

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA – EDB
PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

WANESSA GABRIELLE MAIA CERQUEIRA

**A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE –
CENÁRIO ATUAL DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NO
DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO**

**BRASÍLIA
SETEMBRO – 2014**

WANESSA GABRIELLE MAIA CERQUEIRA

**A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE –
EFEITOS E PROGNÓSTICOS DO CONTROLE DIFUSO DE
CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito Constitucional como requisito para obtenção de título de Especialista em Direito Constitucional.

**BRASÍLIA
SETEMBRO – 2014**

WANESSA GABRIELLE MAIA CERQUEIRA

**A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE –
EFEITOS E PROGNÓSTICOS DO CONTROLE DIFUSO DE
CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito Constitucional como requisito para obtenção de título de Especialista em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP.

___ de _____ de 2014.

BANCA EXAMINADORA

Professor(a)

Professor(a)

Professor(a)

RESUMO

Analisa-se os recentes entendimentos doutrinários e jurisprudenciais a fim de compreender medida é possível afirmar que está ocorrendo a abstrativização do controle de constitucionalidade no Brasil, tendo em vista que tal fenômeno somente ocorre em algumas hipóteses decorrentes de alterações legislativas. Para tanto, serão a Emenda Constitucional nº 45 de 2004 e a Lei nº 9.756 de 1998. Além disso, será estudada a tese da mutação constitucional defendida pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, nos autos da Reclamação nº 4335/AC, bem como a sua compatibilidade com a Constituição Federal. A metodologia de pesquisa será teórico-dogmática, e serão utilizadas fontes bibliográficas, legislativas e jurisprudenciais. A pesquisa conclui, por fim, que há o fenômeno da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade no Brasil, mas que somente ocorre quando alterações formais são aprovadas pelo Congresso Nacional, sendo insuficiente decisões tomadas monocraticamente por Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade. Efeitos *erga omnes* em controle difuso. Repercussão geral em recurso extraordinário. Súmula Vinculante. Dispensa da Reserva de Plenário. Resolução do Senado Federal. Mutação constitucional. Abstrativização do controle difuso.

ABSTRACT

The research analyzes the recent doctrinal and jurisprudential understanding in order to understand as it is clear that is occurring the phenomenon that makes abstract the judicial review in Brazil, considering that this phenomenon only occurs in some cases due to legislative changes. For this, we studied the Constitutional Amendment No. 45 of 2004 and Law No. 9756 of 1998. In addition, the theory of constitutional mutation defended by Ministers Gilmar Mendes and Eros Grau will be studied, in the records of the Complaint No. 4335 / AC and their compatibility with the Constitution. The research methodology is theoretical and dogmatic, and bibliographic, legislative and case law sources are used. The research concludes, finally, that this phenomenon occurs in Brazil, but only when formal amendments are approved by the Congress, with insufficient monocratically decisions taken by Ministers of the Supreme Court.

Keywords: constitutional control. Erga omnes on fuzzy control. General Repercussion in the a special appeal. Binding Precedent. Exemptions from the Plenary Reserve. Federal Senate Resolution. Constitutional mutation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....
1 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL.....
2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO.....
3 A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO.....
3.1 A repercussão geral no recurso extraordinário.....
3.2 A supressão do princípio da reserva de Plenário.....
3.3 As súmulas vinculantes.....
3.4 O inciso X do artigo 52 da Constituição Federal.....
3.4.1 A tese da mutação constitucional.....
4 CONCLUSÃO.....
5 REFERÊNCIAS

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, acima de tudo, pelas oportunidades de estudo concedidas e a minha família, pelo incondicional apoio nesse início de minha vida acadêmica.

Ao Instituto Brasiliense de Direito Público, aos professores e aos colegas da Pós-Graduação, pelos debates e experiências adquiridas.

INTRODUÇÃO

Atualmente tem surgido novas tendências doutrinárias e jurisprudenciais, no Direito Constitucional brasileiro, acerca da possibilidade de extensão dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal no controle abstrato-concentrado de constitucionalidade às ações de controle difuso-incidental, em processos subjetivos. De acordo com essa tese, estaria ocorrendo uma mudança na atuação do Supremo Tribunal Federal (STF), de modo que mesmo as decisões proferidas no controle difuso de constitucionalidade passariam a ser dotadas de eficácia contra todos e efeitos vinculante.

Com esse estudo, visa-se compreender em que medida é possível afirmar que está ocorrendo a abstrativização do controle de constitucionalidade no Brasil, tendo em vista que tal fenômeno somente ocorre em algumas hipóteses decorrentes de alterações legislativas.

Observe-se que, nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade de leis municipais, o Supremo Tribunal Federal tem adotado uma postura significativamente ousada, conferindo efeito vinculante não só à parte dispositiva da decisão de inconstitucionalidade, mas também aos próprios fundamentos determinantes. São numericamente expressivos os casos em que o Supremo tem estendido, com base no art. 557, caput. e § 1.a - A do Código de Processo Civil, a decisão do plenário que declara a inconstitucionalidade de norma municipal a outras situações idênticas, oriundas de municípios diversos. Em suma, tem-se considerado dispensável, no caso de modelos idênticos, a submissão da questão ao Plenário.

Tais decisões evidenciam, ainda que de forma tímida, a tentativa de se atribuir efeitos vinculantes aos fundamentos da decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade do direito municipal.

Além disso, nota-se que o sistema brasileiro de combinação de modelos de controle de constitucionalidade sofreu mudanças que, nitidamente, trouxeram um caráter “objetivo” ao controle de constitucionalidade realizado em âmbito de

processo subjetivo. Assim, considere-se, aqui, a ideia de “objetivização” como uma aproximação entre as regras do controle abstrato-concentrado e as regras do controle difuso-concreto, com ascendência daquelas nestas, ou seja, com o predomínio do que seria um processo objetivo.

Dessa forma, a ocorrência da abstrativização do controle difuso-incidental de constitucionalidade se dá por meio do fenômeno processual da transcendência dos (fundamentos) motivos determinantes da decisão (*ratio decidendi*) do Supremo Tribunal Federal que, incidentalmente, resolve a questão constitucional, declarando a inconstitucionalidade do ato normativo. A partir da análise da *ratio decidendi*, induz-se uma norma geral que será utilizada como paradigma, aplicável erga omnes e de forma vinculada, para a resolução daquela mesma questão constitucional para todos os demais casos concretos cujo suporte fático coincida com as circunstâncias fáticas do caso tomado como precedente.

Inovações legislativas também são utilizadas como fundamento para a tese da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. A Emenda Constitucional nº 45 de 2004 trouxe para nosso ordenamento jurídico os institutos da repercussão geral em recurso extraordinário e os enunciados de súmula vinculante. Pelo primeiro, um processo somente chegará ao Supremo Tribunal Federal se a questão discutida transcender os interesses subjetivos das partes. Pelo segundo, uma tese adotada reiteradamente pelo Supremo, em controle de constitucionalidade difuso, poderá se tornar vinculante para os demais órgãos do Poder Judiciário e para a Administração Pública em geral.

Outrossim, a dispensa da reserva de Plenário, que permite ao órgão fracionário julgar determinado processo independentemente da remessa ao Pleno do tribunal – quando houver decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o tema – também evidencia a expansão dos efeitos das decisões proferidas por nossa Suprema Corte.

Na jurisprudência, há algumas decisões do Supremo nas quais pode-se observar a atribuição de efeitos *erga omnes* a decisões tomadas em controle de constitucionalidade exercido incidentalmente, como o julgamento do HC 82.959/SP, relacionado à inconstitucionalidade do então § 1o do art. 2o da Lei n. 8.072/90 (Lei

dos Crimes Hediondos — artigo alterado pela Lei n. 11.464/2007), que proibia a progressão de regime. Já na decisão, parece ter sido adotada a ideia de que todos os juízes e tribunais deveriam seguir esse entendimento. Embora reporte-se a um caso concreto, fez-se consignar que “o Tribunal, por unanimidade, explicitou que a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará consequências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, uma vez 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 da possibilidade de progressão” (rel. Min. Marco Aurélio).

Posteriormente, uma Reclamação – nº 4335/AC - foi ajuizada pela Defensoria Pública da União contra decisão de um juiz do Acre, para assegurar o cumprimento da decisão contida no *Habeas Corpus*. O juiz da execução havia negado a progressão de regime a condenados pela Lei dos Crimes Hediondos, e a Defensoria impetrou o remédio constitucional para que fosse aplicado o mesmo entendimento acerca do princípio da individualização da pena levantado no julgamento do HC 82.959/SP.

Somam-se a esses aspectos da tese da abstrativização a questão acerca do papel do Senado Federal atribuído pelo inciso X do artigo 52 da Constituição Federal. Discute-se se, diante dos efeitos *erga omnes* atualmente atribuídos nas ações de controle difuso, sobre a necessidade de que seja editada a resolução senatorial para que a execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal seja suspensa.

Tal questão foi levantada na citada reclamação, em que alguns Ministros consideraram a tese de reconhecer eficácia *erga omnes* a decisões em controle difuso independentemente de o Senado Federal haver exercido a sua competência privativa de suspender a lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo, de acordo com o texto constitucional. Nesse ponto, discute-se se há uma “mutação constitucional” do art. 52, inc. X, da Constituição, de modo que dever-se-ia atribuir ao dispositivo um novo sentido textual. Nesse novo texto, caberia ao Senado Federal apenas dar publicidade à decisão do Supremo Tribunal Federal proferida no

controle difuso, sendo dispensável a suspensão da lei para que a decisão tenha eficácia contra todos e efeito vinculante.

Discutir-se-á, dessa forma, se a tese defendida por alguns doutrinadores – e rebatida por outros – de que o inciso X do art. 52 da Constituição sofreu mutação constitucional merece ser acolhida.

Pelo exposto, tem-se que os marcos teóricos da pesquisa são os conceitos de controle difuso e o histórico dessa forma de controle nas Constituições brasileiras, as teses doutrinárias, as alterações legislativas (principalmente a Emenda Constitucional nº 45 de 2004 e a Lei nº 9.756 de 1998) e a Reclamação nº 4335/AC.

O trabalho contém três capítulos. O primeiro apresenta o panorama do controle de constitucionalidade brasileiro, suas características, influências e as diferenças entre o controle abstrato e o controle concreto.

O segundo capítulo estuda a evolução constitucional do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro, desde a Constituição de 1891 até a Constituição de 1988.

O terceiro capítulo, por sua vez, trata propriamente da abstrativização do controle difuso. Para tanto, analisa os institutos da repercussão geral no recurso extraordinário e das súmulas vinculantes, incorporados no ordenamento constitucional pela EC nº 45/2004; a reserva de Plenário e a posterior alteração legislativa que autorizou a sua dispensa; e, finalmente, o inciso X do art. 52 da Constituição, que prevê a edição de resolução senatorial para a suspensão de lei declarada inconstitucional em controle difuso, e a tese acerca de uma possível constitucional do dispositivo constitucional.

O objetivo da pesquisa, portanto, é analisar os atuais contornos do controle de constitucionalidade difuso no Brasil, o conjunto de alterações legislativas realizadas e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que influenciaram as formas de se decidir nessa modalidade de controle, bem como se tais alterações e entendimentos jurisprudenciais, de fato, apontam para uma abstrativização do controle difuso-incidental como disposto na Constituição Federal. A pesquisa revela-

se de suma importância, uma vez que a abstrativização do controle difuso e a extensão dos efeitos do controle abstrato a àquela modalidade de controle podem resultar em extensão dos poderes do Supremo Tribunal Federal, colocando em debate a possível supressão de uma competência atribuída constitucionalmente ao Senado Federal.

1 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

No Estado contemporâneo, o texto constitucional ocupa a posição de delimitador do horizonte de possibilidades para elaboração de todo o ordenamento jurídico de uma nação, assumindo o papel de condição de validade de todos os atos administrativos e legislativos. Como bem assinala José Afonso da Silva,

a constituição é o vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos.¹

Nesse sentido, há que se imaginar uma espécie de controle de adequação das demais normas com a constituição, garantindo-se, dessa forma, a unidade e harmonia do sistema jurídico.

O controle de constitucionalidade, dessa forma, pode ser conceituado como o juízo de adequação da norma infraconstitucional à norma constitucional, atuando esta como parâmetro de validade daquela. Em síntese, é a verificação da compatibilidade de uma norma infraconstitucional ou de ato normativo com a constituição. O controle assume, assim, papel de guardião da constituição, orientando-se por dois pressupostos, quais sejam, a supremacia e a rigidez constitucionais.

A ideia de supremacia da constituição revela que o texto constitucional possui *status* mais elevado no ordenamento jurídico, ocupando posição hierárquica superior a todas as outras normas do sistema.

A rigidez constitucional, por outro lado, traduz-se na exigência de processo mais qualificado para a modificação das normas constitucionais. Ora, para que a constituição seja considerada paradigma de validade, é necessário que o processo

¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 45

² BARROSO, Luís Roberto. **O Controle da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**: exposição

de formação ou modificação de normas constitucionais seja diverso e mais complexo do que o utilizado na elaboração de normas infraconstitucionais².

De fato, a rigidez constitucional garante uma supremacia formal à constituição. Afinal, se as normas constitucionais fossem elaboradas da mesma forma que as infraconstitucionais, a superveniência de lei ordinária contrária a um mandamento constitucional acarretaria, não em inconstitucionalidade, mas sim em revogação por ato posterior.

Diante da necessidade de se analisar a compatibilidade das normas inferiores ao texto constitucional, a Constituição de 1988 estabelece um sistema misto de controle de constitucionalidade; que é efetivado na forma difusa ou na forma concentrada.

O controle concentrado ocorre por meio de um processo objetivo em que se busca a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, de forma abstratamente considerada, contrastando-o com a Constituição. Esse processo objetivo, em âmbito federal, realiza-se perante o Supremo Tribunal Federal, por via de ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade ou, ainda, através de arguição de descumprimento de preceito fundamental. Os efeitos dessa declaração, exarada pelo Supremo Tribunal Federal, atingem a todos, operando-se *erga omnes*, e, em regra, *ex tunc*. Essa modalidade é também chamada de controle abstrato de constitucionalidade, vez que não há um caso concreto posto à apreciação do órgão judicial.

O controle difuso, sua vez, ocorre no caso concreto, em que as partes submetem à análise do Poder Judiciário uma controvérsia real, decorrente de uma situação jurídica subjetiva. É realizado de forma incidental, podendo se dar em qualquer processo posto à apreciação de magistrados, sejam de primeira instância ou de Tribunais Superiores.

Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes leciona que:

² BARROSO, Luís Roberto. **O Controle da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 2.

O controle de constitucionalidade difuso, concreto, ou incidental, caracteriza-se, fundamentalmente, também no direito brasileiro, pela verificação de uma questão concreta de inconstitucionalidade, ou seja, de dúvida quanto à constitucionalidade de ato normativo a ser aplicado num caso submetido à apreciação do Poder Judiciário.³

Observa-se assim que, nessa modalidade de controle, a questão acerca da constitucionalidade da norma, não integra o objeto da lide, como no controle concentrado.

O controle difuso de constitucionalidade é, portanto, aquele em que se permite a todo juiz ou tribunal, no exercício jurisdicional, fiscalizar a constitucionalidade de determinados atos em face de casos concretos, podendo ser exercido em qualquer tipo de ação. Também não restam dúvidas quanto ao seu cabimento em face de atos normativos concretos, as chamadas leis de efeitos concretos, posto que estas são consideradas leis apenas em sentido formal.

Quanto a seus efeitos, em regra, a decisão no controle difuso abrange somente as partes envolvidas no processo subjetivo. Entretanto, os contornos de seus efeitos têm sido objeto de muita discussão na doutrina e jurisprudência, bem como têm sofrido diversas alterações legislativas, que serão estudadas nos próximos capítulos.

³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Ação Civil Pública e Controle de Constitucionalidade**. In: MILARÉ, Édis. (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 199.

2 O CONTROLE DO CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO

O controle de constitucionalidade difuso vigora no Brasil desde a República: a inspiração veio do sistema de controle de constitucionalidade, eminentemente jurisdicional, implantando nos Estados Unidos.⁴ Tal controle caracteriza-se por ocorrer de forma incidental, em que os juízes têm o poder de declarar, no caso concreto, se uma lei é ou não constitucional.

Na Constituição de 1891, o controle difuso foi disciplinado pelo artigo 59, o qual atribuía ao Supremo Tribunal Federal competência para julgar recursos das sentenças dos tribunais dos Estados, quando fosse questionada a validade ou aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal estadual fosse contrária a ele; e quando fosse contestada a validade de leis, ou de atos dos governos dos Estados em face da Constituição ou das leis federais, e a decisão do tribunal do Estado considerasse válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.⁵

Em 1894, foi publicada a Lei nº 221, que em seu art. 13, §10º, dispunha da seguinte maneira:

Os juizes e tribunaes apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de applicar aos casos occurrentes as leis manifestamente inconstitucionaes e os regulamentos manifestamente incompativeis com as leis ou com a Constituição.

Com a emenda constitucional de 3 de setembro de 1926, estabeleceu-se, no artigo 60, §1º, que:

§ 1º Das sentenças das justiças dos Estados em ultima instancia haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

a) quando se questionar sobre a vigencia ou a validade das leis federaes em face da Constituição e a decisão do Tribunal do Estado lhes negar applicação;

b) quando se contestar a validade de leis ou actos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federaes, e a decisão do

⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: Uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 340.

⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: Uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 340.

tribunal do Estado considerar válidos esses actos, ou essas leis impugnadas;

c) quando dous ou mais tribunales locais interpretarem de modo diferente a mesma lei federal, podendo o recurso ser tambem interposto por qualquer dos tribunales referidos ou pelo procurador geral da Republica;

d) quando se tratar de questões de direito criminal ou civil internacional.

Observa-se que, quando da implementação dessa forma de controle de constitucionalidade, não havia maneira de se conceder efeito *erga omnes* e vinculante às decisões do Supremo Tribunal Federal. Observa-se, assim, a principal diferença entre o controle de constitucionalidade difuso implantado desde o início da República com aquele já existente nos Estados Unidos. Naquele País, vige o sistema jurídico denominado *common law*, no qual, por meio do *stare decisis*, as decisões da Suprema Corte têm efeito vinculante.

Pela regra do *stare decisis*, quando a Suprema Corte americana examina um recurso – já que a questão constitucional somente chega até lá dessa forma, diante da ausência de controle concentrado de constitucionalidade – e decide que determinada lei é inconstitucional, nenhum juiz ou tribunal inferior poderá aplicar a lei novamente, pois estará vinculado ao precedente.⁶

Dessa forma, a decisão do Supremo Tribunal Federal, até 1934, quando se manifestasse acerca da inconstitucionalidade de um determinado ato normativo, ficava restrita às partes do processo.

Uma das inovações da Constituição de 1934 foi, nesse sentido, a atribuição de um papel ao Senado Federal, no controle difuso de constitucionalidade, para que fosse dado início à solução da ausência de efeito *ergma omnes* que ocorria até então.

De acordo com o texto, era de competência do Senado Federal:

⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: Uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 341.

Art. 91 – (...)

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

Dessa forma, caso a execução do ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal fosse suspensa pelo Senado, o efeito seria *erga omnes e ex nunc*. Mantida a execução, o efeito seria *ex tunc*, mas somente *inter partes*.

A Carta de 1937, outorgada por Getúlio Vargas, manteve o controle difuso de constitucionalidade – sem remessa ao Senado – e estabeleceu que, caso uma lei fosse declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário, poderia ser submetida novamente ao Parlamento a juízo do Presidente da República, quando este considerasse o ato normativo necessário para o bem-estar do povo, ou para a promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta.

A Constituição de 1946 não promoveu alterações substanciais em relação à última no que tange ao controle de constitucionalidade. O controle difuso de constitucionalidade, com a remessa ao Senado, a partir da declaração de inconstitucionalidade feita incidentalmente pelo Supremo Tribunal Federal, seguiu aquele mesmo modelo inaugurado em 1934.⁷

Entretanto, é de se ressaltar que o regime ditatorial progressivamente implantado a partir de 1964 culminou com a restrição de acesso ao Poder Judiciário – apesar de a Emenda Constitucional nº 16 de 26 de novembro de 1965 ter introduzido, no ordenamento jurídico brasileiro, o controle concentrado de constitucionalidade.

Com a promulgação da Constituição de 1967, tais restrições foram suprimidas, e foi mantido o controle difuso de constitucionalidade nos moldes das constituições anteriores, bem como a representação interventiva, inaugurada pela Emenda nº 16.

⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: Uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 350.

O processo constituinte, ocorrido entre 1986 e 1988, resultou em um novo texto constitucional que representa o mais avançado texto jurídico político já produzido no Brasil. Além de se filiar ao constitucionalismo dirigente, a nova Constituição positivou o catálogo de direitos fundamentais, os direitos sociais e as ações constitucionais que foram reivindicadas pela sociedade no processo constituinte.⁸

2 A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO

A possibilidade de se estender os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso para além das partes envolvidas no processo tem sido permanentemente objeto de polêmica – na doutrina e na jurisprudência. Antes de ela ser implantada pela Constituição de 1934, Ruy Barbosa já defendia a extensão dos efeitos da decisão do STF para todos, tendo em vista as consequências que se produziriam, caso se aceitasse que os diversos poderes pudessem julgar e decidir de forma autônoma a extensão da competência que a Constituição lhes atribui.⁹

A Emenda à Constituição nº 45 de 2004 trouxe modificações de extrema relevância ao se analisar a abstrativização do controle concreto, tais como a súmula vinculante, que permite ao STF, após reiteradas decisões em matéria constitucional, aprovar enunciado que vinculará os demais órgãos do Poder Judiciário e a administração direta e indireta, nas esferas municipal, estadual e federal.

De acordo com o Ministro Luís Roberto Barroso,

A súmula vinculante alinha-se com a crescente tendência de valorização da jurisprudência no Direito contemporâneo. Existem diversas razões que justificam o fenômeno. Uma delas é o aumento da litigiosidade, que produziu, ao longo dos últimos anos, uma significativa elevação do número de ações judiciais em tramitação no

⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: Uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 358.

⁹ BRUST, Léo. **Jurisdição Controle de Constitucionalidade**: A tipologia das decisões do STF. Curitiba: Juruá Editora, 2014. p. 117.

País. Uma segunda razão, dentro desse contexto, é a expressiva quantidade de demandas em torno do mesmo objeto, de uma mesma controvérsia jurídica, como por exemplo a constitucionalidade de um plano econômico ou da cobrança de um tributo. Circunstâncias como essas passaram a exigir a racionalização e a simplificação do processo decisório. Em uma realidade de litígios de massa, não é possível o apego às formas tradicionais de prestação artesanal de jurisdição. A súmula vinculante permite a enunciação objetiva da tese jurídica a ser aplicada a todas as hipóteses que envolvam questão idêntica.¹⁰

A emenda constitucional também criou a figura da repercussão geral no recurso extraordinário, em que o recorrente deve demonstrar a repercussão da questão discutida para além do processo subjetivo, e que também é regulada pela Lei 11.418/2006 e pelo Código de Processo Civil.

Em relação ao aspecto tomado pelo recurso extraordinário no direito constitucional, André Ramos Tavares leciona que

não configurando o Supremo Tribunal Federal uma terceira (e, eventualmente, quarta) instância de julgamento, e sendo sua tarefa precipuamente (art. 102, da Constituição Federal) a defesa da Constituição, conclui-se que os respectivos recursos não se prestam (ao menos não num primeiro momento) à correção dos julgamentos prolatado pelas instâncias inferiores. A preocupação principal é, ao contrário, com o Direito objetivo. Daí falar-se, inclusive, de um recurso objetivo no sentido de preocupação com questões de ordem objetiva, e não com as causas subjetivamente presentes no processo do qual, eventualmente, emerge o recurso em apreço.¹¹

Esses dois institutos trazidos pela EC 45/2004 auxiliaram a conferir uma nova perspectiva para as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle incidental de constitucionalidade.¹²

Além disso, a inadmissibilidade de recurso e o julgamento monocrático pelo relator – com a conseqüente supressão do princípio da reserva de Plenário -, pelo qual autoriza-se negar seguimento aos recursos cujos fundamentos estiverem em

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6ª ed., revisada e atualizada – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 103.

¹¹ TAVARES, André Ramos. **Perfil Constitucional do Recurso Extraordinário**. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius. Aspectos Atuais do Controle de Constitucionalidade no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 10.

¹² ROQUE, André Vasconcelos. **Da “objetivação do recurso extraordinário” à valorização da jurisprudência**. In: Processo Constitucional. Coordenador: FUX, Luiz. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 433.

desconformidade com a jurisprudência dominante ou sumulada do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de outro tribunal superior, também demonstra a vinculação dos juízes aos precedentes judiciais. Por sua vez, tal vinculação também denota a abstrativização das decisões de inconstitucionalidade tomadas em controle difuso pelo STF, e que serão estudadas nessa pesquisa.

Importante ressaltar que há autores que reconhecem ser insustentável o caráter meramente persuasivo das decisões que declaram incidentalmente a inconstitucionalidade de uma lei; porém, mostrando-se resistentes à defesa da eficácia vinculante dessas decisões, posicionam-se no sentido da existência de uma categoria intermediária entre o grau de vinculação máximo da decisão (eficácia normativa) e o mínimo (eficácia meramente persuasiva). Nesse sentido, defendem a criação da categoria de decisões com eficácia impositiva intermediária. Nessa categoria se enquadrariam as decisões no controle difuso de constitucionalidade.

Patrícia Mello defende:

Existem, por outro lado, algumas hipóteses em que, ainda que os julgados não tenham de ser obrigatoriamente seguidos, sua não aplicação é profundamente criticada e provavelmente se sujeitará à revisão. Há, ainda, situações em que, muito embora não se atribua eficácia normativa às decisões, outros efeitos impositivos mais brandos, para além do processo, lhes são reconhecidos, a exemplo da possibilidade de fundamentação mais rarefeita no que respeita ao direito aplicável, quando forem invocadas, e de facilidades recursais, quando contrariadas. Esses casos são agrupados sob a categoria dos precedentes dotados de eficácia impositiva intermediária.¹³

Por outro lado, o professor Luiz Guilherme Marinoni afirma que o efeito vinculante da decisão acerca de uma questão constitucional, seja ela proferida em sede de controle concentrado ou difuso, não deriva da objetivação do instrumento ou da atribuição de efeito *erga omnes* ao seu dispositivo, mas da percepção de que os motivos determinantes da decisão que aprecia a constitucionalidade de uma norma devem ser observados e respeitados por todas as instâncias do Poder Judiciário, sob pena de restar comprometida – e esvaziada – a função do Supremo Tribunal Federal de guarda da Constituição.

¹³ MELLO, Patrícia Perrone de Campos. **Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 64-65.

Segundo o autor,

(...) quando se está diante do controle difuso, não se pensa em outorgar autoridade de coisa julgada *erga omnes* à parte dispositiva da decisão. O que se pretende, isso sim, é dar realce e força aos motivos determinantes ou à *ratio decidendi* da decisão, evitando-se a sua desconsideração pelos demais órgãos judiciários. Assim, quando se questiona a possibilidade de se atribuir eficácia vinculante às decisões tomadas em recurso extraordinário, não se almeja tornar imutável e indiscutível uma decisão de inconstitucionalidade, mas se quer impedir que os demais órgãos do Poder Judiciário neguem os motivos determinantes da decisão. (...) Tratando-se de interpretação da Constituição, a eficácia da decisão deve transcender ao caso particular, de modo que os seus fundamentos determinantes sejam observados por todos os tribunais e juízos nos casos futuros. A não observância das decisões do Supremo debilita a força normativa da Constituição. A força normativa da Constituição está ligada à estabilidade das decisões do Supremo Tribunal Federal.”¹⁴

Além disso, com considerações acerca da anacronicidade da Resolução do Senado Federal sobre a suspensão de lei declarada incidentalmente inconstitucional, o Ministro Gilmar Mendes defende que essa tem se revelado incapaz de alcançar a sua finalidade ao se ter em mente determinadas sentenças emitidas pelo STF¹⁵; o autor defende que o inciso X do art. 52 da Constituição Federal sofreu uma autêntica mutação constitucional. Tais pontos serão estudados no presente capítulo.

2.1 A repercussão geral no Recurso Extraordinário

A repercussão geral, trazia como novidade no controle de constitucionalidade difuso-incidental pela EC 45/2004, consiste em um requisito de admissibilidade para o Recurso Extraordinário no Supremo Tribunal Federal.

O dispositivo, que está regulamentado na Lei nº 11418/06 e nos arts. 543-A e 543-B do Código de Processo Civil, objetiva impedir que questões restritas à uma

¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 458-459.

¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **O controle incidental de normas no direito brasileiro**. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, abr./ jun. 199, n. 23, p. 49.

certa lide sejam levadas ao STF, por meio do recurso extraordinário, dando a este um cunho mais objetivo. Passou-se a exigir a comprovação desse requisito em preliminar de recurso, a ser apreciada exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível.

Com a finalidade de racionalizar o tempo da Suprema Corte, para que ela se dedique somente a questões constitucionalmente relevantes, o dispositivo prevê que os recursos nos quais haja somente a discussão da justiça no caso concreto e os interesses subjetivos das partes, sem que exista uma repercussão social, jurídica, política ou econômica da sociedade, não serão apreciados pelo Supremo Tribunal Federal.¹⁶

O requisito de admissibilidade está previsto no art. 102, § 3º, *in verbis*:

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

De acordo com o art. 543-A, §1º, do CPC, haverá repercussão geral sempre que forem discutidas questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. É prevista, porém, uma hipótese de presunção absoluta de repercussão geral, sendo a sua comprovação automática sempre que seu objeto constituir na impugnação de decisão contrária à súmula ou jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Além disso, ressalta-se que, diferentemente do que ocorre com os outros requisitos de admissibilidade, “o juízo acerca da existência da repercussão geral é atribuído com exclusividade ao STF, não se admitindo avaliação prévia pelo órgão a quo.”¹⁷

Assim, observa-se que o instituto conferiu feição mais objetiva ao Recurso Extraordinário, que transcende o subjetivismo da causa, em defesa da ordem

¹⁶ ROQUE, André Vasconcelos. **Da “objetivação do recurso extraordinário” à valorização da jurisprudência.** In: Processo Constitucional. Coordenador: FUX, Luiz. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 433.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro.** 4ª edição, revisada e atualizada – São Paulo: Saraiva, 2009. p. 113.

constitucional, e esse destaque deve-se à exigência de que a questão constitucional ultrapasse os interesses subjetivos das partes. Ao Supremo Tribunal Federal reserva-se-á o exame das questões de maior impacto para o debate constitucional na sociedade atual.¹⁸

Fica evidente a intenção do legislador de atribuir certa vinculação às decisões do STF, ao dispor que a tese jurídica fixada deverá ser observada por todas as instâncias inferiores, sob pena de, caso forem impugnadas, suas decisões serem revistas e substituídas. Da mesma forma, a decisão que negar a existência da repercussão gera valerá para todos os casos idênticos que estiverem em curso, devendo os recursos interpostos serem liminarmente inadmitidos, sem a necessidade de nova manifestação dos ministros a respeito do tema.

De acordo com Léo Brust,

a prova da existência da repercussão geral, portanto, se inscreve no mesmo contexto de medidas tendentes a impedir a chegada de questões consideradas de menor transcendência objetiva ao STF, tornando-o cada vez mais parecido com um Tribunal Constitucional. Não obstante, na medida em que a decisão negativa sobre a existência de repercussão geral é motivo para a inadmissão automática de todos os demais recursos baseados em casos idênticos, não é possível negar que esta obrigação dos recorrentes seja um novo instrumento concentrador de poderes no STF.¹⁹

E prossegue o autor, “por prescindir das atribuições do Senado Federal, previstas no art. 52, X, CFB, supõe dar razão de novo a quem denuncia uma forte abstrativização do controle concreto de constitucionalidade brasileiro.”²⁰

Isso porque a relevância e transcendência da questão a ser debatida é crucial para a caracterização da repercussão geral. De acordo com Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero,

A fim de caracterizar a existência de repercussão geral e destarte, viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário, nosso legislador

¹⁸ ROQUE, André Vasconcelos. **Da “objetivação do recurso extraordinário” à valorização da jurisprudência.** In: Processo Constitucional. Coordenador: FUX, Luiz. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 440.

¹⁹ BRUST, Léo. **Jurisdição Controle de Constitucionalidade: A tipologia das decisões do STF.** Curitiba: Juruá Editora, 2014. p. 134.

²⁰ BRUST, Léo. **Jurisdição Controle de Constitucionalidade: A tipologia das decisões do STF.** Curitiba: Juruá Editora, 2014. p. 134.

alçou mão de fórmula que conjuga relevância e transcendência (repercussão geral = relevância + transcendência). A questão debatida tem de ser relevante do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, além de transcender para além do interesse subjetivo das partes na causa. Tem de contribuir, em outras palavras, para persecução da unidade do Direto no Estado Constitucional brasileiro, compatibilizando e/ou desenvolvendo soluções de problemas de ordem constitucional. Presente o binômio caracterizada está a repercussão geral da controvérsia.²¹

Soma-se a essa constatação a demonstração, pelo STF, de que este que pretende atuar pela supremacia da Constituição de maneira mais objetiva. No julgamento do AI nº 842.860 Agr/SP, decidiu-se que o recorrente deveria demonstrar a transcendência da decisão inclusive em matéria criminal e, no RE nº 556.664/RS, em que o Min. Gilmar Mendes afirmou se tratar de um processo de objetivação do recurso extraordinário. De acordo com o Ministro,

“esse instrumento deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva.”²²

Nesse mesmo processo, o Relator apresentou questão de ordem para que outros dois recursos com questões constitucionais idênticas fossem adicionados ao julgamento.²³

²¹ MARINONE, Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral do Recurso Extraordinário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 33-34.

²² STF, RE 556.664/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=561617>. Acesso em 24 de outubro de 2014

²³ “O Tribunal, por unanimidade, acolheu proposta do relator para constar que, à questão de ordem no RE 556.664-1/RS, apresentada e deliberada na assentada anterior, sejam adicionados os Recursos Extraordinários 559/882-9/RS e 560.626-1/RS, pois, apesar de discutirem a constitucionalidade de outros dispositivos normativos, quais sejam, o art. 45 da Lei nº 8.212/1991 (que trata da decadência da constituição do crédito das contribuições previdenciárias) e o art. 5º, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 1569/1977 (que cuida da suspensão da contagem do prazo prescricional para as causas de pequeno valor), respectivamente, neles a discussão constitucional de fundo apresenta-se idêntica à do RE 556.664-1/RS, uma vez que tais dispositivos (art. 45 e 46 da Lei nº 8.212 e art. 5º, parágrafo único do Decreto-Lei nº 1569/1977) foram declarados inconstitucionais pelo Plenário do Tribunal Regional Federal de origem, todos pelo mesmo fundamento”. STF, RE 556.664, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 21.09.2007, Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=526129>. Acesso em 24 de outubro de 2014.

Dessa forma, observa-se claramente que tal transcendência dos interesses subjetivos para o reconhecimento da repercussão geral contribui sobremaneira para a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade.

A título de exemplo, tem-se a decisão sobre a repercussão geral no Recurso Extraordinário nº 490415. Na ocasião, ficou reconhecida a repercussão geral da questão acerca da renúncia genérica a direitos mediante adesão a plano de demissão voluntária. Com base nos artigos 5º, XXXVI e 7º, XXVI da Constituição Federal, entendeu-se que a questão relativa ao direito trabalhista transcenderia interesses meramente subjetivos das partes, pois tal tema é de suma importância para a concretização dos direitos sociais inscritos na Constituição.

O instituto da repercussão geral foi introduzido no ordenamento jurídico para ressaltar o papel do STF como Corte Constitucional, bem como para realizar o importante papel de racionalizar os trabalhos do Tribunal, uma vez que a decisão sobre a repercussão geral possui efeito multiplicador, ou seja, refletirá nos demais processos que discutam questões idênticas. Reconhecida a repercussão geral, os recursos sobre a mesma matéria serão sobrestados para aguardar o julgamento do *leading case* pelo STF.²⁴

Portanto, extrai-se da sistemática da apreciação da repercussão geral que tanto a decisão que negar a existência quanto a decisão que a admitir e julgar o mérito do recurso serão revestidas de eficácia vinculante. Nesse caso, a tese jurídica firmada neste último caso deverá ser observada por todos os órgãos do Poder Judiciário e pela Administração Pública.

2.2 A supressão do princípio da reserva de Plenário

A cláusula da reserva de Plenário, historicamente, teve origem na Constituição de 1934 e consiste na exigência de que a declaração de

²⁴ SANTANNA, Ana Carolina Squadri. **Repercussão geral do recurso extraordinário**. In: Processo Constitucional. Coordenador: FUX, Luiz. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 357.

inconstitucionalidade de uma lei pelos tribunais inferiores seja amparada pela maioria dos votos de seus integrantes.²⁵

Na Constituição de 1988, a disposição encontra-se reproduzida no art. 97 (“somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do Poder Público”) e é o fundamento para a previsão de um incidente de inconstitucionalidade pelos Tribunais.

André Vasconcelos dispõe sobre o incidente:

Para que uma norma seja declarada inconstitucional por um tribunal em controle incidental, o órgão fracionário deverá exercitar um juízo preliminar sobre a questão. Caso a turma ou câmara entenda que o ato normativo é compatível com a Constituição, poderá prosseguir normalmente no julgamento do recurso. Por outro lado, na hipótese de considerar haver incompatibilidade, o órgão fracionário não pode decidir de plano a questão prejudicial de ordem constitucional, que deverá ser encaminhada ao tribunal pleno ou ao órgão especial. Resolvida a questão pela constitucionalidade ou não do ato normativo, a causa é devolvida para julgamento pelo órgão fracionário, que estará vinculado ao entendimento do tribunal pleno ou do órgão especial.²⁶

Tal exigência explica-se pelo fato de que a decisão acerca da inconstitucionalidade de uma norma contraria a sua presunção de constitucionalidade, sendo necessário que o julgamento resulte de um consenso apreciável do colegiado sobre o tema. Trata-se de dispositivo considerado tão importante para o constitucionalismo brasileiro que recebeu o reforço da Súmula Vinculante nº 10, do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que viola a cláusula de reserva de plenário a decisão do órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade da norma, afasta a sua incidência, no todo ou em parte.

A Lei nº 9.756/1998, entretanto, acrescentou um parágrafo ao art. 557 do Código de Processo Civil:

²⁵ ROQUE, André Vasconcelos. Da “**objetivação do recurso extraordinário**” à **valorização da jurisprudência**. In: Processo Constitucional. Coordenador: FUX, Luiz. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 435.

²⁶ ROQUE, André Vasconcelos. Da “**objetivação do recurso extraordinário**” à **valorização da jurisprudência**. In: Processo Constitucional. Coordenador: FUX, Luiz. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 437.

Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

Dessa forma, caso já exista pronunciamento do Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade do ato normativo, a reserva de Plenário exigida para a declaração de inconstitucionalidade será dispensada; não será necessário, pois, o deslocamento previsto no art. 97 da Constituição.

Nota-se, de início, que o dispositivo abrange tanto a jurisprudência dominante quanto a sumulada do Supremo Tribunal Federal; não se diferencia justamente pelo fato de que a súmula representa o extrato do entendimento fixado pelo Tribunal. Essa percepção é de suma importância para que se entenda a vinculação que uma decisão acerca da constitucionalidade, em controle difuso pelo STF, pode ter na admissão de um recurso para este Tribunal.

Argumenta-se, para tanto, que a partir do momento em que o Plenário do Supremo Tribunal Federal considerar um ato normativo inconstitucional, ainda que em sede de controle incidental, afasta-se a presunção relativa de sua compatibilidade com a Constituição, não mais se exigindo a reserva de Plenário. Por outro lado, observa-se que, como as decisões em controle difuso-incidental proferidas pelo Supremo aproximam-se com os efeitos da decisão no controle concentrado-principal, os órgãos fracionários não só estariam dispensados de remeter a arguição de inconstitucionalidade ao tribunal pleno ou órgão especial como se encontram vinculados aos precedentes do STF.

A análise do dispositivo processual torna evidente que, na existência de entendimento do tribunal sobre o tema, o precedente judicial possui maior força de incidência que a própria lei. Isso porque, diante de tese jurídica já fixada sobre a matéria, é permitido ao relator negar seguimento ao recurso que veicular tese contrária, ou até julgá-lo, monocraticamente, se a sua fundamentação estiver de acordo com o entendimento do STF.

Ressalta-se que o entendimento acerca da desnecessidade de remessa ao Pleno do Tribunal quando já houver entendimento do Supremo não é uma novidade na jurisprudência brasileira. No ano de 1995 já havia julgados no STF nesse sentido:

INCONSTITUCIONALIDADE - INCIDENTE - DESLOCAMENTO DO PROCESSO PARA O ÓRGÃO ESPECIAL OU PARA O PLENO - DESNECESSIDADE. Versando a controversia sobre ato normativo ja declarado inconstitucional pelo guardiao maior da Carta Politica da Republica - o Supremo Tribunal Federal - descabe o deslocamento previsto no artigo 97 do referido Diploma maior. O julgamento de plano pelo órgão fracionado homenageia não só a racionalidade, como também implica interpretação teleologica do artigo 97 em comento, evitando a burocratização dos atos judiciais no que nefasta ao princípio da economia e da celeridade. A razão de ser do preceito esta na necessidade de evitar-se que órgãos fracionados apreciem, pela vez primeira, a pecha de inconstitucionalidade arguida em relação a um certo ato normativo.(AI 168149 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 26/06/1995, DJ 04-08-1995 PP-22520 EMENT VOL-01794-19 PP-03994).

Em relação a supressão do princípio da reserva de Plenário, o Ministro Gilmar Mendes discorre:

(...) é certo que o legislador ordinário, com base na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, considerou legítima a atribuição de efeitos ampliados à decisão proferida pelo Tribunal, até mesmo em sede de controle de constitucionalidade incidental. Nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade de leis municipais, o Supremo Tribunal Federal tem adotado uma postura significativamente ousada, conferindo efeito vinculante não só à parte dispositiva da decisão de inconstitucionalidade, mas também aos próprios fundamentos determinantes. É que são numericamente expressivos os casos em que o Supremo Tribunal tem estendido, com base no art. 557, *caput* e §1º-A, do Código de Processo Civil, a decisão do Plenário que declara a inconstitucionalidade de norma municipal a outras situações idênticas, oriundas de municípios diversos. Em suma, tem-se considerado dispensável, no caso de modelos legais idênticos, a submissão da questão ao Plenário.²⁷

Logo, conclui-se que a dispensa da reserva de plenário, em relação à declaração de inconstitucionalidade no controle difuso, quando já houver pronunciamento do Supremo relativamente à questão analisada, demonstra, ainda que de forma sutil, a aproximação entre o controle difuso e o concentrado.

Tendo em vista que a decisão do Supremo Tribunal Federal, tal como colocada no Código de Processo Civil, antecipa os efeitos vinculantes de seus julgados em matéria de controle de constitucionalidade incidental – ao permitir que o órgão fracionário se desvincule do dever de observância da decisão do Pleno ou do Órgão

²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional.** In: Revista de Informação Legislativa. 2004. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/953>. Acesso em: 29 de setembro de 2014.

Especial do Tribunal a que se encontra vinculado -, pode-se afirmar que os efeitos da declaração proferida anteriormente pelo STF, no âmbito do controle incidental, possuem o condão de se estender às demandas posteriores.

Em uma nítida forma de "abstrativização" do modelo difuso, amparada pela legislação, decide-se autonomamente com fundamento na declaração de inconstitucionalidade (ou de constitucionalidade) do Supremo Tribunal Federal proferida *incidenter tantum*.

2.3 As súmulas vinculantes

Ao lado da repercussão geral, a EC nº 45/2004 também introduziu, no sistema brasileiro de jurisdição constitucional, o instituto da súmula vinculante. A criação conferiu ao Supremo Tribunal Federal o poder de determinar à Administração Pública e aos demais órgãos do Poder Judiciário – exclui, pois, o STF – a observância compulsória da jurisprudência da Corte em matéria constitucional.²⁸

Assim dispõe o artigo 103-A da Constituição Federal:

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.

O objetivo do instituto é definir a validade, a interpretação e a eficácia de preceitos legais determinados, sobre os quais exista controvérsia real entre os órgãos judiciais, ou entre estes e a Administração Pública. A controvérsia, entretanto, deve ter o condão de causar grave insegurança jurídica e multiplicação de processos sobre uma questão idêntica.

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 4ª ed., revisada e atualizada – São Paulo: Saraiva, 2009. p. 79.

Cabe ressaltar que os efeitos da súmula vinculante não se confundem com os efeitos vinculantes característicos das decisões do STF no controle concentrado de constitucionalidade. De acordo com Léo Brust,²⁹

De fato, a súmula vinculante é efetivamente um instrumento de aplicação vinculante para os órgãos judiciais e administrativos, mas ainda que tenha certas características de lei, não é uma lei e, por isso, não pode ser causa de uma sanção para o cidadão que a desobedeça.

E prossegue:

Não obstante, se a conduta do cidadão dá lugar a uma demanda judicial, a vinculação do juiz à súmula vinculante poderá terminar vinculando de fato – ou indiretamente – também a este cidadão. Em qualquer caso, a eficácia geral se circunscreve às decisões proferidas no âmbito do controle concentrado ou àquelas no âmbito do controle incidental em que o Senado Federal haja suspenso a execução total ou parcial da lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF.

De acordo com o §3º do art. 103-A, o ato administrativo ou decisão judicial que contrarie uma súmula vinculante aplicável ou que indevidamente a aplique está sujeito à Reclamação no STF. Caso a Corte a julgue procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, determinando que seja emitida uma decisão com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. Os enunciados da súmula são redigidos de forma abstrata e genérica, com pretensão universalizante, distanciando-se dos casos concretos que lhes deram origem.

Com o argumento de controlar a crise na qual o Poder Judiciário encontra-se atualmente, deve ser discutido, como pontuado por Léo Brust, se a vinculação proposta não limita os direitos fundamentais – como contraditório e ampla defesa – das partes do processo.

Isso porque, em relação à abstrativização do controle difuso, deve-se observar que esse é realizado a partir de questões concretas. As súmulas vinculantes, não obstante originarem de decisões reiteradas do STF em casos concretos, percorrem o caminho inverso, pois tentam impor uma decisão *a priori* para outros casos concretos, que não são necessariamente idênticos.

²⁹ BRUST, Léo. **Jurisdição Controle de Constitucionalidade**: A tipologia das decisões do STF. Curitiba: Juruá Editora, 2014. p. 133.

Logo, as partes do processo são obrigadas a tentar provar que o caso se adequa ou não a determinada súmula. Segundo Léo Brust, nessas situações há, efetivamente, uma dissociação do caso concreto e do conceito abstrato.³⁰ É por isso, diz o autor, que cada vez mais se abstrativiza a forma de se entender o controle concreto de constitucionalidade.

Há doutrinadores, como o Professor André Vasconcelos Roque, que entendem o instituto da súmula vinculante como uma inovação na jurisdição constitucional brasileira que permite ao Supremo Tribunal Federal abandonar a condição de legislador negativo e assumir a condição de legislador positivo.³¹ O doutrinador acredita que os objetivos de proporcionar segurança jurídica, isonomia e racionalização do ordenamento jurídico custaram um alto preço: transformar o Supremo em um verdadeiro legislador e, como consequência, engessar a ordem jurídica.

Luís Roberto Barroso, por outro lado, entende o instituto como um grande aliado para a celeridade e eficiência na Administração da Justiça. Segundo o professor, a finalidade da súmula vinculante nos demonstra que

existe, ainda, outra razão de grande relevância a inspirar a ideia de um respeito mais amplo e profundo aos precedentes judiciais. É que a interpretação jurídica, nos dias atuais, está longe de ser compreendida como uma atividade mecânica de revelação de conteúdos integralmente contidos nos textos legislativos. Especialmente quando eles se utilizam de termos polissêmicos, de conceitos jurídicos indeterminados ou de princípios gerais. Nessas situações, o intérprete desempenha o papel de coparticipante do processo de criação do Direito, dando sentido a atos normativos de textura aberta ou fazendo escolhas fundamentadas diante das possibilidades de solução oferecidas pelo ordenamento.(...) Nesse ambiente de interpretação judicial mais criativa, surge a necessidade de que os entendimentos adotados por diferentes órgãos judiciais sejam coordenados e aplicados com base em parâmetros que propiciem isonomia e coerência.³²

³⁰ BRUST, Léo. **Jurisdição Controle de Constitucionalidade**: A tipologia das decisões do STF. Curitiba: Juruá Editora, 2014. p. 133.

³¹ ROQUE, André Vasconcelos. **Da “objetivação do recurso extraordinário” à valorização da jurisprudência**. In: Processo Constitucional. Coordenador: FUX, Luiz. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 434.

³² BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6ª ed., revisada e atualizada – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 104.

E prossegue o autor:

(...) É a correspondência com uma orientação jurisprudencial específica que legitima a edição da súmula e a eficácia vinculante que lhe é atribuída. Em outras palavras, a súmula apenas confere eficácia geral a uma linha de decisão estabelecida na Corte, que presumivelmente seria reproduzida em todo e qualquer caso similar que chegasse ao STF. O que a súmula faz é tentar produzir, já nas instâncias ordinárias, a observância desse entendimento, promovendo valores como isonomia e eficiência na prestação jurisdicional. Respeitando-se essa exigência – correspondência fiel entre o enunciado sumular e o conteúdo decisório dos julgados de origem -, a edição de súmula vinculante não caracterizará usurpação da função legislativa.³³

André Vasconcelos Roque vai além, ao afirmar que um enunciado de súmula vinculante pode garantir a transcendência dos motivos determinantes – cuja possibilidade de ocorrência não é pacífica nas ações de controle abstrato de constitucionalidade. Isso porque, uma vez decidida determinada questão constitucional a respeito de um dado ato normativo, a *ratio decidendi* do caso pode ser aplicada a outros – como mencionado anteriormente - formalmente distintos, mas que envolvam idêntica questão constitucional. Logo, essa possibilidade ultrapassa a eficácia vinculante e *erga omnes* prevista para as ações de controle abstrato de constitucionalidade, que está adstrita a somente um ato normativo objeto de questionamento.³⁴

A título de ilustração, tem-se a Súmula Vinculante nº 2, cujo teor é o seguinte: “É inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias”. Na época em que o enunciado fora aprovado, o Supremo Tribunal Federal já havia julgado várias Ações Diretas de Inconstitucionalidade relacionadas, cada uma, a um ato normativo impugnado. A edição da súmula vinculante, nesse sentido, permitiu que os motivos determinantes do enunciado fossem aplicados a outras leis envolvendo a mesma questão constitucional. Dessa forma, caso houvesse inobservância do entendimento disposto no enunciado, seria possível o ajuizamento de reclamação diretamente na Suprema Corte, nos termos do §3º do art. 103-A da Constituição Federal.

³³ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 4ª ed., revisada e atualizada – São Paulo: Saraiva, 2009. p. 86.

³⁴ ROQUE, André Vasconcelos. **Da “objetivação do recurso extraordinário” à valorização da jurisprudência**. In: Processo Constitucional. Coordenador: FUX, Luiz. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 439.

Um outro exemplo é o enunciado da Súmula Vinculante nº 20, segundo o qual:

A Gratificação de Desempenho de Atividade Técnico-Administrativa - GDATA, instituída pela Lei nº 10.404/2002, deve ser deferida aos inativos nos valores correspondentes a 37,5 (trinta e sete vírgula cinco) pontos no período de fevereiro a maio de 2002 e, nos termos do artigo 5º, parágrafo único, da Lei nº 10.404/2002, no período de junho de 2002 até a conclusão dos efeitos do último ciclo de avaliação a que se refere o artigo 1º da Medida Provisória no 198/2004, a partir da qual passa a ser de 60 (sessenta) pontos.

Dessa forma, todos os casos idênticos a esse que tramitem no Judiciário, notadamente nos Juizados Especiais Federais, deverão seguir o precedente. Por outro lado, outras gratificações semelhantes à GDATA, que foram criadas para premiar os servidores mais eficientes, mas, em face da falta de regulamentação específica acerca das avaliações de desempenho, perderam seu caráter de gratificação *pro labore faciendo* para se tornarem uma gratificação genérica, aferível, assim, também pelos servidores inativos. Caso a súmula vinculante tivesse aplicação a casos análogos ou semelhantes, cogitar-se-ia de sua aplicação no julgamento dessas demais gratificações. No entanto, não é isso que se verifica na prática forense, quando os juízes reconhecem o direito à gratificação pelos servidores inativos, mas não adotam como razão de decidir a Súmula Vinculante nº 20.

Assim, com a edição da súmula vinculante, tem-se uma aproximação entre os efeitos do controle concentrado com os do controle concreto de constitucionalidade. Entretanto, há de se observar que, como dito anteriormente, um dos pressupostos para sua edição é o julgamento reiterado de questões concretamente postas no STF, que não foram objeto de controle de constitucionalidade abstrato ou em tese. Nesse sentido, André Ramos Tavares leciona:

Doravante, contudo, parece mais adequado compreender a súmula vinculante como um processo objetivo típico (embora com certas peculiaridades), que promove a aproximação entre o controle difuso-concreto de constitucionalidade (reiteradas decisões) e o controle abstrato-concentrado (efeito vinculante).³⁵

³⁵ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 6. edição. São Paulo: Saraiva, 2008. p, 372.

Em suma, há a abstrativização do controle concreto por meio do instituto da súmula vinculante: a partir de julgamentos reiterados no controle de constitucionalidade concreto, nos quais as decisões só possuem efeitos *inter partes*, é possível ao Supremo Tribunal Federal editar súmula capaz de vincular a quem não foi parte naqueles casos antes julgados. Abstraem-se as partes com fim de, em face da segurança jurídica, sumular um verbete dotado de efeito vinculante. Apesar de essa ser a origem mais comum da súmula vinculante, como o texto constitucional exige a reiteração de decisões, de maneira ampla, é possível existir, como de fato existe, súmulas vinculantes formadas a partir da reiteração de decisões proferidas no controle concentrado – não no controle concreto - como ocorreu com a súmula vinculante nº2, ue foi fruto da decisão de diversas Ações Diretas de Inconstitucionalidade contra leis estaduais, como já demonstrado no presente trabalho.

2.3 O inciso X do artigo 52 da Constituição Federal

A Constituição de 1934 inovou em relação ao papel atribuído ao Senado no âmbito do controle difuso de constitucionalidade. Foi com o texto daquela Constituição que se iniciou o processo de solução da ausência de efeito *erga omnes* antes existente. Assim era disposto:

Art. 91 – Compete ao Senado Federal:

(...)

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

Dessa forma, *inter partes* o efeito era *ex tunc*; para o restante da sociedade, caso fosse suspensa a execução do ato normativo pelo Senado, o efeito era *ex nunc* e *erga omnes*. Logo, enquanto o Senado não suspendesse a execução da lei declarada inconstitucional em controle difuso, qualquer magistrado poderia continuar a aplicá-la.³⁶

³⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: Uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 345.

Na Constituição de 1988, o papel atribuído ao Senado foi mantido; porém, com redação diversa:

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

(...)

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

No que tange à eficácia da resolução senatorial, entretanto, há controvérsia na doutrina. Gilmar Ferreira Mendes leciona que

A suspensão constitui ato político que retira do ordenamento jurídico, de forma definitiva, e com efeitos retroativos. (...) Há que se referir, entretanto, que esta eficácia ampla deve ser entendida com temperamentos. A pronúncia de inconstitucionalidade não retira do mundo jurídico, automaticamente, os atos praticados com base na lei inconstitucional, criando apenas as condições para eventual desfazimento ou regulação dessas situações.³⁷

Sobre a possibilidade elencada por Ferreira Mendes acerca de eventuais efeitos *ex tunc* da resolução, Lênio Streck discorda, acreditando ser discutível tal possibilidade. Segundo o autor,

(...) há que se fazer uma diferença entre o que seja retirada da eficácia da lei, em sede de controle concentrado, e o que significa a suspensão que o Senado faz de uma lei declarada inconstitucional em sede de controle difuso. Suspender a execução da lei não pode significar retirar a eficácia da lei. (...) Suspender a vigência ou a execução da lei é como revogar a lei.³⁸

Tem-se, pois, um paradoxo: ainda que ambos os controles, incidental e principal, possam ser exercidos pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, as decisões nas suas esferas produzem, via de regra, consequências absolutamente distintas. Em que pese a Constituição assegurar ao STF a guarda da Constituição (art. 102, *caput*), mesmo após uma decisão do Pleno em recurso extraordinário que verse sobre matéria constitucional, ainda há a possibilidade (ressalvadas as súmulas

³⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. São Paulo, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 390 e 391.

³⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma nova crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 347.

vinculantes e os modelos atuais de vinculação dos precedentes) decidam em sentido diversos ao que foi decidido pelo Supremo.³⁹

Ressalta-se que, em outros países, não ocorre essa situação. No caso dos Estados Unidos, por exemplo, há o instituto do *stare decisis*, que atribui força vinculante às decisões da Suprema Corte mesmo no controle difuso. Na Europa, por outro lado, o controle de constitucionalidade é exercido de forma concentrada, a evitar manifestações contraditórias dos órgãos do Judiciário acerca da validade de uma disposição normativa à luz das normas constitucionais.⁴⁰

Assim, observa-se que a resolução senatorial e seus efeitos sempre foram objeto de polêmica. Quando de sua criação (1934), Ruy Barbosa defendeu a extensão dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade pelo STF a toda a sociedade, prenunciando as desastrosas consequências que se produziriam, caso os diversos poderes pudessem julgar e decidir de forma autônoma a extensão da competência que a Constituição Federal lhes atribui.⁴¹

Em relação à abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, a equiparação entre os efeitos da decisão acerca da questão constitucional proferida em sede de controle concreto aos da decisão proferida em sede de controle concentrado dispensaria qualquer manifestação do Senado Federal a respeito. A decisão incidental passaria a ser revestida de eficácia *erga omnes* e caráter vinculante.

Entretanto, o que se questiona com relação à resolução senatorial é que, caso partamos do pressuposto de que a declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum* atinja apenas a esfera jurídica das partes envolvidas no processo, isso significaria admitir, diante da omissão do Senado, a licitude da aplicação da norma declarada inconstitucional a casos que se mostrarem idênticos.

³⁹ ROQUE, André Vasconcelos. **Da “objetivação do recurso extraordinário” à valorização da jurisprudência.** In: Processo Constitucional. Coordenador: FUX, Luiz. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 431.

⁴⁰ ROQUE, André Vasconcelos. **Da “objetivação do recurso extraordinário” à valorização da jurisprudência.** In: Processo Constitucional. Coordenador: FUX, Luiz. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 431.

⁴¹ BARBOSA, Ruy. **Commentarios a constituição federal brasileira.** São Paulo: Saraiva, 1934, IV. p. 268.

Doutrinariamente, diante desse fato, há uma discussão acerca da obrigação – ou não – da edição da resolução para que os efeitos da decisão se estendam para além das partes do processo. O Ministro Gilmar Mendes, em tese levantada em sede de reclamação constitucional, argumenta que o inciso X do art. 52 da Constituição Federal sofreu uma mutação constitucional. Os fundamentos levados a cabo por essa tese serão estudados a seguir.

2.3.1 A tese da mutação constitucional

Atualmente, discute-se na doutrina sobre a real necessidade da resolução senatorial no controle difuso de constitucionalidade. Tecendo considerações sobre a anacronicidade do instituto, Gilmar Mendes discorre que a Resolução tem se revelado incapaz de alcançar sua finalidade quando se analisa algumas sentenças proferidas pelo Supremo, nas quais há somente a fixação de orientação constitucionalmente adequada, a interpretação conforme a Constituição ou a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. Para o Ministro, o inciso X do art. 52 da Constituição, que prevê o instituto, sofreu uma autêntica mutação constitucional.

A tese foi inicialmente levantada nos autos da Reclamação Constitucional nº 4335/AC⁴² pelo Ministro – então Relator -, na qual se questionava a decisão de um Juiz de Direito do Estado do Acre, que decidira de maneira contrária ao que fixado pelo STF no julgamento do Habeas Corpus nº 82959/SP. A questão controvertida na Reclamação em tela cinge-se à possibilidade de atribuição de eficácia *erga omnes* a uma decisão proferida em sede de controle incidental, sem a edição, pelo Senado Federal, da resolução suspensiva prevista no inciso X do art. 52 da CF.

O Ministro discorre no voto da Rcl 4335/AC:

A amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de que se suspenda, liminarmente, a eficácia de leis ou

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Liminar. Reclamação Constitucional nº 4.335. Rel. Min. Gilmar Mendes, julgada em 21 de agosto de 2006, Diário de Justiça de 25 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+E+4335%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/c4z34zg>. Acesso em: 29 de setembro de 2014.

atos normativos, com eficácia geral, contribuíram, certamente, para que se quebrantasse a crença na própria justificativa desse instituto, que se inspirava diretamente numa concepção de separação de Poderes – hoje inevitavelmente ultrapassada. 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? ⁴³

E prossegue:

Como se vê, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, acabam por ter eficácia que transcende o âmbito da decisão, o que indica que a própria Corte vem fazendo uma releitura do texto constante do art. 52, X, da Constituição de 1988, que, como já observado, reproduz disposição estabelecida, inicialmente, na Constituição de 1934 (art 91, IV) e repetida nos textos de 1946 (art. 64) e de 1967/69 (art. 42, VIII).

(...)

Ao se entender que a eficácia ampliada da decisão está ligada ao papel especial da jurisdição constitucional, e, especialmente, se considerarmos que o texto constitucional de 1988 alterou substancialmente o papel desta Corte, que passou a ter uma função preeminente na guarda da Constituição a partir do controle direto exercido na ADI, na ADC e na ADPF, não há como deixar de reconhecer a necessidade de uma nova compreensão do tema.

(...)

De qualquer sorte, a natureza idêntica do controle de constitucionalidade, quanto às suas finalidades e aos procedimentos comuns dominantes para os modelos difuso e concentrado, não mais parece legitimar a distinção quanto aos efeitos das decisões proferidas no controle direto e no controle incidental.

Somente essa nova compreensão parece apta a explicar o fato de o Tribunal ter passado a reconhecer efeitos gerais à decisão proferida em sede de controle incidental, independentemente da intervenção do Senado. O mesmo há de se dizer das várias decisões legislativas que reconhecem efeito transcendente às decisões do STF tomadas em sede de controle difuso.⁴⁴

Os argumentos para a defesa da tese da mutação constitucional também foram delineados pelo Ministro no artigo “O papel do Senado Federal no

⁴³ Disponível em <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/rcl4335gm.pdf> . Acesso em 16 de outubro de 2014.

⁴⁴ Disponível em <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/rcl4335gm.pdf> . Acesso em 16 de outubro de 2014.

controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional”⁴⁵.

Gilmar Mendes levantou a tese - julgados do Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade possuem, independentemente da espécie de controle (se difuso ou concentrado), eficácia *erga omnes* e vinculam as demais instâncias do Poder Judiciário e da administração pública em geral. Para ele, “não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa força normativa.”⁴⁶

Sob o argumento de que os processos informais de mudança da Constituição são uma realidade e que o Supremo Tribunal Federal possui a legitimidade para exercer essa atividade por meio de sua prática constitucional, Gilmar Mendes discorre que o papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade difuso tornou-se apenas o de dar publicidade às decisões proferidas pelo STF.

Sobre a utilidade do instituto no momento pós-1988, o Ministro argumenta:

A amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de que se suspenda, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, contribuíram, certamente, para que se quebrantasse a crença na própria justificativa desse instituto, que se inspirava diretamente numa concepção de separação de Poderes – hoje necessária e inevitavelmente ultrapassada. 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, de valer tão-somente para as partes?⁴⁷

Além disso, o autor também observa que a adoção da modulação de efeitos na declaração de inconstitucionalidade incidental termina por debilitar a intervenção do Senado Federal. Pode-se destacar ainda as observações que o Ministro fez em

⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional.** In: Revista de Informação Legislativa. 2004. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/953>. Acesso em: 29 de setembro de 2014.

⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional.** In: Revista de Informação Legislativa. 2004. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/953>. Acesso em: 29 de setembro de 2014.

⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional.** In: Revista de Informação Legislativa. 2004. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/953>. Acesso em: 29 de setembro de 2014.

relação à evolução jurisprudencial e legislativa que o ordenamento jurídico brasileiro sofreu ao longo da vigência da atual Constituição, as quais permitiriam inferir, segundo ele, uma ênfase no controle concentrado, tornando-se mais constante as decisões com eficácia geral.

Em relação a tal evolução legislativa, o Ministro exemplifica com a relativização da interpretação do art. 97 da Constituição Federal (Reserva de Plenário); a ampliação do controle abstrato com a criação da Ação Direta de Constitucionalidade; a criação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental; as inovações da Lei nº 8.038/90, com a possibilidade de se negar seguimento a recurso extraordinário ou especial quando contrários às súmulas do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente; a figura da transcendência dos motivos determinantes em relação aos julgamentos de leis municipais; e, ainda, os efeitos das decisões proferidas em ações coletivas.

Para o Ministro, portanto, o inciso X do art. 52 sofreu uma mutação constitucional e deve ser reinterpretado. Dessa forma, o papel do Senado, atualmente, seria apenas o de dar publicidade à decisão do STF. Em outras palavras, a decisão do STF, mesmo em controle difuso, já seria dotada de efeitos *erga omnes* e o Senado apenas confere publicidade a tais efeitos.

André Vasconcelos, concordando com os argumentos levantados pelo Ministro Gilmar Mendes discorre sobre a situação, afirmando que

(...) no histórico do controle de constitucionalidade no Brasil, que se buscou assegurar vinculatividade ao modelo difuso-incidental por meio da previsão, que remete à Constituição de 1934, de suspensão da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal mediante resolução do Senado Federal, hoje reproduzida no art. 52, X, da Carta Magna vigente. Entretanto, tal instituto, inspirado em ultrapassada concepção da separação de poderes, é incapaz de proporcionar os resultados esperados por pelo menos dois motivos: (i) a atuação do Senado Federal, conforme entendimento dominante, é discricionária e não sujeita a prazo, de forma que poderá a casa legislativa simplesmente negar a extensão *erga omnes* da decisão da Suprema Corte; (ii) o Senado Federal apenas atua na hipótese de lei declarada inconstitucional, não sendo este o caso quando o ato normativo é considerado compatível com a Lei Maior ou, ainda, quando o Supremo Tribunal Federal se vale das técnicas como a interpretação conforme a Constituição ou a declaração de inconstitucionalidade sem

redução de texto.⁴⁸

Trazendo a baila a defesa de que os motivos determinantes da decisão proferida em sede de controle difuso transcendem os limites do processo, sendo de observância obrigatória para os demais órgãos judiciários, essa percepção, de fato, contribui para que se acredite que há o esvaziamento do poder do Senado Federal para atribuir efeitos gerais a essas decisões que declaram, em concreto, a inconstitucionalidade da norma.

Nesse sentido, Marinoni também defende que é desnecessária a atribuição de eficácia erga omnes à decisão do recurso, pois a obrigatoriedade de seguir a tese jurídica derivaria da subordinação dos juízes ao órgão de cúpula do Poder Judiciário. Com base no raciocínio do autor, não se admitiria que a omissão do Senado pudesse se contrapor à eficácia vinculante da decisão do Supremo Tribunal Federal.

O autor leciona que

(...) se as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso extraordinário, têm eficácia vinculante, torna-se completamente impróprio e desnecessário reservar ao Senado Federal o poder para atribuir efeitos gerais às decisões de inconstitucionalidade. Ainda que se imagine que o Senado possa ter esse poder, o fato de esta Casa Legislativa não atuar não pode conduzir à conclusão de que a decisão do Supremo Tribunal Federal não produziu – ou deixou de produzir – eficácia vinculante. A omissão do Senado não pode se contrapor à eficácia vinculante da decisão do Supremo Tribunal Federal”.⁴⁹

Como críticas à tese esposada por Gilmar Mendes e defendida por alguns autores (como Marinoni e André Vasconcelos), argumenta-se, em primeiro lugar, que a Constituição atribui literalmente ao Senado a competência para a suspensão, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Assim, o sentido de que caberia ao Senado Federal somente conferir publicidade à decisão do Supremo não obedeceria às possibilidades semânticas do texto constitucional.

⁴⁸ ROQUE, André Vasconcelos. **Da “objetivação do recurso extraordinário” à valorização da jurisprudência**. In: Processo Constitucional. Coordenador: FUX, Luiz. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 433.

⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 462.

Explica-se: dos vários sentidos lingüísticos que podem ser extraídos do inciso X do art. 52 da Constituição, nenhum permite a conclusão de que não cabe ao Senado Federal suspender o ato normativo declarado inconstitucional no controle difuso. Ao revés, a Constituição Federal possui dispositivo expresso que exige a intervenção do Senado Federal para que se dê efeito erga omnes à decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Logo, de início, por não respeitar as possibilidades semânticas do dispositivo constitucional, a pretendida mutação é inválida.

Além disso, ressalta-se que o caminho interpretativo percorrido pelos defensores da mutação de tal dispositivo despreza princípios basilares da hermenêutica constitucional. A começar pelo princípio da máxima efetividade da norma constitucional, pois essa interpretação impede a total incidência normativa do inciso X do art. 52 à hipótese que abstratamente regula. Além disso, o princípio da unidade da Constituição, já 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 da mesma forma, uma vez que, 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.

Soma-se a essas considerações o fato de que a interpretação acerca da mera publicidade da suspensão exclui a competência política conferida exclusivamente ao Senado Federal, pelo poder constituinte originário, caracterizando uma interferência constitucionalmente vedada do Poder Judiciário no Poder Legislativo e que afronta o princípio da separação dos Poderes, consagrado no art. 2º da Constituição Federal.

A pretendida mutação constitucional fica ainda mais carente de defesa ao constatarmos que a EC nº 45/04 dispôs acerca da eficácia *erga omnes* de súmulas vinculantes, mas manteve intocado o inciso X do art. 52 da Constituição, fato que demonstra que o sentido original e histórico da mencionada norma constitucional persiste incólume.

Entretanto, ainda que haja controvérsias sobre a ocorrência de mutação constitucional, certo é que há, atualmente, uma abstrativização do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro. Isso porque a criação do instituto da súmula vinculante e da repercussão geral em recurso extraordinário constata o fenômeno da objetivação das questões decididas no Supremo, independente da mutação constitucional do inciso X do art. 52 da Constituição Federal.

Para justificar a não ocorrência da mutação constitucional, devemos observar que esse entendimento não foi acolhido pelo Supremo Tribunal Federal. Explica-se: a Reclamação nº 4335 foi conhecida e julgada procedente; não obstante, somente os Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau votaram no sentido de que as decisões do Plenário do STF proferidas em controle difuso de constitucionalidade possuem efeitos *erga omnes*, e que o papel do Senado atualmente é de tão somente dar publicidade ao que foi decidido – defenderam os dois, assim, a mutação constitucional do inciso X do art. 52 da CF.

Os demais Ministros ou refutaram explicitamente a tese ou não aderiram a essas conclusões. Devemos ressaltar que, em 2009, após a decisão no HC 82.959/SP e depois de a reclamação ter sido ajuizada (mas antes de ser julgada), o STF editou a Súmula Vinculante nº 26, que afirma ser permitida a progressão de regime em crimes hediondos.

Os Ministros Teori Zavascki, Roberto Barroso, Rosa Weber e Celso de Mello votaram a favor da reclamação, porém não pelo fato de a decisão do juiz do Acre ter afrontado o HC 82.959/SP, mas sim em virtude de a decisão do magistrado ter se tornado, posteriormente, contrária à citada Súmula Vinculante 26, o que enseja expressamente reclamação, de acordo com o art. 103-A, § 3º, da CF/88, *in verbis*:

§ 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.

Logo, o enunciado de súmula vinculante nº 26 foi o principal fundamento para o conhecimento da reclamação. Se fosse apenas por causa do *Habeas Corpus* 82.959/SP e seus possíveis efeitos para além das partes, a reclamação não seria

admitida. Assim, a reclamação foi conhecida pela maioria, mas com base na súmula, e não no *Habeas Corpus*.

Por outro lado, quatro Ministros (Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio) votaram pelo não conhecimento da reclamação, pois entenderam que o HC nº 82.959/SP não tinha eficácia *erga omnes* e não poderia ser deferida a reclamação porque a súmula foi posterior à decisão atacada.

Quanto ao argumento do Min. Gilmar Mendes de que a resolução senatorial teria índole exclusivamente histórica, o Min. Ricardo Lewandowski discordou, nos seguintes termos:

Após bem refletir sobre tal proposição, ousou divergir de Sua Excelência quanto à ocorrência da aludida mutação constitucional, por não entender tratar-se o instituto de mera reminiscência histórica.

(...)

Nesse sentido, assinalo que, entre 7 de fevereiro de 2007 e 16 de junho de 2010, a Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal pautou, para deliberação dos Senadores, nada menos que 53 ofícios encaminhados por esta Corte, solicitando a promulgação de projeto de resolução para suspender a execução de dispositivos declarados inconstitucionais em sede de controle difuso.

(...)

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

(...)

Não se ignora que a Constituição de 1988 redesenhou a relação entre os poderes, fortalecendo o papel do Supremo Tribunal Federal, ao dotar, por exemplo, as suas decisões de efeito vinculante e eficácia *erga omnes* nas ações diretas de constitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade (art. 102, § 2o). O fortalecimento do STF, no entanto, não se deu em detrimento das competências dos

demais poderes, em especial daquela conferida ao Senado Federal no art. 52, inc. X, da Carta em vigor.⁵⁰

No entanto, os Ministros contrários à tese da mutação constitucional defendiam que o STF deveria conceder *habeas corpus* de ofício em favor do reclamante, determinando ao juiz que superasse o obstáculo legal e analisasse a progressão.

Seguem os argumentos do Ministro Pertence:

Mas não me animo à mutação constitucional proposta. E mutação constitucional por decreto do poder que com ela se ampliaria; o que, a visões mais radicais, poderia ter o cheiro de golpe de Estado. Às tentações do golpe de Estado não está imune o Poder Judiciário; é essencial que a elas resista.

(...)

Mas, partir daí, a reduzir-se a nada o papel do Senado - que todos os textos constitucionais subseqüentes a 1934, com exceção do Estado Novo, mantiveram - parecem-me ir, com todas as vênias, além da marca.

De resto, o decreto de mutação constitucional proposto já não tem mais, hoje, por si, nem o desafio de emprestar maior eficácia às decisões constitucionais do Supremo Tribunal Federal.

Já tive oportunidade de assinalar, várias vezes nesta Casa e em aventuras palestrantes, ser evidente que essa convivência, desde 1965, dos dois sistemas de controle - não para criar um sistema misto, mas, na verdade, para conviverem paralelamente -, levaria, como tem levado, a uma prevalência evidente do controle concentrado. Mas também é certo que as decisões das sucessivas Constituições têm sido de manter incólume o sistema primitivo de declaração incidente com a inovação, tipicamente brasileira, de 1934, de entregar a um órgão do Poder Legislativo a decisão de dar-lhe ou não efeitos gerais.

Não há dúvida de que, no mundo dos fatos, se torna cada vez mais obsoleto - concordo - esse mecanismo; mas, hoje, combatê-lo, por isso que tenho chamado - com a permissão generosa dos dois Colegas - de projeto de decreto de mutação constitucional, já não é nem mais necessário.

(...)

Homenageio o brilho incomum de ambos os votos que me precederam, mas peço vênia aos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau para julgar improcedente a reclamação que, a meu ver, é o

⁵⁰ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RCL4335.pdf>. Acesso em 17 de outubro de 2014.

grande risco tsunâmico – eu diria – do Supremo Tribunal de hoje, porque, sem alargamentos, ela já tende a ser brevemente a via mais freqüente de acesso ao Tribunal. Não vejo necessidade de rompê-la a custo desta delicada decisão institucional de converter essa prerrogativa a que o Congresso sempre se reservou, nas sucessivas Constituições, em uma função subalterna de dar publicidade a decisões do Supremo Tribunal em processos subjetivos.⁵¹

Dessa forma, para a maioria dos Ministros do STF, o art. 52, X, da CF/88 não sofreu mutação constitucional e o Senado mantém, sim, o poder de conferir eficácia erga omnes às decisões do STF que, em controle difuso, declaram a inconstitucionalidade de lei.

O Ministro Teori Zavascki lembrou, contudo, que existem outras decisões do STF, proferidas em controle difuso, e que gozam de força expansiva, mesmo sem a resolução senatorial prevista no art. 52, X, da CF/88. Ou seja, o art. 52, X, da CF/88 continua válido, mas há decisões do Supremo que ganham eficácia erga omnes mesmo sem a atuação do Senado.

Isso porque, de acordo com Zavascki, o direito brasileiro tem seguido em direção a um sistema de valorização dos precedentes judiciais emanados dos tribunais superiores (similar ao *stare decisis* americano), aos quais se atribui, cada vez com mais intensidade, força persuasiva e expansiva em relação aos demais processos análogos. Nesse ponto, o Brasil está acompanhando um movimento semelhante ao que também ocorre em diversos outros países que adotam o sistema da civil law e que vêm se aproximando, paulatinamente, da cultura do *stare decisis*, própria do sistema da *common law*.

Como exemplo dessas decisões com força expansiva – em processos individuais, sem que haja a participação do Senado –, o Ministro citou o art. 475, § 3.º, do CPC, que dispensa o reexame necessário das sentenças que adotam jurisprudência do plenário do Supremo ou súmula do tribunal superior competente; o art. 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil passou a atribuir a decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade de normas, mesmo em controle difuso, a eficácia de inibir a execução de sentenças a elas contrárias; e as já estudadas alterações trazidas pela EC nº 45/2004, quais sejam, a súmula

⁵¹ Disponível em: [http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/567_RCL_4335_-_Sepulveda_Pertence\[1\].pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/567_RCL_4335_-_Sepulveda_Pertence[1].pdf). Acesso em 17 de outubro de 2014.

vinculante e a repercussão geral em recurso extraordinário. Esse panorama ilustra a inequívoca força *ultra partes* que o sistema normativo brasileiro passou a atribuir aos precedentes dos tribunais superiores e, especialmente, da Corte Suprema.

Teori ressalta, por outro lado, que mesmo nesses casos de expansão da eficácia das decisões do STF, não é possível dizer que todas as vezes em que elas forem descumpridas será permitido o ajuizamento de reclamação perante a Corte Suprema, uma vez que a admissão incondicional de reclamação para qualquer caso de descumprimento de decisão do STF o transformaria em uma Corte meramente executiva. Dessa forma, haveria supressão de instâncias locais e atração competências próprias das instâncias ordinárias.

Diante disso, não se pode dizer que a força expansiva das decisões do STF seja sinônimo de efeitos *erga omnes* e vinculantes sobre todas essas decisões. A reclamação cabe na hipótese de descumprimento de decisões do STF que gozem de eficácia vinculante e *erga omnes*, mas não será admitida em caso de violação a decisões que tenham apenas força expansiva para além das partes do processo.

Cabe, nesse sentido, ressaltar as palavras de Lênio Streck, quanto a possibilidade de mutação constitucional do inciso X do art. 52 da Constituição:

(...) 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 1988.⁵²

Por fim, as decisões do plenário do Supremo Tribunal Federal proferidas em controle difuso de constitucionalidade possuem força expansiva – de acordo com o Min. Teori Zavascki -, mas não se pode afirmar que possuam, sempre, eficácia *erga omnes*. Para a maioria dos ministros não houve mutação constitucional da disposição constitucional que prevê a resolução senatorial para atribuir eficácia *erga omnes* a tais decisões. Assim, o papel do Senado não é o de apenas dar publicidade da decisão de inconstitucionalidade proferida em controle difuso, pois a Casa

⁵² Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/72/72>. Acesso em 17 de outubro de 2014.

Legislativa permanece com a competência para conferir eficácia *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade no controle concreto.

CONCLUSÃO

O controle difuso de constitucionalidade no Brasil está passando por um momento de profundas alterações, originadas por recentes decisões do Supremo Tribunal Federal e alterações legislativas aprovadas pelo Congresso Nacional.

O trabalho é conclusivo ao demonstrar que os efeitos da decisão proferida em controle incidental há muito não atingem somente as partes envolvidas no processo - que possuem interesses subjetivos na causa. A adoção de mecanismos que equiparam os efeitos das decisões expedidas pelo Supremo Tribunal na seara do controle difuso àquelas proferidas em sede de controle concentrado representa uma nova tendência no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro.

Essa tendência se manifesta no plano legislativo, por meio dos institutos da repercussão geral em recurso extraordinário e da súmula vinculante, os quais cumprem a função de ampliar a repercussão do controle concreto para além da esfera jurídica das partes envolvidas no processo subjetivo. Por meio desses dois institutos há, de fato, a extensão de um entendimento adotado anteriormente pelo Supremo Tribunal Federal em um dado processo há outros ainda pendentes. Com a repercussão geral, inclusive, um processo somente chegará a nossa Corte Suprema se a questão nele discutida transcender o mero interesse subjetivo das partes e se relevar importante econômica, política, jurídica ou socialmente para a sociedade. Nesses dois casos, é forçoso reconhecer que há, sim, uma abstrativização do controle difuso de constitucionalidade.

Em relação à alteração no Código de Processo Civil (promovida pela Lei nº 9.756 de 1998) realizada após consolidado entendimento jurisprudencial, conclui-se que a dispensa concedida aos órgãos fracionários de submeter ao Plenário do Tribunal questão que já houver pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, é mais uma demonstração de que as decisões tomadas em controle difuso pelo Tribunal Maior têm seus efeitos expandidos para além das partes; inclusive para processos que tramitam nos tribunais inferiores.

Dessa forma, admite-se que as alterações legislativas realizadas pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004 e pela Lei Lei nº 9.756 de 1998

consubstanciam e fundamentam a tese da atual abstrativização do controle difuso de constitucionalidade.

Entretanto, cabe ressaltar que tais alterações são formais; foram discutidas, deliberadas e votadas pelo Parlamento após discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre os contornos do controle de constitucionalidade difuso no direito brasileiro.

A tese da mutação constitucional do inciso X do art. 52 da Constituição, no entanto, surgiu no bojo da Reclamação nº 4335/AC e foi sustentada somente pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, todos os demais Ministros não concordaram com os fundamentos para se considerar que houve uma mutação.

Caso tal entendimento fosse adotado, além de não obedecer às possibilidades semânticas do texto constitucional e a intenção do Constituinte de conferir uma participação política ao Senado no controle difuso, todas as decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal teriam, obrigatoriamente, eficácia contra todos, independentemente do grau de amadurecimento do debate da questão constitucional na doutrina, jurisprudência, Parlamento e na sociedade em geral. Implicaria, outrossim, em ferir a independência do juiz, pois os magistrados teriam o dever de respeitar as decisões proferidas pelo STF com eficácia *erga omnes*.

A adoção de tal entendimento também ignora princípios basilares da hermenêutica constitucional, tais como: o princípio da máxima efetividade da norma constitucional – uma vez 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 há a convivência dos controles concreto ou difuso e abstrato ou concentrado; o princípio da força normativa da Constituição – já que, sem observar o conteúdo semântico do inciso X do art. 52, desconsidera a sua norma -; e, por fim, o princípio da razoabilidade (ou proporcionalidade), pois o sentido resultante da aludida mutação é irrazoável em face da redação do dispositivo constitucional.

Dessa forma, apesar de as alterações promovidas pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004 e pela Lei nº 9.756 de 1998 serem consideradas como fatores para a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, não se pode chegar à mesma conclusão com relação à tese da mutação constitucional do inciso X do art. 52 da Constituição Federal. Isso porque aquelas alterações foram discutidas doutrinária e jurisprudencialmente e, acima de tudo, votadas pelo Congresso Nacional. A alteração da literalidade da Constituição sugerida pela tese da mutação constitucional, entretanto, foi levantada somente no Supremo Tribunal Federal, que é composto por pessoas que em nenhum momento passam pelo crivo popular e não estão submetidas a nenhum tipo de controle externo.

Ressalta-se que a juridicidade da abstrativização ou objetivação do controle concreto ou difuso de constitucionalidade somente seria consentânea com o ordenamento jurídico após alteração formal do texto constitucional (art. 52, X), por meio de emenda à constituição, o que não ocorreu.

A eficácia geral está prevista na Constituição Federal somente para as ações de controle concentrado, o que decorre da feição que tradicionalmente se atribui a esse sistema. Admite-se que as já citadas alterações legislativas dão um contorno mais abstrato às ações de controle difuso; mas, como resultado, tais mudanças foram feitas pelo texto constitucional e legal. A nova interpretação que se pretende atribuir ao art. 52, inc. X, da Constituição, por outro lado, parte de uma subversão da lógica do sistema difuso, bem como de uma subversão do sistema de controle de constitucionalidade desenhado pelo constituinte de 1988, em que em que coexistem o controle concreto ou difuso e o controle abstrato ou concentrado.

REFERÊNCIAS

Livros

BARBOSA, Ruy. **Commentarios a constituição federal brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1934, IV.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6ª edição, revisada e atualizada – São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 556.664/RS , do Tribunal Pleno, Brasília, DF, 21 de setembro de 2007. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=526129>. Acesso em outubro de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Liminar. *Reclamação Constitucional nº 4.335*. Rel. Min. Gilmar Mendes, 21 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+E+4335%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/c4z34zg>. Acesso em outubro de 2014.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Reclamação nº 4335, do Tribunal Pleno, Brasília, DF. Disponível em <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/rcl4335gm.pdf> . Acesso em outubro de 2014.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Reclamação nº 4335, Voto Min. Sepúlveda Pertence, Brasília, DF. Disponível em: [http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/567_RCL_4335_-_Sepulveda_Pertence\[1\].pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/567_RCL_4335_-_Sepulveda_Pertence[1].pdf). Acesso de outubro de 2014.

BRUST, Léo. **Jurisdição Controle de Constitucionalidade: A tipologia das decisões do STF**. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral do Recurso Extraordinário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: RT, 2010.

MELLO, Patrícia Perrone de Campos. **Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Ação Civil Pública e Controle de Constitucionalidade**. In: MILARÉ, Édis. (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. São Paulo, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.
ROQUE, André Vasconcelos. **Da “objetivação do recurso extraordinário” à valorização da jurisprudência**. In: **Processo Constitucional**. Coordenador: FUX, Luiz. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. **O controle incidental de normas no direito brasileiro**. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, abr./ jun. 199, n. 23.

MENDES, Gilmar Ferreira. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional**. In: *Revista de Informação Legislativa*. 2004. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/953>. Acesso em: 29 de setembro de 2014.

SANTANNA, Ana Carolina Squadri. **Repercussão geral do recurso extraordinário**. In: **Processo Constitucional**. Coordenador: FUX, Luiz. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma nova crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TAVARES, André Ramos. **Perfil Constitucional do Recurso Extraordinário**. In: **TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius. Aspectos Atuais do Controle de Constitucionalidade no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 6a edição. São Paulo: Saraiva, 2008.