uma ferramenta posta à disposição do próprio STF, para que ele analise a validade em abstrato da norma impugnada.

E continua o referido autor:

Esta mesma linha de raciocínio foi defendida pelo ministro no julgamento da medida cautelar no RE 376.852, publicado no DJ de 27/03/2003, onde defende a transformação do Recurso Extraordinário em remédio de controle abstrato de constitucionalidade. Tal entendimento foi seguido pela ministra Ellen Gracie, no julgamento do AI 375.011, constante do *informativo 365 do STF*, em que dispensa o prequestionamento para permitir que o Tribunal conheça da matéria constante do RE. O mesmo pensamento levou o ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento do RE 298.694, publicado no DJ de 23/04/2004, a admitir o julgamento do mesmo com fundamento diverso daquele enfrentado pelo tribunal recorrido, flexibilizando o requisito do prequestionamento e consagrando a tese de que o Recurso Extraordinário transcende ao interesse das partes e se amolda como instrumento para controle abstrato da constitucionalidade.

Um julgado do STF que fez história no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro foi o julgamento do HC 82.959/SP. No acórdão aí proferido declarou-se inconstitucional o §1º do art. 2º da Lei 8.072/90, que vedava a progressão de regime para aqueles que cometeram crimes considerados hediondos pela referida lei. Porém, conforme o informativo de nº 417 do STF:

O Tribunal, por unanimidade, explicitou que a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará conseqüências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, já que a decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão. HC 82959/SP, rel. Min. Marco Aurélio, 23.02.2006

O que se vê aí é que tal declaração não serve para o caso daqueles que tiveram sua pena extinta. Para estes, que tinham interesse em invocar a aludida decisão para obterem alguma indenização, como uma conseqüência jurídica de efeitos práticos, advinda da inconstitucionalidade da situação a que foram submetidos, não poderiam fazê-lo, tendo em vista que a mesma não geraria nenhum tipo de efeito retroativo, já que assim foi explicitamente estabelecido. Para alguém que estivesse em tal situação e quisesse, individualmente (controle difuso), algum tipo de reparação do governo, poderia vir a obter a declaração de inconstitucionalidade do referido dispositivo legal, mas não alcançaria nenhum tipo de efeito jurídico com isso, pois não se obteria o efeito *ex tunc* de tal declaração. O

próprio Min. Gilmar, já anteriormente, em seu voto-vista proferido no referido processo, havia declarado a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, com eficácia *ex nunc* (Informativo nº 372 do STF). Isto já demonstrava uma prévia do que viria a ser posteriormente estabelecido pelo Plenário, ao proferir sua decisão final em acórdão.

Outro aspecto a ser salientado é que a decisão supra aludida passa a idéia de que a mesma deve ser repetida pelos demais tribunais e magistrados de primeira instância, no que tange à inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da lei 8.072/90, só tendo estes a liberdade de apreciar os demais requisitos pertinentes a concessão da progressão do regime. Percebe-se, na realidade, que um efeito vinculante foi empregado à decisão, ao se pretender que todos os demais tribunais, magistrados e até órgãos administrativos a sigam, sob pena de reclamação junto ao Supremo.

Tal idéia ficou ainda mais evidenciada com o advento da Recl. 4335/AC, que foi ajuizada contra decisões do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco, no Acre, que indeferiram pedidos de progressão de regime em favor de condenados que cumpriam pena em regime integralmente fechado em decorrência da prática de crimes hediondos. Alegou-se a autoridade da decisão da Corte no HC 82959/SP, no qual se declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, que vedava a progressão de regime a condenados pela prática de crimes hediondos. O Min. Gilmar Mendes foi o relator e expôs seu voto no sentido de que fosse julgada procedente a reclamação, bem como, fossem cassadas as decisões impugnadas, “assentando que caberá ao juízo reclamado proferir nova decisão para avaliar se, no caso concreto, os interessados atendem ou não os requisitos para gozar do referido benefício, podendo determinar, para esse fim, e desde que de modo fundamentado, a realização de exame criminológico” (Informativo 454 do STF).

O informativo nº 454 do STF traz maiores detalhes sobre o posicionamento do ilustre ministro:

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

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

O Min. Eros Grau acompanhou o voto do relator, sustentando que o art. 52, X, da CF, está passando por uma verdadeira mutação constitucional, pois a competência do Senado aí prevista se reduziu apenas a dar publicidade à suspensão da execução de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, já que no seu entendimento esta contém força normativa bastante para suspender a execução da lei (Informativo nº 463 do STF).

Percebem-se os novos rumos que o Supremo vem tomando no que se refere ao controle de constitucionalidade. Pode-se observar a implementação de institutos do controle abstrato de normas no procedimento de controle concreto. Viu-se anteriormente o posicionamento de alguns Ministros do Supremo em quererem atribuir eficácia vinculante às decisões proferidas na via difusa. Isto, na prática, significou uma maneira de se atribuir a uma decisão de via concreta uma repercussão maior, que ultrapassasse, de certa forma, os limites do efeito *inter partes*.

Vale a pena discorrer, em breves palavras, sobre o que seja efeito vinculante. Este surgiu com a EC de nº 03/93, como um instituto do controle abstrato através da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC). Tal EC trouxe o seguinte texto constitucional:

"(...) as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal,

produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo" (art. 102, § 2º da CF/88).

Posteriormente, com EC nº 45/04, tal efeito também veio a pertencer às decisões definitivas de mérito proferidas em ADIN. O efeito vinculante e o efeito *erga omnes* são bem parecidos, mas há uma importante distinção entre eles. O segundo traz força vinculante apenas à parte dispositiva da decisão, enquanto que o primeiro traz força vinculante aos motivos e fundamentos que embasam a decisão, além da parte dispositiva desta.

Em efeitos práticos, tem-se o seguinte: Tendo-se somente o efeito *erga omnes*, a declaração de inconstitucionalidade de um ato normativo não obsta à repetição de seu conteúdo em outro diploma legal. Tanto a eficácia *erga omnes* como o trânsito em julgado de uma decisão definitiva de uma ADIN, não são, por si só, suficientes para evitar que a autoridade da qual emanou o ato o reedite. Já o efeito vinculante, que abrange também os fundamentos determinantes da decisão, obriga a toda e qualquer autoridade a observar estritamente a interpretação que o tribunal conferiu à Constituição. Uma consequência semelhante a isto se observa nas chamadas normas paralelas. Se o Supremo declarar a inconstitucionalidade de uma Lei do Estado X, o efeito vinculante terá o condão de impedir a aplicação de norma de conteúdo semelhante sendo tal norma advinda de qualquer Estado (B ou C) (MENDES, 2000, *on-line*).

Segundo o Procurador Federal Marcelo Novelino Camargo, está ocorrendo essa inovação também no controle difuso (CAMARGO, 2006, *on-line*):

Se, no controle concentrado, a extensão dos efeitos vinculantes aos motivos determinantes da decisão e aos princípios por ela consagrados não é exatamente uma novidade, o mesmo não se pode dizer da utilização desta técnica no controle difuso. Neste, os ministros do STF vêm aplicando tese fixada em precedente no qual se discutiu a inconstitucionalidade de lei emanada de ente federativo diverso daquele que elaborou a lei objeto do recurso extraordinário sob exame, impondo os fundamentos determinantes de um *leading case* até mesmo no controle de constitucionalidade de leis municipais.^[11] Este procedimento está embasado no *caput* e no § 1º-A do artigo 557 do Código de Processo Civil que possibilita ao relator julgar monocraticamente recurso interposto contra decisão que esteja em confronto com súmula ou jurisprudência dominante da Corte Suprema. Ademais, a interpretação dada pelo STF possui especial relevância, na medida em que ele se constitui no "guardião da Constituição" (CRFB/88, art. 102, *caput*), a quem cabe dar a última palavra na descoberta do conteúdo e na fixação do alcance das normas constitucionais.

Outra inovação foi a da modulação dos efeitos destas decisões. Um exemplo bem claro disto consta no RE nº 197.917/SP. A decisão aqui proferida ganhou efeito *pro futuro* e não *ex tunc* (que é a regra no controle difuso), por entender a Colenda Corte que o efeito *ex tunc*

causaria ao caso em espécie uma ofensa a segurança jurídica. O referido recurso foi interposto contra uma decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que declarava constitucional o parágrafo único do art. 6º da Lei Orgânica do Município de Mira Estrela (que por sua vez, possui menos de três mil habitantes) que tinha fixado em 11 o número de vereadores da Câmara Municipal. O TJ de São Paulo entendeu que tal número não se afastou dos limites constantes do art. 29, IV, a, b e c, da CF/88. O Supremo, por maioria, acompanhando o Min. Maurício Corrêa, na figura de relator do processo, reconheceu a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 6º da Lei nº 226/90, do citado Município, por entender que o art. 29 da CF/88 estabelece um critério de proporcionalidade aritmética para o cálculo do número de vereadores, não sendo possível aos municípios de maneira autônoma fixar esse número discricionariamente. No caso do referido Município este deveria ter 09 vereadores, sob pena de incompatibilidade com a proporção determinada constitucionalmente. Contudo, o STF determinou por bem que, após o trânsito em julgado, a Câmara de Vereadores adotasse as medidas cabíveis para adequar sua composição aos parâmetros ora fixados, porém respeitados os mandatos dos atuais vereadores (Informativo nº 341 do STF).

Assim foi o voto do Min. Maurício Corrêa, relator do recurso supra aludido, que foi acompanhado pela maioria absoluta do plenário (Informativo nº 341 do STF):

”(...) Como visto, a presente ação pretendeu a redução do número de Vereadores de onze para nove, o afastamento dos excedentes, a devolução dos subsídios indevidamente pagos e, como consequência, a declaração incidente de inconstitucionalidade da norma local. 62 Observo, por fim, obter dictum, que a declaração de cassação dos mandatos em situação como a presente, se fosse o caso, deveria ser precedida de reavaliação do quociente eleitoral, tendo em vista os partidos políticos que participaram das respectivas eleições, o que demandaria prévio exame da Justiça Eleitoral, inviável e inconveniente de se fazer agora, pelas consequências práticas incalculáveis que resultariam da medida. 63. A declaração de nulidade com os ordinários efeitos ex tunc da composição da Câmara representaria um verdadeiro caos quanto à validade, não apenas, em parte, das eleições já realizadas, mas dos atos legislativos praticados por esse órgão sob o manto presuntivo da legitimidade. 64. Nessa situação específica, tenho presente excepcionalidade tal a justificar que a presente decisão prevaleça tão-somente para as legislaturas futuras, assegurando-se a prevalência, no caso, do sistema até então vigente em nome da segurança jurídica. Ante essas circunstâncias, conheço do recurso extraordinário e lhe dou parcial provimento para, restabelecendo em parte a decisão de primeiro grau, declarar inconstitucional, incidenter tantum, o parágrafo único do artigo 6º da Lei Orgânica 226, de 31/03/90, do Município de Mira Estrela-SP, e determinar à Câmara Legislativa que, após o trânsito em julgado, adote as medidas cabíveis para adequar sua composição aos parâmetros ora fixados, respeitados os mandatos dos atuais vereadores.”

A modulação dos efeitos temporais de uma decisão é tipicamente um instituto do controle abstrato de normas. Está previsto explicitamente esse tipo de prática no art. 27 da lei 9.868/99 que dispõe justamente sobre o processo e o julgamento da ADIN e da ADC:

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.

O controle difuso hoje não é mais o mesmo adotado no Brasil do início do período republicano. Essas inovações mostram a tendência do Supremo em querer “abstrativizar” o controle de constitucionalidade difuso. Se isto vier a se consolidar no decorrer do tempo, a via concentrada ganhará força cada vez mais, e o sentido original da norma elencada no art. 52, X da CF/88 se perderá.

3.4 Mutação constitucional do art. 52, X da CF/88?

Logo de início, é bom esclarecer o que é mutação constitucional. Segundo Pedro Lenza (2006, p.60), mutação constitucional não é uma alteração física, materialmente perceptível, pois a sua modificação se dá apenas no significado e no sentido interpretativo de um texto constitucional. Não se enquadra a mutação como um tipo de reforma constitucional, pois aquela prescinde de um processo solene no qual teria que passar pelas Casas Legislativas (Senado e Câmara dos Deputados), precisando também de uma maioria qualificada das mesmas para que a alteração se efetivasse, diferentemente da última. Pois bem, a mutação possui um aspecto mais dinâmico e informal. Ela consiste apenas numa reinterpretação da norma, sem acarretar, contudo, numa alteração do texto constitucional, que permanecerá inalterado (LENZA, 2006, p. 61).

Neste momento, citamos novamente o Min. Gilmar Mendes, que é o jurista que mais se destaca quando o assunto é mutação constitucional. Mendes defende que, diante de todo o quadro até aqui exposto, é necessária uma releitura do art. 52, X da CF/88. Acredita o referido Ministro que o dispositivo constitucional em destaque começou a perder o sentido com a introdução do sistema abstrato de controle de constitucionalidade, por este dispensar a “chancela” do Senado para que uma lei ou um ato normativo declarado inconstitucional se tornasse inaplicável.

Além disso, para ele a suspensão da execução da lei pelo Senado implica mais na negação do que na afirmação da teoria da nulidade da lei inconstitucional. Ficar a mercê exclusivamente da vontade de um órgão eminentemente político, e não da de um órgão judicial, incumbido da aplicação cotidiana do direito, reforça ainda mais a idéia de

consolidação de institutos que vão de encontro à implementação da teoria da nulidade da lei inconstitucional, adotada pelo ordenamento jurídico pátrio (MENDES, 2006, p. 276).

O referido Ministro alega ainda que a atual postura do Supremo, de conferir às suas decisões o efeito vinculante, não só da parte dispositiva da decisão, que declara a inconstitucionalidade, mas também dos fundamentos que a determinaram, bem como a possibilidade do Pretório Excelso proporcionar, na prática, eficácia *erga omnes* às decisões proferidas em ações coletivas (Ação Civil pública e Mandado de Segurança Coletivo), nas quais se declare incidentalmente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, fazem com se torne mais difícil justificar a necessidade da suspensão pelo Senado (MENDES, 2006, p. 280).

Assim, parece legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Desta forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, esta decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa *força normativa*. Parece evidente ser essa a orientação implícita nas diversas decisões judiciais e legislativas (...) Assim, o Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, (...) (MENDES, 2006, p.280).

A nova leitura que o Ministro Gilmar propõe sobre o dispositivo do art. 52, X da CF/88, a de que caberia ao Senado Federal somente dar publicidade às decisões definitivas de mérito do STF em sede de controle difuso, sofre duras críticas de muitos juristas contrários a sua tese, por entenderem que a melhor solução é a publicação de uma Emenda Constitucional, pois esta modificaria o supra aludido dispositivo constitucional, no mesmo sentido da mutação constitucional defendida por Gilmar Mendes, porém, de forma explícita, não deixando dúvidas sobre a real função do Senado no controle de constitucionalidade difuso.

Um dos que criticam a mutação constitucional é o Ministro Joaquim Barbosa, que considera que a suspensão da execução da lei pelo Senado não representa um obstáculo à ampla efetividade das decisões do Supremo, mas serve de complemento às mesmas. Para ele, deve ser mantida a leitura tradicional do art. 52, X, da CF, pois a mesma trata de uma autorização ao Senado de determinar a suspensão de execução de uma norma declarada inconstitucional e não de uma faculdade de cercear a autoridade do STF.

Joaquim Barbosa afirma ainda que caso se aceite a tese da mutação, seriam necessários dois fatores adicionais que, segundo seu entendimento, não se configuram presentes. São eles:

o decurso de um espaço de tempo maior para verificação da mutação e o conseqüente e definitivo desuso do dispositivo. Por fim, o ilustre Ministro enfatiza que a proposta de mutação constitucional, além de estar impedida pela literalidade do art. 52, X, da CF, caminha na contramão das conhecidas regras de auto-restrição (Informativo nº 463 do STF).

Jonatas Vieira de Lima (LIMA, 2007, *on-line*) comenta que umas das conseqüências de se abstrativizar o controle difuso é de possibilitar a usurpação de uma função privativa do Senado, que lhe foi conferida originariamente pelo constituinte da Carta de 88. Pois o mesmo entende que, se a CF/88 quis dividir a competência para os atos que culminarão com a declaração de inconstitucionalidade, estabelecendo ao STF a apreciação da inconstitucionalidade incidentalmente, e ao Senado, por ato discricionário, a suspensão da execução da norma tida como inconstitucional, atribuindo o efeito *erga omnes*, no mínimo queria o constituinte que dois poderes (legislativo e judiciário) participassem do ato.

Para Jonatas, há um flagrante desrespeito às competências estabelecidas constitucionalmente, e isto enseja a abertura de um perigoso precedente, no qual a jurisprudência pode construir um pensamento que contrarie (ou mesmo mude definitivamente) o texto constitucional, sem respeitar o procedimento mais dificultoso de alteração via emenda constitucional. Se isso for admitido, por via de conseqüência, a própria Constituição pode se tornar frágil, perdendo sua rigidez.

CONCLUSÃO

Como visto no decorrer do trabalho, se mostra cada vez mais perceptível a transformação do sistema jurídico brasileiro, principalmente no que tange ao controle de constitucionalidade. Desde o princípio, o controle de constitucionalidade jurisdicional sempre foi adotado no direito brasileiro como a forma tradicional. Nas primeiras constituições republicanas, o método difuso desse controle era o predominante, situação que se manteve até meados da década de 1960. O sistema de controle de constitucionalidade praticado no Brasil tornou-se então misto, com a implementação do controle abstrato por meio da EC nº 16/65 à CF/46, que introduziu a representação contra inconstitucionalidade. Porém, com o advento da CF/88, o controle de constitucionalidade de normas ganhou contornos mais práticos, atribuindo ao seu procedimento maior celeridade, por causa da ampliação do controle concentrado.

A competência atribuída ao Senado para suspender a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva pelo STF, conforme o art. 52, X da CF/88, para alguns ministros do STF, em especial ao Ministro Gilmar Mendes, está se tornando obsoleta, praticamente sem utilização, pois com a abertura ao controle abstrato por meio da ampliação do rol dos legitimados a proporem a ADIn por meio da Carta de 1988, além da implementação da ADC, ADPF, Mandado de Injunção e da ADIn por omissão (e agora recentemente, a adoção da Súmula Vinculante, por meio da EC n.45/2004), restringiu-se, de forma implícita, o campo de atuação do controle difuso. Além disso, percebe-se a notória tentativa do Supremo Tribunal Federal de atribuir feições abstratas ao controle difuso, como se vê em decisões recentes, que marcaram a história do controle de constitucionalidade brasileiro.

Contudo, não se deve descartar de vez a utilização do controle difuso no ordenamento jurídico pátrio, pois apesar da restrição do seu campo de atuação, ele ainda é importante para proteção de direitos individuais atacados por um ato normativo num contexto prático. A via concreta mantém sua importância, principalmente para aqueles que não estão legitimados a dispor de alguma das ações da via abstrata, que por sua vez não é aberta a todos, mas somente a um rol de pessoas e entidades.

É preciso, no entanto, repensar sobre a função do Senado prevista no art. 52, X da Constituição vigente, pois a tendência é a de que tal dispositivo legal fique sem serventia. E

sendo tal tendência baseada na ampliação do controle concentrado, nada mais prático que se atribua o efeito *erga omnes* também às decisões definitivas tomadas pelo o STF em sede de controle difuso. Contudo, é importante ter cautela quanto à maneira de consolidar tal atribuição, se por meio de uma EC, alterando o texto constitucional do art. 52, X da CF/88, ou se por meio de uma mutação constitucional mediante interpretação do STF.

A mutação constitucional, apesar de inovadora e velar pela celeridade, pode ser, de certa forma, imprudente, pois sem uma alteração expressa na escrita do referido artigo, pode causar desde um certo grau de incompreensão àqueles que apreciam a Carta Magna pela primeira vez, ou àqueles que estão acostumados à literalidade do referido artigo, gerando discussões doutrinárias mais acirradas; até dar ensejo a uma verdadeira insegurança jurídica ao texto constitucional, pois pode acontecer de o Supremo, mais à frente, mudar de entendimento, alterando mais uma vez o sentido do art. 52, X da CF/88.

Por outro lado, a elaboração de uma emenda constitucional, alterando o texto do referido dispositivo constitucional, pode estabelecer de forma clara e definitiva a dispensa da intervenção do Senado no controle difuso, solidificando o papel do Supremo em dar a última palavra no que tange ao controle de constitucionalidade judicial difuso. Isso descaracterizaria, de certa forma, o tradicional procedimento do controle concreto, tendo em vista que os efeitos da decisão definitiva do STF em via difusa não estariam restritos somente aos litigantes do caso concreto em questão. Todavia, para que tal emenda constitucional venha a ser proposta, depende-se, mais uma vez, da boa vontade dos que compõem as Casas legislativas (Câmara dos Deputados e Senado Federal), para colocar o assunto em discussão e votá-lo. Apesar de tal dificuldade, mostra-se este como sendo o caminho mais seguro, pois a modificação no texto é explícita, sem deixar rastro de dúvida, preservando a segurança jurídica quanto ao sentido da referida norma.

REFERÊNCIAS

- AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade:** comentários ao art. 97 da Constituição e aos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- BARROS, Sérgio Resende de. Simplificação do Controle de Constitucionalidade. *In:* MARTINS, Ives Gandra da Silva. **As Vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo.** Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro.** 2ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil:** Promulgada em 5 de outubro de 1988. v. 4. tomo 1. São Paulo: Saraiva, 1995.
- BITTENCOURT, Lúcio. **O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis.** 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política.** 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. **Curso de Direito Constitucional.** 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília-DF: Senado, 1988.
- _____. Senado Federal. Parecer nº154. 1971. Relator: Senador Accioly Filho. **Revista de Informação Legislativa,** Brasília.
- _____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Código de Processo Civil.** Brasília – DF: Senado, 1973.
- _____. Supremo Tribunal Federal. **Informativo** 341. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo341.htm>> Acesso em: 30 ago. 2008.
- _____. Supremo Tribunal Federal. **Informativo** 372. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo372.htm>>. Acesso em: 30 ago. 2008.
- _____. Supremo Tribunal Federal. **Informativo** 417. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo417.htm>> Acesso em: 30 ago. 2008.
- _____. Supremo Tribunal Federal. **Informativo** 454. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo454.htm>> Acesso em: 30 ago. 2008.
- _____. Supremo Tribunal Federal. **Informativo** 463. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo463.htm>> Acesso em: 30 ago. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 516.512 RTJ 38(1):23. Voto: Ministro Victor Nunes Leal.

CAMARGO, Marcelo Novelino. **O efeito vinculante nas decisões do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8769>>. Acesso em: 21 jan. 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1984.

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

DINO, Flávio et. al. **Reforma do Judiciário**: comentários à emenda nº 45/2004. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

HABER, Lílian Mendes. Súmula Vinculante. *In*: VELOSO, Zeno.; SALGADO, Gustavo Vaz. **Reforma do Judiciário Comentada**. São Paulo: Saraiva, 2005.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James e JAY, John. **O Federalista**. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 10 ed. São Paulo: Método, 2006.

LIMA, Jonatas Vieira de. **A tendência de abstração do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9485>>. Acesso em: 12 out. 2007.

LIMA, Leonardo D. Moreira. Stare decisis e súmula vinculante: um estudo comparado. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 14, p. 165-182, jan./jul. 1999.

LOURENÇO, Rodrigo Lopes. **Controle de Constitucionalidade à luz da Jurisprudência do STF**. 2 ed.[S.l.]: Forense, 1999.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Código de Processo Civil Interpretado**: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 4. ed. São Paulo: Manole, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**: Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injução, “Hábeas Data”, Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental O Controle Incidental de Normas no Direito Brasileiro e A Representação Interventiva. Atualizado por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. Com a colaboração de Rodrigo Garcia da Fonseca. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

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

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional**. 3ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

_____. **O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=108>>. Acesso em: 21 jan. 2008.

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

MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da.; SANTOS, Willian Douglas Resinente dos. **Controle de Constitucionalidade: uma abordagem teórica e jurisprudencial**. 3 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

OLIVIERA, José Carlos de. **Oito em um acadêmico: Código Civil, Código de Processo Civil, Código Penal, Código de Processo, Código Comercial, Código Tributário, Consolidação das Leis Trabalhistas, Código de Defesa do Consumidor, Constituição Federal e Legislação complementar**. 2 ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2005.

_____. **Constituições Brasileiras: 1934**. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 1999.

POLETTI, Ronaldo. **Controle de Constitucionalidade das Leis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

RIBAS, Eugênia Vitória. **Supremo Tribunal Federal: Regimento Interno**. 2002. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/institucional/regimento/>>

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003

SILVEIRA, Maísa Cristina Dante da. **A questão da nulidade do ato inconstitucional no direito positivo brasileiro**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto>> Acesso em: 18 nov. 2005.

VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**. Belém: Cejup, 1999.

APÊNDICE

**ESCOLA SUPERIOR DE MAGISTRATURA DO ESTADO DO CEARÁ-
ESMEC.
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

PROJETO DE MONOGRAFIA

**O CONTROLE DIFUSO E O ART. 52, X, DA CF/88 NO ATUAL
SISTEMA DE CONTROLE JUDICIAL DE
CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO**

Márcia Pires Ramos

Orientadores: Flávio José Moreira Gonçalves (de metodologia)

Francisco Humberto Cunha(de conteúdo)

Fortaleza-CE

Dezembro, 2007

DEFINIÇÃO DO PROBLEMA

O controle de constitucionalidade jurisdicional surgiu precisamente em 1803, nos Estados Unidos, no famoso e clássico caso *Marbury vs. Madison*. Foi por meio da sentença proferida pelo ilustre magistrado John Marshall que se suscitou a relevância da superioridade da norma constitucional sobre a norma ordinária, afirmando-se que esta está subordinada aos preceitos daquela, de tal forma que a norma infraconstitucional só é considerada válida no mundo jurídico se estiver em conformidade com a Carta Magna.

No Brasil o controle de constitucionalidade surgiu sob a égide da Constituição de 1891, devido à influência do Direito Norte-Americano. Porém, no que concerne ao objeto do presente trabalho, somente com a Constituição de 1934 surgiu a inovação da presença do Senado no controle jurisdicional difuso por meio do artigo 91, IV da Carta supra aludida. Desde então, tal preceito veio a ser repetido nos textos das posteriores Constituições, exceto a Carta Magna de 1937. A atual Constituição (CF 1988) trata da participação do Senado em sede de controle de constitucionalidade difuso em seu dispositivo art. 52, X.

O controle de constitucionalidade de leis e atos normativos é encontrado principalmente nas constituições rígidas, onde há hierarquia entre normas, e consiste na garantia e preservação da supremacia das normas constitucionais sobre as espécies de normas de outra natureza. Já em relação às constituições flexíveis este mesmo tipo de controle não se faz presente e nem atuante, devido não haver distinção entre uma norma ordinária e uma norma constitucional, ambas se equivalem, portanto, aqui, uma norma inferior pode invalidar uma norma constitucional.

Constituições rígidas, como a do Brasil, dificilmente podem ser reformuladas por leis de natureza ordinária, pois para que se tenha uma modificação das mesmas é necessário um procedimento solene, formal, disciplinado pela própria constituição. Com isso, decorre, então, o princípio da supremacia da constituição, o qual consiste em impor a superioridade das normas constitucionais sobre as normas ordinárias de tal forma que estas para se tornarem vigentes devem estar fundamentadas e em conformidade com os preceitos expressos por aquelas, caso contrário serão consideradas nulas e expulsas do ordenamento jurídico. Sendo assim, para assegurar a incolumidade do princípio supra aludido no plano da realidade jurídica estabeleceu-se, então, o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos. Tal controle pode ser exercido por um órgão político ou por um órgão jurisdicional. No presente

trabalho, trataremos, especificamente, do controle jurisdicional, pois o nosso sistema brasileiro o adotou.

O controle de constitucionalidade jurisdicional possui dois tipos: difuso e concentrado. O primeiro consiste na declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo por qualquer juiz ou tribunal, de qualquer grau, de qualquer instância, dentro de qualquer ação onde o questionamento da constitucionalidade de certa lei ou ato normativo é suscitado de forma incidental diante de um caso concreto. O último consiste num controle exercido somente por uma Corte Suprema, somente um órgão de cúpula é que analisa a validade ou a constitucionalidade de um ato normativo, ou de uma lei. No nosso país ambos estão presentes no nosso ordenamento, porém só iremos analisar e estudar a forma difusa que é o objeto deste trabalho.

O controle jurisdicional difuso foi o primeiro tipo de controle a se instalar no ordenamento jurídico brasileiro com a Carta Magna de 1891, mas até então não havia nenhuma participação do Senado no exercício desse controle. Como foi citado linhas atrás, este tipo de controle cabe a qualquer juiz, ou a qualquer tribunal, de qualquer grau, que em busca de uma solução para um determinado litígio, deverá tal julgador apreciar o questionamento, suscitado incidentalmente por uma das partes, que gira em torno da constitucionalidade de uma norma cuja aplicação afetou direitos protegidos constitucionalmente no caso concreto. A decisão proferida pelo julgador que declara inconstitucional a lei só se torna efetiva entre as partes do litígio. Para os outros casos que não fizeram parte da lide a lei continua valendo, mesmo declarada inconstitucional em sede de última instância, como ocorre em decisão definitiva proferido no Supremo Tribunal Federal. É como se, teoricamente, a lei continuasse em vigor.

Porém, com o tempo geraram-se conflitos de decisões de juízos, colegiados, tribunais do poder Judiciário, uma insegurança jurídica instaurou-se. Isso porque juízes e tribunais no uso de suas deliberações tomavam posicionamentos diferentes em relação à constitucionalidade de uma mesma lei. Para uns, certa lei era declarada constitucional, enquanto para outros, a mesma lei era considerada inconstitucional. Para alguns casos uma lei era declarada inconstitucional, o que despertava interesses de outras pessoas, que se encontravam na mesma situação decidida, a ingressarem com uma nova ação, reiterando todo o procedimento, acionando novamente a máquina judiciária. Porém, ocorria que casos semelhantes àqueles recebiam um julgamento diferente por parte de alguns juízos, os quais

declaravam constitucional a mesma lei que era julgada pelos primeiros inconstitucional. Isto acabou provocando assim uma discussão maior no campo jurídico e uma incerteza de direitos para a sociedade.

Pensando na solução desse problema é que os autores do anteprojeto da Carta Magna de 1934 tiveram originariamente a idéia de criar o Conselho Federal, um órgão que pertencia a um quarto poder denominado Poder Moderador. Na elaboração deste anteprojeto além da existência dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, haveria também o Poder Moderador que era o poder de equilíbrio entre os três. Com base nesse último nasceria a figura do Conselho Federal. Este seria o órgão que, além de desempenhar as atribuições referentes ao poder Moderador, iria resolver toda a questão pertinente às diversas e conflitantes decisões proferidas nos julgados acerca da inconstitucionalidade das leis e atos normativos, estendendo os efeitos dos julgados em última instância pelo STF para todos os outros casos que não questionaram a constitucionalidade de uma lei numa ação. Todavia, a idéia da criação de uma quarta função, cujo órgão principal seria o Conselho Federal, não prosperou entre os constituintes da Carta de 34. Daí surgiu a inovação de atribuir ao Senado Federal o dever de resolver esses conflitos de julgados referentes às declarações de inconstitucionalidade de leis e atos normativos, o qual ele executaria suspendendo a execução de lei declarada inconstitucional em última instância pelo Supremo Tribunal Federal, tornando assim o efeito das decisões do Pretório Excelso “erga omnes”.

Ocorre que com a inércia do Senado Federal em emitir resoluções normativas capazes de suspender a execução de leis consideradas inconstitucionais nos julgados definitivos do STF, bem como o surgimento da atual Constituição Federal (CF/88) e suas Emendas Constitucionais (EC's de n.3 e de n. 45) o controle de constitucionalidade concentrado ganhou muito mais força principalmente porque seus institutos (ADIN genérica, ADIN por omissão, ADIN interventiva, ADC, ADPF) mostraram maior praticidade e celeridade em seus julgamentos do que os julgamentos do modelo difuso. Além disso uma série de medidas inovadoras que o Supremo Tribunal Federal vem tomando recentemente está proporcionando, mais ainda, o enfraquecimento do modelo difuso tradicional adotado no início da República Brasileira. Isto está ocorrendo de tal forma que pode até levá-lo a sua descaracterização, ensejando talvez até o surgimento de um novo modelo difuso de controle de constitucionalidade brasileiro. Entretanto, o que é realmente perceptível é que o tradicional controle concreto, ainda persistente na nossa cultura jurídica, perdeu bastante espaço para o

controle concentrado após essas mudanças, colocando até em dúvida a verdadeira utilidade do art. 52, X da Constituição brasileira.

Diante o exposto, procuraremos verificar durante toda a pesquisa os seguintes questionamentos:

1. Qual a real situação do controle jurisdicional difuso após as mudanças ocorridas no ordenamento jurídico brasileiro com o advento da CF/88 e suas Emendas constitucionais?

2. Quais os principais fatores que contribuíram para o enfraquecimento do modelo difuso de controle de constitucionalidade?

3. Qual real sentido terá, agora, o art. 52, X da Constituição vigente?

4. Essas inovações do Supremo traduzem uma alternativa melhor do que a solução apresentada pelo art. 52, X CF/88, no que se refere à necessidade de se estabelecer uma segurança jurídica nos julgados em sede de controle jurisdicional difuso?

JUSTIFICATIVA

Sob a influência do direito norte-americano, o controle jurisdicional difuso consagrou-se primeiramente no ordenamento jurídico brasileiro mediante a Carta de 1891. Ele consiste na técnica de controle de constitucionalidade de lei ou ato normativo infraconstitucional por qualquer juiz ou Tribunal. Aqui a declaração de constitucionalidade implementa-se de modo incidental e seus efeitos retroativos atingem somente às partes envolvidas num caso concreto.

Após algum tempo, constatou-se uma série de decisões conflitantes advindas de vários tribunais que buscavam uma solução constitucional para casos concretos semelhantes, o que implicou numa insegurança jurídica do sistema jurídico. Até que veio a CF/34 para sanar tais inconvenientes, ingressando o Senado no controle difuso, dando-lhe competência para conferir eficácia geral (*erga omnes*) às decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal referentes à declaração incidental de inconstitucionalidade de lei, solucionando os conflitos daquelas decisões. Além disto, com a CF/34 começaram os primeiros passos para a instalação do controle de constitucionalidade concentrado no Brasil através do surgimento da idéia de uma ação direta de inconstitucionalidade interventiva no referido ordenamento.

Com o advento da Carta Constitucional de 1946 o controle concentrado começou a conquistar território no ordenamento brasileiro com a EC n.16 de 26.11.65 que simplesmente criou uma nova modalidade de ação direta de inconstitucionalidade, a ADIN genérica. Além disso implementou também a possibilidade de controle concentrado em âmbito estadual. Contudo, o controle difuso permaneceu preponderante até então.

A Constituição Federal (CF/88) e suas Emendas Constitucionais (EC's de n.3 e de n. 45) fortaleceram ainda mais o controle de constitucionalidade concentrado, pois seus instrumentos de controle mostraram maior praticidade e celeridade em seus julgamentos do que os julgamentos do modelo difuso, propiciando o enfraquecimento deste no atual sistema jurídico de controle de constitucionalidade brasileiro.

Além disso, a postura que o Supremo vem adotando ultimamente em seus julgados demonstra uma tentativa de implementação de institutos próprios do controle concentrado nas ações pela via de exceção ou de defesa. Há, por exemplo, uma tendência do STF em atribuir efeito vinculante e efeito *erga omnes* às suas decisões proferidas em sede de controle difuso como o caso da decisão proferida no HC 82959/SP, cuja repercussão implicou na Reclamação 4335/AC (vê Informativo nº. 454 do STF). Outra prova é da flexibilização do efeito temporal

(*ex tunc*) das decisões tomadas pelo STF em sede de controle difuso como ocorreu no RE 197917/SP. Aqui o Min. e Relator do processo Maurício Corrêa entendeu que era melhor restringir a declaração da inconstitucionalidade *pro futuro*, ou seja, em nome da segurança jurídica tal decisão prevalecerá tão-somente para as situações futuras.

Essas e outras inovações no modelo difuso coloca, de certa forma, em xeque a competência privativa do Senado, cuja inserção desde o início rendeu muitas controvérsias, e o mesmo permanece ainda no ordenamento jurídico atual mediante art. 52, X da Constituição vigente. Daí a indagação sobre sua real utilidade ressaltando sua mutação constitucional como bem defende os Ministros Gilmar Ferreira Mendes e o Eros Grau no sentido de que, pelo aludido dispositivo constitucional, ao Senado Federal está atribuída competência apenas para dar publicidade à suspensão da execução de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, haja vista que essa decisão deste contém força normativa bastante para suspender a execução da lei.

Eis então a importância do presente trabalho em analisar essas feições de abstração, próprias do controle concentrado, a serem incorporadas à estrutura do controle difuso, sobretudo a eficiência do art. 52, X, em face desse fortalecimento dos institutos jurídicos do controle concentrado.

REFERENCIAL TEÓRICO

A Carta Magna vigente dispõe sobre a suspensão dos efeitos da decisão definitiva do STF em sede de controle difuso pelo Senado Feral conforme se vê em seu artigo 52, inciso X: “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;”.

No tocante aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em sede de controle jurisdicional difuso e da suspensão da exequoriedade de lei inconstitucional pelo Senado, entende José Afonso da Silva (2002, p. 54):

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 exequoriedade; essa manifestação do Senado, que não revoga nem anula a lei, mas simplesmente lhe retira a eficácia, só tem efeitos, daí por diante, *ex nunc*. Pois até então, a lei existiu. Se existiu, foi aplicada, revelou eficácia, produziu validamente seus efeitos.

Referente à obrigatoriedade do Senado Federal em suspender sempre a lei declarada inconstitucional pelo Pretório Excelso diversos são os entendimentos acerca do assunto. No entender de Ronaldo Poletti (1999, p.153), por exemplo, temos os seguintes dizeres:

Se aquela competência tiver, como pensamos, conteúdo jurisdicional, a conseqüência está em que compete ao Senado decidir a conveniência e oportunidade em exercer a sua competência privativa. Não haveria, de resto, nesta atribuição senatorial, qualquer diminuição no prestígio e na importância do Supremo Tribunal, como guardião máximo da Constituição, até porque a decisão pode repetir-se numa ação direta tornando, conseqüentemente, dispensável.

No mesmo texto o autor acima citado faz alusão ao trabalho de Paulo Brossard, o qual fez o levantamento das opiniões divergentes tomadas por outros doutrinadores a respeito do assunto, como se consta na página seguinte do texto supra:

(...) Lúcio Bittencourt Roberto Souza entende não caber opção ao Senado, sendo a finalidade do instituto tornar pública a decisão do Tribunal. O Ministro Pedro Chaves, por seu turno, também entende não caber alternativa ao Senado, cujo ato seria conseqüente, secundário, de execução de dispositivo do Supremo, embora sustentasse não ser o Senado mero cartório de registro de atos do Supremo Tribunal Federal. Para ele, no entanto, o exame do Senado Federal ficaria restrito à verificação das condições de objetividade da decisão, como, por exemplo, se ela obedeceu ao processo constitucionalmente previsto, a observância do *quorum*, à exigência de ocorrer no Plenário, os aspectos formais, enfm, do julgado. Nesta linha estão Alfredo Buzaid e Celso Ribeiro Bastos. Já Mário Guimarães sustenta que o Senado pode deixar de ordenar a suspensão da execução, caso não concorde com o aresto ou prefira aguardar reiteraões.

Vale ressaltar aqui o posicionamento do ilustríssimo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, que entende que com o surgimento do controle abstrato de normas no ordenamento jurídico

brasileiro bem como seu fortalecimento sob a égide da CF/88 e de suas ECs, deu-se um novo sentido ao o instituto de suspensão de execução pelo Senado no nosso atual sistema de controle de constitucionalidade, que assim dispõe (MENDES, 2006, p. 280):

(...) a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Desta forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, esta decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso. (...) A não publicação não terá o condão de impedir que a decisão do Supremo assuma a sua real eficácia. Esta solução resolve de forma superior uma das tormentosas questões da nossa jurisdição constitucional. Superam-se, assim, também, as incongruências cada vez mais marcantes entre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a orientação dominante na legislação processual, de um lado, e de outro, a visão doutrinária ortodoxa e – permita-nos dizer – ultrapassada do disposto no art. 52, X, da Constituição de 1988.

OBJETIVOS

GERAL

Analisar a situação do controle de constitucionalidade difuso e do art. 52, X da CF/88 frente à mudança trazida pelas inovações ocorridas no ordenamento jurídico bem como no comportamento do STF e que implicaram na supervalorização do controle abstrato e na possibilidade de não se depender mais do aval do Senado para estender os efeitos dos julgados proferidos na via difusa.

ESPECÍFICOS

1. Estudar os aspectos históricos e a evolução teórica do tema.

2. Abordar o posicionamento de doutrinadores e juristas acerca dos mecanismos em sede de controle difuso, bem como acerca do destino que se dar ao dispositivo constitucional art. 52, X da CF/88.

3. Analisar o impacto que tais inovações trouxe em sede de controle jurisdicional difuso.

4. Verificar se a falta participação intensiva do Senado Federal por meio do art. 52, X da CF/88 face à insegurança jurídica instaurada pelo conflito dos julgados proferidos pelos magistrados e tribunais do Poder Judiciário veio a ser o “pivô” do enfraquecimento da via difusa e da supervalorização da via concentrada.

HIPÓTESES

1. A real situação do sistema difuso no contexto atual do controle de constitucionalidade pátrio é de perda de espaço para o controle abstrato. Quando se vislumbra uma lei que demonstra características de inconstitucionalidade logo se remete a idéia de propor uma ADI, ou uma ADC, ou ADPF... ou seja, primeiramente vem a preocupação em se saber se alguns dos legitimados pela Constituição (art.103 da CF/88) se mobilizaram em lançar dos mecanismos do controle abstrato. Somente quando o impacto concreto da inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo se faz mais presente no cotidiano social é que o controle difuso tem seu valor, já que somente as pessoas elencadas na CF/88 são quem podem usar dos instrumentos da via concentrada. Mesmo assim são mais freqüentes os sucitamentos pela via abstrata

2. Além das inovações trazidas pela Carta Magna vigente, bem como suas ECs (nº 03 e nº 45) e o advento de leis que regulamentam o procedimento de cada um dos instutos do controle concentrado (ADI, ADC, ADPF), a jurisprudência do STF tem se inclinado no sentido de alargar os efeitos das decisões proferidas no controle difuso para além das partes envolvidas no processo. Tal tendência vem sendo evidenciada por recentes decisões que deram efeitos mais abrangentes aos julgados do STF.

3. Quanto ao real sentido do art. 52, X da CF/88 frente a todas essas novidades alguns doutrinadores entendem que está tal dispositivo obsoleto, sem uso, e que por isso é necessária uma Emnda Constitucional que o revogue e que dê poderes ao Supremo para que este seja o ente legítimo e mais apropriado a atribuir efeito erga omnes às decisões em sede de controle difuso. Já outros acreditam que tal dispositivo deva sofrer uma mutação constitucional sem necessariamente ter que ser suprimido do ordenamento pátrio fazendo com que a resolução do Senado tenha só o condão de dar publicidade às decisões do Petrório Excelso em sede de controle concreto.

4. As decisões do Supremo nas quais implementou alguns recursos próprios do sistema abstrato são de certa forma alternativas capazes de suprir as pendências inconvenientes deixadas pela inércia do Senado, em razão do mesmo não exercer efetivamente sua função prevista no art.52, X CF/88, cujo principal efeito é o de justamente uniformizar as diferentes decisões proferidas em diversos tribunais que envolvem questionamento sobre a constitucionalidade de uma mesma lei, de um mesmo ato normativo.

POSSÍVEL SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

1 HISTÓRICO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.

2 ATUAÇÃO DO SENADO: ASPECTOS NEGATIVOS.

3 CONTROLE DIFUSO:

3.1 Alternativas e soluções do Supremo Tribunal Federal

CONCLUSÃO

REFERÊNCIAS

APÊNDICE

ANEXOS

ASPECTOS METODOLÓGICOS

TIPOS DE PESQUISA

1. Bibliográfica, buscando elucidar o problema mediante análise de textos publicados em livros, artigos jurídicos, revistas, que abordam o tema em tela.

2. Documental, por meio de jurisprudência, normas, regimentos, pesquisas on-line, dentre outros.

TIPOLOGIA DA PESQUISA

1. Pura, conforme a utilização dos resultados;
2. Qualitativa, no que for referente à abordagem.

PESQUISA QUANTO AOS OBJETIVOS

Quanto aos objetivos a pesquisa será descritiva e exploratória.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1984.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional**. 3ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

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

POLETTI, Ronaldo. **Controle de Constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro Forense, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**, 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003

ANEXO

QUADRO COMPARATIVO

ANO	Processos Julgados no STF		Resoluções Suspensivas do SF
	(*)	(**)	
1990	16.449	16.139	04
1991	14.366	13.762	04
1992	18.236	17.594	00
1993	21.737	20.997	03
1994	28.221	27.565	00
1995	34.125	33.522	12
1996	30.829	29.833	05
1997	39.944	38.895	03
1998	51.307	50.173	00
1999	56.307	54.400	11
2000	86.361	84.437	00
2001	122.993	121.616	00
2002	83.097	82.279	00
2003	107.867	101.798	00
2004	101.690	98.760	00
2005	110.284	102.536	45
2006	159.522	109.656	08
2007	158.488	103.700	16
-	-	-	-
TOTAL:	1.241.823	1.107.662	111

Legenda:

(*) Total de processos julgados pelo STF durante o ano.

(**) Total de processos julgados pelo STF onde há a possibilidade de exercício do controle difuso. Aqui foram excetuados os processos nos quais a possibilidade de controle difuso é remota (ex: ações referentes a controle abstrato, argüições de suspeição, sentenças estrangeiras etc.).

Dados obtidos dos seguintes sites:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?serviço+estatística&pagina=pesquisaClasse>

<http://www6.senado.gov.br/sicon/geraRelatorioPDF.action>