

A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE E A ATUAÇÃO DO SENADO FEDERAL.

Erick Fernando de Lima ¹

Márcio do Nascimento²

RESUMO: O presente artigo tem por tema a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade e a atuação do Senado Federal e pretende abordar uma nova tendência no controle difuso de constitucionalidade, que consiste na aproximação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade àqueles que são próprios do controle concentrado, isto é, o controle difuso passa a ter efeito abstrato.

PALAVRAS-CHAVE: Controle difuso. Abstrativização. Senado Federal.

ABSTRACT: The issue of this paper is the diffuse control of constitutionality and the role of the Congress. We intend analyse a new trend in diffuse control of constitutionality. The approximation of the effects of the declaration of unconstitutionality with those who own the concentrated control. It means that the diffuse control is replaced by abstract effect.

KEYWORDS: Diffuse control. Abstractiveness. Federal Congress.

1. INTRODUÇÃO

É cediço pelos operadores do direito que a República Federativa do Brasil adota um sistema misto de controle jurisdicional de constitucionalidade das leis, pois existe o modelo difuso, onde todos os juízes e tribunais podem declarar a inconstitucionalidade da lei e o modelo concentrado praticado por um único órgão ou um número restrito deles, no caso do Brasil, compete ao Supremo Tribunal Federal (STF) exercer esse controle.

Assim, conceituando de forma perfunctória os efeitos das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade, o controle difuso tem efeito apenas entre as partes, enquanto o controle concentrado possui eficácia *erga omnes*, vinculando também quem não foi parte do processo.

¹ Graduado em direito pela Faculdade Alfredo Nasser. Advogado.

² Promotor de Justiça no MPOG. Especialista em Educação, em Direito Processual Civil e em Direito Tributário. Professor na Faculdade Alfredo Nasser.

Todavia, o Pretório Excelso no julgamento dos recursos, ou seja, no controle incidental de constitucionalidade, está aplicando efeito *erga omnes* aos seus julgados, efeito que, em tese, só poderia ser aplicado ao controle concentrado.

Nessa esteira, o presente trabalho intitulado “A abstrativização do controle difuso de constitucionalidade e a atuação do Senado Federal”, buscar abordar este fenômeno contemporâneo que está se popularizando, qual seja, dar eficácia *erga omnes* aos arestos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal no controle difuso

2. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle de constitucionalidade que consiste em uma atividade de fiscalização da validade e conformidade das leis e atos do Poder Público, em face de uma Constituição rígida (CUNHA JR., 2012, p. 269). Dito d’outro modo, o controle de constitucionalidade “consiste na verificação da compatibilidade entre uma lei ou qualquer ato normativo infraconstitucional e a Constituição”. (BARROSO p. 23, 2012).

Todavia, para que se faça o controle de constitucionalidade uma lei ou ato normativo do Poder Público, são necessários alguns requisitos, *in verbis*:

[...] o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos reclama os seguintes pressupostos: a) a existência de uma Constituição formal; b) a compreensão da Constituição como norma jurídica fundamental e a c) instituição de, pelo menos, um órgão com competência para o exercício dessa atividade de controle. (CUNHA JR., 2012, p. 270).

Nesse viés, entende-se por Constituição formal aquela que traz procedimentos expressos para a sua revisão ou reforma (BULOS, 2009). Ao passo que a Constituição como norma jurídica fundamental, rígida e suprema não pode ser modificada por lei ordinária, mas tão somente por emenda constitucional. Por fim, a previsão de um órgão competente é de suma importância para a defesa da Constituição, porque sem este o controle de constitucionalidade seria em vão.

Consoante ao disposto, é oportuno destacar que existem diferentes formas de classificação dos sistemas ou modelos de controle de constitucionalidade, sendo estes classificados, nas palavras de Puccinelli (2012, p. 133) “de acordo com os órgãos censores, momento do controle, o objetivo da fiscalização, a concentração de competência e outros critérios”.

No que se refere aos órgãos de controle de constitucionalidade estes podem ser: a) político ou não judicial, b) judicial ou jurisdicional e c) controle misto.

O **controle político** ou **não judicial** é realizado por um órgão que não pertence ao Poder Judiciário e conforme ratifica Cunha Jr. (2012, p. 316) “a verificação de constitucionalidade das leis é confiada a órgão de natureza essencialmente política.” Em regra, é exercido pelo Poder Legislativo e Executivo.

Este modelo de controle teve sua origem na França, pois neste país havia uma rígida separação entre os poderes de modo que o Poder Judiciário não podia interferir nas atividades do Executivo e Legislativo.

No Brasil, é cediço que o controle de constitucionalidade é predominantemente judicial e, por conseguinte, cabe ao Poder Judiciário a última palavra a respeito da constitucionalidade de uma norma. Não obstante, existe o controle político exercido pelo Poder Legislativo, por exemplo, quando a Comissão de Constituição e Justiça rejeita uma proposta de emenda à constituição sob o argumento de inconstitucionalidade. De outro lado, o Poder Executivo também exerce este controle, quando veta uma lei por entender que ela é inconstitucional.

Sem embargo, o **controle misto** consiste na adoção simultânea das técnicas supracitadas, isto é, certas matérias são fiscalizadas pelo Poder Judiciário, enquanto outras são verificadas pelos demais Poderes (Legislativo e Executivo). Este sistema é adotado no Brasil.

Feitos esses breves apontamentos, impende pontuar que o controle exercido pelo judiciário pode se dar de forma difusa ou concentrada. O controle difuso normalmente é utilizado para discussão de casos em concreto e o controle concentrado é utilizado para discussões de lei em tese, isto é, não há uma lide. Contudo, é importante esclarecer que mesmo o termo controle difuso sendo utilizado como sinônimo de controle em concreto, pode ocorrer de no controle difuso ocorrer o controle *in abstracto*. Isso porque para a declaração de inconstitucionalidade de uma lei nos tribunais, existe a cláusula de reserva de plenário, nesta hipótese a questão da inconstitucionalidade da norma é analisado *in abstracto*.

Sem embargo, os arestos proferidos em sede de controle difuso de constitucionalidade, em regra, possuem efeitos *inter partes* e não vinculantes, sendo imprescindível resolução do Senado Federal para que os efeitos se estendam a terceiros, conforme comando inserto do artigo 52, X da Constituição Federal.

De outro lado, a decisão proferida em sede de controle concentrado possui efeitos retroativos, *ex tunc*, oponível contra todos, *erga omnes*, sendo também vinculantes em relação

aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública, conforme comando inserto do artigo 102, § 2º da Constituição Federal, *in verbis*:

As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Malgrado, recentemente constata-se na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal uma aproximação dos efeitos do controle difuso àqueles do controle concentrado, ou seja, efeitos *erga omnes* e vinculantes, sem a necessidade de intervenção do Senado Federal.

3. A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

A tendência de aproximação dos efeitos do controle difuso ao controle concentrado tem recebido diversas nomenclaturas, tais como teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença no controle difuso (Lenza, 2011, p. 255); abstrativização do controle difuso de constitucionalidade ou objetivação do recurso extraordinário.

No desenvolvimento deste trabalho utilizou-se o termo abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, visto ser o mais utilizado na atualidade.

Nesse diapasão, Monteiro conceitua “abstrativização dos instrumentos do controle difuso de constitucionalidade como sucedâneos para aplicação de efeitos inerentes à decisão proferida em controle abstrato, inerentes à análise em tese de norma infraconstitucional.” (MONTEIRO, 2009, p. 6, apud DIDIER JR., 2007, p. 105)

Destarte, Reis (2009) corrobora no mesmo sentido, quando diz que esta é situação na qual o Judiciário, em controle concreto de constitucionalidade, confere à decisão proferida eficácia *erga omnes*, em lugar de *inter partes*, lembrando que esta se constitui na eficácia típica desta modalidade de controle.

De outro lado, a celeuma jurídica acerca deste tema se dá em virtude da regra disposta no artigo 52, X da Constituição Federal que estabelece ser competência privativa do Senado Federal suspender lei declarada inconstitucional, no controle difuso, em decisão definitiva do Pretório. Portanto, ao dar eficácia *erga omnes* no controle difuso o Supremo poderia estar usurpando a competência do Senado.

Não obstante, Gilmar Mendes, ministro do Supremo Tribunal Federal, defende que houve mutação constitucional, tema que será abordado nos próximos tópicos, ao passo que seria desnecessário que o Senado Federal editasse uma resolução no intuito de suspender a eficácia da lei, pois a Corte Suprema poderia no próprio julgamento dar efeitos *erga omnes* a sua decisão.

Contudo, o Senado Federal não está obrigado a suspender a execução da lei, a fim de que a decisão da Corte Constitucional tenha efeitos *erga omnes*. Assim, ratifica Barroso (2012, p.148) que “declarada incidentalmente a inconstitucionalidade, com o *quorum* constitucional de maioria absoluta, far-se-á a comunicação à autoridade ou órgão interessado e, depois do trânsito em julgado, ao Senado Federal, para fins do art. 52, X, CF.”

Ademais, outro ponto que gera grande discussão é o fato de que ao conceder efeito vinculante às decisões do controle difuso, mediante maioria absoluta, estaria desrespeitando frontalmente o *quorum* de dois terços exigidos para a aprovação de súmula vinculante, conforme preceitua o artigo 103-A da Constituição.

Feitas essas considerações passa-se a apresentar alguns conceitos no intuito de facilitar a compreensão do tema, sendo retomada essa discussão em outro tópico.

Recurso extraordinário

De início, conceitua-se recurso extraordinário como “[...] instrumento processual-constitucional destinado a assegurar a verificação de eventual afronta à Constituição em decorrência de decisão judicial proferida em última ou única instância”. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, p. 906-907, apud, CARVALHO, 2009, p. 1316).

De outro flanco, esclarece-se que recurso extraordinário é um instrumento típico do controle difuso de constitucionalidade, sendo manejado apenas na hipótese de ofensa direta à Constituição Federal, também é um modo de controlar a constitucionalidade das leis, pois cabe ao Pretório Excelso, conforme comando inserto do artigo 102, III da CF, julgar as causas decididas em única ou última instância quando a decisão recorrida for:

- Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
- III - julgar, mediante *st* extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:
- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
 - b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
 - c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Em consequência, fica evidente que o Brasil adota o modelo misto de controle de constitucionalidade, uma vez que o STF pode atuar tanto como instância revisora, como também como instância originária.

Nesse rumo, urge mencionar que muito embora este recurso seja uma ferramenta comumente manejada no controle difuso, há hipóteses em que ele poderá ser utilizado no controle concentrado. Isso acontecerá quando o Tribunal de Justiça de um Estado-federado atua como instância originária no controle de constitucionalidade de uma lei municipal que afronta uma norma da Constituição Estadual que é repetição do disposto na Constituição Federal. Desta forma, da decisão da Corte local será cabível recurso extraordinário, visto que ela afronta ambas as Constituições.

Súmula vinculante

Uma das celeumas que gera a abstrativização do controle difuso é o fato da súmula vinculante ficar obsoleta. Por conseguinte, para uma melhor compreensão do tema é imprescindível falar um pouco sobre esta.

A Emenda Constitucional nº. 45 de 30 de dezembro de 2004 criou a figura da súmula vinculante. Conferindo assim ao Supremo Tribunal Federal o poder determinar ao Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta a observância obrigatória da jurisprudência da Corte. Ela está estabelecida no artigo 103-A da Carta Magna. Este artigo trata do objeto e da eficácia da súmula vinculante. Esta disposição constitucional foi regulamentada pela Lei nº. 11.417 de 19 de dezembro de 2006. Vejamos o que dispõe a Carta de Outubro:

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.

Barroso (2012, 103) ensina que este mecanismo “alinha-se com a crescente tendência de valorização da jurisprudência no Direito contemporâneo”. Desta forma, a súmula vinculante contribuiu para uma maior celeridade na justiça, pois se os tribunais inferiores já sabem como se posiciona a Corte Superior e a sua jurisprudência após a edição da súmula é vinculante, automaticamente ocorre uma diminuição no número de recursos.

Por expressa disposição constitucional, uma súmula vinculante só pode ser editada depois de reiteradas decisões do STF acerca da questão constitucional que seja constata grande controvérsia. Nessa esteira, a exigência de um *quorum* de dois terços (8 ministros) garante uma certa segurança jurídica, tendo em vista que é um *quorum* alto e para que se chegue a ele, em regra, exige-se uma certa maturação jurídica.

Neste contexto, corrobora Mendes:

A súmula vinculante, ao contrário do que ocorre no processo objetivo, decorre de decisões tomadas em casos concretos, no modelo incidental, no qual também existe, raras vezes, reclamo por solução geral. Ela só pode ser editada depois de decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal ou de decisões repetidas das turmas. (2012, p. 761).

Em relação à eficácia temporal da súmula, traz-se o disposto artigo 4º, da Lei 11.417/2006:

A súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público.

Nesse viés, constata-se que a súmula vinculante só produz efeitos após a sua edição, portanto não pode ser aplicada em casos que estão acobertados pelo manto da coisa julgada.

De outro lado, os casos pendentes de julgamento deverão ser julgados em conformidade com a orientação firmada pela súmula vinculante (BARROSO, 2012).

Reclamação constitucional

Em prelúdio e apertada síntese sublinha-se que a reclamação constitucional representa a discordância de uma parte em um processo, no qual não fora respeitado a decisão do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça.

A reclamação constitucional conforme preceitua o artigo 102, I, alínea I da Constituição Federal compete, originariamente, ao Supremo Tribunal Federal processá-la e julgá-la, no intuito de garantir a autoridade das decisões daquela Corte. É mister ressaltar que o seu processamento está regulado nos artigos 13 a 18 da Lei nº. 8.038/1990.

Nesse aspecto, esclarece-se que apesar de haver previsão de reclamação para o Superior Tribunal de Justiça (artigo 105, I, alínea f, da Lei Maior), esta não será abordada, visto compete àquele tribunal a guarda da legislação infraconstitucional, sendo que o enfoque deste trabalho é guarda da Constituição Federal. Ao ensejo, é importante falar que a reclamação dirigida ao STJ tem por objetivo garantir a autoridade das decisões daquela corte.

Na doutrina, há divergências acerca da natureza jurídica da reclamação. Segundo Novelino (2010, p. 673) “a posição dominante parece ser no sentido de se tratar de uma ação propriamente dita.” Continua as lições deste autor:

Por acarretar alterações em decisões tomadas em processo jurisdicional e pelo fato de sua decisão produzir coisa julgada, atualmente, está pacificado o entendimento de que se trata de uma medida jurisdicional, e não mera medida administrativa, conforme sustentado outrora por aqueles que identificavam o instituto como correção parcial. (2010, p. 673).

É legitimado para propor esta ação qualquer pessoa afetada por decisão do Poder Judiciário ou da Administração Pública, contrário ao aresto do STF, desde que esta decisão possua efeitos vinculantes. Não obstante, existe uma celeuma doutrinária, como será exposto neste capítulo, a respeito do cabimento desta medida judicial quando a decisão for proferida em recurso extraordinário.

Noutro aspecto, destaca-se que o disposto na súmula 734 do Supremo Tribunal Federal, a qual veda a utilização deste recurso quando a decisão judicial já tenha transitado em julgado.

Pelo exposto, constata-se que a reclamação constitucional é o recurso utilizado quando há um desrespeito aos arestos do STF que possuam efeitos vinculantes. Com efeito, possuem efeitos vinculantes as decisões proferidas em controle concentrado, ou quando aquela Corte tenha se manifestado nos autos, no caso em concreto, como, por exemplo, no julgamento de um recurso extraordinário, e o juízo ou tribunal *a quo* não respeite o que foi decidido.

4. MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E ATUAÇÃO DO SENADO FEDERAL NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

As Constituições são normas jurídicas, no entanto, estas normas apesar de ser o pilar de um Estado não podem estáticas, caso contrário elas vão deixar de acompanhar a evolução da sociedade. Em contrapartida, pelo fato da Constituição brasileira ser rígida para que ela seja alterada é imprescindível um processo legislativo diferenciado, ou seja, ela não pode ser alterada como o mesmo *quorum* de uma lei ordinária.

É digno pontuar que segundo Bulos (2009, p. 299) “o poder constituinte é a potência que faz a Constituição e, ao mesmo, tempo a competência que a modifica.” Contudo, este poder pode se manifestar de diversas formas que podem ser divididas da seguinte forma, em consonância ao lecionado por Bulos:

- poder constituinte originário – poder de fato que estabelece a constituição federal, podendo ser formal, material, histórico ou revolucionário;
- poder constituinte derivado – poder jurídico que se concretiza por meio do poder constituinte derivado reformador (reformula, por meio de emendas ou revisões, a constituição federal), e por meio do poder constituinte derivado decorrente (cria e modifica as constituições dos estados membros da Federação);
- poder constituinte difuso – poder de fato, responsável pelas mutações constitucionais; e
- poder constituinte transnacional – poder de fato que faz e reformula as constituições supranacionais. (2009, p. 303).

Pois bem, ater-se-á mais detalhadamente ao poder constituinte difuso, uma vez que ele é o responsável pelo fenômeno da mutação constitucional. Este nome é dado em virtude dela não estar formalizado nas constituições, mas atua hodiernamente no ordenamento jurídico.

Fazendo uma comparação: enquanto o poder originário é a potência, que faz a constituição, e o poder derivado, a competência, que a reformula, o poder difuso é a força invisível que a altera sem mudar-lhe uma vírgula sequer. (BULOS, 2009, p. 339).

Desta forma, denomina-se mutação constitucional o fenômeno que modifica um dispositivo constitucional sem revisão ou sem emenda. Em Bulos (2009, p. 341) é possível encontrar o seguinte esclarecimento, a saber, “mutação constitucional é a aplicação de normas que se alteram lenta e imperceptivelmente, quando as palavras do Texto Maior que permanecem imodificadas recebem um sentido distinto do originário”.

Conceituado mutação constitucional exsurge a dúvida, houve mutação constitucional no artigo 52, X da *Lex Fundamentalis*? Conforme já apresentado, tal disposição constitucional incumbe ao Senado Federal a competência para editar resolução suspendendo a execução de lei declarada em decisão definitiva pelo Supremo Tribunal Federal.

Leciona Gilmar Mendes:

Quando o instituto foi concebido no Brasil, em 1934, dominava uma determinada concepção da divisão de poderes, há muito superada. Em verdade, quando da promulgação do texto de 1934, outros países já atribuíam eficácia geral às decisões proferidas em sede de controle abstrato de normas, tais como o previsto na Constituição de Weimar de 1919 e no modelo austríaco de 1920.

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. (2004, p. 157).

Não obstante, na tentativa de responder a pergunta, supracitada, é imperioso tecer alguns comentários acerca da Emenda Constitucional nº. 45/2004. Foi esta emenda que introduziu a repercussão geral e a súmula vinculante fato que aproximou os efeitos do controle abstrato aos do controle difuso.

Inversamente o constituinte de 1988 aumentou o rol de legitimados a propor as ações de controle concentrado, assim, Mendes (2004) entende que com o aumento deste rol quis-se privilegiar o controle abstrato e a atuação do Senado no controle difuso sofreu mutação constitucional, competindo a este apenas dar publicidade a decisão do STF.

Esta posição do Ministro Gilmar Mendes não é pacífica no ordenamento jurídico pátrio e em sentido contrário milita Streck, Oliveira e Lima, *in verbis*:

Mas o modelo de participação democrática no controle difuso também se dá, de forma indireta, *pela atribuição constitucional deixada ao Senado Federal*. Excluir a competência do Senado Federal – ou conferir-lhe apenas um caráter de tornar público o entendimento do

Supremo Tribunal Federal – significa reduzir as atribuições do Senado Federal à de uma secretaria de divulgação intra-legislativa das decisões do Supremo Tribunal Federal; *significa, por fim, retirar do processo de controle difuso qualquer possibilidade de chancela dos representantes do povo deste referido processo*, o que não parece ser sequer sugerido pela Constituição da República de 1988. Como se não bastasse reduzir a competência do Senado Federal à de um órgão de imprensa, há também uma consequência grave para o sistema de direitos e de garantias fundamentais. Dito de outro modo, atribuir eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às decisões do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade *é ferir os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório* (art. 5.º, LIV e LV, da Constituição da República), pois assim se pretende atingir aqueles que não tiveram garantido o seu direito constitucional de participação nos processos de tomada da decisão que os afetará. Não estamos em sede de controle concentrado! Tal decisão aqui terá, na verdade, efeitos avocatórios. Afinal, não é à toa que se construiu ao longo do século que os efeitos da retirada pelo Senado Federal do quadro das leis aquela definitivamente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal são efeitos *ex nunc* e não *ex tunc*. **Eis, portanto, um problema central: a lesão a direitos fundamentais.** (2007, p. 6).

Streck, Oliveira e Lima criticam esta forma de atuar do Supremo Tribunal Federal, pois a este órgão não foi incumbido o poder de legislar, estando ele adstrito a lei e conforme nota-se com o exposto acima, ele está deixando de cumprir preceitos constitucionais, atribuindo eficácia geral a um aresto, tendo em vista que a Constituição incumbiu ao Senado Federal tal tarefa.

Segundo Bulos (2011) não houve mutação constitucional no dispositivo que atribui ser competência do Senado Federal suspender lei declarada inconstitucional pelo STF, mas ocorreu manipulação inconstitucional, isto é, a norma passou a ser usada para servir a interesses vis e de forma consecutória o Supremo está praticando ativismo judicial. Este consiste no ato em que juízes e tribunais atuam criando normas, sendo verdadeiros legisladores.

Ademais, o referido doutrinador averba o seguinte:

Isto, seguramente, não é, e nunca foi e jamais será aquilo que se convencionou chamar de mutação constitucional – fenômeno pelo qual as normas constitucionais mudam ser alterar uma vírgula, sequer, do texto originário da constituição, que não é substituído por outro. Inovar a tese das mutações constitucionais não é certeza de que teremos êxito na tarefa de atualizar dispositivos constitucionais superado, a exemplo do art. 52, X, da Carta de Outubro. O envelhecimento natural dessa norma é inegável. Se, um dia,

pretenderem eliminá-la da ordem jurídica brasileira somente poderão fazê-lo pelo exercício do poder constituinte reformador (emenda à constituição) e não pela manifestação do poder constituinte difuso. (2011, p. 227).

Nesse contexto, Barros entende:

[...] a outorga ao Senado Federal de competência para suspender a execução de lei inconstitucional teve por motivação atribuir eficácia geral, em face de todos, *erga omnes*, à decisão proferida no caso concreto, cujos efeitos se irradiam, ordinariamente, apenas em relação às partes do processo. (p. 155, 2012).

Ocorre que o autor, supradito, vai de encontro à ideia de Gilmar Mendes, defendendo a tese de que o disposto no artigo 52, X da Lei Maior, não deve ser aplicada atualmente. Entretanto, Pedro Lenza (2011) entende que para que seja aplicado efeito vinculante às decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade, haveria a necessidade de uma reforma constitucional, caso contrário tal tendência caminha para a inconstitucionalidade.

Ademais, o efeito *erga omnes* das decisões da Corte Suprema fora previsto apenas para o controle concentrado e para a súmula vinculante conforme inovação trazida pela EC. 45/2004. Outrossim, para o controle difuso, conforme regra insculpida no artigo 52, X, da CF/88, somente após atuação discricionária e política do Senado Federal.

Esta é a posição defendida por Carvalho (2009), dessarte, o Senado Federal irá atuar livremente e irá formar seu próprio convencimento sobre a oportunidade e conveniência de estender a todos e para o futuro a norma declarada inconstitucional pela Corte Suprema.

É digno de nota a lição de Carvalho:

Deve-se observar que a competência do Senado abrange não só a lei no sentido formal, cabendo-lhe a função de suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer modalidade normativa (v.g., decreto, tratado internacional), sendo ainda abrangente de atos normativos federais, estaduais, distritais e municipais, à consideração de ser o Senado órgão da federação. (2009, p. 441).

Malgrado, a Constituição da República não estabelece prazo para a deliberação do Senado Federal. De outro lado, após a sua atuação, isto é, com a promulgação da resolução este o Senado Federal não pode alterá-la. Desta forma, segundo Carvalho (2009, p. 442) “a resolução suspensiva é irrevogável, salvo se o Supremo Tribunal julgar procedente ação declaratória de constitucionalidade da lei cuja execução fora suspensa pelo Senado Federal.”

Noutro aspecto, assevera Puccinelli Jr.

[...] recalcitramos em admitir que o fenômeno da abstrativização possa autorizar a invasão da competência discricionária constitucionalmente reservada ao Senado Federal, sem causar traumas ao princípio da independência e harmonia dos Poderes. (2012, p. 148).

É bem verdade que o artigo 52, X da CF/88 permite uma fiscalização do Senado acerca da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, pois antes de editar a resolução suspensiva o Senado pode analisar a decisão daquela Corte. Caso constate que a questão não está madura, por exemplo, foi proferida por uma placar de 6 seis votos favoráveis, contra 5 contrários.

Assim, retirar a competência do Senado pode ser criar uma insegurança jurídica, como exposto acima, uma decisão proferida por um *quorum* mínimo passaria a ter caráter vinculante.

5. RECLAMAÇÃO 4.335-5/ AC: MARCO NA DISCUSSÃO SOBRE A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Como visto, a reclamação para o Pretório Excelso está prevista nos artigos 103, I, alínea i e 103-A, § 3º da Carta da República, e seu cabimento em geral acontece quando houver usurpação da competência da Corte ou quando houver desrespeito as decisões vinculantes. São vinculantes os arestos que versarem sobre controle abstrato de constitucionalidade, normalmente concentrado, como também as súmulas vinculantes.

Contudo, a decisão que deu origem a esta reclamação foi proferida num caso em concreto, em sede de controle difuso, fato que impossibilitaria o conhecimento da reclamação. Mas, não foi o que ocorreu neste caso, uma vez que ela chegou à Corte em 04/05/2006 e foi distribuída o Ministro Gilmar Mendes.

De outro flanco, faz se imprescindível abordar neste trabalho, mas de forma perfunctória, o julgamento que deu origem a referida reclamação, a fim de facilitar a compreensão do tema.

Pois bem, o Supremo Tribunal Federal, em 23 de fevereiro de 2006, julgou, em controle difuso, o *Habeas Corpus* nº. 82.959/SP e declarou a inconstitucionalidade do artigo 2º, da Lei 8.072/90 que vedava a progressão de presos nos casos de crimes hediondos, nos seguintes termos:

PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. (HC 82959, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 23/02/2006, DJ 01-09-2006 PP-00018 EMENT VOL-02245-03 PP-00510 RTJ VOL-00200-02 PP-00795).

Dessarte, a partir do precedente fixado neste julgamento a Defensoria Pública da União no Acre pediu o deferimento do mesmo benefício (progressão de regime para aos condenados por crimes hediondos) aos presos daquele Estado, sob o argumento não havia mais óbice legal para indeferir o pleito, pois o Plenário do Supremo Tribunal Federal havia declarado a inconstitucionalidade parcial da lei.

Ante a negativa do juízo de execução penal fora interposta a reclamação, com fulcro no artigo 103, I, alínea L da Constituição Federal. Ao ensejo, pontua-se que questão penal não é importante para o desenvolvimento do trabalho.

Neste liame, a reclamação fora colocada em pauta para julgamento e os ministros Gilmar Mendes e Eros Grau defenderam que o artigo 52, X passou por uma verdadeira mutação constitucional, ficando atribuído ao Senado Federal a competência de, apenas, dar publicidade à suspensão da execução de lei declarada inconstitucional.

Nessa esteira, Mendes (2004, p. 154) assevera que “a proposta de Emenda nº. 16/65 pretendia conferir nova leitura a Constituição de 1946”, nos seguintes termos:

Art. 64. Incumbe ao Presidente do Senado Federal, perdida a eficácia de lei ou ato de natureza normativa (art. 101, § 3º), fazer publicar no Diário Oficial e na Coleção das leis, a conclusão do julgado que lhe for comunicado.

Contudo, segundo o próprio Ministro, supradito, tal proposta foi rejeita prevalecendo à tradição iniciado em 1934.

Em sentido contrário, o Ministro Sepúlveda Pertence entendeu que a outorga de competência ao Senado tem se tornado cada vez mais obsoleto, mas o Supremo foi dotado

com um poder praticamente parecido, portanto não havia a necessidade de reduzir o Senado a um órgão de publicidade, pois a súmula vinculante dispensaria a atuação daquela Casa.

O referido Ministro foi acompanhado pelo Ministro Joaquim Barbosa que afirmou que se mantém em vigor o disposto no artigo 52, X da CF/88. Não houve pronunciamento em definitivo da Corte sobre a questão, pois o julgamento foi suspenso por um pedido de vista do Ministro Teori Zavascki.

Não obstante, entendo que a reclamação perdeu o objeto. Isso porque, a lei 11.464/2007 alterou a redação original da Lei 8.072/90 e desta forma passou a permitir a progressão de regime nos casos de crimes considerados hediondos.

De outro lado, discordando posição defendida por Mendes e Eros Grau, o ministro Sepúlveda Pertence asseverou que a Corte tem a súmula vinculante como meio de dar eficácia vinculante as suas decisões, sendo que esta exige um quórum maior para a sua edição, dando uma maior segurança jurídica, até mesmo pelo fato que para o tribunal editá-la ela irá precisar de um amadurecimento se o tema for polêmico, obter o voto favorável de 8 ministros em temas complexos não é uma tarefa fácil.

Neste sentido, ratifica Streck, Oliveira e Lima (2007, p. 09) “se o Supremo Tribunal Federal pretende – agora ou em futuros julgamentos – dar efeito vinculante em controle difuso, deve editar uma súmula [...]”.

Como já analisado, o Brasil adota o sistema misto de controle de constitucionalidade, portanto, dar o mesmo efeito do controle concentrado ao controle difuso faz sumir as diferenças entre estes, fato que não se coaduna com o disposto na Constituição da República.

Vale realçar que a aplicação desta teoria é bastante controvertida, posto que no próprio STF existem julgados que entendem não ser possível a aplicação de efeitos *erga omnes* aos julgados em controle difuso. Neste sentido corrobora a jurisprudência da Corte:

AGRAVO REGIMENTAL. RECLAMAÇÃO. REPERCUSSÃO GERAL. CARÁTER ERGA OMNES E EFEITO VINCULANTE QUE TERIA SIDO ATRIBUÍDO AO RE 600.885-RG/RS. COMPETÊNCIA PARA A SOLUÇÃO DE CASOS CONCRETOS. INADEQUAÇÃO DO INSTRUMENTO DA RECLAMAÇÃO. AGRAVO DESPROVIDO. I - Conquanto o decidido nos recursos extraordinários submetidos ao regime da repercussão geral vincule os outros órgãos do Poder Judiciário, sua aplicação aos demais casos concretos, em observância à nova sistemática instituída pela EC 45/2004, regulamentada pela Lei 11.418/2006, não poderá ser buscada, diretamente, nesta Suprema Corte, antes da apreciação da controvérsia pelas instâncias ordinárias; II - O instrumento da reclamação não pode ser utilizado a fim de que, per saltum, seja

aplicado o entendimento firmado no RE 600.885-RG/RS a processo em curso no primeiro grau de jurisdição; **III - A reforma das decisões dos juízes de primeiro grau, contrárias à orientação firmada em julgamentos afetos ao regime da repercussão geral, deve ser feita pelo Tribunal a que estiverem vinculados, pela via recursal ordinária.** Precedente: Rcl 10.793/SP, Rel. Min. Ellen Gracie; IV – Agravo a que se nega provimento. (Rcl 12600 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/11/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-232 DIVULG 06-12-2011 PUBLIC 07-12-2011, **sem grifos no original**).

Sem embargo é digno de nota, o voto do Ministro Ricardo Lewandowski na referida reclamação:

Como se verifica, o Plenário desta Suprema Corte, em decisão unânime prolatada em 13/4/2011, não aceitou a tese de que aquele que não integrou a relação processual no controle difuso de constitucionalidade possa buscar, diretamente, a aplicação da tese ali formulada, antes mesmo da necessária manifestação das instâncias ordinárias. Ressalto, ainda, que não procede a alegação de que na Rcl 4.335/AC,

Rel. Min. Gilmar Mendes, esta Tribunal teria reconhecido a possibilidade de se manejar o instrumento da reclamação em casos como este.

Isso porque o citado julgamento ainda não foi concluído, embora eu tenha devolvido os autos para julgamento em 10/2/2011, após dele ter pedido vista.

Dessarte, ao reconhecer que não é possível o manejo de reclamação constitucional contra decisões proferidas no em sede de recurso extraordinário é possível constatar que a teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade está sendo refutada pelo Pretório Excelso.

Tal atitude mais cautelosa sobre a adoção da objetivação do recurso extraordinário está, a meu ver, correta, tendo em vista que a Constituição é uma norma jurídica que deve ser obedecida e a mutação constitucional, como já visto, não modifica o texto constitucional, mas apenas lhe dá uma nova interpretação.

Ao passo que a teoria defendida por Gilmar Mendes está substituindo o texto expresso da constituição. Outrossim, o disposto do artigo 52, X da Lei Maior não permite nenhuma outra conclusão a não ser a de que compete ao Senado Federal editar resolução suspendendo no todo ou em parte lei declarada inconstitucional em decisão definitiva do STF.

Ademais, ratifica Gomes:

Sob um primeiro aspecto, verifica-se que o caminho interpretativo percorrido pelos defensores da aludida mutação desprezou princípios basilares da hermenêutica constitucional, tais como: o princípio da máxima efetividade da norma constitucional, já que impede a total incidência normativa do inciso X do art. 52 à hipótese que abstratamente regula; o princípio da unidade da Constituição, na medida em que despreza o modelo híbrido de controle de constitucionalidade brasileiro, no qual convivem os controles concreto ou difuso e abstrato ou concentrado; o princípio da força normativa da Constituição, uma vez, sem observar o conteúdo semântico do inciso X do art. 52, desconsidera a sua norma; e, por fim, o princípio da razoabilidade (ou proporcionalidade), já que o sentido resultante da aludida mutação é irrazoável em face da redação do dispositivo constitucional. (2010, p. 02).

Nesse aspecto é imprescindível ressaltar que se fosse à intenção do poder constituinte derivado retirar a participação do Senado Federal no Controle difuso ele poderia ter feito, através da Emenda Constitucional nº. 45 que trouxe uma série de inovações ao Poder Judiciário, dentre entre elas a súmula vinculante.

Tal mutação constitucional defendida por parte da doutrina é uma afronta ao princípio da separação dos poderes. Por oportuno, ressalta-se que a aceitação desta teoria implica em dizer que a súmula vinculante seria desnecessária, pois o Supremo Tribunal já daria efeitos vinculantes a sua decisão, independentemente, de pronunciamento do Senado Federal.

Pelo exposto, conclui-se que artigo 52, X da CF/88 não sofreu mutação constitucional, mas está em desuso, posição defendida por Uadi Lâmmego. Nesse diapasão este artigo pode se harmonizar perfeitamente com a sociedade atual que quer tudo resolvido rapidamente. Isso porque caso o Senado Federal não suspenda a lei declarada inconstitucional pela Corte Suprema, pode esta editar uma súmula vinculante de modo a dar eficácia *erga omnes* e vinculante a sua decisões.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do estudo, foi possível constatar que a Constituição é a norma suprema de um Estado, visto que ela estabelece a forma de funcionamento de um Estado, bem como elenca quais são seus princípios e objetivos fundamentais, institui os Poderes do Estado e distribui as suas competências.

Não obstante, a palavra constituição é um termo polissêmico, portanto foi imprescindível conceituá-la.

De outro lado, fora exposto que sendo a Lei Maior suprema, as leis infraconstitucionais e até mesmo as emendas constitucionais devem se conformar com ela, seja de modo formal, seja de modo material, sob pena de serem consideradas inconstitucionais.

Outrossim, vimos que devem existir meios para que em caso de violação da Constituição seja restabelecida esta, pois em nada adiantaria reconhecer que ela é suprema e possui força normativa e não serem criados mecanismos que extirpem do ordenamento jurídico uma norma inconstitucional.

Destarte, se uma lei não se conforma com a *Lex Fundamentallis* ela será inconstitucional, visto que ela afronta a supremacia constitucional.

Nesse diapasão nasce o controle de constitucionalidade que visa assegurar a supremacia e a força normativa da Constituição. Sendo este o mecanismo de verificação da adequação dos atos normativos com a *Lex Mater*.

Feitas estas considerações chegamos ao enfoque central deste trabalho. Isso porque a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade ocorre no controle difuso.

Nesta forma de controle de constitucionalidade para que a decisão do Supremo Tribunal Federal tenha efeito *erga omnes* é, em regra, imprescindível a atuação do Senado Federal, sendo que este depois de notificado pela Corte Suprema, em juízo discricionário, pode promulgar uma resolução suspendendo a eficácia da lei declarada inconstitucional.

Todavia, na Reclamação 4.335-5/AC os Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, da Suprema Corte, entenderam que o artigo constitucional que dava competência para o Senado Federal editar a resolução suspendendo a lei havia sofrido mutação constitucional e agora a este competia apenas dar publicidade às decisões do Pretório Excelso.

Não obstante, tendo com fundamento o conceito de mutação constitucional abordado neste trabalho, a meu sentir, não ocorreu tal fenômeno. Posto que a interpretação que está sendo dado por aqueles ministros acarreta em modificação do texto constitucional e a mutação constitucional não altera o texto, mas apenas muda o seu sentido.

Nessa esteira a interpretação adotada consiste na alteração das palavras constitucionais, fato que só poderia ser feito por intermédio do poder constituinte derivado. Se aceitarmos tal proposta estaremos entendendo que o STF tem o poder de legislar suprimindo palavras e/ou alterando estas.

Ademais, o artigo 52, X da CF/88 não comporta a interpretação de que compete ao Senado Federal, apenas, dar publicidade as decisões definitivas que declaram a inconstitucionalidade de uma lei.

Em que pese o referido artigo estar em desuso, isto não autoriza o Supremo Tribunal Federal a suprimi-lo, Tal atitude seria uma ofensa a supremacia da constituição e ao princípio da separação dos poderes. Uma vez que o poder constituinte originário, derivado ou revisor em nenhum momento autorizou a esta Corte alterar a Constituição Federal pelos simples fato de algum artigo estar obsoleto.

Ao ensejo, não podemos olvidar que se a tese da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade for aceita a súmula vinculante perde a razão de existir, de forma que as decisões proferidas no controle concentrado já possuem efeitos vinculantes e *erga omnes*. Portanto, se no controle difuso o Pretório Excelso dá os mesmo efeitos aos seus arestos, qual seria a finalidade da súmula vinculante? Nenhuma. Posto que a razão de existir desta é atribuir os efeitos do controle concentrado aos processos discutidos no controle difuso.

Isso posto, concludo, que no controle difuso o a Corte Suprema não pode dar efeitos *erga omnes* e vinculantes aos seus arestos. De modo que se pretende fazer isso deve acontecer pelo mecanismo autorizado pela Carta Magna, qual seja, a edição de uma súmula vinculante.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2012.

_____. **Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990**. Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm>. Acesso em: 02 de outubro de 2012.

_____. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 02 de outubro de 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Reclamação 12.600**. Agravante: União. Agravado: Juiz Federal da 8ª Vara Federal da 5ª Subjeção Judiciária em Campinas. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 17 de novembro de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=1609485&tipo=TP&descricao=Inteiro%20Teor%20Rcl%20/%2012600%20-%20AgR>>. Acesso em: 23 de outubro de 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 82.959-7**. Impetrante: Oseas de Campos. Coatores: Superior Tribunal de Justiça e Tribunal da Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 23 de fevereiro de 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=79206&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20HC%20/%2082959>>. Acesso em: 20 de outubro de 2011.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: SARAIVA, 2009.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: SARAIVA, 2011.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 15. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CUNHA JR., Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

GOMES, Anderson Ricardo. **Crítica à tese da abstrativização ou objetivização do controle concreto ou difuso de constitucionalidade**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17300/critica-a-tese-da-abstrativizacao-ou-objetivacao-do-controle-concreto-ou-difuso-de-constitucionalidade>>. Acesso em: 20 de outubro de 2012.

LENZA, Pedro. **O Senado Federal é um mero menino de recado?** Disponível em: <<http://pedrolenza.blogspot.com.br/search?updated-max=2011-12-07T23:37:00-02:00&max-results=10>> Acesso em 10 de maio de 2012.

_____. **Direito constitucional esquematizado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional**. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/953/4/R162-12.pdf>>. Acesso em 20 de março de 2012.

MONTEIRO, Pedro Henrique Drumond. **A Abstrativização do Controle Difuso e o Precedente Vinculante**. Disponível em: <www.red.unb.br/index.php/redunb/article/download/131/78>. Acesso em: 17 de março de 2012.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

PUCCINELLI JR., André. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

REIS, Daniel Costa. **Da Abstrativização do Controle Concreto de Constitucionalidade.** Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090716113114636> Acesso em: 20 de abril de 2012.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional.** Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 17 de març o de 2012.