

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE:  
A ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS *ERGA OMNES* E VINCULANTES AO CONTROLE  
DIFUSO E A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ARTIGO 52, INCISO X, DA  
CONSTITUIÇÃO DE 1988\***

Thuíza Rosa dos Santos

**RESUMO**

O controle de constitucionalidade no sistema jurídico brasileiro é considerado misto, pois pode ser feito de forma concentrada, por meio de ação própria (ADI, ADC, ADPF) e em Corte Constitucional Especial (STF), ou de forma incidental e difusa, em qualquer tipo de processo, em qualquer Tribunal ou juízo de primeira instância. Além de se diferenciarem pelo procedimento que observam e pelo órgão legitimado para fazê-los, esses controles também se diferenciam pelos efeitos que produzem. Entende-se que o controle concentrado produz efeitos vinculantes e *erga omnes* (porque sua decisão deve ser observada por todos os outros Tribunais). Já o controle difuso produz apenas efeitos *inter partes*, pois atinge apenas as partes envolvidas no processo no qual se declarou a inconstitucionalidade. A primeira Constituição que adotou o controle de constitucionalidade no Brasil foi a de 1891, que adotou o controle difuso, por influência norte-americana. No entanto, esse sistema foi adotado apenas em parte, pois não se conservou o princípio do *stare decisis*, que, nos Estados Unidos, é o sistema que atribui às decisões da Suprema Corte autoridade suficiente para tornar a decisão com efeitos *erga omnes* e vinculantes, devendo ser observada por todos os outros Tribunais. Dessa forma, no Brasil, as declarações de inconstitucionalidade careceram de autoridade e eficácia geral. Diante disso, houve a necessidade de se criar um mecanismo que atribuísse às decisões do Supremo Tribunal Federal – STF efeitos gerais, sem, no entanto, ferir o princípio da separação dos poderes (cuja concepção vigente à época impediu que o princípio do *stare decisis* americano fosse adotado no Brasil). Foi, então, que a Constituição de 1934 previu um mecanismo de intervenção do Senado Federal para suspender a execução das leis declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal em controle difuso de constitucionalidade e, assim, atribuir a elas efeitos *erga omnes*. Tal mecanismo passou de Constituição em Constituição, até chegar à atual Constituição de 1988, na qual continuou sendo previsto. O

---

\* Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de pós-graduação Ordem Jurídica e Ministério Público, da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Orientador: Prof. Paulo Gustavo Gonet Branco.

objetivo deste trabalho é demonstrar que, após a Constituição de 1988, com a ampliação do controle concentrado de constitucionalidade, o advento de novos institutos, como as ações coletivas, a súmula vinculante e os novos entendimentos do Supremo Tribunal Federal, para atribuir efeitos gerais em decisões em controle difuso de constitucionalidade, esse mecanismo sofreu um processo de mutação constitucional e se tornou obsoleto, visto que as decisões do Supremo Tribunal Federal, tanto em controle difuso, quanto em concentrado, passaram a ter efeitos *erga omnes* e vinculantes.

**Palavras-chave:** Controle de constitucionalidade. Controle difuso. Senado Federal. Suspensão da execução de lei inconstitucional. Mutações constitucionais. Efeito *erga omnes*.

## INTRODUÇÃO

O controle de constitucionalidade previsto no Brasil é um controle misto e, dessa forma, pode ser feito tanto de forma concentrada, em ações próprias para efetivar esse controle (ADI, ADC, ADPF) e em Corte Constitucional Especial (STF), quanto pode ser feito de forma difusa, ou seja, incidentalmente, em qualquer tipo de processo e em qualquer Tribunal ou juízo de primeira instância. Além do procedimento e do órgão em que são feitos esses controles, também os efeitos que eles produzem são diferenciados. O controle concentrado de constitucionalidade produz efeitos vinculantes e gerais, ou *erga omnes*. Já o controle difuso de constitucionalidade possui efeitos *inter partes* e não vinculantes.

O controle difuso de constitucionalidade nasceu nos Estados Unidos e foi adotado no Brasil, na Constituição de 1891. Ele já vinha sendo previsto em países de *common law*, por ser uma forma de controle totalmente compatível com esse tipo de sistema. O Brasil, por ter uma Constituição escrita, necessitava de um mecanismo de controle de constitucionalidade das leis infraconstitucionais. Adotou, portanto, essa forma de controle. No entanto, o sistema jurídico brasileiro é um sistema de *civil law*, e o controle difuso era incompatível com esse sistema, pois, para funcionar bem nos países de *common law*, o controle difuso observa o princípio do *stare decisis*.

O princípio do *stare decisis* atribui às decisões da Suprema Corte dos países de *common law* eficácia *erga omnes* e vinculante. No entanto, no Brasil a concepção do princípio da separação dos poderes impedia que o princípio do *stare decisis* fosse adotado. Foi então

que o controle difuso de constitucionalidade no Brasil foi adotado de forma precária, pois foi prevista essa forma de controle, mas sem a previsão de que as decisões do Supremo Tribunal Federal teriam autoridade suficiente para declarar a inconstitucionalidade de uma lei, pois seria usurpação de poderes, visto que só o Legislativo teria competência para fazer e suspender a execução de leis.

No entanto, a falta de eficácia geral e de efeitos vinculantes às decisões do Supremo Tribunal Federal passou a gerar grave insegurança jurídica, pois tirava a autoridade dessa alta Corte. Foi então que o constituinte de 1934, visando solucionar esse problema sem ferir o princípio da separação dos poderes, introduziu naquela Constituição mecanismo que consistia na declaração de inconstitucionalidade de lei pelo Supremo Tribunal Federal, e, na sequência, o Supremo Tribunal comunicava ao Senado Federal a sua decisão e o Senado suspendia a execução das leis declaradas inconstitucionais, conforme sua competência.

Enquanto a Constituição de 1934 previa esse mecanismo, a Áustria desenvolvia um controle de constitucionalidade compatível com seu sistema de *civil law*: o controle concentrado. Esse tipo de controle exigia um órgão especializado em questões constitucionais, para avaliar a inconstitucionalidade das leis e das ações especiais para realizar o controle.

O Brasil, até a Constituição de 1988, não previu oficialmente o controle concentrado de constitucionalidade, timidamente previu a Ação Interventiva na Constituição de 1934 e a Ação Genérica, introduzida na Constituição de 1946, por meio da EC 16/65. Somente com a Constituição de 1988 é que foi previsto o controle concentrado de constitucionalidade, feito por ações específicas no Supremo Tribunal Federal; entretanto, não deixou de prever também o controle difuso de constitucionalidade, que continuou sendo feito em qualquer órgão do Poder Judiciário e que continuou a depender do Senado Federal para que tivesse efeitos *erga omnes*.

Com a ampliação do controle concentrado e suas ações específicas (ADI, ADC, ADPF) e o advento das ações coletivas e da súmula vinculante, o efeito *erga omnes* e vinculante resultante da declaração de inconstitucionalidade por meio desses institutos destacou-se e prevaleceu no meio jurídico, inclusive para as decisões em controle difuso, que passou a, de alguma forma, ter os efeitos gerais atribuídos às suas decisões, sem a necessidade de intervenção do Senado Federal.

Dessa forma, o mecanismo previsto no art. 52, inciso X, da Constituição de 1988 – herdado da Constituição de 1934 –, no qual o Senado Federal suspende a execução das leis declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, em controle difuso de constitucionalidade, tornou-se obsoleto. Assim, diante de uma nova situação jurídica e social, esse dispositivo sofreu mutação constitucional, uma mudança de sentido, passou a ter um novo significado, sem, no entanto, modificar seu texto. O novo sentido é o de que o Senado não é mais um órgão executor da decisão de inconstitucionalidade, sua importância agora se resume à mera função de dar publicidade a essa declaração.

A discussão oficial sobre a mudança de interpretação do art. 52, inciso X, da CF/88 iniciou-se no julgamento da Reclamação 4.335/AC, no Supremo Tribunal Federal, a qual trata de um pedido para se observar decisão desse mesmo Tribunal, que declarou a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, no *Habeas Corpus* 82.959, portanto, em sede de controle difuso de constitucionalidade. Os requerentes da Reclamação 4.335 pleiteiam que a declaração de inconstitucionalidade seja observada por todos, ou seja, que tenha efeitos *erga omnes* e vinculativos. A discussão é bastante acirrada, e, por enquanto, somente quatro Ministros votaram, Gilmar Ferreira Mendes e Eros Grau a favor da mutação constitucional, e os Ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa contra.

Este trabalho trata a respeito da atribuição de efeitos *erga omnes* e vinculantes às declarações de inconstitucionalidade proferidas em controle difuso de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal e justifica-se pelo fato de ter surgido o assunto em julgamento do STF e pela importância do tema, visto que, atribuindo esses efeitos ao controle difuso no Supremo Tribunal Federal, o controle de constitucionalidade brasileiro apaga uma falha e um instituto que atualmente não tem mais sentido de existir, que é a participação do Senado no controle de constitucionalidade.

No Capítulo 1, será feito um estudo direcionado (com relação ao tema do trabalho) sobre as Constituições, o qual é importante na medida em que, estudando-se as Constituições, consegue-se explicar por quê, sendo a Constituição a lei fundamental de um Estado, é necessário fazer o controle de constitucionalidade das leis infraconstitucionais.

No Capítulo 2, será estudado o controle de constitucionalidade. Será explicitado, também direcionadamente, o surgimento do controle difuso e do controle concentrado no

mundo, e, logo após, no Brasil. Será visto como e qual controle influenciou cada Constituição brasileira. Já o Capítulo 3 tratará da discussão sobre como iniciou, no Supremo Tribunal Federal, o debate sobre a mutação constitucional do art. 52, inciso X, da CF/88 e a conseqüente atribuição de efeitos *erga omnes* e vinculantes à decisão do STF em controle difuso de constitucionalidade.

O Capítulo 4 trata da mutação constitucional. Serão explicitados o conceito de mutação e o entendimento dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau a respeito da nova interpretação do art. 52, inciso X, da CF/88. Logo em seguida, a conclusão consolida as informações deste trabalho.

## **1 A CONSTITUIÇÃO**

Uma das primeiras lições quando se inicia o estudo do Direito Constitucional é que um Estado, para ser considerado como tal, possui três elementos essenciais e absolutamente interligados: território, povo e soberania.

Por território entende-se o espaço físico terrestre, limitado por fronteiras, que engloba espaço aéreo e subterrâneo correspondentes e no qual se fixa um povo, pessoas que o habitam e que se ligam pela cultura, pela língua ou pela tendência religiosa e formam, por meio dessa identidade, uma nação. Outro fator de identificação desse povo é o poder político supremo e independente do Estado, denominado soberania.

Soberania é o poder político máximo, que não se reverencia a nenhum outro na ordem internacional – pois um Estado possui independência, autonomia e igualdade com os demais Estados – e, na ordem interna, é o poder que não está limitado por nenhum outro, sendo considerado o poder supremo, com capacidade de editar seu próprio ordenamento jurídico de forma autoritária,<sup>1</sup> e, assim, se auto-organizar. É com fundamento na soberania que os Estados produzem suas Constituições – não é à toa que a atual Constituição Brasileira de 1988 (CF/88) enumera, em seu primeiro artigo, a soberania como um dos fundamentos do Estado Brasileiro.

---

<sup>1</sup> MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 127.

Sempre que se tem um território, onde se instala um povo e esse povo possui, no seu íntimo, o reconhecimento de um Estado e de um poder político supremo, surge a necessidade de esse povo se organizar. Para isso, produzirá leis que o regerão. Desde a Antiguidade, o povo se organiza por meio de leis e, desde sempre, entre as leis que organizam um povo sempre se reconheceu uma como a mais importante, superior às demais. Normalmente essa lei que se destacava das outras era aquela que possuía conteúdo limitador do poder do Estado, pelo fato de trazer consigo normas que previam os direitos fundamentais dos cidadãos.<sup>2</sup>

Mesmo durante a Idade Média, quando o povo ainda não se organizava em Estados, mas, sim, em feudos, diversos documentos reconheciam a existência de direitos fundamentais que limitavam o poder estatal. A *Magna Charta Libertarum*, de 1215, previa a liberdade da Igreja da Inglaterra, restrições tributárias, proporcionalidade entre delito e sanção, previsão do devido processo legal, livre acesso à Justiça, liberdade de locomoção e livre entrada e saída no país.<sup>3</sup> “Nesse momento, já se verifica a existência de um controle judicial para garantir a efetividade das normas protetoras dos direitos fundamentais, que teriam certa supremacia sobre as demais”.<sup>4</sup> Outras regulamentações importantes que previam a garantia de direitos fundamentais dos indivíduos foram surgindo, como a *Petition of Rights*, o *Habeas Corpus Act*, a *Bill of Rights*, entre outros. Embora fossem somente leis, estas costumavam se sobressair dentre as demais.

Somente no século XVIII, com as Revoluções Americana e Francesa é que se impôs oficialmente que essas leis consideradas mais importantes, que previam liberdades aos cidadãos e limitações ao Estado, eram superiores e precisavam ser feitas de forma mais solene, em um documento superior, protegido, rígido e formal, pois seu conteúdo definia a organização fundamental de um Estado. Foi então que surgiram as primeiras Constituições escritas e rígidas, como a dos Estados Unidos, de 1776, e a da França, em 1791. As Constituições passaram a ser consideradas lei superior do Estado, diante da qual todas as outras leis deveriam se curvar e estar em harmonia com ela.

---

<sup>2</sup> Há doutrinadores, como Alexandre de Moraes, que consideram a Lei das XII Tábuas como a origem dos textos escritos que consagram a liberdade, a propriedade e a proteção aos direitos do cidadão.

<sup>3</sup> MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 74-75.

<sup>4</sup> MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 74-75.

Ressalta-se que, durante toda a evolução da história, desde a Antiguidade, até os tempos hodiernos, a idéia de constitucionalismo e de supremacia de determinadas normas sempre estiveram ligadas a pontos fundamentais: necessidade de limitação e controle dos abusos do Estado – e suas autoridades constituídas – e consagração dos princípios da liberdade e igualdade, direitos fundamentais do cidadão, como ideais de um Estado.<sup>5</sup>

A partir de meados do século XIX, a Constituição passou a ser alvo de estudos aprofundados e discursos apaixonados. Em um momento, foi considerada mero documento formal, mero papel, cujas normas fundamentais e organizacionais do Estado ali previstas deveriam ser seguidas. Mas as normas ali estabelecidas eram respeitadas não por causa da importância de serem normas originárias e fundamentais, mas simplesmente porque estavam presentes em um documento chamado Constituição.

Diante da falta de crédito que uma Constituição puramente formal gerava com as constantes reformas liberais que ocorriam à época, a Constituição passou a ser vista não mais como um simples documento formal, mas como um documento que abriga um conteúdo material importante. Assim, por meio de uma visão política, como a de Carl Schmitt, ou sociológica, como a de Ferdinand Lassalle – que a considerava uma realidade profunda, algo além de um mero pedaço de papel –, a Constituição passou a ter um sentido mais condizente com a realidade das transformações políticas e dos acontecimentos da sociedade.

Constitucionalistas pós-liberais, como Konrad Hesse, foram mais além e notaram que a Constituição também não era puramente política ou sociológica, mas, sim, que nela deveria haver um equilíbrio entre Constituição formal e material, ou seja, jurídica e real. Verificou-se que, se uma Constituição fosse considerada somente formal, nas disposições que não são necessariamente de índole técnica, ela acabaria sucumbindo em face da Constituição real, pelo que ela mesma se nega absolutamente formal, segundo Hesse.<sup>6</sup> De outro lado, se fosse considerada absolutamente material e nem um pouco formal, a ciência constitucional tornar-se-ia ciência do normativo sem eficácia normativa, pelo que o estudo do Direito Constitucional e das constituições deveria passar a ser realizado por sociólogos e cientistas

---

<sup>5</sup> MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 76.

<sup>6</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 10-11.

políticos, e não por juristas, pois a normatividade não seria mais documental, mas apenas factual.<sup>7</sup>

Assim concluiu Hesse:

A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sociopolíticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas, não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas.<sup>8</sup>

Assim, para Hesse, a Constituição é mais do que simples papel e mais do que simples conteúdo material, ela possui uma força normativa, um espírito, uma força vital e uma eficácia que somente são possíveis se forem vinculadas às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e ordenação objetiva. Mas, além disso, para Hesse, a Constituição deve impor tarefas. Somente assim ela se torna força ativa quando se fizer presente na consciência geral, não só na vontade de poder, mas também na vontade de Constituição.<sup>9</sup> Esclarece Bonavides:

O espírito do Poder existe quando a Sociedade só reconhece e pratica a Constituição real. O espírito da Constituição, ao contrário, deriva da consciência de que a ordem constitucional é justa e legítima, de que seu conteúdo traduz anseios profundos ou corresponde às necessidades imperiosas, tanto dos cidadãos como do ordenamento estatal.<sup>10</sup>

Dizia ainda Hesse que a vontade da Constituição baseia-se em três vertentes: a) na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio; b) na compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos e que, portanto, precisa estar em constante processo de

---

<sup>7</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 97.

<sup>8</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 15.

<sup>9</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 19.

<sup>10</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 98.



legitimação; e c) na consciência de que essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana, pois adquire e mantém sua vigência por meio dos atos de vontade.<sup>11</sup>

Também para ele, a força normativa da Constituição possui alguns requisitos para manter-se ativa: a) quanto maior for a correspondência da Constituição com o momento presente, maior será seu desenvolvimento; e b) quanto maior a práxis, maior seu desenvolvimento, pois ela não depende apenas do seu conteúdo.<sup>12</sup>

Dessa forma, a Constituição tornou-se uma complexidade e passou a não possuir mais um sentido puramente formal, nem puramente material, mas, sim, formal e material, inseridos em um momento presente, em uma realidade social e política, para que, se estiver em correspondência com a realidade, tenha eficácia.

Como toda Constituição é provida pelo menos de um mínimo de eficácia sobre a realidade – mínimo que o jurista deve procurar converter, se possível, em máximo – é claro que o problema constitucional toma em nossos dias nova dimensão, postulando a necessidade de colocá-lo em termos globais, no reino da Sociedade. Essa Sociedade, invadida de interferências estatais, não dispensa, por conseguinte, o reconhecimento das forças que nela atua poderosamente, capazes de modificar, com rapidez e frequência, o sentido das normas constitucionais, maleáveis e adaptativas na medida em que possam corresponder, de maneira satisfatória, às prementes e fundamentais exigências do meio social.

Daqui surge o claro imperativo de colocar a Constituição escrita num sistema: o sistema constitucional, quer dizer, aquele que abrange todas as forças excluídas pelo constitucionalismo clássico ou por este ignoradas, em virtude de visualizar nas Constituições apenas o seu aspecto formal, o seu lado meramente normativo, a juridicidade pura.<sup>13</sup>

A Constituição, então, passa a estar inserida nesse sistema como uma “moldura de um sistema aberto à ambiência social”, com estruturas funcionais explicáveis pelos processos de interação, informação e comunicação sociais.<sup>14</sup>

Mesmo diante de tantas evoluções e sentidos que a Constituição incorporou, e de tantos conceitos a ela atribuídos, esta mantém uma antiga característica: desde quando se entende Constituição como lei estrutural de um povo, ou Estado, e como abrigo dos direitos

---

<sup>11</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 19-20.

<sup>12</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 19-20.

<sup>13</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 97.

<sup>14</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 128.

fundamentais, entende-se a Constituição como lei superior, com posicionamento supremo perante todas as outras normas, a lei mais importante de todas do ordenamento jurídico.

José Afonso da Silva assim define a Constituição:

Nesse sentido é que se diz que todo Estado tem constituição, que é o simples modo de ser do Estado.

A constituição de um Estado, considerada sua lei fundamental, seria, então, a organização dos seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma do seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado.<sup>15</sup>

Para Kelsen, a Constituição de um Estado é sua lei fundamental, é a organização dos seus elementos estruturantes, pois abriga a norma fundamental,<sup>16</sup> norma essa que “numa determinada comunidade política, unifica e confere validade às suas normas jurídicas, as quais, em razão e a partir dela, se organizam e/ou estruturam em sistema”.<sup>17</sup> Assim, como a norma fundamental é suprema e pressuposta ao ordenamento jurídico e a Constituição a abriga, esta se posiciona no topo do ordenamento jurídico e devem todas as outras normas curvarem-se a ela.

## 1.1 A CLASSIFICAÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES

Cada Estado possui uma Constituição, e cada Constituição possui uma forma de ser diferenciada. As Constituições modernas podem ser classificadas quanto à forma: a) escritas: são aquelas sistematizadas em um documento único, escrito, no qual se prevêm basicamente a organização do Estado e os direitos e garantias fundamentais de seus cidadãos; b) costumeira: é a Constituição cujas normas já estão arraigadas na consciência popular e não

---

<sup>15</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 37-38.

<sup>16</sup> Usando as palavras de Kelsen, Inocêncio Mártires Coelho resume da seguinte forma o conceito de norma fundamental: “constitui a unidade de uma pluralidade de normas, enquanto representa o fundamento de validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa; aquela norma que, pelo fato mesmo de situar-se na base do ordenamento jurídico, há de ser pressuposta, visto que não pode ser posta por nenhuma autoridade, a qual, se existisse e tivesse competência para editá-la, só disporia dessa prerrogativa em razão de uma outra norma de hierarquia ainda mais elevada, e assim sucessivamente; aquela norma, enfim, cuja validade não pode ser derivada de outra e cujo fundamento não pode ser posto em questão”. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET, Paulo Gustavo Branco. *Curso de Direito Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1-2.

<sup>17</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET, Paulo Gustavo Branco. *Curso de Direito Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1.

constam de documento escrito e solene, baseando-se apenas nos costumes, na jurisprudência e em textos esparsos. Quanto à estabilidade, as constituições podem ser: a) rígidas: é a que só pode ser alterada por meio de procedimentos solenes e exigências formais especiais, diferentes do procedimento de formação de leis ordinárias e complementares; b) flexíveis: quando podem ser alteradas, pelo legislador, por meio do mesmo processo de elaboração de leis ordinárias.<sup>18</sup>

Atualmente poucos Estados possuem constituições costumeiras, como a Inglaterra. A maioria dos Estados possui constituições escritas, o que garante, assim, a formalidade desses documentos de tamanha importância. Segundo Gilmar Ferreira Mendes, ao citar Manoel Gonçalves Ferreira Filho, as Constituições escritas são uma característica do Estado Moderno, uma inovação que se consolida na segunda metade do século XVIII, com o advento da Revolução Francesa e da independência americana, o que decorreu dos ideais de proteção do indivíduo contra o Estado, e tem a função de, por ser o instrumento supremo, prever garantias desses direitos fundamentais do cidadão.<sup>19</sup>

Ademais, a Constituição é o documento que determina integralmente o ordenamento estatal, pois transparece a essência da comunidade por ela instituída, cria normas essenciais ao Estado, organiza seus entes estatais e consagra o procedimento legislativo. Entende Hesse, a esse respeito, que:

A Constituição escrita não se limita a estabelecer os baldrames da organização estatal e os fundamentos da ordem jurídica da comunidade, mas desempenha relevante papel como instrumento de estabilidade, de racionalização do poder e garantia da liberdade. Não se trata, à evidência, de um sistema isento de lacunas. E, de certo modo, é essa ausência de regulamentação minudente que assegura a abertura constitucional (*Offenheit*) necessária ao amplo desenvolvimento do processo político.<sup>20</sup>

Quanto à estabilidade, vários Estados preferiram adotar constituições rígidas, pois estas tornam o documento escrito ainda mais solene e estável e proporcionam garantias e segurança jurídica ao povo, que encontra nela seu referencial e que a reconhece como lei fundamental, suprema.

---

<sup>18</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 40-42.

<sup>19</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET, Paulo Gustavo Branco. *Curso de Direito Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 949.

<sup>20</sup> HESSE, Konrad, *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET, Paulo Gustavo Branco. *Curso de Direito Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 951.

A característica da rigidez constitucional, para este estudo, é a mais importante, pois é a partir dela que decorre o princípio da supremacia da constituição, como consequência primordial. Ser suprema significa que a Constituição coloca-se como o “vértice do sistema jurídico do país” e confere validade a todos os Poderes e órgãos estatais<sup>21</sup> e a todo o ordenamento jurídico infraconstitucional. Toda ordem emanada dos Poderes ou órgãos do Estado e toda a legislação devem, então, obediência e conformidade, material e formal, à Constituição, sob pena de serem consideradas normas inconstitucionais (ou seja, contrárias à Constituição).

No entanto, para se verificar se uma norma é inconstitucional ou não, é necessário um mecanismo de controle das normas infraconstitucionais. Para Kelsen, uma Constituição que não disponha de mecanismos de anulação dos atos inconstitucionais “não passa de uma vontade despida de qualquer força vinculante”. Qualquer lei ou ato normativo, no caso de não possuir tal mecanismo, possuiria autoridade e força jurídica superior à da Constituição. Diz que o mesmo ocorre quando uma Constituição não institui uma Corte Constitucional ou órgão análogo para anulação de normas inconstitucionais, ou um procedimento de anulação dessas normas.<sup>22</sup>

Assim, para Kelsen, onde existir uma Constituição em sentido estrito (escrita e rígida), deve haver um sistema de sanção qualificada (que é a previsão de: sanção, órgão qualificado para julgar normas inconstitucionais e procedimento especial para esse julgamento). Somente assim é possível tornar uma Constituição obrigatória.<sup>23</sup> Esse mecanismo é o controle de constitucionalidade.

Por abrigar a norma fundamental, os direitos fundamentais do cidadão, as diretrizes de organização do Estado, por ser a norma diretora das políticas públicas e também por ser reflexo da sociedade que regulamenta, vê-se o tamanho da importância de uma Constituição e o quanto é importante um mecanismo de controle de constitucionalidade para mantê-la sempre legítima e autoritária.

---

<sup>21</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 45.

<sup>22</sup> KELSEN, Hans, *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET, Paulo Gustavo Branco. *Curso de Direito Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 953.

<sup>23</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET, Paulo Gustavo Branco. *Curso de Direito Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 953-954.

A Constituição Brasileira de 1988 é uma Constituição escrita e rígida e, portanto, suprema. Para garantir sua superioridade e soberania, foi eficiente ao estabelecer os mecanismos capazes de torná-la vinculante: o controle de constitucionalidade com todo o sistema de sanção qualificada. Previu, então, que uma norma infraconstitucional em desconformidade com a Constituição poderá ser declarada nula (sanção), por meio de ação própria, com procedimentos próprios (como exemplo, ADI, ADC, ADPF, Ação de Representação de Inconstitucionalidade) e perante órgãos competentes (todos os órgãos judiciários, quando se tratar de controle difuso, ou o Supremo Tribunal Federal – STF – quando se tratar de controle concentrado, o que será analisado mais à frente).

## 2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O ordenamento jurídico é um sistema complexo<sup>24</sup> e pressupõe ordem, unidade e harmonia, mas não é tão fácil compreender um sistema complexo. Mesmo possuindo fontes diversas de normas, tais ordenamentos possuem uma unidade, que deve ser preservada sob pena de causar insegurança jurídica e injustiças.<sup>25</sup> Bobbio, ao procurar demonstrar a unidade no sistema jurídico complexo, explica:

Aceitamos aqui a teoria da construção escalonada do ordenamento jurídico, elaborada por Kelsen. Essa teoria serve para dar uma explicação da unidade de um ordenamento jurídico complexo. Seu núcleo é que as normas de um ordenamento não estão todas no mesmo plano. Há normas superiores e normas inferiores. As inferiores dependem das superiores. Subindo das normas inferiores àquelas que se encontram mais acima, chega-se a uma norma suprema, que não depende de nenhuma outra norma superior, e sobre a qual repousa a unidade do ordenamento. Essa norma suprema é a norma fundamental. Cada ordenamento tem uma norma fundamental. É essa norma fundamental que dá unidade a todas as outras normas, isto é, faz das normas espalhadas e de várias proveniências um conjunto unitário que pode ser chamado “ordenamento”.

A norma fundamental é o termo unificador das normas que compõem um ordenamento jurídico. Sem uma norma fundamental, as normas de que falamos até agora constituiriam um amontoado, não um ordenamento.<sup>26</sup>

---

<sup>24</sup> Complexo é aquele ordenamento que não nasce de uma fonte apenas, mas de várias. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994, p. 48-49.

<sup>25</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994, p. 48-49.

<sup>26</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994, p. 49.

Bobbio, adotando então a teoria de Kelsen, entende que a estrutura hierárquica de um ordenamento jurídico pode ser representada por uma pirâmide, onde o vértice é ocupado pela norma fundamental – a Constituição – e a base é constituída pelos atos executivos. Entende que, se a olharmos de cima para baixo, veremos uma série de processos de produção jurídica e, se a olharmos de baixo para cima, veremos uma série de execuções jurídicas. Diz que, se mudarmos o foco para uma outra noção da linguagem jurídica (poder e dever), se olharmos a pirâmide de cima para baixo, veremos uma série de poderes: o importantíssimo poder constitucional, o legislativo ordinário, o regulamentar, etc e, se a olharmos de baixo para cima, observaremos uma série de deveres e obrigações: a obrigação de se cumprir a sentença de um magistrado, a obrigação do magistrado de ater-se às leis ordinárias e a mais importante de todas as obrigações: a obrigação do legislador de não violar a Constituição.<sup>27</sup>

Diante, então, de um ordenamento jurídico complexo, organizado de forma hierárquica, a Constituição é tida como a lei superior. O legislador tem o dever e a obrigação de obediência e de não violá-la, sob pena de desequilibrar a unidade e a harmonia do sistema jurídico com uma lei inconstitucional. Assim, para manter essa unidade e harmonia, o sistema jurídico necessita de um mecanismo de controle, manutenção e correção da desarmonia causada, com o objetivo de restabelecê-la: o controle de constitucionalidade.

No entanto, não é qualquer ordenamento jurídico que requer tal mecanismo de controle, mas apenas os que possuem constituições escritas e rígidas, pois estas, normalmente, são consideradas o vértice do ordenamento jurídico do Estado de que fazem parte. Somente diante de uma constituição suprema é que se pode falar em inconstitucionalidade. Isso porque a supremacia da Constituição requer que todas as normas e os atos que hierarquicamente lhe são inferiores estejam em conformidade com seus preceitos. Caso não estejam, devem ser considerados inconstitucionais e exterminados do ordenamento jurídico.

Segundo Luís Roberto Barroso:

A quebra dessa harmonia deverá deflagrar mecanismos de correção destinados a restabelecê-la. O controle de constitucionalidade é um desses mecanismos, provavelmente o mais importante, consistindo na verificação da compatibilidade entre uma lei ou qualquer ato normativo infraconstitucional e a Constituição. Caracterizado o contraste, o sistema

---

<sup>27</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994, p. 51-52.

provê um conjunto de medidas que visam a sua superação, restaurando a unidade ameaçada. A declaração de inconstitucionalidade consiste no reconhecimento da invalidade de uma norma e tem por fim paralisar sua eficácia.<sup>28</sup>

Enfim, o controle de constitucionalidade é mecanismo que se impõe em ordenamentos de constituição rígida, para a restauração da harmonia e da segurança jurídica de um ordenamento jurídico que está em risco devido à existência de uma norma infraconstitucional, que não está em conformidade com a constituição. Tem como finalidade retirar a validade da norma inconstitucional, tornando-a nula, e paralisar sua eficácia. Possui, como fundamento, a proteção dos direitos fundamentais e como requisitos a supremacia da Constituição e a rigidez constitucional.<sup>29</sup>

O controle de constitucionalidade pode ser feito de várias formas e possui várias classificações. Pode ser, quanto ao órgão de controle: a) político: quando o controle é feito no Parlamento, ou b) judicial: quando cabe ao órgão do Poder Judiciário o papel de intérprete final e qualificado da Constituição. Quanto ao momento do controle, ele pode ser: a) preventivo: o que se realiza enquanto o projeto de lei tramita nas Casas do Poder Legislativo, ou seja, o que é feito antes do projeto transformar-se em lei, ou b) repressivo: o que se realiza depois que a lei já está em vigor e destina-se a paralisar sua eficácia.<sup>30</sup>

Como o ordenamento jurídico brasileiro possui em seu vértice uma constituição escrita e rígida, portanto, suprema, exige um controle de constitucionalidade e, por isso, o prevê. De acordo com a Constituição em vigor, pode haver controle político de constitucionalidade no Executivo quando, preventivamente, o Presidente da República veta um projeto de lei e, no Legislativo, quando a Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) de uma das casas do Congresso Nacional manifesta-se pela inconstitucionalidade desta, ou quando os parlamentares, por meio do Poder Judiciário, impetram mandado de segurança, contra o processamento do projeto de lei, alegando inconstitucionalidade.

Já o controle judicial realiza-se de forma repressiva e pode ser: a) difuso: quando se permite que todo e qualquer juiz, de qualquer jurisdição ou Tribunal, reconheça a

---

<sup>28</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1.

<sup>29</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1-2.

<sup>30</sup> Hipóteses do controle de constitucionalidade preventivo brasileiro.

inconstitucionalidade de uma norma, pois qualquer um deles tem o dever de manter a ordem jurídica e deixar de aplicar uma norma que considere inconstitucional, ou b) concentrado: quando o controle é exercido por um órgão ou número limitado de órgãos criados para o fim específico de analisar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo infraconstitucional, e tem esta como sua principal atividade.

A Constituição brasileira adota tanto o controle preventivo (nos casos acima enumerados), quanto o controle repressivo. Quanto ao controle repressivo de constitucionalidade, a Constituição adota um sistema misto, ou seja, no Brasil, o controle de constitucionalidade é difuso e concentrado. É o controle judicial, repressivo, que interessa a este trabalho, o qual passará a ser analisado.

## **2.1 O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE**

Como já foi dito, o controle difuso de constitucionalidade é mecanismo repressivo de controle – porque é feito contra lei que já tenha passado por um processo legislativo e já esteja em vigência –, com o objetivo de manter a harmonia do ordenamento jurídico contra leis que não estão de acordo com a Constituição. O controle difuso é aquele feito por qualquer órgão do Poder Judiciário, de qualquer jurisdição ou Tribunal, visto que todos os membros do Judiciário possuem o dever de manter a harmonia do ordenamento jurídico, diante de uma norma em desconformidade com a Constituição.

### **2.1.1 ORIGENS DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE: O CASO MARBURY *VERSUS* MADISON E SUAS IMPLICAÇÕES NA CONSOLIDAÇÃO DESSE CONTROLE**

O Poder Judiciário dos Estados Unidos, desde o final do século XVIII, vinha produzindo decisões que declaravam a inconstitucionalidade de leis.<sup>31</sup> Somente no final do ano de 1800 é que o controle de constitucionalidade, no caso, o difuso, veio a ser reconhecido oficialmente e ganhou o mundo, com o caso *Marbury versus* Madison, analisado pela Suprema Corte Americana.

---

<sup>31</sup> Luís Roberto Barroso, apoiado nos estudos de Mauro Cappelletti sobre o Controle de Constitucionalidade no Direito Comparado, diz que a matéria desenvolvida por Marshall, no caso *Marbury v. Madison*, não era original, pois já havia precedentes identificáveis na história, desde a Antiguidade, e até mesmo nos Estados Unidos, desde o período colonial, com base no direito inglês e em cortes federais inferiores e estaduais. Diz que, em 1788, Alexander Hamilton já havia desenvolvido a tese no *Federalista* nº 78, que dizia que ato legislativo algum contrário à Constituição poderia ser válido. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 5-6.



No final do ano de 1800, o Presidente dos Estados Unidos, John Adams, e seus aliados federalistas foram derrotados pelos republicanos nas eleições para a Presidência. Thomas Jefferson venceu e se elegeu o novo Presidente. John Adams e os federalistas, inconformados, articularam um plano para conservar sua influência política por meio do Judiciário, visto que tinham sido derrotados no Legislativo e no Executivo. Aprovou, então, antes do término de seu mandato, uma lei de reorganização do Judiciário, reduziu o número de Ministros da Suprema Corte, de forma a não permitir nomeações pelo novo Presidente, e criou dezesseis novos cargos de juiz federal, que seriam preenchidos por federalistas nomeados por ele, antes do fim de seu mandato.<sup>32</sup>

Criou também outros quarenta e dois cargos de juiz de paz, indicou quem os ocuparia, e o Senado confirmou suas indicações. Os atos de investidura foram assinados no último dia de seu governo, e seu Secretário de Estado, John Marshall (que então havia sido nomeado para Ministro Presidente da Suprema Corte), ficou encarregado de entregá-los a todos os juízes nomeados. No entanto, não teve tempo nem condições de entregar todos os referidos atos em um só dia.<sup>33</sup>

Quando Thomas Jefferson assumiu a Presidência, proibiu seu Secretário de Estado, agora James Madison, de continuar a entregar os atos de investidura àqueles que não o haviam recebido. Entre os juízes prejudicados, estava William Marbury, que, inconformado, propôs um *writ of mandamus*, em 1801, para ver reconhecido seu direito ao cargo.<sup>34</sup>

*Marbury v. Madison* foi a primeira decisão na qual a Suprema Corte afirmou seu poder de exercer seu controle de constitucionalidade, negando aplicação a leis que, de acordo com sua interpretação, fossem inconstitucionais. Assinale-se, por relevante, que a Constituição não conferia a ela ou a qualquer outro órgão judicial, de modo explícito, competência dessa natureza. Ao julgar o caso, a Corte procurou demonstrar que a atribuição decorreria logicamente do sistema.<sup>35</sup>

O juiz John Marshall (o ex-Secretário de Adams), juiz do caso, em sua decisão histórica e determinante para o controle de constitucionalidade difuso, desenvolveu sua

---

<sup>32</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 3-4.

<sup>33</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 4.

<sup>34</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 4.

<sup>35</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 5.

fundamentação e consolidou importantíssimos entendimentos: a) o princípio da supremacia da constituição; b) a subordinação de todos os Poderes estatais à Constituição; c) a nulidade da lei que contraria a Constituição; e d) a determinação da competência do Poder Judiciário como o intérprete final da Constituição, que pode invalidar atos contrários e inaugurar o instituto do *judicial review*, que será explicado adiante.<sup>36</sup>

Como a Constituição americana não trazia nenhuma previsão de qual órgão seria o competente para analisar a inconstitucionalidade das leis, a Suprema Corte ficou autorizada para o julgamento do caso *Marbury versus Madison*. No entanto, isso não significou que somente essa Corte tinha competência para declarar a inconstitucionalidade da lei. Ao contrário, nos Estados Unidos, após o caso *Marbury v. Madison*, a inconstitucionalidade de uma lei passou a ser questão prejudicial que não poderia deixar de ser observada por órgão do Judiciário algum, em nome da supremacia da Constituição e da segurança jurídica – princípios consolidados no julgamento do referido caso –, pelo que qualquer órgão era competente para reconhecer e declarar tal inconstitucionalidade (competência consolidada pelo *judicial review*).

O controle difuso de constitucionalidade, assim, passou a ter a característica principal de ser incidental<sup>37</sup> – característica que ainda conserva –, ou seja, além de ser realizado em qualquer órgão da jurisdição (difuso), é realizado em qualquer processo, em qualquer instância, mesmo que a inconstitucionalidade não tenha sido questionada e mesmo que esta não seja o objeto principal da lide, mas apenas uma questão prejudicial. Isto é ser incidental.

---

<sup>36</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, 9-10.

<sup>37</sup> Normalmente o controle difuso de constitucionalidade é incidental e o controle concentrado é principal. Embora cotidianamente o controle difuso seja confundido, considerado sinônimo de incidental, e o controle concentrado o seja com o principal, estes são conceitos diferentes. Controle concentrado e difuso são classificações quanto ao órgão que os exerce: controle difuso é exercido por qualquer órgão do Poder Judiciário, de 1º grau, Tribunais de 2º grau, ou Tribunais Superiores. Já o controle concentrado é exercido por um único órgão estipulado para essa tarefa, no caso brasileiro, o STF é o competente para julgar Ações Diretas de Constitucionalidade, por exemplo. Já o controle incidental e o principal é uma classificação quanto ao objeto. É incidental quando em qualquer causa é suscitada a inconstitucionalidade de uma lei, mas não como questão principal, mas como preliminar para o julgamento da questão principal, que é outra. Já o controle principal ocorre quando a inconstitucionalidade da lei é suscitada como questão principal de uma ação especial, prevista exatamente para esses fins. No direito brasileiro, as ações principais de inconstitucionalidade somente podem ser suscitadas perante o órgão com competência especial para isso, o STF. As ações incidentais pode ser suscitadas perante qualquer órgão do Poder Judiciário. Por isso, é dito que o controle de constitucionalidade difuso é incidental e o concentrado é principal. Mas esta é uma herança de todo um desenvolvimento da teoria do controle de constitucionalidade.

Embora o sistema norte-americano seja herdeiro do sistema inglês da *common law*,<sup>38</sup> deixou de adotar o princípio da supremacia do parlamento,<sup>39</sup> para adotar o princípio da supremacia da constituição –, pelo fato de possuir Constituição escrita e rígida, ao contrário da Inglaterra. Portanto, mesmo sendo um sistema de *common law*, entendia-se que o ordenamento jurídico dos Estados Unidos deveria respeito e obediência à Constituição e não à vontade dos legisladores, a respeito da validade e da eficácia de uma lei. Assim, a partir do caso *Marbury versus Madison*, os Estados Unidos adotaram a lógica do *judicial review*, traduzida da seguinte forma:

se a Constituição é a lei suprema, qualquer lei com ela incompatível é nula. Juízes e tribunais, portanto, diante de situações de aplicar a Constituição ou uma lei com ela conflitante, deverão optar pela primeira. Se o poder de controlar a constitucionalidade fosse deferido ao Legislativo, e não ao Judiciário, um mesmo órgão produziria e fiscalizaria a lei, o que o tornaria onipotente.<sup>40</sup>

Pelo *judicial review*, o Judiciário consagrou-se como o Poder competente para analisar a inconstitucionalidade de uma lei. Portanto, qualquer juiz, ou qualquer tribunal, diante da possibilidade de aplicação de uma lei ou ato normativo que considerasse inconstitucional, não deveria vedar os olhos para essa situação, pois teria a competência e a obrigação de declará-la inconstitucional e de não aplicá-la ao caso concreto. Não poderia, assim, omitir-se de manter a harmonia do ordenamento jurídico e a supremacia da Constituição. Foi assim, então, que o controle de constitucionalidade norte-americano tornou-se difuso, porque, a partir de então, ficou reconhecido que poderia ser realizado por qualquer órgão do Poder Judiciário, em qualquer instância; e incidental, pois poderia ocorrer em qualquer processo, mesmo que não fosse esta a questão principal discutida.

---

<sup>38</sup> Segundo Miguel Reale (2000, p.141-142), existem dois grandes sistemas de Direito no mundo ocidental, correspondentes a duas experiências distintas, resultantes especialmente de fatores históricos: o sistema da *civil law*, de tradição romano-germânica, e o da *common law*, de tradição anglo-americana. O *civil law* acentuou-se após a Revolução Francesa, quando a lei passou a ser considerada a única expressão autêntica da nação. Já no *common law*, o Direito se revela muito mais pelos usos e costumes e pela jurisdição, do que pelas leis.

<sup>39</sup> Luís Roberto Barroso, citando Dicey, diz que o sistema inglês da *common law* adotava um fundamento que não foi acolhido pelo sistema norte-americano: a supremacia do Parlamento, que tinha como elementos: a) o poder do legislador de modificar livremente qualquer lei, mesmo sendo fundamental; b) a ausência de distinção entre leis constitucionais e ordinárias e c) a inexistência de autoridade judiciária ou qualquer outra para anular lei inconstitucional. Tudo isso é devido ao fato de a Constituição americana ser escrita, o que sugere um formalismo maior; e rígida, o que sugere sua supremacia. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 43-44.

<sup>40</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 44.

## 2.1.2 EFEITOS SUBJETIVOS DO CONTROLE DIFUSO NO SISTEMA NORTE-AMERICANO

Apesar de o sistema norte-americano ter adotado o sistema da *common law* com limitações – pois não adotou a autoridade do Parlamento e, sim, a supremacia da Constituição, ao consagrar o *judicial review* –, herdou daquele a importante lógica do *stare decisis*. Segundo Luís Roberto Barroso, *stare decisis* é instituto no qual os julgados de um Tribunal Superior (no caso a Suprema Corte) vinculam todos os Tribunais inferiores, no âmbito da mesma jurisdição e atingem, portanto, todos os casos a serem julgados, gerando uma eficácia *erga omnes* para as suas decisões.<sup>41</sup>

A adoção da lógica do *stare decisis* é consequência da estrutura judiciária e processual adotada pelo sistema da *common law*. Nos países de *common law*, as Cortes Superiores possuem uma estrutura e organização unitária e compacta. Trata-se de uma Corte Superior, de natureza jurisdicional, que está no vértice do sistema judiciário. Tal Corte é composta por poucos juízes (por exemplo, nove, nas Cortes Supremas dos Estados Unidos e do Canadá), gera unidade e concentração e a consequente autoridade dos Tribunais, dos magistrados singulares que os integram e de suas decisões. A nomeação dos juízes que compõem esses tribunais é de escolha política, premia personalidades de destacada importância e gera, com isso, decisões mais técnicas, originais, valoradas, mais criativas e individualizadas, evitando que as decisões sejam proferidas mecanicamente e de forma puramente legalistas.<sup>42</sup>

No sistema da *common law*, permite-se que os juízes das Cortes Supremas não julguem todos os recursos que lhes chegam às mãos, permite-se que eles escolham os processos que tenham questões de maior importância e relevância geral e que lhes pareçam de maior gravidade. Disso decorre uma consequência positiva, que é a de essas Cortes Supremas não se afogarem no grande número de recursos e de poderem proferir decisões mais bem analisadas, detalhadas, estudadas e que não comprometam a qualidade de seu trabalhos e a

---

<sup>41</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 48.

<sup>42</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999<sup>a</sup>, p. 116-121.

autoridade de suas sentenças, e, assim, estão constantemente honrando a função da Suprema Corte, que é a de esclarecer, orientar e modernizar o Direito.<sup>43</sup>

A concepção de Direito nos países de *common law* não tende a identificá-lo exclusivamente com a lei. Nesse sistema, as leis são vistas como fonte excepcional de Direito, pois sempre há o direito desenvolvido pelos juízes, que disciplinam as relações jurídicas das partes no caso concreto.<sup>44</sup> A unidade do sistema judiciário e a autoridade das decisões da Suprema Corte dão importância a essas decisões e vinculam todos os demais órgãos inferiores do Poder Judiciário, devendo estes, quando forem decidir matéria semelhante, observar o que já tiver sido decidido a respeito daquela matéria na Corte – o *stare decisis*. Assim, a declaração de inconstitucionalidade, mesmo analisada em um caso concreto, entre as partes do processo, traz como consequência efeitos gerais, *erga omnes*, em face de todos.<sup>45</sup>

Conclui Mauro Cappelletti:

O resultado final do princípio do vínculo aos precedentes é que, embora também nas Cortes (estaduais e federais) norte-americanas possam surgir divergências quanto à constitucionalidade de uma determinada lei, através do sistema das impugnações a questão de constitucionalidade poderá acabar, porém, por ser decidida pelos órgãos judiciários superiores e, em particular, pela *Supreme Court* cuja decisão será, daquele momento em diante, vinculatória para todos os órgãos judiciários. Em outras palavras, o princípio do *stare decisis* opera de modo tal que o julgamento de inconstitucionalidade da lei acaba, indiretamente, por assumir uma verdadeira eficácia *erga omnes* e não se limita então a um caso concreto com possibilidade, no entanto, de que em outros casos a lei seja, ao invés, de novo aplicada.<sup>46</sup>

## 2.2 O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE: ORIGEM E EFEITOS

No dia 1º de outubro de 1920, entrou em vigor uma nova Constituição na Áustria, redigida com base no projeto elaborado pelo Mestre da “Escola Jurídica de Viena”, Hans Kelsen.<sup>47</sup> Kelsen é o criador da Teoria Pura do Direito, a qual influenciou profundamente o

---

<sup>43</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999a, p. 117-120.

<sup>44</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999a, p. 122-123.

<sup>45</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 48.

<sup>46</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999b, p. 80-81.

<sup>47</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999b, p. 68.

projeto da referida Constituição e o controle concentrado de constitucionalidade nela previsto.

A Teoria Pura do Direito:

É dirigida, fundamentalmente, à totalidade do direito e procura apreender os fenômenos singulares apenas em conexão sistemática com todos os outros, em cada parte do direito e na função do todo. Mas quando concebe o Direito como um organismo, não o entende como uma entidade supra-individual, supra-empírica-metafísica, no sentido biológico ou psicológico – uma representação, por trás da qual se ocultam postulados ético-políticos – mas apenas, única e exclusivamente, que o direito é um ordenamento e, por isso, todos os problemas jurídicos devem ser encarados e resolvidos como problemas de ordenamento. A Teoria Pura do Direito será então liberada de todo juízo de valor ético-político, numa análise estrutural, a mais exata possível, do direito positivo.<sup>48</sup>

Kelsen concebe um ordenamento jurídico escalonado em várias camadas de normas jurídicas. Esse escalonamento pode ser representado da seguinte forma: o pressuposto da norma fundamental coloca a Constituição na camada jurídico-positiva mais alta, com a função de regular os órgãos e o procedimento da produção jurídica geral, ou seja, da legislação. A Constituição pode determinar o conteúdo de leis futuras e, ao contrário, leis existentes, de determinado conteúdo, podem ser, por ela, coibidas.<sup>49</sup>

A garantia constitucional de igualdade perante a lei ou liberdade da pessoa gera a proibição de leis que tratam desigualmente os súditos ou desrespeitam determinada esfera da liberdade. Tais proibições podem funcionar técnico-juridicamente pela promulgação de uma lei inconstitucional sob a responsabilidade de órgãos interessados ou pela possibilidade de uma impugnação ou revogação de tais leis, isso sob o pressuposto de que uma lei não possui força para revogar a lei constitucional que a determina e esta só pode ser modificada ou revogada sob condições mais difíceis, mais do que o procedimento legislativo comum, ou seja, por maioria qualificada.<sup>50</sup>

Diante da supremacia da Constituição, da obrigatoriedade do texto constitucional e da ineficácia de todo e qualquer ato normativo contraveniente, Kelsen defendeu – e executou sua teoria na Constituição da Áustria de 1920 – que uma Constituição deve dispor sempre de

---

<sup>48</sup> Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução: José Cretella Júnior e Agnes Cretella. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 93.

<sup>49</sup> Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução: José Cretella Júnior e Agnes Cretella. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 103.

<sup>50</sup> Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução: José Cretella Júnior e Agnes Cretella. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 103-104.

garantias para a anulação de atos inconstitucionais, de forma a mantê-la obrigatória. Defendeu ser necessário, para isso, a existência de um órgão incumbido de zelar pela anulação dos atos incompatíveis com a Constituição e a existência de uma sanção qualificada, ou seja, a previsão de mecanismos de controle que englobem: *a)* o procedimento de anulação do ato inconstitucional; *b)* o órgão competente e especializado especialmente para isso; *c)* a sanção para a lei inconstitucional: a extinção dessa norma do ordenamento jurídico.<sup>51</sup>

Como o controle difuso de constitucionalidade é mais antigo que o controle concentrado, o mais lógico seria a difusão daquele sistema por todos os ordenamentos jurídicos, antes do controle concentrado. De fato o controle difuso alastrou-se por vários Estados e está previsto em várias Constituições, no entanto, a maioria dos países da Europa Ocidental que adotava o sistema da *civil law* deixou de adotá-lo ou o adotou e não se adaptou a ele – como foi o caso da Alemanha (na época da Constituição de Weimar) e da Itália (nos anos de 1948 a 1956), que passaram por breves experiências com o controle difuso, porém este não prosperou. A causa de a maioria dos países de *civil law* não ter adotado o controle difuso de constitucionalidade deu-se porque esse tipo de controle traz em sua essência um princípio especial que é típico do *common law* e incompatível com o sistema jurídico dos países de *civil law*: o *stare decisis*.

O *stare decisis* não é adotado nos sistemas de *civil law* especialmente por causa da estrutura judiciária e processual muito diferente do sistema de *common law*. Em primeiro lugar, as Cortes Supremas do *civil law*, ao contrário das Cortes da estrutura do Judiciário dos países de *common law*, possuem um elevado número de juízes e são divididas em seções. Cada uma dessas seções acaba decidindo de maneira independente das demais, o que culmina na falta de unidade e firmeza e no enfraquecimento da autoridade desses Tribunais e de suas decisões, em comparação com a autoridade dos Tribunais e decisões do sistema de *common law*.<sup>52</sup>

Em segundo lugar, no sistema de *civil law*, os juízes das Cortes Supremas são juízes de carreira, que escolheram a profissão judiciária em idade tenra e, após uma série de exames e concursos, foram gradualmente promovidos. Esse tipo de juiz costuma não gostar de se

---

<sup>51</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET, Paulo Gustavo Branco. *Curso de Direito Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 953-954.

<sup>52</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999a, p. 117.

colocar em evidência, e, portanto, não cria novas regras para o Direito. A sua formação tende para uma aplicação técnica, mecânica da lei.<sup>53</sup> Também contribui o fato de o juiz do *civil law*, radicado em mult centenária história de desconfiança na discricionariedade dos poderes públicos e do Judiciário em particular, não poder se recusar a julgar determinado caso, sendo obrigado a resolver todos os que lhe chegam às mãos, o que faz o Poder Judiciário ficar abarrotado de processos e impede que as decisões sejam dadas com a técnica, a presteza e o cuidado que o juiz da *common law* possui;<sup>54</sup> além disso, o juiz da *civil law* está sempre vinculado à idéia de que Direito é apenas o que está previsto em lei,<sup>55</sup> o que impede que o Direito seja todos os dias atualizado, conforme a sociedade.

Diante dessa estrutura de falta de unidade e de autoridade das decisões proferidas pelas Cortes Superiores do *civil law*, o *stare decisis* não encontra espaço, visto que as decisões proferidas por essas Cortes não possuem autoridade suficiente para serem vinculantes e terem seus efeitos atribuídos *erga omnes* aos outros juízos inferiores. Assim, por não produzirem efeitos *erga omnes*, a introdução do sistema americano nos países de *civil law* poderia gerar insegurança jurídica, visto que uma mesma lei ou disposição de lei poderia não ser aplicada, porque considerada inconstitucional por um juiz e, ao mesmo tempo, poderia ser aplicada, pois considerada constitucional por outro juiz, gerando verdadeiros contrastes de tendência e conseqüências perigosas, como uma situação de conflito entre órgãos e situação de incerteza do Direito.<sup>56</sup>

Outro fator que impediu os países de *civil law* de adotar o princípio do *stare decisis* no seu controle de constitucionalidade foi a grande influência da concepção do princípio da separação dos poderes, que vigia à época. Ocorre que, por esse princípio, não caberia ao Poder Judiciário declarar a inconstitucionalidade de uma lei e torná-la inválida e ineficaz. Esta seria tarefa do Poder Legislativo, pois é ele o responsável pela elaboração das leis. Declarar a inconstitucionalidade e tornar a lei inválida e ineficaz, por meio do Poder Judiciário, implicaria usurpação e invasão da competência do Poder Legislativo. Estas eram a idéia e a interpretação do referido princípio à época, idéias contrárias ao controle difuso, que dava a

---

<sup>53</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999a, p. 120-121.

<sup>54</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999a, p. 117-118.

<sup>55</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999a, p. 123.

<sup>56</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999b, p. 77.



competência ao Judiciário de ser o último intérprete das leis, o qual as considerava inconstitucionais e tornava vinculante a sua decisão perante todos os demais órgãos que fossem aplicar a lei questionada.

Diante da falta de um controle de constitucionalidade feito sob medida para os países de sistema de *civil law*, um controle cujas decisões fossem autoritárias e de efeitos gerais e vinculativos, Kelsen previu, na Constituição da Áustria, uma nova forma de controle, compatível com esse sistema e que chegasse aos mesmos resultados do controle difuso de constitucionalidade dos países de *common law*, de forma a garantir a autoridade das Cortes Supremas: criou o controle concentrado de constitucionalidade.

Tal controle, como já foi dito, é feito por uma Corte Constitucional especial, que, no entanto, não é como a Suprema Corte dos países que adotam o controle difuso de constitucionalidade, ou seja, não é o órgão mais alto entre os órgãos ordinários do Judiciário, que julga casos recebidos por reclamações e recursos. As Cortes Constitucionais, na maioria dos países que adotaram o controle concentrado, são órgãos do Poder Judiciário especializados, com funções exclusivamente constitucionais e judicantes, nos quais uma questão de inconstitucionalidade somente chega por meio de um procedimento especial.<sup>57</sup> É composta por juízes de carreira e juízes não de carreira nomeados *ad hoc* pelos outros Poderes<sup>58</sup> e cujas decisões passam a ter força vinculante, portanto, efeito *erga omnes*, dada a importância desse órgão.

O procedimento de declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado somente pode ser feito por meio de ações especiais, objetivas (sem lide, sem partes e com constitucionalidade argüida em tese), previstas formalmente na Constituição, em que o objeto principal é o questionamento da constitucionalidade de determinada lei. Uma vez declarada tal inconstitucionalidade pelo órgão especial competente, a lei é removida do ordenamento jurídico. Essa espécie de controle foi se difundindo, e, hoje, a maioria dos países de tradição de *civil law* o adota.

### 3 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

---

<sup>57</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999b, p. 85-86.

<sup>58</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999b, p. 93-94.

A Constituição de 1988 foi bastante eficaz ao prever o controle de constitucionalidade das leis do ordenamento jurídico brasileiro. Quando se diz que foi bastante eficaz, foi também pelo fato de prever duas formas de controle. Assim o controle de constitucionalidade no Brasil é misto: há previsões para fazê-lo tanto pelo modelo difuso, quanto pelo modelo concentrado. O controle misto deve-se à evolução constitucional brasileira, a qual se passa a analisar.

### **3.1 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EM CADA UMA DAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS**

#### **3.1.1 A CONSTITUIÇÃO DE 1824**

A primeira Constituição brasileira, de 1824, nada previu a respeito do controle de constitucionalidade. A influência francesa e a aplicação cega do princípio da separação dos poderes ensejaram que se outorgasse ao Poder Judiciário apenas a competência de julgar, jamais a de suspender a validade e a eficácia de uma lei. Caberia ao Poder Legislativo a atribuição de fazer as leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las, bem como velar pela guarda da Constituição<sup>59</sup>. Segundo o que Pimenta Bueno lecionava à época:

Só o poder que faz a lei é o único competente para declarar por via de autoridade ou por disposição geral obrigatória, o preceito dela. Só ele e exclusivamente ele é quem tem o direito de interpretar o seu próprio ato, suas próprias vistas, sua vontade e seus fins. Nenhum outro poder tem o direito de interpretar por igual modo, já porque nenhuma lei lhe deu essa faculdade, já porque seria absurda a que lhe desse.<sup>60</sup>

#### **3.1.2 A CONSTITUIÇÃO DE 1891**

A Constituição de 1891 foi um pouco mais dinâmica. O Brasil sofria uma forte influência norte-americana. Com o advento da República e de uma Constituição escrita e rígida, sentiu-se a necessidade de um controle de constitucionalidade que mantivesse o ordenamento jurídico em perfeita harmonia. Assim, esta foi a primeira Constituição brasileira a prever o controle de constitucionalidade.

---

<sup>59</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET, Paulo Gustavo Branco. *Curso de Direito Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 982.

<sup>60</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET, Paulo Gustavo Branco. *Curso de Direito Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 982-983.

O Decreto 848, de 1890, denominado Constituição provisória, já havia trazido a previsão de tal controle e, dizia, segundo Celso Agrícola Barbi, que, “na guarda e aplicação da Constituição e das leis nacionais, a magistratura nacional só intervirá em espécie e por provocação da parte”,<sup>61</sup> consagrando um sistema de controle difuso de constitucionalidade concreto e incidental.

No caso, qualquer órgão da magistratura estava autorizado a analisar e declarar a inconstitucionalidade de lei, se, durante a análise de um processo comum, se deparasse com uma incompatibilidade com a Constituição. Entre os órgãos do Judiciário, o Supremo Tribunal Federal era o mais alto órgão, mas as questões de inconstitucionalidade lhe chegavam somente por meio de reclamações e recursos (como na Suprema Corte americana), no caso, por meio do Recurso Extraordinário (RE). O Supremo Tribunal Federal, por meio do RE, era competente para rever sentenças, em última instância, das Justiças dos Estados quando: a) se questionasse a validade ou a aplicação de tratado ou lei federal e a decisão do Tribunal fosse contra ela; b) quando se contestasse a validade de leis ou atos dos governos locais, em face da Constituição ou das leis federais e a decisão do Tribunal considerasse válidos esses atos ou leis impugnadas.<sup>62</sup>

À época, não restavam dúvidas quanto à competência de todos os órgãos do Poder Judiciário de declarar a inconstitucionalidade das leis que afrontassem a Constituição, inclusive a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar essas inconstitucionalidades que lhe chegassem por meio de recursos. No entanto, uma questão gerava bastante controvérsia: qual deveria ser o efeito a ser atribuído às decisões do STF, no controle difuso de constitucionalidade?

Se fosse nos Estados Unidos, sistema de *common law* e que adota o princípio do *stare decisis*, não restariam dúvidas de que o efeito para as decisões da Suprema Corte era vinculante para todos os outros órgãos do Judiciário, portanto, *erga omnes*. No entanto, o sistema jurídico brasileiro é um sistema de tradições romano-germânicas, incompatível com esse princípio. Mesmo assim, havia adotado o controle difuso de constitucionalidade, mas sem atribuir efeitos vinculantes às decisões do seu Superior Tribunal. Isso era um problema.

---

<sup>61</sup> BARBI, Celso Agrícola, *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET, Paulo Gustavo Branco. *Curso de Direito Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 983.

<sup>62</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET, Paulo Gustavo Branco. *Curso de Direito Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 983.

Ocorre que esse problema era gerado especialmente pela concepção que se adotava aqui no Brasil sobre o princípio da separação dos poderes. Atribuir efeitos *erga omnes* às decisões de inconstitucionalidade feitas no STF, portanto, pelo Poder Judiciário significava uma afronta, uma usurpação da competência do Poder Legislativo, o verdadeiro competente para, além de criar as leis, também revogá-las, suspender sua execução e anulá-las, conforme o entendimento de Pimenta Bueno já analisado. Assim, mesmo tendo adotado o controle difuso de constitucionalidade, não foi adotado com ele o seu efeito *erga omnes*, o que gerou um enorme desfalque e, em consequência, muita instabilidade jurídica.

Rui Barbosa,<sup>63</sup> que possuía a inequívoca consciência de que o controle de constitucionalidade feito pelo Judiciário não se havia de fazer *in abstracto*, mas, sim, *in concreto*, ou seja, tinha consciência de reconhecer o controle difuso de constitucionalidade como o vigente no Brasil, dizia que “os tribunais não intervêm na elaboração da lei, nem na sua aplicação geral. Não são órgãos consultivos nem para o legislador, nem para a administração”, e sintetizava que a *judicial review* “é um poder de hermenêutica, e não um poder de legislação”. Entendia que, por mais que os tribunais fossem revisores de sentenças que juízes ou tribunais inferiores declarassem inconstitucionais, estes não poderiam determinar sua aplicação geral, sob pena de ferir o princípio da separação de poderes.<sup>64</sup>

---

<sup>63</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 192.

<sup>64</sup> A interpretação do princípio da separação dos poderes à época era diferente da atual. Modernamente, o esse princípio continua com o entendimento de que cada Poder possui sua função e atividades de competência: o Poder Legislativo legisla, o Executivo administra e executa as leis e o Judiciário julga os casos concretos de acordo com as leis, obrigando as partes à sua observação. No entanto, essa separação não é mais vista com o rigor que costumava ter. Antes, confundia-se função com Poder. A função que um dos Poderes do Estado possuía era considerado o próprio Poder. Hoje se entende que função e Poder são conceitos que não são sinônimos. Cada Poder tem sua função, mas também possui a função de um outro Poder. Pode-se ver um Poder Judiciário praticando sua atividade principal, que é a de julgar, mas também pode-se vê-lo legislando, quando cada Tribunal produz seu Regimento Interno. Hodiernamente, a teoria de Montesquieu atingiu sua máxima interpretação. Segundo Paulo Napoleão (2000, p.157), “Os denominados Poderes do Estado, ou funções estatais, cada qual atuando soberana e decisoramente no seu campo exclusivo de atribuições, se complementam reciprocamente para a consecução dos fins do Estado em cada caso concreto”. O que antes era chamado colaboração, hoje, significa complementação recíproca, que não dispensa a decisão soberana de cada qual na etapa e no âmbito que lhe compete agir. E continua Paulo Napoleão (2000, p.158) “A complementação por meio das atribuições e por meio das atribuições exclusivas e típicas não exclui – ao contrário, importa em – a recíproca fiscalização entre os Poderes ou funções do Estado, ainda e, sobretudo, aqui visando à consecução dos fins do Estado”. E é isso que significa o princípio da harmonia: a complementação das atribuições, visando aos fins do Estado. “A indelegabilidade de funções e o impedimento do exercício simultâneo de cargos em mais de um Poder são somente elementos que comprovam a independência desses Poderes ou funções”. SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *O controle da constitucionalidade e o Senado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

Caso o Judiciário se deparasse com a inconstitucionalidade de uma lei, teria de declará-la,<sup>65</sup> dado que era esta sua função, no entanto sem o poder de vincular nenhuma outra decisão, em nenhum outro caso concreto. Como o controle difuso deixava lacunas e trazia instabilidade e falta de autoridade às decisões do Supremo Tribunal Federal, era necessária a criação de um mecanismo que conferisse importância às declarações de inconstitucionalidade do STF e atribuísse a elas efeitos *erga omnes*.

### 3.1.3 A CONSTITUIÇÃO DE 1934

Embora vários países da Europa já adotassem o controle concentrado de constitucionalidade inaugurado por Kelsen, na Constituição da Áustria de 1920, o Brasil não o adotou na nova Constituição de 1934, mas, sim, continuou com o controle difuso de constitucionalidade como sua principal forma de controle.

Como juntamente com o controle difuso permanecia o problema da falta de eficácia *erga omnes* das decisões do Supremo Tribunal Federal, a fim de resolver esse problema, a Constituição de 1934 previu mecanismo que, respeitando o sistema de *civil law* e o princípio da separação dos poderes, resolvia essa lacuna. Tal mecanismo consistia em duas fases: primeira, exigir o voto da maioria absoluta dos membros do STF, caso quisessem declarar a inconstitucionalidade de uma lei, a chamada reserva de plenário, e informar ao Senado Federal a sua decisão, e a segunda fase consistia em atribuir ao Senado a competência para

suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário', emprestando efeitos *erga omnes* à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

A fórmula inovadora buscava resolver o problema relativo à falta de eficácia geral das decisões tomadas pelo Supremo em sede de controle de constitucionalidade.<sup>66</sup>

Envolver o Senado Federal na suspensão da norma declarada inconstitucional pelo Judiciário foi a melhor forma encontrada para contornar os problemas. Por um lado, não haveria mais usurpação de Poderes, ferindo o princípio da separação dos poderes, porque a

---

<sup>65</sup> Como era previsto na Lei n. 221, de 1894, em seu art. 13, § 10: "Os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição", de acordo com Gilmar Ferreira Mendes, em *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, p. 192.

<sup>66</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET, Paulo Gustavo Branco. *Curso de Direito Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 985.

competência para suspender a execução da lei passou a ser do Senado, ou seja, do próprio Poder Legislativo, o verdadeiro competente para tanto. Por outro lado, agora o efeito da declaração de inconstitucionalidade seria *erga omnes* e a autoridade da decisão seria conservada.

A Constituição de 1934 também trouxe uma grande novidade: apesar de não ter previsto oficialmente o controle concentrado de constitucionalidade, previu a Representação Interventiva, que consistia em uma análise da inconstitucionalidade da lei que declarava a intervenção federal. A Representação Interventiva era uma ação especial, com legitimidade do Procurador-Geral da República para propô-la. Segundo Pedro Calmon, tal ação atribuiu à Suprema Corte o poder de declarar a constitucionalidade da lei de intervenção de forma puramente jurídica (sem a intervenção política do Senado).<sup>67</sup> Pela primeira vez, mesmo que de forma discreta e limitada apenas a esse caso, previu-se o controle concentrado de constitucionalidade.

#### **3.1.4 A CONSTITUIÇÃO DE 1937**

Em razão do momento histórico que o Brasil passava à época, a Constituição de 1937 representou um grande retrocesso para o controle de constitucionalidade, pois retirou toda a autoridade do Poder Judiciário. Se uma lei fosse considerada inconstitucional pelo Poder Judiciário e o Presidente da República entendesse que ela era necessária ao bem-estar do povo e à defesa de interesse nacional, o Chefe do Executivo poderia submetê-la novamente a julgamento no Congresso, e, se confirmada por dois terços em cada Casa, tornava-se Emenda à Constituição e, portanto, definitivamente constitucional.<sup>68</sup>

#### **3.1.5 A CONSTITUIÇÃO DE 1946**

A Constituição de 1946 restaurou o controle judicial de constitucionalidade perdido na Constituição anterior. O controle difuso continuou com as mesmas características que o marcaram durante a Constituição de 1934, ou seja, continuou sendo feito por meio de declaração da maioria absoluta dos membros do Tribunal e com atribuição de efeitos *erga omnes* somente se o Senado Federal suspendesse a execução da lei.

---

<sup>67</sup> CALMON, Pedro, *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET, Paulo Gustavo Branco. *Curso de Direito Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 986.

<sup>68</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET, Paulo Gustavo Branco. *Curso de Direito Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 987-989.

A Representação Interventiva, que, na Constituição de 1934 marcou o tímido aparecimento do controle concentrado, foi ampliada e, como não tinha um formato e procedimento previstos, permitiu-se ao Supremo Tribunal Federal desenvolver mecanismos processuais que viriam a ser consolidados, posteriormente, por lei.

A Emenda Constitucional 16/65 instituiu, ao lado da Representação Interventiva, uma outra forma de controle concentrado: o controle abstrato de normas estaduais e federais, feito por meio de uma Ação Genérica, cuja legitimidade também era do Procurador-Geral da República.<sup>69</sup>

### 3.1.6 A CONSTITUIÇÃO DE 1967

Na Constituição de 1967, o controle difuso preservou as mesmas regras da Constituição anterior. Já quanto ao controle concentrado, manteve-se a Representação Interventiva e ampliaram-se mais ainda suas hipóteses de cabimento e o controle *in abstracto* da Ação Genérica. No entanto, começou-se a questionar a legitimidade do Procurador-Geral da República e a debater a questão da sua arbitrariedade, por ser o único legitimado a questionar diretamente a inconstitucionalidade de leis, o que se refletiu na Constituinte de 1988.

A partir de então, a Ação Genérica passou a ter caráter dúplice, ou seja, o Procurador-Geral da República não agia mais por livre convencimento, mas passou a estar obrigado a propor uma questão de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, mesmo que estivesse convicto que uma lei era constitucional. Se tivesse chegado às suas mãos a arguição, ele seria obrigado a propor a inconstitucionalidade. Pelo caráter dúplice, se o STF julgasse a questão de inconstitucionalidade procedente, a lei em questão seria considerada inconstitucional; no entanto, se julgasse improcedente, a lei seria automaticamente considerada constitucional.<sup>70</sup>

---

<sup>69</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET, Paulo Gustavo Branco. *Curso de Direito Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 989-992.

<sup>70</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET, Paulo Gustavo Branco. *Curso de Direito Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 993-1000.

### **3.1.7 A CONSTITUIÇÃO DE 1988**

A Constituição brasileira de 1988 é denominada Constituição Democrática. Com ela vários mecanismos de proteção aos direitos fundamentais do indivíduo foram ampliados. O controle de constitucionalidade foi uma de suas grandes ampliações e inovações. O controle concentrado de constitucionalidade foi amplamente previsto. Qualquer lei, qualquer questão agora poderia ser objeto de questionamento de inconstitucionalidade. Também houve ampliação do rol de legitimados para a sua propositura.

Por ser o sistema jurídico brasileiro de *civil law*, plausível seria a hipótese de ser o controle concentrado o único adequado para ser adotado pela Constituição brasileira. No entanto, em razão da presença do controle difuso durante toda a história constitucional no Brasil, este passou a ser uma tradição, a qual a CF/88 não pôde ignorar. Assim, a nova Constituição reconheceu oficialmente a existência dos dois controles, o difuso e o concentrado, e consagrou um sistema misto de controle de constitucionalidade.

### **3.2 O CONTROLE CONCENTRADO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

O controle concentrado, que até a Constituição passada previa somente a Ação Interventiva e a Ação Genérica, ambas de legitimidade exclusiva do Procurador-Geral da República, sofreu uma ampliação consideravelmente grande e democrática: passou a ter um rol de legitimados bastante vasto e passou a ser feito tanto no âmbito estadual, quanto no federal.

No âmbito estadual, o controle de constitucionalidade é feito perante os Tribunais de Justiça, por meio de uma Representação de Inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal em face da CF/88 (art. 125, § 2º). No âmbito federal, é feito perante o Supremo Tribunal Federal.

Kelsen, quando criou o controle concentrado de constitucionalidade e o instituiu na Constituição da Áustria, de 1920, defendeu que, para que esse tipo de controle fosse compatível com os ordenamentos escalonados do sistema de *civil law* e para que observasse o princípio da separação dos poderes, era necessária a previsão de uma sanção qualificada, como já foi visto, ou seja, era necessária a existência de um órgão capaz de velar e guardar a Constituição, incumbido de zelar pela anulação dos atos com ela incompatíveis e competente



para realizar o procedimento de anulação do ato inconstitucional, tudo por meio de ações especiais e específicas para isso e com a sanção de anular e extinguir a norma inconstitucional do ordenamento jurídico.

Assim, a CF/88 previu que o órgão competente para julgar ações de inconstitucionalidade seria o Supremo Tribunal Federal. As ações específicas, objetivas, em que se analisa a inconstitucionalidade em tese, são a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão, a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), previstas pela nova Constituição.<sup>71</sup>

Se antes a Ação Genérica tinha como parte legítima para questionar a inconstitucionalidade de lei somente o Procurador-Geral da República, agora, a ADI, sua sucessora, possui como legitimados, além do Procurador-Geral da República, o Presidente da República, as Mesas do Senado e da Câmara dos Deputados, as Assembléias Legislativas, o Governador de Estado, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e as Confederações Sindicais e as entidades de classe de âmbito nacional (rol do art. 103 da CF/88), o que tornou o controle concentrado muito mais democrático.

No entanto, mesmo sendo controle concentrado de normas, para que seja declarada a inconstitucionalidade, a Constituição de 1988 previu que se deve observar a reserva de plenário prevista no art. 97 da CF/88, que exige o entendimento da maioria absoluta dos membros do Supremo Tribunal Federal (e no caso de Representação de Inconstitucionalidade nos Tribunais estaduais, a maioria absoluta do Pleno daquele Tribunal, ou do Órgão Especial, onde existir).<sup>72</sup>

Diz o art. 97 da CF/88:

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 ato normativo do Poder Público.

---

<sup>71</sup> A Ação Interventiva e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) também são formas de controle concentrado de constitucionalidade, no entanto não compartilham de todas as características do controle por via principal, nem sempre terão natureza abstrata nem a discussão constitucional será a questão principal envolvida.

<sup>72</sup> Ocorre que o art. 93 da CF/88, em seu inciso XI, prevê: “nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por antiguidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno”.

A maioria absoluta dos Ministros do Supremo Tribunal Federal implica o voto de, no mínimo, seis Ministros, visto que o STF é composto de onze Ministros. Mas não é tudo, para que se possa declarar a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de uma lei, é necessário *quorum* de, no mínimo, oito Ministros.

Diz o art. 22 da Lei 9.868/99, que dispõe sobre o processo e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal:

Art. 22. A decisão sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei ou ato normativo somente será tomada se presentes na sessão pelo menos oito Ministros.

Também o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal – RISTF prevê:

Art. 173. Efetuado o julgamento, com o *quorum* do art. 143<sup>73</sup>, parágrafo único, proclamar-se-á a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade do preceito ou do ato impugnados, se num ou noutro sentido se tiverem manifestado seis Ministros.

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

O controle concentrado de constitucionalidade na nova Constituição, ao contrário do que ocorria nas anteriores, passou a ser a principal forma de controle, pois, pelo fato de o Brasil possuir um sistema de *civil law*, esta é a forma de controle que garante a autoridade do Poder Judiciário quando declara a inconstitucionalidade de uma lei, tornando-a muito mais eficiente do que a feita por meio de controle difuso, que não tinha essa eficácia geral.

Assim, por meio do controle concentrado, as decisões de inconstitucionalidade de uma lei possuem efeitos *erga omnes*. Tal efeito decorre de vários motivos. Primeiro do fato de a autoridade das declarações de inconstitucionalidade feitas pelo Supremo Tribunal Federal ter sido reforçada; segundo, da natureza das ações próprias de questionamento de constitucionalidade de lei, que passaram a ser genéricas e abstratas e não mais concretas e incidentais. Essa última característica é determinante, pois ser abstrata significa que uma

---

<sup>73</sup> O art. 143, parágrafo único, do RISTF diz: “O *quorum* para votação de matéria constitucional e para eleição do Presidente e do Vice-Presidente, dos membros do Conselho Nacional da Magistratura e do Tribunal Superior Eleitoral é de oito Ministros”.

inconstitucionalidade é argüida em tese e não *in concreto*. Os legitimados para a ADIn, por exemplo, prevista no artigo 103 da CF/88, não são as partes do processo, propriamente dito, eles são substitutos processuais, pois postulam em nome próprio direito alheio, no caso, pleiteiam um direito da sociedade. Assim, a fim de atingir seus verdadeiros titulares do direito, que é toda a sociedade, o efeito da declaração de inconstitucionalidade pelo controle concentrado deve ser *erga omnes*.

Mas antes, a causa mais concreta para a atribuição de efeitos *erga omnes* ao controle concentrado de constitucionalidade, feito no Supremo Tribunal Federal, decorre de uma questão histórica, narrada por Paulo Napoleão Nogueira da Silva:

Em 25 de outubro de 1971, a Mesa de Matéria Constitucional do STF provocara consulta do Diretor-Geral do Tribunal à sua Comissão de Jurisprudência, sobre o procedimento a ser adotado em relação ao que dispunha o art. 180 do Regimento Interno da Corte. Embora formulada em 1971, a consulta só logrou receber parecer da Comissão em 11 de novembro de 1975 (Min. Moreira Alves, com manifestações em separado dos Ministros Xavier de Albuquerque, em 24 de novembro de 1975, e Thompson Flores, em 25 de novembro de 1975). Em 18 de abril de 1977, em recesso forçado do Congresso, o então Ministro-Presidente, Thompson Flores, proferiu despacho naquele expediente, determinando que o tribunal deixasse de comunicar ao Senado a inconstitucionalidade declarada em ação direta. O entendimento foi o de que, passada em julgado, a decisão do Supremo é dotada de eficácia *erga omnes*, não havendo por que ser suspensa pelo Senado a lei ou o ato normativo nulos em relação a todos. Em consequência diminuía a participação do órgão político no controle repressivo. Correspondentemente, aumentou o conteúdo judicial desse controle.<sup>74</sup>

Assim, a partir de então, a decisão que declara a inconstitucionalidade de uma lei em controle concentrado possui efeitos *erga omnes* e efeitos vinculantes, o que significa que todos os órgãos do Judiciário e da Administração Pública federal, estadual e municipal (art. 102, §2º, CF/88, acrescentado pela EC 45/2004) deverão observar a declaração de inconstitucionalidade firmada pelo Supremo Tribunal, sempre que tiver de decidir sobre matéria relacionada ao dispositivo considerado inconstitucional, sob pena de desobediência.

---

<sup>74</sup> SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *O controle da constitucionalidade e o Senado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 74-75.

### 3.3 O CONTROLE DIFUSO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

O controle difuso de constitucionalidade na Constituição de 1988 continuou com as mesmas características previstas nas Constituições anteriores. No entanto, perdeu a posição de principal forma de controle de constitucionalidade, diante da grande expansão do controle concentrado na nova Constituição, e passou à posição secundária.

Diante de todas as novidades e as ampliações do controle concentrado e diante da ampliação do rol de legitimados que esse controle sofreu, configurando a democratização do controle concentrado, o controle difuso de constitucionalidade continuou na nova Constituição em homenagem à longa tradição, que sempre o previu constitucionalmente, desde 1891, e porque, apesar da referida democratização e expansão do controle concentrado, aquela ainda era a “única via acessível ao cidadão comum para tutelar seus direitos subjetivos constitucionais”.<sup>75</sup>

Quanto ao legitimado para exercer o controle difuso de constitucionalidade, qualquer juiz ou Tribunal poderá exercê-lo. A declaração de inconstitucionalidade, em controle difuso, é suscitada em qualquer ação, de qualquer natureza, de qualquer rito, desde que o pedido seja incidental, ou seja, desde que o pedido não seja a pretensão principal, e desde que seja suscitada em um caso concreto e não em tese. Qualquer pessoa está legitimada a suscitar a inconstitucionalidade de uma lei, em um processo. Pode ser o autor, para se eximir dos efeitos da lei; o réu, como tese de defesa; o Ministério Público que estiver atuando como *custos legis*, terceiros legitimados, ou o juiz ou o Tribunal, de ofício, quando se deparar com lei em desconformidade com a Constituição.<sup>76</sup>

Embora qualquer órgão do Poder Judiciário possa exercê-lo, existe uma grande diferença entre a declaração de inconstitucionalidade de lei em primeira instância e o julgamento na segunda instância e nos Tribunais Superiores.<sup>77</sup> O controle difuso realizado

---

<sup>75</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 77.

<sup>76</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 77-78.

<sup>77</sup> A organização judiciária brasileira da Justiça comum é feita da seguinte forma: na base estão os órgãos de primeira instância, composta por juízes singulares; um degrau acima estão os Tribunais de segunda instância (estaduais), que analisam recursos da primeira instância, compostos de órgãos colegiados. Acima dos Tribunais estaduais estão dois Tribunais Superiores: o Superior Tribunal de Justiça – STJ e o Supremo Tribunal Federal – STF, também divididos em órgãos colegiados e que também analisam recursos, quando se trata de controle difuso.

pelos juízes singulares de primeira instância é feito de forma descomplicada: nos processos comuns, diante de uma lei que considerem em desconformidade com a Constituição, esses magistrados, sem maiores dificuldades, ao entenderem que a norma é inconstitucional, simplesmente não a aplicam ao caso concreto.

Já nos Tribunais, a declaração de inconstitucionalidade é feita de forma mais complicada. Tanto os Tribunais de segundo grau de jurisdição, quanto os Tribunais Superiores devem observar a reserva de plenário prevista no art. 97 da CF/88, que exige maioria absoluta do Plenário do Tribunal, ou do Órgão Especial, se houver – assim como especificado no controle concentrado, como já foi visto.

### **3.3.1 O CONTROLE DIFUSO NOS TRIBUNAIS ESTADUAIS**

O controle difuso nos Tribunais estaduais pode ser feito por meio dos recursos que lhe chegam ou por meio de Ação Originária. Por meio da Ação Originária, o Tribunal irá julgá-la como se fosse um juiz de primeiro grau, ou seja, diante de uma norma em desconformidade com a Constituição, basta o Tribunal não aplicá-la ao caso concreto. Já diante de recursos que suscitam a inconstitucionalidade de uma lei, essa declaração se torna um pouco mais complexa.

Diante do fato de ter que se observar a reserva de plenário, a declaração de inconstitucionalidade nos Tribunais de segunda instância (ou Tribunais estaduais) somente pode ser feita pelo Plenário ou Órgão Especial, não pode ser feita por órgão fracionário (Turmas, Câmaras, Seções, etc); ou seja, se um órgão fracionário de Tribunal estadual se depara com a inconstitucionalidade de uma lei, deve remeter a questão ao Plenário ou Órgão Especial.<sup>78</sup>

Sempre que o relator de um processo se deparar com uma questão de inconstitucionalidade, deverá obedecer ao procedimento previsto nos artigos 480 a 482 do Código de Processo Civil (CPC). Deverá, então, submeter a questão ao órgão fracionário de que é membro (portanto, a Turma, Câmara, Seção). Se esse órgão entender por rejeitar a arguição de inconstitucionalidade, o processo continuará seu procedimento normal, com a

---

<sup>78</sup> Exceto se já tiver sido declarada a inconstitucionalidade da norma questionada pelo Plenário do STF, nesse caso, não importa se em controle difuso ou concentrado, pelo simples fato de ter sido declarada pelo STF, a declaração deve ser levada em consideração já de início, por todos os órgãos do Poder Judiciário.

aplicação da norma, visto que não houve entendimento algum que impedisse a sua aplicação.<sup>79</sup>

Se, no entanto, o órgão fracionário entender que a norma questionada está em desconformidade com a Constituição, deverá lavrar acórdão nesse sentido e encaminhar a questão para ser submetida ao Plenário ou ao Órgão Especial. O processo fica suspenso no órgão fracionário, aguardando a decisão do órgão superior. O Plenário então deliberará a respeito do assunto e observará o *quorum* de maioria absoluta, em observância à reserva de Plenário prevista no art. 97 da CF/88. Contra essa decisão não caberá recurso. Após a deliberação, os autos retornam ao órgão fracionário, que deverá continuar o julgamento do processo e observar o que foi decidido pelo Plenário do Tribunal a respeito da inconstitucionalidade argüida.<sup>80</sup>

### **3.3.2 O CONTROLE DIFUSO NO STJ**

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) também realiza controle difuso de constitucionalidade, no entanto não o faz por meio de todos os recursos que chegam à sua competência. Exemplo disso é que, em regra geral, por meio de Recurso Especial (REsp), regido pelo art. 105, III, da CF/88, não haverá discussão a respeito de inconstitucionalidade de lei. Ocorre que ao REsp tocou apenas a competência de discutir questões infraconstitucionais, assim normalmente sua competência é fazer controle de leis federais. Ao contrário, o controle difuso de constitucionalidade somente chega ao STJ por meio de Ação Originária (art. 105, I, CF/88) ou de Recurso Ordinário (art. 105, II, CF/88).

Por meio da Ação Originária, o Superior Tribunal de Justiça atua, no controle difuso, como se fosse um juiz de primeira instância, basta não aplicar a lei que considera inconstitucional, no momento de julgar o caso. Já por meio do Recurso Ordinário, o STJ atua como se fosse um Tribunal de segunda instância e, portanto, possui o mesmo procedimento dos Tribunais estaduais, ou seja, quando o relator se depara com uma norma inconstitucional, deve remeter a questão ao órgão fracionário. Se este, por sua vez, entender que realmente há uma inconstitucionalidade, não deve declará-la, mas sim lavrar acórdão e remeter a questão ao

---

<sup>79</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 85-87.

<sup>80</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 85-87.

Plenário, ou Órgão Especial, para que este, por maioria, em observância à reserva de Plenário do art. 97 da CF/88, declare a inconstitucionalidade.<sup>81</sup>

### 3.3.3 CONTROLE DIFUSO NO STF

O controle difuso de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal é passível de ser feito por qualquer meio, em qualquer processo, em qualquer recurso que lhe chega. Pode ser feito por meio de Ação Originária (art. 102, I, CF/88) ou por meio de Recurso Ordinário (art. 102, II, CF/88). O controle difuso no STF também pode ser feito por meio de Recurso Extraordinário (RE), aliás, é por meio deste que o Supremo realiza a grande maioria do controle difuso de constitucionalidade de leis,<sup>82</sup> as próprias hipóteses de cabimento de Recurso Extraordinário já dizem o quanto este é importante para analisar a constitucionalidade de lei, em sede de controle difuso.<sup>83</sup>

Como nos outros Tribunais, o controle em ação originária é feito como se fosse por um juiz de primeiro grau, basta que ele não aplique a lei que considera inconstitucional. O controle por meio do recurso ordinário é feito como se estivesse em um Tribunal estadual, ou seja, como já visto anteriormente: não pode ser feito por órgãos fracionários e, ao ser analisado em Plenário, deve-se observar a reserva de plenário – deve-se observar o voto da maioria absoluta dos membros do Tribunal.

Já o controle feito por meio de Recurso Extraordinário é bastante peculiar: em primeiro lugar, quando um órgão fracionário se depara com uma questão de inconstitucionalidade incidental, não faz como nos outros Tribunais, ou seja, não lavra acórdão e envia para o Plenário, mas, sim, envia direto a questão para o Plenário, sem a necessidade de um acórdão que entenda pela inconstitucionalidade.

Em segundo lugar, quando o Plenário analisa a inconstitucionalidade, aproveita e analisa também a lide, não faz como nos outros Tribunais que reenviam os autos para o órgão

---

<sup>81</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 87-88.

<sup>82</sup> Apenas entre janeiro e março de 2008 foram distribuídos 7.745 Recursos Extraordinários no STF. Durante o ano de 2007, foram distribuídos 49.708, segundo as estatísticas do STF, obtidas no site <<http://www.stf.jus.br>>.

<sup>83</sup> O art. 102, III, da CF/88 prevê que a competência do STF para julgar Recurso Extraordinário, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo constitucional, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal e julgar válido lei ou ato federal contestado em face da Constituição, além de julgar válida lei local em face de lei federal. A ofensa à Constituição deve ter sido direta, jamais reflexa.

fracionário para que este continue o julgamento, que estava suspenso. No Supremo Tribunal Federal, o julgamento não se suspende até que se decida pela inconstitucionalidade, o caso concreto a ser julgado sobe ao Plenário juntamente com a questão de inconstitucionalidade. Também no STF, em controle difuso, o Plenário decide pela inconstitucionalidade sempre observando a reserva de plenário do art. 97 da CF/88 e do art. 173 do RISTF.

No entanto, diante de tantas peculiaridades do controle difuso no Supremo Tribunal Federal, mesmo sendo feita por uma Corte Constitucional Superior, mesmo sendo observada a reserva de plenário, como no controle concentrado, mesmo sendo julgado pelos mesmos Ministros que fazem o controle concentrado de constitucionalidade, ao contrário desse controle, a declaração de inconstitucionalidade feita em controle difuso não possui autoridade suficiente para emprestar à sua decisão efeitos *erga omnes* e vinculativos aos outros Tribunais, para aplicá-la aos outros casos concretos. Para que isso aconteça, a Constituição de 1988 manteve a previsão daquela velha comunicação da decisão ao Senado Federal, a fim de que ele entenda por emprestar efeitos *erga omnes* à decisão de inconstitucionalidade obtida por meio de controle difuso, no Supremo Tribunal Federal.

### **3.4 CONSEQUÊNCIAS DA ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS *INTER PARTES* AO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE: O PAPEL DO SENADO NA ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS *ERGA OMNES***

A necessidade de o Senado Federal interferir no controle difuso de constitucionalidade, feito por meio de Recurso Extraordinário, no Supremo Tribunal Federal, para atribuir à decisão desta Corte efeitos *erga omnes* e, portanto, vinculante, não é fato recente. Desde a Constituição de 1891, diante da falta de autoridade das declarações de inconstitucionalidade do STF, de declarar definitivamente uma inconstitucionalidade e de vincular sua decisão aos demais julgamentos, sentia-se a necessidade de um mecanismo capaz de atribuir tais efeitos. O constituinte de 1934 criou tal mecanismo de forma a não violar o princípio da separação dos poderes (que foi exatamente o pivô que impediu que o princípio do *stare decisis* – que atribuía efeitos vinculantes às decisões da Suprema Corte – fosse herdado do sistema norte-americano, juntamente com o controle difuso de constitucionalidade).

Como foi visto, decidiu-se que o Senado, órgão do Poder Legislativo, e, portanto, com legitimidade para criar e suspender leis (ao contrário do Judiciário, sob pena deste usurpar a competência do Legislativo), ficaria com a responsabilidade de receber a



comunicação do Supremo Tribunal Federal sobre a decisão de inconstitucionalidade, analisá-la e, se concordar com ela, publicar resolução que suspenda a referida norma.

As decisões do STF a respeito de matéria de inconstitucionalidade jamais tiveram a autoridade de decisão judicial, como as outras decisões judiciais tinham, jamais tiveram a eficácia própria das decisões judiciais. Era sempre necessário o concurso do Senado para que as decisões tivessem eficácia *erga omnes* (embora, para Paulo Napoleão Nogueira da Silva, as decisões do Supremo Tribunal Federal foram e são sempre políticas, em sentido amplo, a competência do STF, quando aprecia questões de inconstitucionalidade, é sempre política, embora seja órgão do Poder Judiciário, dada a natureza de seus membros).<sup>84</sup>

Como já foi visto, somente a partir de abril de 1977, diante da decisão proferida pelo Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal à época, é que as declarações de inconstitucionalidade feitas em ações diretas passaram a ter a eficácia própria das suas decisões judiciais, pois, a partir dessa decisão, passaram a ter eficácia *erga omnes* por si só, não sendo mais necessária a comunicação ao Senado. No entanto, tal decisão funcionou apenas para o tímido controle concentrado e o controle difuso continuou a depender de resolução do Senado para ver atribuída à sua decisão efeitos *erga omnes*.

Assim, estava claro que os efeitos subjetivos atribuídos às resoluções do Senado que suspendiam a execução de leis declaradas inconstitucionais eram *erga omnes*. No entanto, quanto aos efeitos temporais dessa intervenção do Senado, havia uma discussão. Teria a resolução do Senado efeitos *ex nunc* ou *ex tunc*? Ou seja, teria ou não efeitos retroativos?

Quem defendia que a suspensão da lei declarada inconstitucional no Supremo Tribunal Federal pelo Senado Federal correspondia a uma revogação, atribuía efeitos *ex nunc*, ou seja, não retroativos, devendo ser respeitadas as situações constituídas antes da revogação. São partidários desse entendimento Oswaldo Aranha Bandeira de Mello e Themístocles Brandão.<sup>85</sup> No entanto, a maioria da doutrina considerava que a suspensão feita pelo Senado da lei inconstitucional era uma suspensão propriamente dita, que emanava efeitos *ex tunc*, ou

---

<sup>84</sup> SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *O controle da constitucionalidade e o Senado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 158.

<sup>85</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n. 162, p. 149 a 168, abr./jun. 2004, p. 150. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ri/ principal.htm>>. Acesso em: 13 abr. 2008

seja, por ser uma lei natimorta, deveria ser considerada nula desde o início, jamais tendo produzido efeitos válidos, como se nunca tivesse existido.

Outra discussão também era a respeito da discricionariedade da competência do Senado ao produzir a resolução que atribuía efeitos *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade em controle difuso, no Supremo Tribunal Federal. O Supremo teve a oportunidade de discutir a questão no Mandado de Segurança 16.512, impetrado contra a Resolução nº 93, de 14 de outubro de 1965, pela qual o Senado suspendera a execução de preceito do Código Paulista de Impostos e Taxas.

Gilmar Ferreira Mendes, a respeito desse julgamento, comenta:

o Supremo Tribunal Federal reconheceu que o Senado não estava obrigado a proceder à suspensão do ato declarado inconstitucional. Nessa linha de entendimento, ensinava o Ministro Victor Nunes: “(...) o Senado terá seu próprio critério de conveniência e oportunidade para praticar o ato de suspensão. Se uma questão foi aqui decidida por maioria escassa e novos Ministros são nomeados, como há pouco aconteceu, é de todo razoável que o Senado aguarde novo pronunciamento antes de suspender a lei. Mesmo porque não há sanção específica nem prazo certo para o Senado se manifestar”.

Todavia, ao suspender o ato que teve a inconstitucionalidade pronunciada pelo Supremo Tribunal Federal, não poderia aquela Alta Casa do Congresso revogar o ato anterior. Da mesma forma, o ato do Senado haveria de se ater à “extensão do julgado do Supremo Tribunal”, não tendo “competência para examinar o mérito da decisão (...), para interpretá-la, para ampliá-la ou restringi-la”.<sup>86</sup>

Também se indaga, ainda, a respeito da intervenção do Senado no controle difuso de constitucionalidade, se o Supremo Tribunal Federal pode vir a reconhecer a constitucionalidade de uma lei declarada inconstitucional anteriormente, mesmo após regular comunicação ao Senado. A resposta poderá ser afirmativa, considerando o lapso temporal decorrido entre a comunicação e o novo julgamento, sem que o Senado se tenha manifestado. “Assim, como o Senado não está obrigado a suspender imediatamente o ato declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, nada obsta que o Tribunal reveja a

---

<sup>86</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n. 162, p. 149 a 168, abr./jun. 2004, p. 153. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/principal.htm>>. Acesso em: 13 abr. 2008.

orientação anteriormente firmada”. Nesse caso, a suspensão superveniente não deverá produzir efeitos jurídicos relevantes.<sup>87</sup>

Outra questão diz respeito ao papel do Senado Federal ao atribuir efeitos *erga omnes* ao controle difuso de constitucionalidade. De acordo com Paulo Napoleão, o Senado possui natureza tríplice: a) é órgão do Poder Legislativo e co-partícipe na elaboração da vontade geral; b) é câmara federativa revisora, responsável pelos interesses superiores da federação, um coordenador dos Poderes do Estado; e c) é co-integrante de uma Corte Constitucional, pois concorre com as competências do Supremo Tribunal Federal para o controle difuso de normas. É exatamente em relação a essa última função que se discute o papel desse órgão.<sup>88</sup>

A respeito do assunto, a doutrina, antes da CF/88, dividia-se em duas correntes. Marcelo Caetano<sup>89</sup> apontava que a primeira corrente via o Senado como “mero executor” do acórdão do Supremo Tribunal Federal, sendo que suas resoluções possuíam um único fim: o de “tornar público” o julgamento. De acordo com essa corrente, na melhor das hipóteses, o máximo que o Senado poderia fazer, além de dar publicidade às decisões do STF, era protelar a produção de sua resolução, caso tivesse dúvidas a respeito do *quorum* exigido para a declaração de inconstitucionalidade, ou seja, o papel do Senado ia no máximo até a observação do aspecto formal do acórdão, para poder produzir sua resolução. Entre os que defendiam essa posição estavam: Themístocles Brandão Cavalcanti, Pontes de Miranda, Afonso Arinos, Alfredo Buzaid, Seabra Fagundes, Lúcio Bittencourt e Roberto Rosas, entre outros.<sup>90</sup>

A segunda corrente, segundo o autor, sustentava, ao contrário, que o papel do Senado era o de exercer no controle de constitucionalidade uma verdadeira função política. Ele deveria observar a conveniência e a oportunidade de retirar do ordenamento jurídico a norma declarada inconstitucional, observar se isso não seria, por exemplo, mais prejudicial ao

---

<sup>87</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET, Paulo Gustavo Branco. *Curso de Direito Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1029.

<sup>88</sup> SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *O controle da constitucionalidade e o Senado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 159.

<sup>89</sup> CAETANO, Marcelo, *apud* SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *O controle da constitucionalidade e o Senado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 97.

<sup>90</sup> SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *O controle da constitucionalidade e o Senado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 106.

ordenamento do que deixar a norma em vigor, isso porque ao Senado era atribuído o papel de coordenador dos Poderes do Estado.<sup>91</sup> Defendia Josaphá Marinho que:

Vedar a apreciação das consequências jurídicas e sociais do julgado, não para afrontá-lo ou alterá-lo, mas para dizer da conveniência e oportunidade de suspender a executoriedade da lei ou decreto, é, praticamente, constranger o Senado a simples cartório de registro de inconstitucionalidade.<sup>92</sup>

Entre os seguidores dessa segunda corrente estavam: José Afonso da Silva, Pinto Ferreira, Ataliba Pereira Viana, Francisco Sá Filho, Josaphá Marinho, Aliomar Baleeiro, Luiz Gallotti, Victor Nunes Leal, Paulo Brossard e Marcelo Caetano, entre outros.<sup>93</sup>

### **3.5 COMO SE INICIOU A DISCUSSÃO A RESPEITO DO VERDADEIRO PAPEL DO SENADO NA ATRIBUIÇÃO DE EFEITO *ERGA OMNES* À DECLARAÇÃO EM CONTROLE DIFUSO APÓS A CF/88**

Por amor à tradição, a CF/88 manteve as mesmas regras das Constituições anteriores, em relação à declaração de inconstitucionalidade feita em controle difuso no Supremo Tribunal Federal. Assim, continuou previsto em seu artigo 52, inciso X, a intervenção do Senado Federal para suspender, por meio de resolução, a execução da lei declarada inconstitucional pelo STF em controle difuso e atribuir-lhe efeitos *erga omnes*. É o que se pode ver do texto da lei:

Art. 52. Compete privativamente ao Senado:

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

Também o art. 178 do Regimento Interno do STF prevê:

Art. 178. Declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade, na forma prevista nos arts. 176 e 177, far-se-á comunicação, logo após a decisão, à autoridade ou órgão interessado, bem como, depois do trânsito em julgado, ao Senado Federal, para os efeitos do art. 42, VII,<sup>94</sup> da Constituição.

---

<sup>91</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n. 162, p. 149 a 168, abr./jun. 2004, p. 151. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/principal.htm>>. Acesso em: 13 abr. 2008.

<sup>92</sup> MARINHO, Josaphá, apud SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *O controle da constitucionalidade e o Senado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 96-97.

<sup>93</sup> SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *O controle da constitucionalidade e o Senado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 106.

<sup>94</sup> Atual art. 52, inciso X, da CF/88.

Juntamente com o mecanismo, permaneceram as discussões, aquelas a respeito dos efeitos e da natureza da resolução do Senado que suspende a lei ou ato normativo declarado inconstitucional, sobre o caráter vinculado ou discricionário do ato praticado pelo Senado, e surgiu também uma grande discussão: sobre a pertinência, ou não, da suspensão da lei pelo Senado diante do pronunciamento de inconstitucionalidade no controle difuso<sup>95</sup> e o verdadeiro papel dessa Casa Legislativa.

Como o instituto ainda subsiste, as resoluções que o Senado Federal ainda produz, de fato, emprestam efeitos *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade feita pelo Supremo Tribunal Federal, por meio de controle difuso de constitucionalidade. Quanto aos efeitos temporais, permaneceu o entendimento dominante antes da CF/88 de que a suspensão da lei declarada inconstitucional feita pelo Senado tinha efeitos retroativos, portanto, *ex tunc*, pois como se trata de suspensão de lei, trata-se também de nulidade, é como se a lei nunca tivesse existido. Quanto à discricionariedade, também permaneceu o entendimento de que o Senado Federal não tinha a obrigação de suspender a execução da lei inconstitucional, mas, sim, discricionariedade para atuar de acordo com a sua conveniência e oportunidade.

Em relação ao papel do Senado Federal em atribuir efeitos *erga omnes* ao controle difuso de constitucionalidade, antes da CF/88 havia uma grande divergência se o Senado era mero executor da decisão do Supremo Tribunal Federal, com o único objetivo de dar publicidade às decisões daquele Tribunal, ou se ele realmente tinha algum papel político importante, alguma função realmente determinante para o controle difuso de constitucionalidade. A discussão sempre foi muito acirrada e a doutrina bastante dividida. No entanto, atualmente, o entendimento é o de que a suspensão da execução da lei pelo Senado há de ter simples efeito de publicidade. Assim, não é mais a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do STF, é a própria decisão dessa Corte que possui força normativa,<sup>96</sup> isso diante da evolução que o controle concentrado sofreu, deixando para trás o controle difuso, e da mutação constitucional que ocorreu com o art. 52, inciso X, da CF/88, como será visto a seguir.

A respeito do assunto, conclui Gilmar Ferreira Mendes:

---

<sup>95</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n. 162, p. 149 a 168, abr./jun. 2004, p. 149. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/principal.htm>>. Acesso em: 13 abr. 2008

<sup>96</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET, Paulo Gustavo Branco. *Curso de Direito Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1037.

Assim, o Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, uma vez que não cuida de decisão substantiva, mas de simples dever de publicação, tal como reconhecido a outros órgãos políticos em alguns sistemas constitucionais (...). A não-publicação não terá o condão de impedir que a decisão do Supremo assuma a sua real eficácia.<sup>97</sup>

Dessa forma, tendo o papel do Senado sido alterado após a CF/88, também o entendimento a respeito da pertinência, ou não, da suspensão, pelo Senado, da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em controle difuso começou a mudar. O mecanismo criado na Constituição de 1934 de intervenção do Senado Federal perdeu parte de seu significado com a ampliação do controle abstrato de normas, “sofrendo mesmo um processo de obsolescência”.<sup>98</sup> Ocorre que a ampliação do rol de legitimados para o controle concentrado e a atribuição automática de efeitos *erga omnes* às decisões do STF contribuíram para que se mitigasse a crença na própria finalidade do instituto, que se inspirava em uma concepção de separação de Poderes, ultrapassada atualmente.<sup>99</sup>

A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso, ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (art. 103), permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas. A ampla legitimação, a presteza e a celeridade desse modelo processual, dotado inclusive da possibilidade de se suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido de cautelar, fazem com que as grandes questões constitucionais sejam solvidas, na sua maioria, mediante a utilização da ação direta, típico instrumento do controle concentrado. Assim, se continuamos a ter um modelo misto de controle de constitucionalidade, a ênfase passou a residir não mais no sistema difuso, mas no de perfil concentrado.<sup>100</sup>

E o controle concentrado não passou a ser considerado a principal forma de controle de constitucionalidade somente por causa da ampliação do rol de legitimados para a ADIn, mas também por causa da previsão, na Constituição, da Ação Declaratória de Constitucionalidade, e seu vasto rol de legitimados, e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – instrumento subsidiário para resolver questões não contempladas pelo

---

<sup>97</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET, Paulo Gustavo Branco. *Curso de Direito Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1037.

<sup>98</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET, Paulo Gustavo Branco. *Curso de Direito Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1029.

<sup>99</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET, Paulo Gustavo Branco. *Curso de Direito Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1029.

<sup>100</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET, Paulo Gustavo Branco. *Curso de Direito Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1032.

modelo concentrado – pelo que qualquer tipo de questão poder ter analisada sua inconstitucionalidade com muito mais facilidade e com eficácia que alcança a todos.

Ademais, diante dessa ampliação do controle concentrado, o instituto da suspensão da execução da lei pelo Senado passou a mostrar-se inadequado para assegurar eficácia geral a alguns tipos de decisões do Supremo Tribunal Federal, como, por exemplo, às decisões que não declarem a inconstitucionalidade de lei, mas somente se limitem a fixar uma orientação constitucionalmente correta,<sup>101</sup> ou quando o STF adota interpretação conforme à Constituição e restringe o significado de uma expressão literal ou preenche lacunas porventura existentes.<sup>102</sup> Nesses casos, a decisão proferida pelo STF não pode ter sua eficácia ampliada, pois não se trata de declaração de inconstitucionalidade propriamente dita, o que a torna obsoleta.

Na mesma situação também estão as hipóteses de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, em que se declara a inconstitucionalidade sem que a norma sofra qualquer alteração literal no texto, com efeitos *inter partes*. Esses são os primeiros casos em que se pode notar que a função do Senado de suspender a execução das leis declaradas inconstitucionais não tem mais importância. Ademais, além dessas situações em que a suspensão da execução da lei pelo Senado não é compatível com o controle difuso feito no Supremo Tribunal Federal, os próprios institutos criados como mecanismo de atribuição de efeitos *erga omnes* ao controle difuso foram enfraquecendo-o.

É o caso da reserva de plenário prevista no art. 97 da CF/88. Em 1997, no julgamento do RE 190.728, o STF decidiu, já apoiado em precedentes, pela dispensabilidade de o órgão fracionário de Tribunal encaminhar o tema constitucional ao Plenário, quando se visse diante de uma inconstitucionalidade incidental, se o STF já tiver se pronunciado sobre a inconstitucionalidade da lei questionada.<sup>103</sup> A partir dessa decisão, inegavelmente e irreversivelmente, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade feita em controle difuso de constitucionalidade, no Supremo Tribunal Federal passam a se equiparar com os do controle concentrado, pois, nesse caso, ao controle difuso é atribuída eficácia *erga omnes*.

---

<sup>101</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET, Paulo Gustavo Branco. *Curso de Direito Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1030.

<sup>102</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET, Paulo Gustavo Branco. *Curso de Direito Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1030.

<sup>103</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET, Paulo Gustavo Branco. *Curso de Direito Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1031.

Passou-se a decidir com fundamento na declaração de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, proferida *incidenter tantum*.

Vê-se, também, a presença dos efeitos *erga omnes* e vinculantes no controle difuso, não só quanto ao dispositivo da decisão de inconstitucionalidade, mas também nos fundamentos dessa decisão quando a Lei n. 8.038/90 consolida que, em sede de Recurso Extraordinário, o relator possui a faculdade de negar seguimento ao recurso intempestivo, incabível, improcedente ou prejudicado, ou que contrarie Súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, ou quando o Código de Processo Civil, em seu art. 557, § 1º-A, autoriza o relator a dar provimento ao recurso se a decisão recorrida estiver em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do STF ou de Tribunal Superior. “Evidentemente, semelhante orientação só pode vicejar caso se admita que a decisão tomada pelo Plenário seja dotada de eficácia transcendente, sendo, por isso, dispensável a manifestação do Senado Federal”,<sup>104</sup> não importando se essa decisão proferida em Plenário foi feita em controle difuso ou concentrado.

Também se observa a atribuição natural de efeitos *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade feita em controle difuso de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal em relação às inconstitucionalidades declaradas em ações coletivas, em ações civis públicas ou em mandado de segurança coletivo, que chegam, por meio de RE, ao Plenário do STF. Ocorre que essas ações possuem em um dos pólos um número indeterminado de pessoas e não é possível atribuir eficácia *inter partes* a essa decisão de inconstitucionalidade, se, nessas ações, é impossível determinar quem são as partes. Assim, diante desses casos:

a suspensão da execução da lei pelo Senado, tal como vinha sendo entendida até aqui, revela-se completamente inútil, caso se entenda que tem outra função que não a de atribuir publicidade à decisão declaratória de ilegitimidade. Recorde-se, a propósito, que o Supremo Tribunal Federal, em decisão unânime de 7-4-2003, julgou prejudicada a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1-919 (Rel. Ellen Gracie), proposta contra o Provimento 556/97, editado pelo Conselho Superior da Magistratura paulista. A referida resolução previa a destruição física dos autos transitados em julgado e arquivados há mais de cinco anos em primeira instância. A decisão pela prejudicialidade decorreu do fato de o Superior Tribunal de Justiça, em mandado de segurança coletivo, impetrado pela Associação dos Advogados de São Paulo (AASP), ter declarado a nulidade daquele ato.

---

<sup>104</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET, Paulo Gustavo Branco. *Curso de Direito Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1035.



Em outros termos, o Supremo Tribunal Federal acabou por reconhecer eficácia *erga omnes* à declaração de ilegitimidade de um ato normativo proferida em mandado de segurança pelo STJ. *Quid juris*, então, se a declaração de inconstitucionalidade for proferida pelo próprio Supremo Tribunal Federal em sede de ação civil pública? Se a decisão proferida nesses processos tem eficácia *erga omnes* (Lei n. 7.347, de 24-7-1985, art. 16), é difícil justificar a necessidade de comunicação ao Senado Federal.<sup>105</sup>

E é difícil mesmo justificar a necessidade de comunicação ao Senado Federal de declaração de inconstitucionalidade em controle difuso no Supremo Tribunal Federal, feita em ação coletiva. Ora, se em uma ação coletiva as partes beneficiadas com a declaração de inconstitucionalidade em controle difuso muitas vezes não podem ser determinadas, como na ação civil pública, vê-se que naturalmente a declaração de inconstitucionalidade feita em controle difuso incidentalmente nesse tipo de ação possui eficácia *erga omnes*. Se é natural aceitar essa eficácia para esse tipo de ação, em controle difuso, nada justifica que as outras declarações de inconstitucionalidade, também feitas em controle difuso no STF, em processos comuns, não tenham efeito *erga omnes*, afinal, o fim é o mesmo e o resultado inconstitucionalidade também o é.

Outro instituto que veio conferir o enfraquecimento do papel do Senado na suspensão da execução de lei declarada inconstitucional em controle difuso feito no Supremo Tribunal Federal é o da súmula vinculante. Após a reforma judicial feita pela Emenda Constitucional n. 45 (EC/45), a instituição da súmula vinculante (art. 103-A da CF/88) deslegitimou ainda mais a necessidade da intervenção do Senado Federal. Diz o dispositivo da Constituição:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre a matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.  
§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

---

<sup>105</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET, Paulo Gustavo Branco. *Curso de Direito Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1036.

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

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

Com o advento da súmula vinculante, não há mais que se falar que a inconstitucionalidade declarada pelo Supremo em sede de controle difuso só produz efeitos *inter partes*. Ora, as reiteradas decisões sobre matéria constitucional mencionadas no *caput* do referido artigo 103-A da CF/88, que poderão transformar-se em súmula vinculante, são decididas em casos concretos. Esse artigo não se refere jamais às matérias constitucionais decididas em ações abstratas (não teria sentido, estas já são vinculantes, desde seu nascimento), mas, sim, trata de matéria decidida incidentalmente.

Mesmo que o mais conservador dos estudiosos do Direito Constitucional dissesse que o Senado ainda é importante para atribuir efeitos *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade feita em controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal, após a Emenda Constitucional n. 45 não há mais como defender essa tese. Simplesmente porque não faz mais sentido, vai de encontro ao instituto, que veio exatamente para atribuir efeito vinculante e, portanto, *erga omnes* às decisões reiteradas a respeito de matéria constitucional do STF, após decisão de dois terços dos seus membros.

Conclui Gilmar Ferreira Mendes: “Ressalte-se que a adoção da súmula vinculante reforça a idéia de superação do art. 52, X, da CF, na medida em que permite aferir a inconstitucionalidade de determinada orientação pelo próprio Tribunal sem qualquer interferência do Senado Federal.”<sup>106</sup>

Outro instituto que garante a eficácia *erga omnes* da decisão que declara a inconstitucionalidade de lei em controle difuso no Supremo Tribunal Federal é a ação de Reclamação Constitucional, prevista no artigo 102, inciso I, letra “I”, da CF/88, que diz que é competência do STF processar e julgar originariamente a Reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões. Assim, quando o STF profere uma decisão, mesmo em caso concreto, sobre qualquer assunto constitucional, se essa decisão for

---

<sup>106</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET, Paulo Gustavo Branco. *Curso de Direito Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1037.

desrespeitada, ou deixar de ser observada por algum juiz de Tribunal inferior, existe uma ação – proposta por quem se sinta prejudicado por essa violação ou pelo Ministério Público – que visa cassar a decisão violadora e impor a execução, naquele caso, da decisão do STF.

Essa ação constitucional, a Reclamação, tem como objeto garantir a autoridade das decisões do Supremo e, com isso, garantir os efeitos *erga omnes* e vinculantes das suas decisões. Assim, uma declaração de inconstitucionalidade feita em um Recurso Extraordinário, incidentalmente, portanto, pode se estender para todos, sem a necessidade da interferência do Senado Federal, sob pena da desobediência dessa decisão ser cassada pelo Supremo.

Fora essas hipóteses, ainda há mais. Do ponto de vista formal, a interferência do Senado não faria mais sentido, se se observar que, mesmo que a declaração de inconstitucionalidade fosse feita em controle difuso, em RE, ela, assim como a feita em controle concentrado, é feita pelo Supremo Tribunal Federal, pelas mesmas pessoas que julgam a inconstitucionalidade das leis em controle concentrado, portanto, com a mesma legitimidade e autoridade. Ademais, ambos os controles feitos no Supremo Tribunal Federal exigem a observância da reserva de plenário prevista no art. 97 da CF/88, portanto, até mesmo o *quorum* exigido para declarar inconstitucionalidade da lei é o mesmo. Caberia, então, que a esta declaração de inconstitucionalidade feita por meio de RE fossem atribuídos os mesmos efeitos do controle concentrado, ou seja, *erga omnes*, sob pena de não se conseguir explicar tal diferenciação.

Diante de todo o exposto, ao que parece, a interferência do Senado Federal para atribuição de efeitos *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade feita em controle difuso no Supremo Tribunal Federal não tem mais sentido de ser atualmente, tornou-se obsoleta, ultrapassada e, diante dessa situação, Gilmar Ferreira Mendes conclui que “o instituto da suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão exclusivamente histórica”.<sup>107</sup>

---

<sup>107</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET, Paulo Gustavo Branco. *Curso de Direito Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1029.

#### **4 A ATUAL DISCUSSÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: A ATRIBUIÇÃO DE EFEITO *ERGA OMNES* AO CONTROLE DIFUSO**

No dia 23.2.2006, o Supremo Tribunal Federal julgou o *Habeas Corpus* 82.959/SP, de relatoria do Ministro Marco Aurélio. Esse HC chegou ao STF questionando a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, também conhecida como Lei de Crimes Hediondos, que, segundo o impetrante, fere o artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal.

Ocorre que o dispositivo constitucional prevê o princípio da individualização da pena, e o artigo da Lei de Crimes Hediondos, em questão, diz que, nos crimes previstos no art. 1º, a pena será cumprida integralmente em regime fechado. O impetrante alega que o fato de o cumprimento da pena para quem praticou crimes hediondos somente poder ser feito em regime integralmente fechado fere a Constituição, especificamente o princípio de que toda pena deve ser individualizada, de acordo com a culpabilidade da pessoa condenada e das condições sociopsicológicas que lhe são próprias.

O HC foi julgado procedente, e o Ministro Marco Aurélio fundamentou seu voto com os seguintes argumentos:

[...] a progressividade do regime está umbilicalmente ligada à própria pena, no que, acenando ao condenado com dias melhores, incentiva-o a correção de rumo, e portanto, a empreender um comportamento penitenciário voltado à ordem, ao mérito e a uma futura inserção no meio social.

[...]

Diz-se que a pena é individualizada porque o Estado Juiz, ao fixá-la, está compelido, por uma norma cogente, a observar as circunstâncias judiciais, ou seja, os fatos objetivos e subjetivos que se fizeram presentes à época do procedimento criminalmente condenável. Ela o é, não em relação ao crime considerado abstratamente, ou seja, ao tipo definido em lei, mas, por força das circunstâncias reinantes à época da prática. Daí cogitar o artigo 59 do Código Penal, que o juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, não só as penas aplicáveis dentre as cominadas (inciso I), como também o quantitativo (inciso II), o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade – e, portanto, provisório, já que passível de modificação até mesmo para adotar-se regime mais rigoroso (inciso III) – e a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

[...]

Por último, há de se considerar que a própria Constituição Federal contempla as restrições a serem impostas àqueles que se mostrem incursos em

dispositivos da Lei 8.072/90 e dentre elas não é dado encontrar a relativa à progressividade do regime de cumprimento da pena. O inciso LXIII do rol das garantias constitucionais – artigo 5º - afasta, tão somente, a fiança, a graça e a anistia para, em inciso posterior (XLVI), assegurar de forma abrangente, sem excepcionar esta ou aquela prática delituosa, a individualização da pena. Como então entender que o legislador ordinário o possa fazer? Seria a mesma coisa que estender aos chamados crimes hediondos, e assim enquadrados pela citada Lei, a imprescritibilidade que o legislador constitucional somente colocou às ações relativas a atos de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (inciso XLVI). Indaga-se: é possível ao legislador comum fazê-lo? A resposta somente pode ser negativa, a menos que se coloque em plano secundário a circunstância de que a previsão constitucional está contida no elenco das garantias constitucionais, conduzindo, por isso mesmo, à ilação no sentido de que, a *contrario sensu*, as demais ações ficam sujeitas à regra geral da prescrição. O mesmo raciocínio tem pertinência no que concerne à extensão, pela Lei em comento, do dispositivo atinente à clemência ao indulto, quando a Carta, em norma de exceção, apenas rechaçou a anistia e a graça – inciso XLIII do artigo 5º.

Destarte, tenho como inconstitucional o preceito do § 1º do artigo 2º da Lei 8.072/90, no que dispõe que a pena imposta pela prática de qualquer dos crimes nela mencionados será cumprida, integralmente, no regime fechado.

O Tribunal, por maioria, deferiu o pedido de *habeas corpus* e declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, nos termos do voto do relator, vencidos os Senhores Ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Celso de Mello e Presidente (Ministro Nelson Jobim). Votaram de acordo com o relator, entre outros, os Ministros Carlos Britto e Gilmar Mendes.

A partir desse julgado, várias Reclamações<sup>108</sup> começaram a ser propostas perante o Supremo Tribunal Federal, para que o Tribunal cassasse decisões que contrariassem este entendimento do STF. Uma destas foi a Reclamação 4.553/AC, de 4.5.2006, ajuizada contra decisões do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais de Rio Branco/AC, as quais indeferiram pedidos de progressão de regime em favor dos condenados por crimes hediondos. Alegou-se ofensa à autoridade da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no HC 82.959/SP, aquela que declarou a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, que negava, portanto, progressão de regime aos condenados pela prática de crimes hediondos.<sup>109</sup>

---

<sup>108</sup> Segundo Fredie Didier Jr., a Reclamação Constitucional é uma ação constitucional cujo objetivo é preservar a competência e garantir a autoridade das decisões dos Tribunais. Diz-se que a Reclamação não provoca a anulação ou reforma da decisão, mas, sim, a sua cassação, sem necessidade de o órgão inferior proferir outra. DIDIER, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 4. ed. 3 v. Salvador: JusPodium, 2007, p. 375-375.

<sup>109</sup> De acordo com Informativo n. 454, do STF, de 1º e 2 de fevereiro de 2007.

O julgamento da Reclamação 4.335, do STF, tomou um rumo bem diferente do que se imaginara. Os Ministros não se limitaram apenas a julgar a cassação da decisão do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais de Rio Branco/AC, que violava entendimento do Supremo Tribunal Federal e ofendia a autoridade do STF, mas passaram a enfatizar o assunto a respeito do obsoleto e desnecessário papel do Senado no controle difuso de constitucionalidade feito pelo STF, a atribuição do efeito *erga omnes* a essas decisões e a mutação constitucional do art. 52, inciso X, da CF/88.

Dependendo da decisão final da Corte – pois o julgamento ainda não concluído –, essa Reclamação se transformará em um marco, que poderá deslegitimar definitivamente o papel do Senado Federal para a suspensão de execução de lei declarada inconstitucional, em controle difuso feito pelo Supremo Tribunal Federal.

A atual situação da Reclamação 4.335 é a seguinte: somente quatro Ministros, até o presente momento, proferiram votos. O Ministro Gilmar Ferreira Mendes, acompanhado pelo Ministro Eros Grau, votou a favor da procedência da Reclamação. Votaram contra os Ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa. O Ministro Sepúlveda julgou a Reclamação improcedente, mas concedeu *habeas corpus* de ofício, para que o juiz examine os demais requisitos para deferimento de progressão de regime. Já o Ministro Joaquim Barbosa não conheceu da Reclamação. Os autos, no momento, estão com o Ministro Ricardo Lewandowski, que pediu vista em 19.4.2007 e, desde então, aguarda-se a conclusão do julgamento.<sup>110</sup>

## **4.1 O POSICIONAMENTO DOS MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DA RECLAMAÇÃO 4.335**

### **4.1.1 O POSICIONAMENTO DO MINISTRO GILMAR FERREIRA MENDES<sup>111</sup>**

A Reclamação 4.335, do Supremo Tribunal Federal, teve início em 4.5.2006, sob a relatoria do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, logo após a publicação da decisão do HC 82.959/SP, que julgou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90. A decisão do Ministro Marco Aurélio declarava inconstitucional a proibição de progressão de regimes para

---

<sup>110</sup> De acordo com andamento processual disponível no Acompanhamento Processual dos processos do STF.

<sup>111</sup> Infelizmente, o voto do Ministro Gilmar Mendes não pode ser disponibilizado para ninguém, segundo normas do seu Gabinete, pelo fato de o julgamento da Rcl 4.335 ainda não ter sido concluído, o que impossibilita a sua reprodução. As informações deste subtítulo são referentes ao que consta no Informativo 454, que relata a Sessão de Julgamento do dia 1º.2.2007.

condenados por crimes hediondos. Logo no início do julgamento dessa Reclamação, em 21.8.2006, o Relator, Ministro Gilmar Ferreira Mendes, concedeu, de ofício, liminar para afastamento da vedação legal de progressão de regime, até o julgamento final da Reclamação.<sup>112</sup>

Em julgamento, no dia 1º.2.2007, o Relator, Ministro Gilmar Mendes, julgou procedente a Reclamação, para cassar as decisões impugnadas e assentou que caberá ao juízo reclamado proferir nova decisão, para avaliar em cada caso concreto, se os interessados atendem ou não aos requisitos para gozar do referido benefício.

Quanto aos seus fundamentos, o Ministro relator conheceu da Reclamação, sob o fundamento de que, de fato, existe decisão do Supremo Tribunal Federal, cuja autoridade deve ser preservada. Em segundo lugar, concluiu que a jurisprudência do STF evoluiu em relação à utilização da Reclamação em sede de controle concentrado de normas, estendendo-a para todos os que tiverem suas decisões contrárias à autoridade das decisões do STF, com efeito *erga omnes* e vinculante, assim como em uma decisão de inconstitucionalidade em controle concentrado.<sup>113</sup>

No caso, para conhecer da Reclamação, como não se pretende ver respeitada a autoridade de uma decisão proferida em controle concentrado – cuja jurisprudência já está consolidada em favor do cabimento –, mas, sim, em controle difuso, o relator verificou se o instrumento da Reclamação fora usado de acordo com a sua destinação constitucional, ou seja, garantir a autoridade das decisões constitucionais, tendo concluído, como já foi visto, que sim.

Em seguida, examinou os argumentos do juízo reclamado, que alegavam que, como a decisão de inconstitucionalidade no HC 82.959/SP foi proferida em controle difuso de constitucionalidade, para que tivesse eficácia *erga omnes*, a princípio dependeria de expedição de resolução do Senado, de acordo com o art. 52, inciso X, da CF/88, que suspendesse a execução da lei. Discorreu, então, sobre o papel do Senado no controle de constitucionalidade.<sup>114</sup>

---

<sup>112</sup> De acordo com andamento processual disponível no Acompanhamento Processual dos processos do STF.

<sup>113</sup> De acordo com o Informativo do STF n. 454, de 1º a 2 de fevereiro de 2007.

<sup>114</sup> De acordo com o Informativo do STF n. 454, de 1º a 2 de fevereiro de 2007.

Sobre esse assunto, concluiu que a suspensão da execução pelo Senado do ato declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal seria ato político que empresta eficácia *erga omnes* às decisões definitivas de inconstitucionalidade proferidas em controle difuso e que, no entanto, a ampliação do controle abstrato de normas contribuiu para a diminuir a crença no instituto da intervenção do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade feito pelo STF e tornar sem sentido sua justificativa. Assentou que, ao alargar significativamente o rol de legitimados para provocar o STF, em controle concentrado de normas, o constituinte restringiu a amplitude do controle difuso de constitucionalidade.<sup>115</sup>

Considerou que, em razão disso, da multiplicação de decisões dotadas de eficácia geral e do advento da Lei nº 9.882/99,<sup>116</sup> alterou-se de forma radical a antiga concepção de divisão de poderes e tornou comum no sistema jurídico a decisão com eficácia geral (excepcional perante as Constituições anteriores). Ressaltou serem inevitáveis as reinterpretações do controle difuso de constitucionalidade e os institutos a ele vinculados, notadamente sobre a exigência da maioria absoluta para declaração de inconstitucionalidade e a suspensão da execução da lei pelo Senado Federal. Concluiu, então, que, se o STF declarar, em controle difuso, que uma norma é inconstitucional, essa decisão deve ter efeitos *erga omnes*, sendo legítimo entender que a fórmula relativa à suspensão da execução pelo Senado há de ter simples efeito de publicidade, somente para fazer publicar no Diário do Congresso tal decisão.<sup>117</sup>

Por fim, concluiu que a decisão de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, feita em controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal, proferida no HC 82.959/SP, possui efeitos *erga omnes* sim e deve sua decisão ser respeitada e observada por todos, pois é decisão vinculativa,<sup>118</sup> tudo isso porque o art. 52, inciso X, da CF/88 sofreu uma mutação constitucional.

---

<sup>115</sup> De acordo com o Informativo do STF n. 454, de 1º a 2 de fevereiro de 2007.

<sup>116</sup> A Lei 9.882/99 dispõe sobre o julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, prevista no art. 102, § 1º, da CF/88.

<sup>117</sup> De acordo com o Informativo do STF n. 454, de 1º a 2 de fevereiro de 2007.

<sup>118</sup> De acordo com o Informativo do STF n. 454, de 1º a 2 de fevereiro de 2007.



#### 4.1.2 O POSICIONAMENTO DO MINISTRO EROS GRAU<sup>119</sup>

O Ministro Eros Grau, na sessão plenária do dia 1º.2.2007, pediu vista dos autos, e, na sessão do dia 19.4.2007, proferiu importante voto-vista que acompanhou o Relator, o Ministro Gilmar Mendes, e julgou, portanto, procedente a Reclamação 4.335. Fundamentou sua decisão especialmente no fato de que a previsão do art. 52, inciso X, da CF/88, que trata da intervenção do Senado nas decisões de inconstitucionalidade feitas pelo Supremo Tribunal Federal em controle difuso, é apenas para dar publicidade a essas decisões, diante de um quadro de verdadeira mutação constitucional.

Para tanto, diz o Ministro, em seu voto, que uma das marcantes oposições que existe no bojo do Direito é a oposição que existe entre tutela da segurança jurídica e liberdades individuais *versus* a função da interpretação no desenvolvimento do Direito – que, segundo o Ministro, é a contínua adequação ao devir social. É a mesma coisa de se opor rigidez e elasticidade. No entanto, o Ministro conclui que essas oposições somente serão compreendidas se se entender que texto e norma não se sobrepõem, mas, sim, são conceitos diferentes. O texto é criado por meio do processo legislativo e pára por aí, solidifica-se. A norma vem depois, no bojo de um outro processo, o de interpretação.

Destaca também uma segunda oposição presente no Direito: a oposição que se dá entre uma dimensão constitucional textual *versus* uma dimensão constitucional normativa. E essas duas dimensões não são divisíveis, mas bastante interligadas. Um texto é desdobrado por meio da interpretação, para se encontrar a norma. Então, ocorre aqui um dinamismo. Isto é o Direito. Após essa conclusão, inicia o Ministro sua discussão:

O eminente Relator, jurista sensível à necessidade de adequação da Constituição ao devir social, em seu voto propõe se a promova no que tange aos efeitos das decisões do Supremo no exercício do controle difuso. E o faz extraíndo o seguinte sentido do texto do inciso X do artigo 52 da Constituição, no quadro de uma autêntica mutação constitucional: ao Senado Federal está atribuída competência para dar publicidade à suspensão da execução de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. A própria decisão do Supremo

---

<sup>119</sup> O Ministro Eros Grau disponibiliza, ao contrário do Ministro Gilmar Mendes, para o Setor de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, seus votos, mesmo antes de publicado o acórdão, mesmo antes de finalizado o julgamento do processo, pelo que todos os dados deste subtítulo foram baseados no voto proferido pelo Ministro Eros Grau na Rcl 4.335. Por meio desse voto, também, será possível analisar qual foi o entendimento do Ministro Gilmar Mendes e suas fundamentações, pois o voto do Ministro Eros Grau constantemente volta-se ao entendimento do Ministro relator, em seu voto.

conteria força normativa bastante para suspender a execução da lei declarada inconstitucional.

Eis, pois, o que nos incumbe: verificar se no caso houve – ou se não houve – mutação constitucional.

Inicia, então, justificando por que o Ministro relator julgou procedente a Reclamação 4.335 para dizer que uma declaração de inconstitucionalidade feita em controle difuso de constitucionalidade possui efeitos *erga omnes* e que o Senado apenas possui a função de órgão de publicidade desse tipo de decisão do Supremo Tribunal Federal, pois o art. 52, inciso X, da CF/88 sofreu uma mutação constitucional.

O motivo é que o crescimento do número de litígios e a multiplicação de processos idênticos no âmbito de sistema de controle difuso são reflexos da precariedade da paz e da segurança jurídica construída no âmbito da sociedade civil. Uma paz temporária, superada por dissenso entre particularismos e por conveniências. Esses dissensos e antagonismos não conseguem disfarçar suas verdadeiras raízes: a luta de classes sociais. Daí os cuidados do relator, que tem que fazer com que o Poder Judiciário cumpra com a sua verdadeira função. Diante disso, a oposição entre rigidez e elasticidade se manifesta, e, segundo o Ministro Eros Grau, o eminente relator opta pela elasticidade.

Para o Ministro Eros Grau, ao falar em elasticidade, em interpretação, em ir além da moldura do texto, cabe a indagação: até onde é legítimo o desdobramento do texto por meio da interpretação? Diz ele que isso somente poderá ser avaliado caso a caso, mas que uma interpretação é uma prudência, ou seja, não é saber puro, separado do texto, e haverá subversão quando o intérprete autêntico produzir norma que não seja correta. Cita, para tanto, Aulis Aarnio, que diz que uma norma é correta quando: a) se insere na moldura do Direito; b) quando o discurso que o justifica processa-se de maneira racional, lógica; e c) quando atende ao código dos valores dominantes.

Diz o Ministro:

o texto normativo obedece a limitações coletivas bastante estritas nas variações às quais se presta ao ser transformado em norma; ainda quando operem o que chamamos de mudança de jurisprudência, os intérpretes autênticos não estão livres para modificá-lo, o texto normativo, à vontade, reescrevendo-o a seu belprazer; o intérprete inscreve-se na tradição do texto – quer se amolde a ela com exatidão, quer se afaste dela em algum ponto, para atualizá-lo, o texto, é sustentado por ela, apóia-se nela e deve referir-se a ela, pelo menos implicitamente, se quiser que sua narrativa seja entendida

pelo público; o intérprete há de construir a norma respeitando a coerência interna do texto, sujeito a uma série de associações, oposições e homologias que conferem sentido ao texto, de modo que, em verdade, não inventa a norma. Permito-me repetir o que afirmei em outra oportunidade, para dizer que a norma encontra-se em estado de potência involúcra no texto; o intérprete a desnuda. Nesse sentido – isto é, no sentido de desvencilhamento da norma de seu invólucro: no sentido de fazê-la brotar do texto, do enunciado – é que afirmo que o intérprete "produz a norma". O intérprete compreende o sentido originário do texto e o deve manter como referência da norma que constitui. Dimensão legislativa e dimensão normativa do fenômeno jurídico, qual observei inicialmente, compõem um só processo, o processo que o direito é enquanto dinamismo. [...] Tudo andar bem, harmonicamente, se a coerência interna do texto normativo for observada na sua necessária atualização à realidade.

Então, para que uma interpretação se faça ouvir, ela deve ser falada nos moldes, na moldura do Direito, no caso, do texto de lei, do contrário, será inócua. Conclui, então, que o Ministro Gilmar Mendes, ao interpretar o artigo 52, inciso X, da CF/88, diante de um quadro de mutação constitucional, diz que, ao Senado, está atribuída a competência privativa de dar publicidade à suspensão da execução da lei declarada inconstitucional, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Diz que, no caso, o Ministro relator vai um pouco além de uma simples interpretação de texto e avança até o ponto de propor uma substituição de um texto normativo por outro, ou seja, interpretando, chegou à conclusão de que o Senado, agora, não possui a função histórica que sempre teve – a de órgão responsável por emprestar efeitos *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade em controle difuso feito pelo Supremo Tribunal Federal –, mas, sim, de ser apenas órgão responsável pela publicidade dessa decisão no Diário do Congresso, e, por isso, verificou que houve uma mutação constitucional.

Ou seja, pretende o Ministro relator, apoiado pelo Ministro Eros Grau (por enquanto), que o próprio enunciado normativo seja alterado – para que ainda tenha alguma função social e para que ainda esteja em conformidade com a evolução da interpretação do Direito e da sociedade – para constar esta interpretação: que o Senado possui a competência apenas para dar publicidade à suspensão da execução de lei declarada inconstitucional, visto que essa decisão contém força normativa bastante para suspender a execução da lei.

#### **4.1.3 O POSICIONAMENTO DO MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE<sup>120</sup>**

O Ministro Sepúlveda Pertence exarou seu voto na Sessão do dia 19/04/2007, logo após o voto do Ministro Eros Grau. Ao contrário deste último, o Ministro Sepúlveda julgou improcedente a Reclamação, mas concedeu *habeas corpus* de ofício para que o juiz examine os demais requisitos para deferimento da progressão. Apesar de ser a favor da dispensa da reserva de plenário nos outros Tribunais, quando o Supremo Tribunal Federal já tivesse declarado a inconstitucionalidade de determinada norma legal, ainda que em controle incidente, asseverou que, mesmo assim, não se poderia reduzir o papel do Senado Federal, estipulado no art. 52, inciso X, da CF/88.<sup>121</sup>

Ressaltou que, desde a Emenda Constitucional nº 16/65, os controles difuso e concentrado convivem juntos e que ultimamente o controle concentrado de fato tem prevalecido sobre o difuso e que, portanto, o mecanismo da competência do Senado para a suspensão da execução da lei tem se tornado cada vez mais obsoleto. No entanto, afirma que isso não é suficiente, que combater esse mecanismo por meio do que se chamou “projeto de decreto de mutação constitucional”, não seria mais necessário, pois a Emenda Constitucional nº 45 dotou o Supremo Tribunal Federal de um poder que dispensaria a intervenção do Senado, ou seja, adotou a Súmula Vinculante, sem reduzir o Senado a um órgão de publicidade.

#### **4.1.4 O POSICIONAMENTO DO MINISTRO JOAQUIM BARBOSA<sup>122</sup>**

O Ministro Joaquim Barbosa, que também proferiu voto na Sessão Plenária do dia 19/04/2007, não conheceu da Reclamação, mas conheceu do pedido de *habeas corpus* e também o concedeu de ofício, assim como o Ministro Sepúlveda Pertence. Alegou que, apesar das razões expostas pelo relator, a suspensão da execução da lei pelo Senado não representaria obstáculo à ampla efetividade das decisões do Supremo, mas sim complemento.

---

<sup>120</sup> O Gabinete do Ministro Sepúlveda Pertence também não libera seus votos antes de finalizar o julgamento da ação, sob a alegação de que, até o final, o Ministro pode alterar o seu voto, pelo que não o torna público. Assim, as informações contidas neste subtítulo somente são derivadas do Informativo do STF, n. 463, de 16 a 20 de abril de 2007.

<sup>121</sup> De acordo com o Informativo do STF, número 463, de 16 a 20 de abril de 2007.

<sup>122</sup> O Gabinete do Ministro Joaquim Barbosa também não libera seus votos até o julgamento final da ação, pelo que as informações contidas neste subtítulo tem como fonte somente o Informativo do STF, n. 463, de 16 a 20 de abril de 2007.

Assentou que o que suscitou o interesse da reclamante não foi a omissão do Senado em dar ampla defesa à decisão do Supremo Tribunal Federal, mas a insistência de um juiz de divergir da orientação da Corte, enquanto não suspenso o ato pelo Senado. Em razão disso, disse que o *habeas corpus* concedido liminarmente pelo relator resolveria essa questão. Assim como o Ministro Sepúlveda, afirmou a possibilidade de edição de Súmula Vinculante e, conseqüentemente, a atribuição de efeitos *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade no controle difuso.

Defendeu que a leitura tradicional do art. 52, inciso X, da CF/88 deveria ser mantida, pois a função do Senado não é a de cercear a autoridade do Supremo Tribunal Federal. Afastou a alegada mutação constitucional, pois, ainda que se aceitasse a tese da mutação constitucional, seriam necessários dois fatores não presentes: a) o decurso de um espaço de tempo maior para a verificação da mutação e b) o conseqüente e definitivo desuso do dispositivo. Enfatizou que a proposta de mutação constitucional, além de estar impedida pela literalidade do art. 52, inciso X, da CF/88, iria na contramão das regras de auto-restrição.

Após o voto do Ministro Joaquim Barbosa, pediu vista dos autos o Ministro Ricardo Lewandowski, com quem os autos estão até o momento, sem julgamento.

## **4.2 A DISCUSSÃO SOBRE A ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS *ERGA OMNES* NO CONTROLE DIFUSO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL**

Vê-se, portanto, que a discussão no Supremo Tribunal Federal sobre a atribuição de efeitos *erga omnes* ao controle difuso de constitucionalidade, sem a interferência do Senado Federal que suspenda a execução de lei inconstitucional, por enquanto, está bastante acirrada.

De um lado, estão os Ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa, que não concordam com a tese do Ministro relator, de que o art. 52, inciso X, da Constituição de 1988 sofreu uma mutação constitucional e, portanto, não possui mais utilidade. Defendem que a ampliação e a dominação do controle concentrado de constitucionalidade, que diminuiu a importância do controle difuso e da função do Senado de suspender a execução de lei declarada inconstitucional, e o advento dos novos institutos constitucionais, como a Súmula Vinculante, reduziram a importância dessa Casa do Congresso, sem, no entanto, reduzi-lo a simples órgão de publicação.

Defendem que, para haver mutação constitucional, seriam necessários dois requisitos que não estão presentes no caso: a) o decurso de um espaço de tempo maior, para se verificar a existência de mutação; e b) o conseqüente e definitivo desuso do dispositivo.

De outro lado, os Ministros Gilmar Ferreira Mendes, relator, e Eros Grau defendem que a norma do art. 52, inciso X, da CF/88 é bastante obsoleta e já caiu em desuso. Defendem que a única justificativa, ainda, para a sua previsão na Constituição de 1988 é uma questão histórica, baseada em uma idéia de princípio de separação de poderes, que hoje já está ultrapassada, e em uma tentativa, na Constituição de 1934, de preencher a lacuna de ter adotado o controle difuso de constitucionalidade no sistema brasileiro de *civil law*, apenas em partes, ou seja, desprezou o princípio do *stare decisis*, presente no sistema de *common law* e no controle difuso de constitucionalidade americano.

Defendem que uma coisa é texto e outra coisa é norma; que o texto decorre de um processo legislativo e a norma de um processo de interpretação, mas que os dois se completam. Para que um texto tenha sentido, é necessário que ele seja interpretado e deixe florescer a norma que existe nele. Essa interpretação, no entanto, não pode ser aleatória, sob pena de subverter a lei. Então, a interpretação deve se adequar à moldura do Direito e também, ao quadro de valores dominantes na sociedade, ou seja, à evolução do pensamento social, ou dos acontecimentos sociais, para que se torne legítima. Só assim o intérprete terá uma norma que será útil, do contrário ela não terá função alguma.

Diante disso, os Ministros do Supremo Tribunal Federal entendem que, interpretando-se o artigo 52, inciso X, da CF/88 e colocando-o no atual quadro constitucional e social, vê-se que a função do Senado Federal de suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em controle difuso e, portanto, atribuir efeitos *erga omnes* à decisão do STF não tem mais razão de ser, diante de tantas modificações no sistema de controle de constitucionalidade da CF/88 e diante de tantos institutos inseridos nesta Constituição – como a Súmula Vinculante, a Ação Civil Pública. Para os membros desse Tribunal, essa função já foi superada, porque a decisão de inconstitucionalidade em controle difuso no STF já produz esses efeitos por si só.

Os dois Ministros vão um pouco além e afirmam que, mais do que mera interpretação do texto do art. 52, inciso X, da CF/88, ocorre, no caso, mutação constitucional. É o que se verá agora.

## **5 A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E A CONSEQÜENTE ATRIBUIÇÃO DO EFEITO *ERGA OMNES* AO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL**

A tese dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes e Ministro Eros Grau, por ocasião do julgamento da Rcl 4.335/AC, a respeito do art. 52, inciso X, da Constituição Federal de 1988, se for vencedora (porque o julgamento do feito ainda não está finalizado), será um marco na história do constitucionalismo brasileiro, porque, a partir de então, o Senado Federal não será mais visto como o órgão de última palavra do controle difuso de constitucionalidade feito no Supremo Tribunal Federal, para atribuir efeitos *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade desse Tribunal, mas, sim, como mero órgão responsável pela publicação dessa declaração de inconstitucionalidade do STF em controle difuso, decisão essa já dotada de efeitos vinculantes e *erga omnes* por si só.

Ocorre que os dois Ministros referidos entendem que, em razão de um processo de interpretação que o art. 52, inciso X, da Constituição Federal de 1988 vem sofrendo, ele não possui mais o significado que tinha quando foi criado na Constituição Federal de 1934 (foi introduzido nesta Constituição como mecanismo de solução para a atribuição de efeitos ao controle difuso de constitucionalidade feito no Supremo Tribunal Federal, visto que as Constituições anteriores adotaram um sistema de controle de constitucionalidade, o difuso, incompatível com o sistema jurídico brasileiro). Consideram que, diante das interpretações que vem sofrendo ao longo do tempo, colocando-a na atual concepção da constituição e da sociedade, essa norma constitucional acabou por sofrer mutação constitucional. Mas o que vem a ser mutação constitucional?

Segundo Jellinek, mutação constitucional é a modificação que ocorre no sentido do texto da Constituição, por meio de acontecimentos, por feitos que ocorrem sem a intenção da modificação da norma, mas que acabam por alterá-la, sem alterar, no entanto, sua forma, o seu texto.<sup>123</sup> Para Jellinek, certamente para que as reformas constitucionais prosperem, é

---

<sup>123</sup> JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución*. Madrid-Espanha: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 7.

preciso observar as formalidades exigidas e observar as vias de reforma constitucional. No entanto, os limites da Constituição, como os das leis, são sempre incertos e não há garantia alguma de que as leis que pretendem ter por base a Constituição lhe sejam contraditórias, produzindo, assim, uma mudança na Constituição que não era esperada, ou desejada, pelo menos não explicitamente.<sup>124</sup>

E explica, ainda, que a aplicação jurisprudencial dos textos legais está sujeita a necessidades e opiniões variáveis dos homens, portanto, por alguém falível. O mesmo ocorre com o legislador quando interpreta a Constituição. Assim, o que, a um tempo, parece inconstitucional, surge, mais tarde, conforme a Constituição. A Constituição, então, sofre uma mutação, mediante a mudança da sua interpretação. Não é somente o legislador que pode provocar essa mutação, mas esta também pode ser produzida de modo efetivo mediante a prática parlamentar, a administrativa, a governamental e a judicial. As leis e as normas constitucionais vão sendo interpretadas e, de pouco a pouco, uma norma constitucional pode adquirir um significado totalmente diferente do que possui no sistema jurídico originário. Esta é a mutação.<sup>125</sup>

Da mesma forma Canotilho conceitua mutação constitucional (usa também transição constitucional como sinónimo) como “a revisão informal do compromisso político formalmente plasmado na constituição sem alteração do texto constitucional. Em termos incisivos: muda o sentido sem mudar o texto”.<sup>126</sup>

A necessidade de uma permanente adequação dialéctica entre o programa normativo e a esfera normativa justificará a aceitação de transições constitucionais que, embora traduzindo a mudança de sentido de algumas normas provocada pelo impacto da evolução da realidade constitucional, não contrariam os princípios estruturais (políticos e jurídicos) da constituição. O reconhecimento destas mutações constitucionais silenciosas (*‘stille Verfassungswandlungen’*) é ainda um acto legítimo de interpretação constitucional. Por outras palavras que colhemos em K. Stern: a mutação constitucional deve considerar-se admissível quando se reconduz a um

---

<sup>124</sup> JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución*. Madrid-Espanha: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 15.

<sup>125</sup> JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución*. Madrid-Espanha: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 16.

<sup>126</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1191.



problema *normativo-endogenético*, mas já não quando ela é resultado de uma evolução normativa *exogenética*<sup>127</sup>

Mutação constitucional, portanto, é o resultado de um processo de hermenêutica, de interpretação de norma. Como foi visto, a norma é o que se extrai do texto legislativo, ou constitucional, após um processo de interpretação. Portanto, interpretar é extrair do texto formal uma norma, uma ordem, um mandamento. Mas quem são os responsáveis pelo processo de interpretação?

De acordo com Härbéle, a interpretação constitucional vinha sendo, conscientemente, competência de uma sociedade fechada, sendo partes apenas os intérpretes jurídicos vinculados às corporações e os participantes formais do processo constitucional. No entanto, defende que essa concepção não prospera mais, pois como quem vive a norma é quem acaba por interpretá-la ou por co-interpretá-la, então, legitimados à interpretação seriam todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, “não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição”.<sup>128</sup>

Defende, portanto, a interpretação da Constituição por uma sociedade aberta, pois, “toda atualização da Constituição, por meio da atuação de qualquer indivíduo, constitui, ainda que parcialmente, uma interpretação constitucional antecipada”, ao contrário do entendimento anterior, de interpretação por uma sociedade fechada de indivíduos legitimados, em que a interpretação era “apenas a atividade que, de forma consciente e intencional, dirige-se à compreensão e à explicitação de sentido de uma norma (de um texto)”.<sup>129</sup> Tal entendimento tem fundamento na democratização, no fato de os Estados terem se tornado Repúblicas e os Estados e as Constituições terem se tornado mais democráticos.

Assim, se toda a sociedade, além dos órgãos de Poder, é legitimada para a interpretação da Constituição, porque a vivência, então a interpretação está muito além da simples leitura de um texto constitucional e a extração de um sentido para aquele texto. A

---

<sup>127</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1192.

<sup>128</sup> HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, p.13.

<sup>129</sup> HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 13-14.

interpretação está na vivência daquele texto na sociedade, na concretização da norma no meio social. Inocêncio Mártires Coelho, ao citar Karl Larenz, diz:

[...] não se pode interpretar nenhum texto jurídico senão colocando-o em relação com problemas jurídicos concretos, reais, ou imaginários, com soluções que se procuram para os casos ocorrentes, porque é somente na sua aplicação aos casos e na concretização, que assim necessariamente se processa, que se revela completamente o conteúdo significativo de uma norma e esta cumpre a sua função de regular situações concretas. Por outro lado, como tantas vezes foi assinalado pelo mesmo Larenz, é de se registrar que, em decorrência da sua utilização, os modelos normativos se ampliam e se enriquecem, adquirindo novas possibilidades de utilização a cada concretização, servindo o caso então decidido como precedente e ponto de partida para futuras aplicações, sem que esse movimento jamais se interrompa.<sup>130</sup>

Mas não só os legitimados formam uma sociedade aberta. Aberta também são os próprios textos constitucionais, que necessariamente assim se caracterizam, porque veiculam os demais comandos jurídicos, que servem de fundamentos para as leis.<sup>131</sup>

Para Inocêncio Mártires Coelho, o processo de interpretação é infinito, por causa da evolução social e da época histórica em que essas interpretações foram produzidas e sob que influência social. Assim, o que ontem parecia adequado, mais adiante pode mostrar-se incorreto, e outras interpretações supervenientes serão aplicadas, de acordo com a nova época histórica e ordem social em que a mesma lei está sendo aplicada.<sup>132</sup>

Miguel Reale entendia que:

Muitas e muitas vezes, porém, as palavras das leis conservam-se imutáveis, mas a sua acepção sofre um processo de erosão ou, ao contrário, de enriquecimento, em virtude de interferência de fatores diversos que vêm amoldar a letra da lei a um novo espírito, a uma imprevista *ratio juris*. Tais alterações na semântica normativa podem resultar:

- a) do impacto de valorações novas, ou de mutações imprevistas na hierarquia dos valores dominantes
- b) da superveniência de  fatos  que venham modificar para mais ou para menos os dados da incidência normativa;
- c) da intercorrência de outras normas, que não revogam propriamente uma regra em vigor, mas interferem no seu campo ou linha de interpretação;

---

<sup>130</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003, p. 40-41.

<sup>131</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET, Paulo Gustavo Branco. *Curso de Direito Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 123.

<sup>132</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003, p. 41.

d) da conjugação de dois ou até dos três fatores acima discriminados.<sup>133</sup>

A norma é produzida no seio da sociedade, mas são os juízes e os Tribunais quem a aplica, após um processo de interpretação, são eles quem dão a última palavra, os intérpretes finais da Constituição e das leis. Assim, não há como desconsiderar que os juízes acabam sendo legisladores sem mandato. Isso ocorre até porque o juiz está constantemente aplicando a lei ao caso concreto e de acordo com a evolução social. Esse processo ocorre todos os dias, ao contrário do Poder Legislativo, que possui um trabalho muito mais rigoroso e cheio de formalidades que não conseguem acompanhar, com a velocidade das alterações sociais, a produção de leis totalmente compatíveis com a necessidade social.

Se é verdade que novas acepções atribuídas a um mesmo termo equivalem à criação de termos novos, parece lícito concluir-se que, a rigor, quando juízes e tribunais emprestam sentidos novos a um mesmo enunciado normativo, em verdade estão a produzir novos enunciados, embora mantendo inalterada a sua roupagem verbal. Funcionam, então, esses operadores jurídicos, como instâncias heterônomas de criação abreviada do direito.

Nesse particular, mesmo no âmbito da jurisdição ordinária, quem se der ao trabalho de compulsar os repertórios de jurisprudência e comparar as decisões divergentes extraídas de um mesmo texto legal, não terá dificuldades em chegar a idêntica conclusão.

À luz da experiência jurídica, verificamos que isso ocorre em razão das mudanças que se operam, continuamente, no prisma histórico-social de aplicação do direito, exigindo soluções novas e imediatas, que não podem aguardar as sempre demoradas decisões legislativas.<sup>134</sup>

Diz que, em sede de interpretação constitucional, essas alterações de sentido e transformações são o que se chama de mutação constitucional. Inocêncio Mártires Coelho também cita Recaséns Siches, que diz que se deve descartar a idéia de aplicação de Direito, que prevaleceu durante dois séculos e hoje está superada, pois o Direito positivo não é aquele texto pré-configurado, já concluído e já pronto para ser aplicado, mas, sim, parte integrante do Direito, que se torna patente pela individualização levada a cabo pelos órgãos jurisdicionais e somente o descobrimos quando sentimos os efeitos que produz na vida humana.<sup>135</sup>

No mesmo sentido é que, nos domínios da experiência jurídico-constitucional, Fernando Lassalle chega a dizer que a vida das constituições

---

<sup>133</sup> REALE, Miguel, *apud* COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003, p. 123.

<sup>134</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003, p. 43.

<sup>135</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003, p. 47.

depende da sua submissão aos fatores reais de poder imperante na sociedade, e o moderado Konrad Hesse nos adverte que as possibilidades e os limites da força normativa da Constituição resultam da correlação entre ser (*sein*) e dever ser (*sollen*), porque a sua pretensão de eficácia está condicionada pelas condições históricas da sua realização.

Destarte, e pelas mesmas razões, as controvertidas mutações constitucionais poderão ser assimiladas como saudáveis procedimentos que regeneram o texto constitucional e, por essa forma, tornam dispensáveis as sempre desgastantes revisões formais, que abalam o prestígio e a força normativa da constituição.

O de que se trata, enfim, é de se assegurar eficácia não apenas à Constituição, mas também, e a partir dela, a todas as normas do ordenamento jurídico, como condição indispensável para que a sua normatividade se converta em energia normalizadora, conformando realidade social segundo os parâmetros de normalidade juridicamente estabelecidos. Caso contrário, isto é, se não alcançarem a regularidade a que visam, essas normas sequer merecerão qualificar-se como normas jurídicas porque, desprovidas de efetividade terão perdido uma das dimensões essenciais do direito.<sup>136</sup>

Assim, a mutação constitucional é resultado de interpretação que garante à norma um novo entendimento, sem alterar seu texto e garante, assim, a sua eficácia – pois uma norma que não possui eficácia também não possui validade no ordenamento jurídico –, mantendo-a legítima no ordenamento jurídico, pois em conformidade com a interpretação feita por quem dela se utiliza – a sociedade aberta, que a interpreta diante de um caso concreto – e, portanto, em consonância com a evolução da sociedade.

## **5.1 O ENTENDIMENTO DO MINISTRO GILMAR MENDES SOBRE A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO SENTIDO DA NORMA INSCRITA NO ART. 52, INCISO X, DA CONSTITUIÇÃO DE 1988<sup>137</sup>**

O Ministro Gilmar Ferreira Mendes entende que o instituto de intervenção do Senado Federal para suspensão da execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, por meio de controle difuso, deve passar por uma releitura. Explica que, quando o instituto foi criado, em 1934, fundamentou-se em uma concepção de divisão de Poderes, que há muito já está superada e que, na verdade, quando a Constituição de 1934 criou esse problema, outros países de *civil law* já atribuíam eficácia geral às decisões proferidas em

---

<sup>136</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003, p. 47.

<sup>137</sup> Como o voto do Ministro Gilmar Mendes não está disponível, esse entendimento é baseado em suas obras doutrinárias nas quais ele trata de mutação constitucional.

controle abstrato de leis, tais como a Constituição de Weimar (Alemanha, 1919) e a Constituição da Áustria, de 1920.<sup>138</sup>

A intensa discussão sobre a legitimidade exclusiva do Procurador da República para propor o controle abstrato de constitucionalidade fez com que o constituinte de 1988 ampliasse o rol de legitimados para a Ação Direta de Inconstitucionalidade, tornando-a mais democrática. A introdução na Constituição de 1988 de um controle abstrato de leis, então, reduziu significativamente o sentido do papel do Senado no controle de constitucionalidade.<sup>139</sup> Isso porque, com a ampliação da legitimação, o sistema concentrado de controle de constitucionalidade passou a ser considerado o “peculiar instrumento de correção do sistema geral incidente”.<sup>140</sup> Assim, a ampla legitimação e a inevitável possibilidade de se submeter qualquer questão inconstitucional ao STF operaram uma mudança substancial no sistema de controle no Brasil,<sup>141</sup> e passou a CF/88 a dar ênfase ao controle concentrado de constitucionalidade, o que tornou este a principal forma de controle de leis.

Convém assinalar o observado por Anschütz (1930), durante o regime da Constituição de Weimar, que “toda vez que se outorga a um Tribunal especial atribuição para decidir questões constitucionais, limita-se, explícita ou implicitamente, a competência da jurisdição ordinária para apreciar tais controvérsias”.<sup>142</sup> Segundo Gilmar Mendes, a ampla legitimação, presteza e celeridade do modelo concentrado de constitucionalidade, dotado, inclusive da possibilidade de se suspender imediatamente a eficácia do ato normativo

---

<sup>138</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n. 162, p. 149 a 168, abr./jun. 2004, p. 157. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/principal.htm>>. Acesso em: 13 abr. 2008

<sup>139</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n. 162, p. 149 a 168, abr./jun. 2004, p. 157. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/principal.htm>>. Acesso em: 13 abr. 2008

<sup>140</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n. 162, p. 149 a 168, abr./jun. 2004, p. 158. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/principal.htm>>. Acesso em: 13 abr. 2008

<sup>141</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n. 162, p. 149 a 168, abr./jun. 2004, p. 158. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/principal.htm>>. Acesso em: 13 abr. 2008

<sup>142</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n. 162, p. 149 a 168, abr./jun. 2004, p. 158. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/principal.htm>>. Acesso em: 13 abr. 2008

considerado inconstitucional, fazem com que grandes questões inconstitucionais sejam resolvidas pelo controle abstrato, o que atrofia a eficácia do controle difuso.<sup>143</sup>

O Ministro Sepúlveda Pertence, por ocasião do julgamento da ADC n. 1, reconheceu a necessidade de se reforçar o controle concentrado de constitucionalidade; disse, então:

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

[...]

De tal modo, o peso do Supremo Tribunal, em relação aos outros órgãos de jurisdição, que a ação declaratória de constitucionalidade traz é relativo, porque, já no sistema de convivência dos dois métodos, a palavra final é sempre reservada ao Supremo Tribunal Federal, se bem que, declarada a inconstitucionalidade no sistema difuso, ainda convivamos com o anacronismo em que se transformou, especialmente após a criação da ação direta, a necessidade da deliberação do Senado para dar eficácia *erga omnes* à declaração incidente.<sup>144</sup>

Quanto aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, Lúcio Bittencourt diz que os autores não têm conseguido fundamento técnico para explicar a nulidade das leis declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal em controle difuso, pois, embora os autores procurem estendê-la a situações jurídicas idênticas, consideram indiretamente anulada a lei, pois não teria mais que aplicá-la judicialmente. Diz que os tratadistas brasileiros repetem a doutrina americana da nulidade da lei declarada inconstitucional, mas não buscam a causa e o efeito dessa doutrina.<sup>145</sup>

---

<sup>143</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n. 162, p. 149 a 168, abr./jun. 2004, p. 159. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/principal.htm>>. Acesso em: 13 abr. 2008

<sup>144</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n. 162, p. 149 a 168, abr./jun. 2004, p. 159. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/principal.htm>>. Acesso em: 13 abr. 2008

<sup>145</sup> BITTENCOURT, Lúcio. MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n. 162, p. 149 a 168, abr./jun. 2004, p. 159. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/principal.htm>>. Acesso em: 13 abr. 2008.

Como foi visto, a explicação é que os americanos adotam o princípio do *stare decisis* no qual a Suprema Corte possui autoridade e suas decisões, força vinculante e efeitos *erga omnes* a ser observado por todos os órgãos inferiores. No entanto, o sistema brasileiro, ao adotar o controle difuso, não adotou esse princípio em razão da concepção de divisão de poderes que havia à época. Assim, os americanos sustentavam a nulidade da lei declarada inconstitucional, ou seja, era como se ela nunca tivesse existido no ordenamento jurídico, projetando, então, efeitos *ex tunc*, ou seja, retroativos à data do surgimento dessa lei. Tal entendimento também foi adotado no Brasil – mesmo que sem sentido ou explicação, pois o seu fundamento não fora adotado, o *stare decisis*.

Assim, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes concluiu que:

A suspensão da execução pelo Senado não se mostrou apta a superar essa incongruência, especialmente porque se emprestou a ela um sentido substantivo que talvez não devesse ter. Segundo entendimento amplamente aceito, esse ato do Senado Federal conferia eficácia *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade proferida no caso concreto.

Ainda que se aceite, em princípio, que a suspensão da execução da lei pelo Senado retira a lei do ordenamento jurídico com eficácia *ex tunc*, esse instituto, tal como foi interpretado e praticado, entre nós, configura antes a negação do que a afirmação da teoria da nulidade da lei inconstitucional. A não-aplicação geral da lei depende exclusivamente da vontade de um órgão eminentemente político e não dos órgãos judiciais incumbidos da aplicação cotidiana do direito. Tal fato reforça a idéia de que, embora tecêssemos loas à teoria da nulidade da lei inconstitucional, consolidávamos institutos que iam de encontro à sua implementação.

Assinale-se que, se a doutrina e a jurisprudência entendiam que lei inconstitucional era *ipso jure* nula, deveriam ter defendido, de forma coerente, que o ato de suspensão a ser praticado pelo Senado destinava-se exclusivamente a conferir publicidade à decisão do STF.<sup>146</sup>

O mesmo entendimento é o de Lúcio Bittencourt:

Se o Senado não agir, nem por isso ficará afetada a eficácia da decisão, a qual continuará a produzir todos os seus efeitos regulares que, de fato, independem de qualquer dos poderes. O objetivo do art. 45, IV, da Constituição<sup>147</sup> – a referência é ao texto de 1967 – é apenas tornar pública a decisão do tribunal, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos. Dizer que o Senado ‘suspende a execução’ da lei inconstitucional é, positivamente,

---

<sup>146</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n. 162, p. 149 a 168, abr./jun. 2004, p. 160. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/principal.htm>>. Acesso em: 13 abr. 2008

<sup>147</sup> Refere-se ao atual art. 52, inciso X, da CF/88.

impropriedade técnica, uma vez que o ato, sendo ‘inexistente’ ou ‘ineficaz’, não pode ter suspensão a sua execução.<sup>148</sup>

Mas não foi isso que se viu anteriormente, mas, sim, uma interferência de fato do Senado Federal na declaração de inconstitucionalidade feita por controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal e a atribuição de efeitos *erga omnes* somente por meio dessa intervenção, do contrário, a decisão seria eficaz apenas *inter partes*. Mas, de qualquer forma, a ampliação do rol de legitimados para controle concentrado de constitucionalidade (ADI e ADC) e o advento da previsão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF<sup>149</sup> alteraram profundamente a relação entre o controle difuso e o concentrado e fizeram com que prevalecesse a eficácia *erga omnes* proferida em sede de controle concentrado.<sup>150</sup>

Também se vê a atribuição de efeitos *erga omnes* ao controle difuso sem interferência do Senado quando o Código de Processo Civil previu o art. 557, § 1º-A, e reforçou o previsto na Lei n. 8.038/90, quando, em sede de recurso extraordinário (e também em recurso especial, no STJ), o relator, monocraticamente, pode dar provimento ao recurso, se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência dominante do STF (ou no caso de REsp, com súmula ou jurisprudência do STJ).<sup>151</sup>

Ademais, também se pode ver a atribuição de efeitos *erga omnes* ao controle difuso de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, sem interferência do Senado, diante das decisões unânimes do STF a respeito da inconstitucionalidade de leis municipais. Esse Tribunal tem adotado uma postura significativamente ousada ao conferir efeitos vinculantes tanto ao dispositivo das decisões de inconstitucionalidade em controle difuso, como também aos fundamentos determinantes, isto porque é numericamente expressivo os casos em que o Supremo declara a inconstitucionalidade de norma municipal em outras situações idênticas, oriundas de municípios diversos, tendo-se considerado dispensável a submissão da questão ao

---

<sup>148</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n. 162, p. 149 a 168, abr./jun. 2004, p. 161. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/principal.htm>>. Acesso em: 13 abr. 2008

<sup>149</sup> Instituída como instrumento subsidiário para solver questões não contempladas pelo controle concentrado. A decisão em ADPF, por se tratar de controle concentrado, será dotado de eficácia *erga omnes*, a mesma questão tratada em controle incidental terá eficácia *inter partes*, o que gera uma controvérsia inexplicável.

<sup>150</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n. 162, p. 149 a 168, abr./jun. 2004, p. 161. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/principal.htm>>. Acesso em: 13 abr. 2008

<sup>151</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n. 162, p. 149 a 168, abr./jun. 2004, p. 161. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/principal.htm>>. Acesso em: 13 abr. 2008



Plenário, diante dessa situação de modelos idênticos e aplicado o disposto no art. 557, § 1º-A, do CPC.<sup>152</sup>

Isso tudo, sem contar a hipótese que também tem sido aceita de atribuição de efeitos *erga omnes* ao controle difuso de constitucionalidade feito no Supremo Tribunal Federal, por meio de ações coletivas, primeiro porque não há como atribuir efeitos *inter partes* à declaração de inconstitucionalidade feita em controle difuso nesse tipo de ação, porque, muitas vezes, a parte é indeterminada. Ademais, muitas vezes, nas ações coletivas, o objeto da ação e o pedido de declaração de inconstitucionalidade se confundem, não sendo possível, também, neste caso, atribuir efeitos *inter partes*.<sup>153</sup>

Conclui, então, Gilmar Mendes:

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). Portanto, é outro o contexto normativo que se coloca para a suspensão da execução pelo Senado Federal no âmbito da Constituição de 1988.

[...]

É possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988. Valendo-nos dos subsídios da doutrina constitucional a propósito da mutação constitucional, poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica reforma da Constituição sem expressa modificação do texto (FERRAZ, 1986, p. 64 et seq, 102 et seq; JELLINEK, 1991, p. 15-35; HSÜ, 1998, p. 68 et seq.).

[...]

Explica-se, assim, o desenvolvimento da nova orientação a propósito da decisão do Senado Federal no processo de controle de constitucionalidade, no contexto normativo da Constituição de 1988. A prática dos últimos anos, especialmente após o advento da Constituição de 1988, parece dar razão, pelo menos agora, a Lúcio Bittencourt (1997, p. 145), para quem a finalidade da decisão do Senado era, desde sempre, “apenas tornar pública a decisão do tribunal, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos”.<sup>154</sup>

<sup>152</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n. 162, p. 149 a 168, abr./jun. 2004, p. 162. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/principal.htm>>. Acesso em: 13 abr. 2008

<sup>153</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n. 162, p. 149 a 168, abr./jun. 2004, p. 163. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/principal.htm>>. Acesso em: 13 abr. 2008

<sup>154</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n. 162, p. 149 a 168, abr./jun. 2004, p. 164-165. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/principal.htm>>. Acesso em: 13 abr. 2008

## **5.2 O VOTO DO MINISTRO EROS GRAU SOBRE A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL SOBRE O VERDADEIRO SENTIDO DO PAPEL DO SENADO FEDERAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988<sup>155</sup>**

O voto do Ministro Eros Grau só vem corroborar o entendimento de Gilmar Mendes, de que houve verdadeira mutação constitucional do art. 52, inciso X, da CF/88, no sentido de que, “ao Senado Federal está atribuída competência privativa para dar publicidade à suspensão da execução da lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”, e que a “própria decisão do Supremo conteria força normativa bastante para suspender a execução da lei declarada inconstitucional”.

O Ministro conceituou mutação constitucional e disse que é, em caso que vai além de uma simples interpretação, a mutação constitucional não busca simplesmente extrair uma norma de um texto, mas de “extrair do texto norma diversa daquelas que se encontravam originariamente involucradas, em estado de potência”, passando-se à verdade de um texto, e deixa claro que o texto do artigo 52, inciso X, da CF/88 diz:

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.

Mas que, no entanto, quer dizer o seguinte:

Compete privativamente ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo.

Para o Ministro, baseado em Laband e Jellinek, a mutação decorre de uma incongruência entre as normas constitucionais e a realidade constitucional, entre a Constituição formal e a Constituição material. A mutação ocorre sem reforma constitucional, mas a partir da *práxis* constitucional. O texto da mutação deve se manter adequado à tradição do contexto, de modo a se adequar com exatidão, pois mutação constitucional é, antes de tudo, sanidade do ordenamento jurídico, e, nesse caso verifica que sim, que o texto da mutação está totalmente consonante com o contexto da Constituição e de todo ordenamento jurídico.

---

<sup>155</sup> Os fundamentos elencados neste subtítulo foram retirados do voto do Ministro Eros Grau cedido, a pedido, pela Seção de Pesquisa do Supremo Tribunal Federal.

Entendeu que a atuação do Senado Federal na atribuição de efeitos ao controle difuso de constitucionalidade feita no STF é obsoleta, visto que, atualmente, prevalece, na prática, a atribuição de efeitos *erga omnes* sempre, a qualquer forma de controle de constitucionalidade, seja concentrada ou difusa. Ressalta que a doutrina irá dizer que não, que os efeitos são diferentes nas duas formas de controle, pois o ordenamento jurídico brasileiro adota um controle misto de constitucionalidade, do contrário, nenhuma diferença existiria entre os dois controles. No entanto, conclui da seguinte forma:

Sucedem que estamos aqui não para caminhar seguindo os passos da doutrina, mas para produzir o direito e reproduzir o ordenamento. Ela nos acompanhará, a doutrina. Prontamente ou com alguma relutância. Mas sempre nos acompanhará, se nos mantivermos fiéis ao compromisso de que se nutre a nossa legitimidade, o compromisso de guardarmos a Constituição. O discurso da doutrina [= discurso sobre o direito] é caudatário do nosso discurso, o discurso do direito. Ele nos seguirá; não o inverso.

Assim, estando de acordo com o relator, na Reclamação 4.335/AC, que corre perante o Supremo Tribunal Federal, o Ministro Eros Grau também é a favor de que o verdadeiro papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade no STF não é mais o de suspender a execução das leis declaradas inconstitucionais e atribuir a elas efeitos *erga omnes* e, portanto, vinculantes, mas, sim, o de mero publicador dessa decisão no Diário do Congresso, pois a decisão já possui, por si só, força normativa e efeito *erga omnes*.

Ademais, os argumentos do Ministro Joaquim Barbosa, para afastar o reconhecimento de que houve mutação constitucional, ou seja, os argumentos de que faltam: a) o decurso de um espaço de tempo maior para a verificação da mutação; e b) o conseqüente e definitivo desuso do dispositivo, ao que parece, não podem prosperar.

Quanto ao decurso do tempo, desde a promulgação da Constituição de 1988, em que se ampliou o controle concentrado de constitucionalidade e prevaleceram os efeitos *erga omnes* e vinculantes à declaração de inconstitucionalidade, já se passaram praticamente vinte anos, o que parece ser um longo espaço de tempo. Ademais, antes mesmo da Constituição de 1988, a doutrina já se dividia acirradamente em suas opiniões quanto ao verdadeiro papel do Senado Federal no controle difuso. Como foi visto, Marcelo Caetano esboçava as duas correntes, de um lado os que pensavam que realmente o papel do Senado era de importância política, pois era ele o coordenador dos Poderes e, portanto, era dele a competência para suspender a execução das leis inconstitucionais. De outro lado, os que defendiam que o

Senado Federal possuía apenas função de dar publicidade às decisões de inconstitucionalidade do STF. Vê-se, portanto, que a discussão sobre a função do Senado e sua desnecessidade já ultrapassa os vinte anos.

Quanto ao desuso do dispositivo, fazendo-se uma pesquisa no sítio do Senado Federal a respeito das comunicações do Supremo Tribunal Federal ao Senado Federal sobre a decisão de inconstitucionalidade de lei feita em controle difuso, conforme art. 52, inciso X, da CF/88, observa-se que, do dia 1º.1.2000 até abril de 2008, o Senado Federal recebeu sessenta e seis Ofícios Externos do Supremo Tribunal Federal que informavam sobre a decisão de inconstitucionalidade e cerca de 40 foram transformados em Resolução. O tempo médio para que o Ofício se transforme em Projeto de Resolução e seja aprovado como Resolução do Senado é de cinco anos. Mas essa estatística aproximada, ao contrário do que parece, não é alta, visto a quantidade de inconstitucionalidades que são julgadas todos os dias pelo Supremo, por meio de controle difuso.<sup>156</sup>

Esperar o conseqüente e definitivo desuso do dispositivo não é necessário, tendo em vista a diminuição desses Ofícios ao Senado Federal. Em 2002, chegaram àquela Casa Legislativa cerca de dezenove comunicações; em 2007, chegaram somente quatro. Em 2008, até abril, ainda não tinha chegado Ofício algum e isso não significa que o STF não esteja fazendo controle difuso de constitucionalidade.<sup>157</sup> Ao contrário, ele o faz todos os dias, basta observar que esta é a competência do Supremo, analisar questões constitucionais. Vê-se, portanto, que, na prática, o dispositivo já caiu, sim, em desuso.

## CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, tudo leva a crer que a norma prevista no art. 52, inciso X, da Constituição Federal de 1988 de fato sofreu mutação constitucional. É certo que o sistema jurídico brasileiro ainda adota um sistema misto de controle de constitucionalidade, do qual fazem parte o controle concentrado e o difuso. No entanto, com o advento da Constituição de 1988, as diferenças que havia entre os dois controles não existem mais, assim como os

---

<sup>156</sup> Dados extraídos do sítio do Senado Federal, em Pesquisa Avançada da “Secretaria-Geral da Mesa/Atividade Legislativa”, mas nenhuma informação é oficial, foi baseada apenas em pesquisas da própria autora.

<sup>157</sup> Dados extraídos do sítio do Senado Federal, em Pesquisa Avançada da “Secretaria-Geral da Mesa/Atividade Legislativa”, mas nenhuma informação é oficial, foi baseada apenas em pesquisas da própria autora.

motivos, fundamentos e momentos históricos pelos quais o controle difuso foi previsto, da forma como foi previsto.

Ocorre que muitas questões e institutos enfraqueceram a função do Senado de suspender a execução de leis declaradas inconstitucionais em controle difuso no Supremo Tribunal Federal. A ampliação do sistema concentrado e a multiplicação de decisões dotadas de eficácia geral acabaram por modificar a velha e ultrapassada concepção de separação de poderes e colocaram as decisões com eficácia geral em um patamar oficial. Assim como, atualmente, oficial é o controle concentrado de constitucionalidade, pois, com o rol de legitimados ampliado e o aumento de sua competência para todos os tipos de matéria, ele se tornou a forma mais eficaz de se fazer o controle.

Outro instituto que deslegitimou a intervenção do Senado no controle de constitucionalidade foi a previsão da ADPF. Ocorre que, se, porventura, alguma matéria não puder ser apreciada por meio das ações constitucionais de controle (ADI, ADC), a ADPF supre as lacunas da Constituição quanto ao controle de constitucionalidade.

Questão que contribuiu bastante também foi que, a partir do momento que o Supremo Tribunal Federal exonerou os outros Tribunais da reserva de plenário prevista no art. 97 da CF/88 – desde que a inconstitucionalidade da lei em questão tivesse sido analisada pelo Plenário do STF, tanto em controle concentrado, como em controle difuso –, verificou-se uma aproximação dos efeitos das decisões nesses dois controles, pois, assim, ao controle difuso também foi previsto efeitos *erga omnes*, pois ele também teria autoridade para vincular as decisões dos Tribunais, se a questão já tivesse sido analisada no Plenário do STF.

Com o advento das ações coletivas, não há como não atribuir efeitos *erga omnes* às suas decisões. É natural essa atribuição, visto que, nessas ações, não há que se falar em efeito *inter partes*, para as partes do processo, pois essas partes muitas vezes são indeterminadas, o que torna os efeitos *inter partes*, portanto, incompatíveis com a natureza dessas ações.

Caso o mais conservador dos constitucionalistas entenda que de forma alguma existe essa aproximação dos efeitos dos dois controles, seu entendimento passou a ser fulminado a partir de 2004, com o advento da EC n. 45, que introduziu, na CF/88, o instituto da súmula vinculante, por meio do qual o STF pode, por maioria qualificada, editar súmula e atribuir a

ela efeitos vinculantes, obrigatórios e *erga omnes*, uma declaração de inconstitucionalidade feita no caso concreto. Basta a vontade do Tribunal, e não há que se falar em interferência do Senado Federal para emprestar esses efeitos.

Já dizia Konrad Hesse, a Constituição é uma estrutura complexa, pois não é mero pedaço de papel, nem meras leis ali escritas, mas a Constituição é viva, possui um espírito, uma força vital e uma eficácia que somente são possíveis se forem vinculadas às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e ordenação objetiva. E, para manter-se legítima, uma Constituição deve manter-se em constante observância com o desencadear da sociedade e com a *praxis*, pois é a prática que a renova e a legítima.

Portanto, atualmente não há mais como defender que o papel do Senado Federal é indispensável ou essencial para a suspensão da execução das leis e atribuição de efeitos vinculantes às decisões de inconstitucionalidade feitas em controle difuso pelo STF. A interpretação do art. 52, inciso X, da CF/88, tal como foi inserida no texto constitucional de 1934 e transmitida até a Constituição de 1988, não pode mais ser levada em consideração, em razão da grande alteração das previsões constitucionais e da evolução social que o sistema jurídico brasileiro e a sociedade brasileira sofreram de 1934 para cá.

Nesse meio tempo, novos institutos foram criados, o controle concentrado foi previsto, transformou-se em mais democrático e caminha muito bem; o princípio da separação dos poderes, pivô da criação do mecanismo de interferência do Senado, não possui mais o sentido que tinha, e não mais se justifica, não naquele sentido que possuía antes. Nesse meio tempo, as decisões do Supremo Tribunal Federal passaram a ter importância, eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes por si só e, como concluiu o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, a única razão de ser do instituto ainda estar previsto na Constituição é uma razão histórica.

Mas isso não significa que o instituto deva ser retirado da Constituição de 1988. Não é isso, o que ocorre é que o seu sentido mudou, ocorreu uma mutação constitucional no sentido do art. 52, inciso X, da Constituição Federal de 1988 e deve seu texto, agora, passar da antiga interpretação de que o Senado Federal é o órgão competente para suspender a execução de leis declaradas inconstitucionais em controle difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal e atribuir-lhes, por consequência, efeitos gerais e vinculantes, para

ser interpretado da seguinte forma: o Senado Federal possui apenas a função de dar publicidade à declaração de inconstitucionalidade proferida em controle difuso no STF, apenas para fazer constar no Diário do Congresso, visto que tal decisão, por si só, já possui efeitos *erga omnes* e vinculantes.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2008.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 4.335. Brasília, 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 30 abr. 2008.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Estatística do STF. Brasília, 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 abr. 2008.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Informativo n. 454*. Brasília, 1º e 2 de fevereiro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 30 abr. 2008.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Informativo n. 463*. Brasília, 16 a 20 de abril de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 30 abr. 2008.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal*. Brasília, 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 25 mar. 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

\_\_\_\_\_. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

DIDIER, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 4. ed. 3 v. Salvador: JusPodium, 2007.

HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución*. Madrid-Espanha: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução: José Cretella Júnior e Agnes Cretella. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

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

\_\_\_\_\_. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n. 162, p. 149 a 168, abr./jun. 2004. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/principal.htm>>. Acesso em: 13 abr. 2008.



\_\_\_\_\_; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET, Paulo Gustavo Branco. *Curso de Direito Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *O controle da constitucionalidade e o Senado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.