



Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em
Direito Constitucional

MARIANA SOUSA MARTINS

A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO:
Uma Tendência Atual

Brasília-DF
2014

MARIANA SOUSA MARTINS

**A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO:
Uma Tendência Atual**

Trabalho de Conclusão de Curso submetido ao Núcleo de Trabalho de Conclusão de Curso (NTCC) da Escola de Direito de Brasília, EDB/IDP, como requisito obrigatório para a obtenção do grau de pós graduado em Direito Constitucional *lato sensu*.

**Brasília-DF
2014**

MARIANA SOUSA MARTINS

**A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO:
Uma Tendência Atual**

Trabalho de Conclusão de Curso submetido ao Núcleo de Trabalho de Conclusão de Curso (NTCC) da Escola de Direito de Brasília, EDB/IDP, como requisito obrigatório para a obtenção do grau de pós graduado em Direito Constitucional *lato sensu*.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em ___/___/___, com menção___ (_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

RESUMO

O tema da presente Monografia, submetida ao Instituto Brasiliense de Direito Público, a fim de obtenção do título de Pós-Graduação em Direito Constitucional *lato sensu*, diz respeito à abstrativização do controle de constitucionalidade difuso. Sem a pretensão de esgotar o tema, este trabalho almeja demonstrar essa nova tendência jurisprudencial, que já é analisada pela doutrina, de atribuir efeito vinculante e *erga omnes* às decisões finais em sede de controle difuso de constitucionalidade. É importante ressaltar que a concessão de eficácia *erga omnes* é típica do controle concentrado de constitucionalidade, já que a lei julgada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal – STF, em sede de controle difuso, só produzirá efeitos para todos após a edição de uma resolução específica do Senado Federal que suspenda sua execução, ou no caso de a Suprema Corte aprovar uma súmula vinculante pacificando a matéria. O estudo sobre os controles de constitucionalidade e a aproximação dos seus efeitos pretende expor os prejuízos e benefícios que tal disposição trará ao ordenamento jurídico, inclusive no que diz respeito à separação de poderes e à força normativa da Constituição. É importante que se discuta esse tema, levando em consideração que o controle de constitucionalidade é um mecanismo imprescindível para a preservação do Estado Democrático de Direito e para a efetivação da Constituição.

Palavras-chave: Controle de Constitucionalidade. Controle de Constitucionalidade Difuso. Controle de Constitucionalidade Abstrato. Supremo Tribunal Federal. Efeito *erga omnes*. Efeito vinculante. Abstrativização do Controle de Constitucionalidade Difuso.

ABSTRACT

The subject of this monograph, submitted to the Instituto Brasiliense de Direito Público, in order to obtain the title of Pós-Graduação em lato sensu, concerns to the “abstrativização” of diffuse control of constitutionality. This work aims to demonstrate this new jurisprudence, which is parsed by the doctrine, to assign binding effect *erga omnes* in final decisions in the diffuse control of constitutionality. It is important to note that this *erga omnes* effect is typical of the concentrated control of constitutionality, since a law deemed unconstitutional by the Supreme Court-STF, in diffuse control, will only produce effects for all after the Senate produces a resolution that suspends its execution, or in case the Supreme Court approves a “súmula vinculante” to solve the subject. The study of de constitutional controls and the approach of its effects, intends to expose the losses and benefits that such provision will bring to the legal system, even in what concerns the separation of powers and the normative force of the Constitution. It is important to discuss this subject, taking into account the control of constitutionality is essential to preserve the democratic State of law and the Constitution normative power.

Keywords: Control of Constitutionality. Fuzzy control of constitutionality. Constitutionality control Abstract. Federal Supreme Court. *Erga omnes* effect. Binding effect. Abstrativização of the control of Constitutionality Diffuse.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	10
1.1 CONCEITO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	10
1.2 ESPÉCIES DE INCONSTITUCIONALIDADE	11
1.2.1 Inconstitucionalidade por Ação e por Omissão	11
1.2.2 Inconstitucionalidade Material e Formal	12
1.2.3 Inconstitucionalidade Total e Parcial	12
1.2.4 Inconstitucionalidade Originária e Superveniente	13
1.3 SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	13
1.3.1 Controle judicial	13
1.3.2 Controle Político	14
1.3.3 Controle Misto	14
2 MODELOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	16
2.1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO-CONCRETO	16
2.2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONCENTRADO-ABSTRATO	18
2.2.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade	19
2.2.2 Ação Declaratória de Constitucionalidade.....	20
2.2.3 Ação Direta de Constitucionalidade por Omissão.....	21
2.2.4 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental	22
2.2.5 Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva.....	23
3 ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO 25	
3.1 DISTINÇÃO ENTRE O CONTROLE DIFUSO E CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE.....	25
3.1.1 Eficácia <i>Erga Omnes</i>	27
3.1.2 Efeito <i>Ex Tunc</i>	28
3.1.3 Efeito Vinculante	29
3.2 CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE	29
3.2.1 Resolução Suspensiva do Senado Federal.....	29
3.2.2 Súmula Vinculante	32
3.3 ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO: UMA TENDÊNCIA ATUAL	33
3.3.1 <i>Habeas Corpus</i> nº 82.959	34

3.3.2 Consequências da Abstrativização do Controle Difuso de Constitucionalidade	36
CONCLUSÃO	42
REFERÊNCIAS	43

INTRODUÇÃO

Preliminarmente, esclarece-se que constitucionalidade e inconstitucionalidade estabelecem um conceito de relação entre a Constituição e um determinado comportamento que lhe é ou não compatível. Trata-se de uma relação de caráter normativo e valorativo, segundo o mestre português Jorge Miranda.¹

Nessa linha de pensamento, o controle de constitucionalidade surge como um mecanismo de correção que está presente em determinados ordenamentos jurídicos e que consiste em um sistema de verificação de conformidade de um ato infraconstitucional com a Constituição. Não é admissível que um ato hierarquicamente inferior seja incompatível com a Carta Maior, o que geraria uma desarmonia entre as normas. Portanto, é necessário que haja esse controle.

No Brasil, o controle de constitucionalidade é jurisdicional misto, porque se manifesta de duas maneiras, concentrada e difusa. O controle abstrato ou concentrado é aquele que se concentra em um único tribunal, qual seja o Supremo Tribunal Federal – STF. Nesse tipo de controle há necessidade de propositura de uma ação específica a fim de que seja discutida a constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo. O controle difuso ou concreto, por sua vez, é aquele realizado por todo e qualquer juiz ou tribunal em determinado caso concreto, e os efeitos dessa decisão, em regra, valem apenas para as partes litigantes dentro do processo.²

Não obstante, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal juntamente com respeitável parte da doutrina têm se inclinado no sentido de extrapolar os efeitos das decisões em sede de controle difuso, ou seja, não os limitando às partes envolvidas no litígio. Trata-se de aplicar a teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença também para o controle difuso, ou seja, conferir à decisão proferida eficácia *erga omnes*.³

Com a nova interpretação dada pelo STF, o Senado Federal teria suas funções reduzidas ao papel de dar publicidade à decisão, já que seus efeitos

¹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 1983, p. 274.

² REIS, Daniel Costa. *Da Abstrativização do Controle Concreto de Constitucionalidade*. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 16 dez. 2013.

³ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 256.

estariam ampliados de qualquer forma, independentemente da vontade deste.

Dessa maneira, o STF aproveita decisões tomadas anteriormente em sede de controle de constitucionalidade concreto para outros casos, o que aproxima o sistema de controle difuso do sistema de controle abstrato, já que os efeitos acabam valendo para todos.

A abstração do controle difuso de constitucionalidade, portanto, é um tema relevante do ponto de vista político, social e acadêmico, no sentido de que representa uma nova interpretação jurídica de institutos presentes na Constituição Federal, sem contudo alterar formalmente o texto normativo – um tipo de mutação constitucional, segundo afirma o ilustre Ministro Gilmar Ferreira Mendes.

Além disso, essa nova hermenêutica constitucional produz significativa alteração em funções precípua de órgãos fundamentais na estrutura organizacional do Estado, além de demonstrar o dinamismo da interpretação jurídica que acompanha as mudanças constantes na sociedade.

Nesse contexto, existem diversas contribuições acadêmicas e jurisprudenciais acerca do tema a ser discutido, o que viabiliza a pesquisa a ser realizada.

Por fim, cabe ressaltar que a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade não é assunto consolidado no Direito pátrio, trata-se de uma simples tendência a ser abordada e discutida no presente estudo.

1 DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A fim de possibilitar nosso estudo acerca da abstrativização do controle de constitucionalidade difuso, é imprescindível que estudemos alguns institutos e conceitos fundamentais relacionados ao controle de constitucionalidade no Brasil.

1.1 CONCEITO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, o controle de constitucionalidade é a verificação da adequação de um ato jurídico à Constituição. Envolve a verificação tanto de requisitos formais, quanto dos requisitos substanciais de constitucionalidade do ato jurídico.⁴

O legislador constituinte originário criou mecanismos de controle dos atos normativos, de forma a verificar a sua adequação aos preceitos previstos na Constituição Federal, a “Lei Maior” de um Estado.⁵

A ideia de controle, então, pressupõe a noção de um escalonamento normativo, de forma que a Constituição ocupa o grau máximo nessa relação hierárquica, caracterizando-se como norma de validade para os demais atos normativos do sistema.⁶

Essa ideia de controle dos atos normativos para que estes estejam sempre de acordo com a Constituição se deve ao princípio da supremacia da constituição, pois ela coloca-se no vértice do sistema jurídico do país. É a lei suprema do Estado, pois é nela que se acham a própria estruturação deste e a organização dos seus órgãos, além das normas fundamentais de Estado.⁷

Nesse sentido, as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior, que é a Constituição. As que não forem compatíveis, serão consideradas inválidas.

O sistema de controle de constitucionalidade, ao prezar pela proeminência da Constituição, assegura a efetivação dos direitos e garantias fundamentais ao

⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 34.

⁵ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 219.

⁶ Ibidem

⁷ Ibidem

indivíduo e à sociedade. Como preleciona Luis Roberto Barroso⁸:

Um dos fundamentos do controle de constitucionalidade é a proteção dos direitos fundamentais, inclusive e sobretudo os das minorias, em face das maiorias parlamentares eventuais. Seu pressuposto é a existência de valores materiais compartilhados pela sociedade que devem ser preservados das injunções estritamente políticas. A questão da legitimidade democrática do controle judicial é um dos temas que têm atraído mais intensamente a atenção dos juristas, cientistas políticos e filósofos da Constituição.

A Constituição brasileira adota o sistema de controle jurisdicional misto de constitucionalidade, exercido pelo controle difuso-concreto e concentrado-abstrato.

O controle de constitucionalidade é, portanto, o conjunto de instrumentos criados visando a garantir a supremacia constitucional. Nessa medida, a lei em desacordo com a Carta da República será tachada de inconstitucional.

1.2 ESPÉCIES DE INCONSTITUCIONALIDADE

A fim de enriquecer o tema principal a ser analisado no presente estudo, convém citarmos algumas das espécies de inconstitucionalidade, segundo a doutrina, quais sejam: inconstitucionalidade por ação e por omissão, inconstitucionalidade material e formal, inconstitucionalidade total e parcial e inconstitucionalidade originária e superveniente.

1.2.1 Inconstitucionalidade por Ação e por Omissão

Uma norma poderá ser declarada inconstitucional em razão de ato comissivo ou por omissão do Poder Público. A inconstitucionalidade por ação, que também pode ser chamada de inconstitucionalidade positiva ou por atuação ocorre quando o Poder Público pratica uma conduta positiva contrária à Constituição. O órgão estatal atua ou edita normas que confrontam o texto constitucional.⁹

A ação do Estado, contudo, não é a única atitude que pode ofender a Constituição. A inércia do Poder Público e o silêncio legislativo também podem conduzir a uma modalidade específica de ilegitimidade definida pelo Direito Contemporâneo como inconstitucionalidade por omissão.

⁸ BARROSO, Luis Roberto. *Controle de Constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 2006, p. 2.

⁹ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 230.

Sobre esse instituto da inconstitucionalidade por omissão, Clève¹⁰ escreve em sua obra que:

Antes as normas programáticas eram vistas como meros avisos, lembretes desprovidos de qualidade jurídica, o que acarretava a perda de prestígio da Constituição escrita. Atualmente esta ótica restou superada, desta forma, o direito contemporâneo vem buscando uma série de remédios para afastar a inércia do Poder Público e especialmente o silêncio legislativo inconstitucional. É o caso da iniciativa legislativa popular, do mandado de injunção e da ação de inconstitucionalidade por omissão, no Brasil.

A inconstitucionalidade por omissão, por sua vez, acontece quando a inércia do legislador em atuar de acordo com o que a Constituição exige provoca uma situação que vai de encontro com as normas constitucionais.¹¹

Ressalte-se que, em caso de omissão legislativa, não necessariamente estará configurada a inconstitucionalidade. Esta ocorrerá apenas nos casos em que a atuação legislativa tratar-se de mandamento constitucional.

1.2.2 Inconstitucionalidade Material e Formal

A distinção entre inconstitucionalidade formal e material é feita de acordo com a origem do defeito que macula o ato questionado. Os vícios formais afetam o ato normativo sem atingir seu conteúdo, referindo-se tão somente aos procedimentos relativos à formação da lei. Trata-se de defeito técnico ou procedimental.¹²

A inconstitucionalidade formal pode ser subjetiva, quando o defeito está na iniciativa de determinado projeto de lei, por exemplo, ou objetiva, quando for incompatível com as formalidades instituídas pela Constituição.

1.2.3 Inconstitucionalidade Total e Parcial

A inconstitucionalidade de um ato normativo será total quando atingir todo o ato e parcial quando atingir apenas parte dele.

Assim, quando uma norma for completamente incompatível com o texto

¹⁰ CLÉVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: RT, 2000, p. 52.

¹¹ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 230.

¹² BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1109.

constitucional, ela deverá ser invalidada por completo. Contudo, se a incompatibilidade for apenas parcial, a parte incompatível poderá ser retirada do ordenamento jurídico, permanecendo a parte que era compatível com o texto da Constituição.¹³

1.2.4 Inconstitucionalidade Originária e Superveniente

A inconstitucionalidade originária é aquela que macula o ato normativo desde o momento de sua produção, em razão de desrespeito aos princípios e regras da Constituição vigente.¹⁴

Por sua vez, a inconstitucionalidade superveniente ocorre quando a invalidade da norma resulta da sua incompatibilidade com o texto constitucional futuro, seja ele originário ou derivado (emenda constitucional).

Apesar de a doutrina discorrer sobre esses dois institutos, é importante ressaltar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não admite a existência da inconstitucionalidade superveniente. Para a Corte, a superveniência de texto constitucional opera simples revogação do direito pretérito que seja com ele incompatível, não havendo razões para se falar em inconstitucionalidade superveniente.¹⁵

1.3 SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

No que tange à natureza do órgão controlador, o controle de constitucionalidade poderá ser político, judicial ou misto.

1.3.1 Controle judicial

O controle judicial ou jurisdicional é aquele em que a Constituição outorga a competência para declarar a inconstitucionalidade das leis ao Poder Judiciário.

Esse sistema nasceu nos Estados Unidos da América, primeiro país a

¹³ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Constitucional Descomplicado*. São Paulo: Editora Método, 2013, p. 768.

¹⁴ *Ibidem*, p. 770.

¹⁵ *Ibidem*, p. 771.

reconhecer a competência dos juízes e tribunais do Poder Judiciário para reconhecer a inconstitucionalidade das leis nos casos concretos submetidos à sua apreciação.¹⁶

Esse controle judicial poderá ser concentrado, quando feito por um único órgão, o Supremo Tribunal Federal, ou difuso, quando puder ser realizado por qualquer juízo ou órgão do Poder Judiciário. É o controle de constitucionalidade adotado no Brasil.

1.3.2 Controle Político

Caso a Constituição outorgue a competência para a fiscalização das validades das leis a órgão que não integre o Poder Judiciário, teremos o controle político.¹⁷

Nos Estados que adotam o controle político, a fiscalização da supremacia constitucional é realizada por órgão especialmente constituído para este fim. No Brasil, o controle de constitucionalidade que é realizado pelas Casas Legislativas e pelas Comissões de Constituição e Justiça é um exemplo de controle político. Também configura-se controle político o veto do chefe do Poder Executivo a um determinado projeto de lei, com fundamento em inconstitucionalidade da proposição legislativa.¹⁸

1.3.3 Controle Misto

A Constituição também poderá outorgar a competência para a fiscalização de algumas normas a um órgão político e outras ao Poder Judiciário. Se isso ocorrer, estará configurado o controle de constitucionalidade misto.¹⁹

Segundo José Afonso da Silva:²⁰

O controle misto realiza-se quando a constituição submete certas categorias de leis ao controle político e outras ao controle jurisdicional, como ocorre na Suíça, onde as leis federais ficam sob controle político da Assembleia

¹⁶ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Constitucional Descomplicado*. São Paulo: Editora Método, 2013, p. 772.

¹⁷ *Ibidem*

¹⁸ *Ibidem*

¹⁹ *Ibidem*, p. 773.

²⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 47.

Nacional, e as leis locais sob o controle jurisdicional.

Como se vê, no controle misto, algumas leis são submetidas a controle por um órgão político e as demais ao controle do Poder Judiciário.

2 MODELOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Os ordenamentos jurídicos, em geral, preveem dois modelos distintos de controle judicial de constitucionalidade, o controle difuso, criado nos Estados Unidos da América, e o controle concentrado, que surgiu inicialmente na Áustria, sob influência do jurista Hans Kelsen.

2.1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO-CONCRETO

O controle difuso-concreto, repressivo ou posterior, é também chamado de controle pela via de exceção ou defesa, ou controle aberto. Ele é chamado difuso, porque pode ser realizado por qualquer juízo ou tribunal do Poder Judiciário.²¹

Esse tipo de controle se verifica em um caso concreto, quando o Poder Judiciário aprecia uma controvérsia constitucional de um ato normativo relacionado à lide como antecedente necessário ao julgamento do mérito. A declaração de inconstitucionalidade se dá de forma incidental, produzindo efeitos *inter partes* e *extunc*, ou seja, retroativos. O órgão judicial não declara a inconstitucionalidade da norma no dispositivo em questão, mas tão somente afasta sua aplicação no caso concreto, por considerá-la incompatível com a Constituição.²²

Nota-se no controle difuso que, quando o autor procura a tutela do Poder Judiciário, a sua preocupação inicial não é com a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, mas sim com seu direito subjetivo. A constitucionalidade só é analisada porque esse direito pretendido envolve a aplicação de uma lei a qual a parte pretende ver afastada.²³

A ideia de controle difuso surgiu nos Estados Unidos da América com o célebre caso *Marbury versus Madison*, em que a Suprema Corte americana decidiu que, existindo conflito entre a aplicação da lei em um caso concreto e a Constituição, deve prevalecer a Constituição, por ser hierarquicamente superior.²⁴

²¹ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 248.

²² *Ibidem*, p. 249.

²³ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Constitucional Descomplicado*. São Paulo: Editora Método, 2013, p. 795.

²⁴ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1172.

Nos tribunais, de acordo com o artigo 97 da Constituição Federal, é necessário que se respeite a chamada reserva de plenário. Essa reserva de plenário significa que para a inconstitucionalidade de leis e demais atos do Poder Público só poderá ser declarada pelo voto da maioria absoluta dos membros do tribunal competente.²⁵

Esse controle difuso também poderá ser realizado pelo Supremo Tribunal Federal, no caso de interposição de Recurso Extraordinário, nos casos expressos no art. 102, II, da Constituição da República. Entretanto, para que este Tribunal conheça a questão constitucional, é necessário que haja o prequestionamento da matéria nos outros graus de jurisdição. Essa exigência funciona como uma espécie de filtro à apreciação da matéria constitucional pela Suprema Corte.

O prequestionamento é um pressuposto processual para a admissibilidade dos recursos extraordinários que exige que a matéria objeto de análise no referido recurso tenha sido objeto de análise em debate e decisões prévios. Ressalte-se que deve se tratar de questão federal ou constitucional.

Em sede de controle incidental, como vimos, a decisão de inconstitucionalidade, mesmo que proferida pelo Supremo Tribunal Federal, só alcança as partes do processo em que ocorreu. A fim de evitar que demais indivíduos ingressem com a mesma ação futuramente, com o objetivo de obter a mesma decisão, atribuiu-se ao Senado Federal a faculdade de suspender, por meio de uma resolução, o ato declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, conferindo eficácia geral (*erga omnes*) à decisão da Suprema Corte, de acordo com o art. 52, X, da Constituição Federal.²⁶

Ressalte-se que o Senado Federal não é obrigado a suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Trata-se de ato discricionário por parte dessa Casa Legislativa.²⁷

A competência do Senado Federal alcança qualquer lei ou ato normativo que tenha sido declarado inconstitucional em atuação do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso, isto é, leis e atos normativos federais, estaduais, distritais e

²⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

²⁶ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Constitucional Descomplicado*. São Paulo: Editora Método, 2013, p. 808.

²⁷ *Ibidem*, p. 810.

municipais.²⁸

É importante ressaltar, porém, que a competência dessa Casa Legislativa para suspender a execução de atos declarados inconstitucionais pela Suprema Corte se restringe à atuação do Supremo Tribunal Federal apenas no âmbito do controle difuso, uma vez que sua razão de ser consiste na faculdade de estender os efeitos da decisão a todos, e não somente às partes envolvidas no caso concreto decidido.²⁹

2.2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONCENTRADO-ABSTRATO

O controle de constitucionalidade concentrado-abstrato foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro através da Emenda Constitucional n. 16 de 1965 - emenda à Constituição de 1946, portanto – e tem como finalidade a defesa da Constituição contra as leis com ela incompatíveis.³⁰

O controle abstrato, diferentemente do controle difuso, é efetivado em tese, sem vínculo a um caso concreto, e tem por fim retirar do ordenamento jurídico a lei ou ato normativo que forem incompatíveis com a Carta Magna. O controle é exercido em uma ação que tem por finalidade a própria aferição de constitucionalidade.³¹

O controle concentrado de constitucionalidade de lei ou ato normativo em relação à Constituição Federal é assim denominado pelo fato de concentrar-se em um único tribunal, qual seja o Supremo Tribunal Federal, que tem a finalidade precípua de defender a ordem constitucional objetiva, independentemente de um litígio concreto com interesses subjetivos.³²

Segundo a lição do ilustre doutrinador Alexandre de Moraes³³ acerca do controle de constitucionalidade concentrado:

Por meio desse controle, procura-se obter a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em tese, independentemente da existência de um caso concreto, visando-se a obtenção da invalidação da lei, a fim de garantir-se a segurança das relações jurídicas, que não podem ser baseadas em normas constitucionais.

²⁸ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Constitucional Descomplicado*. São Paulo: Editora Método, 2013, p. 810.

²⁹ *Ibidem*

³⁰ *Ibidem*, p. 818.

³¹ *Ibidem*

³² LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 262.

³³ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 627.

Esta concentração em um só órgão da apreciação dos problemas de constitucionalidade tem a vantagem de dar uma única e última palavra a respeito a validade do ato, o que não ocorre quando a sua invalidade é declarada em via de controle difuso quando esta decisão seja sujeita a controle, por via de recurso, por parte do Tribunal mais alto.³⁴

Esse controle concentrado pode ser verificado nas seguintes situações previstas no artigo 102 da Carta Magna: ADI (ação direta de inconstitucionalidade) genérica, ADPF (arguição de descumprimento de preceito fundamental), ADO (ação direta de inconstitucionalidade por omissão), ADI (ação direta de inconstitucionalidade) interventiva e ADC (ação declaratória de constitucionalidade).

A decisão em controle concentrado, em geral, produzirá efeitos *erga omnes* (para todos), retroativo e vinculante para todo o Poder Judiciário e para a Administração Pública Federal, estadual, municipal e distrital.

2.2.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade

A ação direta de inconstitucionalidade (ADI), está prevista no artigo 102, I, a, da Constituição Federal. É a ação típica do controle abstrato brasileiro, tendo por fim a defesa da ordem jurídica.³⁵

O que se busca com a ADI é o controle de constitucionalidade de um ato normativo em tese, abstrato, não se visa à garantia de direitos subjetivos. O autor da ADI não atua na qualidade de alguém que postula em interesse próprio, mas na condição de defensor do interesse coletivo.³⁶

O que importa é saber se a lei é ou não compatível com a Constituição, manifestando-se o Judiciário de forma específica sobre o objeto em tese. Busca-se a invalidação da lei ou ato normativo.³⁷

Compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal o processamento e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou

³⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 38.

³⁵ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Constitucional Descomplicado*. São Paulo: Editora Método, 2013, p. 820.

³⁶ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 262.

³⁷ *Ibidem*

estadual em face da Constituição Federal (CF, art. 102, I, a).³⁸ O ajuizamento desta ação não está sujeito à prescrição ou decadência, como já decidiu a Suprema Corte.

A eficácia das decisões em sede de ADI é *erga omnes, ex tunc* e efeito vinculante para todo o Poder Judiciário e para todos órgãos da Administração Pública direta e indireta. Contudo, não afeta o Poder Legislativo, pelo próprio equilíbrio que deve haver entre o legislador e o julgador.³⁹

2.2.2 Ação Declaratória de Constitucionalidade

Introduzida no nosso sistema de controle de constitucionalidade pela Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993, trata-se de um instrumento destinado à declaração de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.⁴⁰

Surgiu em uma tentativa de abreviar o tempo da declaração de constitucionalidade por parte do Supremo Tribunal Federal. A Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) é o oposto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), pois visa a declaração de constitucionalidade de um determinado ato ou lei, ou seja, declaração de compatibilidade com a Constituição Federal.

Em face do princípio da presunção da constitucionalidade das leis, é necessário que haja um número razoável de ações em que a constitucionalidade da lei seja impugnada para que a ação declaratória de constitucionalidade seja admitida.

A finalidade de controle da ADC, assim como da ADI, é a defesa da ordem jurídica, não tendo como objetivo resolver conflitos subjetivos. Os efeitos da decisão em sede de Ação Declaratória de Constitucionalidade são *ex tunc, erga omnes* e vinculante para todo o Poder Judiciário e para a Administração Pública direta e indireta.⁴¹

³⁸ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Constitucional Descomplicado*. São Paulo: Editora Método, 2013, p. 821.

³⁹ *Ibidem*, p. 860.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 886.

⁴¹ NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Método, 2010, p. 256.

2.2.3 Ação Direta de Constitucionalidade por Omissão

Trata-se de novidade trazida pela Constituição Federal de 1988. A Ação Direta de Constitucionalidade por Omissão almeja tornar efetiva uma norma constitucional destituída de efetividade.

A partir de 1988 passou a ser reconhecido pelo texto constitucional que o desrespeito à Constituição pode advir não só de uma ação positiva, mas também de uma omissão ou do silêncio, quando os órgãos permanecem inertes e não cumprem o dever de elaborar atos normativos ou leis indispensáveis à aplicabilidade da Carta Magna.⁴²

De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão não é cabível apenas no caso de omissão legislativa, mas alcança também a omissão de órgãos administrativos que devam editar atos administrativos em geral, necessários à concretização de disposições constitucionais.⁴³

A omissão poderá ser total ou parcial. Será total quando não houver o cumprimento constitucional do dever de legislar e parcial quando houver uma lei infraconstitucional integrativa que não seja satisfatória.

O doutrinador Luis Roberto Barroso⁴⁴ elucida bem o assunto, citando alguns exemplos de sua possibilidade dentro dos entes federativos:

A omissão inconstitucional pode ser dar no âmbito dos três Poderes, pela inércia ilegítima em adotar-se uma providência normativa, político-administrativa, ou judicial. Relativamente às omissões de natureza político-administrativa, existem remédios jurídicos variados, com destaque para o mandado de segurança e ação civil pública. As omissões judiciais, por sua vez, deverão encontrar reparação no sistema de recursos instituídos pelo direito processual, sendo sanados no âmbito interno do Judiciário. Por essa razão, o tratamento constitucional da inconstitucionalidade por omissão refere-se às omissões de cunho normativo, imputáveis tanto ao legislativo, na edição de normas primárias, quanto ao Executivo, quando lhe toque expedir atos secundários de caráter geral, como regulamentos, instruções ou resoluções.⁴⁵ Em tese, é possível conceber uma omissão normativa do Judiciário, nas hipóteses em que a Constituição lhe confira competência dessa natureza (como no caso dos regimentos dos tribunais: CF, art. 96, I, a).

⁴² ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Constitucional Descomplicado*. São Paulo: Editora Método, 2013, p. 877.

⁴³ *Ibidem*, p. 877.

⁴⁴ BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 249.

⁴⁵ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. In: *Vade Mecum*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Faz-se oportuno registrar que os legitimados ativos na ação de inconstitucionalidade por omissão são todos aqueles legitimados para propor ação direta de inconstitucionalidade, ou seja, todos aqueles arrolados no art. 103, I a IX, da Constituição Federal. Os legitimados passivos, por sua vez, são os agentes (políticos ou, excepcionalmente, administrativos) ou as pessoas jurídicas de direito público, responsáveis pela edição da norma regulamentadora.⁴⁶

Declarada a inconstitucionalidade por omissão pela Corte Suprema, por decisão da maioria absoluta dos seus membros, desde que presentes à sessão de julgamento pelo menos oito ministros, será dada ciência ao Poder competente para que este adote as providências necessárias.⁴⁷

2.2.4 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

Esse instrumento de controle abstrato só passou a ser regulamentado com o advento da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da chamada arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).

A apreciação da ADPF é originária e exclusiva do Supremo Tribunal Federal e tem por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. Os legitimados para propor a referida ação são os mesmos da ação direta de inconstitucionalidade (ADI), de acordo com o art. 103, I a IX, da Constituição Federal de 1988.⁴⁸

É perceptível, portanto, que a ADPF tem caráter preventivo no primeiro caso (evitar) e repressivo no segundo (reparar), sendo necessária que haja nexo de causalidade entre a lesão ao preceito fundamental e o ato do Poder Público.⁴⁹

A Lei nº 9.882/99 ainda prevê um caso de cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental por equiparação quando for relevante o

⁴⁶ MOTTA, Sylvio. *Controle de Constitucionalidade: Uma abordagem teórica e jurisprudencial*. Niterói: Impetus, 2006, p. 127.

⁴⁷ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Constitucional Descomplicado*. São Paulo: Editora Método, 2013, p. 883.

⁴⁸ BRASIL. *Lei nº 9.882*, de 03 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do §1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/c_civil_03/leis/L9882.htm>. Acesso em: 21 jan. 2014.

⁴⁹ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 328.

fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual, municipal, incluídos os anteriores à Constituição.⁵⁰

Nesse último caso, é preciso que se demonstre a divergência jurisdicional relevante na aplicação do ato normativo que viola o preceito fundamental.

Julgada a ação, as autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados serão comunicadas, sendo fixados as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental.⁵¹

A decisão é autoaplicável e terá eficácia *erga omnes*, efeitos retroativos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.⁵²

2.2.5 Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva

De acordo com o art. 18, *caput*, da Constituição Federal, a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos.

Em regra, nenhum ente federativo poderá intervir no outro, contudo, excepcionalmente, o texto constitucional estabelece situações em que poderá haver a intervenção.

A ação direta de inconstitucionalidade interventiva (ADI interventiva) é um dos pressupostos para a decretação da intervenção federal, ou estadual, pelos Chefes do Executivo, dentro das hipóteses previstas na Constituição Federal.⁵³

Nesse procedimento, quem decreta a intervenção não é o Poder Judiciário, mas sim o Chefe do Poder Executivo. O Judiciário exerce um controle da ordem constitucional em relação ao caso concreto que lhe foi dado para analisar.⁵⁴

O objeto da ADI interventiva pode ser lei ou ato normativo, ato governamental estadual que desrespeite os princípios sensíveis da Constituição Federal ou até omissão ou incapacidade das autoridades locais para que se

⁵⁰ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 329.

⁵¹ *Ibidem*, p. 333.

⁵² *Ibidem*

⁵³ *Ibidem*, p. 344.

⁵⁴ *Ibidem*

assegure o fiel cumprimento e a preservação dos princípios sensíveis.⁵⁵

Os efeitos da decisão em sede de ação direta de inconstitucionalidade interventiva são *erga omnes, ex tunc* e com eficácia vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual, municipal e distrital.⁵⁶

⁵⁵ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 354.

⁵⁶ *Ibidem*

3 ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO

Com o intuito de elucidar bem o instituto da abstrativização do controle de constitucionalidade difuso, nova tendência observada na jurisprudência e estudada pela doutrina, é necessário que analisemos a teoria acerca dos modelos de controle de constitucionalidade adotados no Brasil, bem como dos efeitos que cada um deles produz.

3.1 DISTINÇÃO ENTRE O CONTROLE DIFUSO E CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

No Brasil, adota-se o sistema misto de controle de constitucionalidade, ou seja, combinam-se o controle difuso, de origem americana, e o controle concentrado, de origem europeia. Na lição de Gilmar Mendes:⁵⁷

O controle misto de constitucionalidade congrega os dois sistemas de controle, o de perfil difuso e o de perfil concentrado. Em geral, nos modelos mistos, defere-se aos órgãos ordinários do Poder Judiciário a prerrogativa de afastar a aplicação da lei nas ações e processos judiciais, mas se reconhece a determinado órgão de cúpula – Tribunal Supremo ou Corte Constitucional – a competência para proferir decisões em determinadas ações de perfil abstrato ou concentrado. Talvez os exemplos mais eminentes desse modelo misto sejam o modelo português e o modelo brasileiro.

Contudo, André Ramos Tavares entende o controle misto de maneira distinta. Para ele, o modelo difuso e o concreto não podem correlacionar-se entre si. Dessa maneira, não haveria um controle misto. Unir os dois sistemas seria um equívoco, pois em determinada situação o controle seria concreto, e em outro momento seria controle difuso. Para Tavares, o modelo adotado no Brasil seria um modelo combinado, em que os dois sistemas de controle são utilizados em momentos distintos.⁵⁸

O controle de constitucionalidade concentrado-abstrato, é aquele que se concentra em um único órgão, o Supremo Tribunal Federal, e tem efeitos contra todos (*erga omnes*). Objetiva-se com esse controle o ataque à própria lei ou ato normativo que não se encontra em conformidade com a Constituição Federal.

⁵⁷ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, Saraiva, 2007, p. 955-956.

⁵⁸ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007 p. 220.

O controle de constitucionalidade difuso-concreto, por sua vez, como já analisado, pode ser realizado por qualquer juiz no curso de um processo levado ao Poder Judiciário. Esse tipo de controle não objetiva a declaração de inconstitucionalidade de uma lei, em tese, mas sim a tutela de um direito subjetivo.

Segundo Paulo Bonavides, “tal controle ocorre quando, no curso de um pleito judiciário, uma das partes levanta, em defesa da sua causa, a objeção da inconstitucionalidade da lei que se lhe quer aplicar”.⁵⁹

Como o controle difuso pode ser realizado por qualquer juízo do Poder Judiciário, também é cabível esse controle pelo Supremo Tribunal Federal. Essa Corte atuará utilizando-se do controle difuso quando, no curso de um processo, for interposto Recurso Extraordinário. De acordo com a lição de Marcelo Novelino⁶⁰:

O recurso extraordinário (art. 102, III) é um mecanismo processual de controle difuso de constitucionalidade, por meio do qual o recorrente pode submeter à apreciação do STF, causas decididas em única ou última instância, quando da decisão recorrida: a) contrariar algum de seus dispositivos; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição; ou d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Contudo, para que o Recurso Extraordinário seja aceito pela Suprema Corte, e para evitar que muitas ações de caráter meramente privado cheguem ao Supremo Tribunal Federal, é necessário que seja comprovada a repercussão geral da referida ação, ou seja, que haja questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

Essa exigência de repercussão geral surgiu com a Emenda Constitucional nº 45 de 2004, *in verbis*:

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

Como dito anteriormente, os efeitos da decisão em sede de controle incidental de constitucionalidade não ultrapassam as partes atuantes no processo. Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino⁶¹ sustentam que:

⁵⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005 p. 302.

⁶⁰ NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. São Paulo: Método, 2008, p. 117.

⁶¹ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Constitucional Descomplicado*. São Paulo: Editora Método, 2013, p. 820.

A decisão no controle de constitucionalidade incidental só alcança as partes do processo (eficácia *inter partes*), não dispõe de efeito vinculante e, em regra, produz efeitos retroativos (*ex tunc*). A decisão só alcança as partes do processo porque no controle incidental o interessado requer a declaração de inconstitucionalidade da norma como a única pretensão de afastar a sua aplicação no caso concreto.

Contudo, a Constituição Federal, excepcionalmente, prevê duas possibilidades de os efeitos, nas decisões em sede de controle difuso, terem eficácia *erga omnes* (contra todos): quando for editada resolução pelo Senado Federal suspendendo a execução da lei declarada inconstitucional pelo STF, ou quando for aprovada súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal.

3.1.1 Eficácia *Erga Omnes*

Ao discorrermos acerca do controle de constitucionalidade, é importante que se tenha noção de alguns conceitos básicos. De acordo com o artigo 102, §2º da Constituição Federal, a decisão que julgar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei valerá para todos, e não somente entre as partes de determinado processo.

Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino⁶² explanam em sua obra, de forma clara, como se dão esses efeitos:

Afirmar que a decisão é dotada de eficácia *erga omnes* significa dizer que a decisão tem força geral, contra todos, alcançando todos os indivíduos que estariam sujeitos à aplicação da lei ou ato normativo impugnado [...] As decisões de mérito em ação direta de inconstitucionalidade fulminam a lei ou ato normativo desde a sua origem [...] Todos os demais órgãos do Poder Judiciário e todos os órgãos da Administração Pública direta e indireta nas três esferas de governo. Por meio desse controle, procura-se obter a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em tese, independentemente da existência de um caso concreto, visando-se a obtenção da invalidação da lei, a fim de garantir-se a segurança das relações jurídicas, que não podem ser baseadas em normas constitucionais.

No controle de constitucionalidade abstrato, as decisões têm a característica de possuir eficácia *erga omnes*, pois a própria ação tem por objetivo a retirada de determinada lei ou ato normativo do ordenamento jurídico. No controle difuso, contudo, a decisão, em regra, vale apenas entre as partes do processo, dado que a declaração de inconstitucionalidade é apenas um incidente naquele caso concreto, que visa à tutela de um direito subjetivo.

⁶² ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Constitucional Descomplicado*. São Paulo: Editora Método, 2013, p. 820.

Excepcionalmente, haverá eficácia contra todos em sede de controle difuso. Em regra, isso ocorrerá nos casos em que o Senado Federal editar resolução que suspenda a execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou no caso de a Suprema Corte, após reiteradas decisões no mesmo sentido, editar uma súmula vinculante pacificando o entendimento sobre determinada matéria.

3.1.2 Efeito *Ex Tunc*

Em regra, no controle de constitucionalidade brasileiro, os efeitos de determinada decisão são ditos *ex tunc*, ou seja, retroagem à data de entrada da lei ou ato normativo atacado no ordenamento jurídico. Para grande parte da doutrina, a decisão do Supremo Tribunal Federal é meramente declaratória, ou seja, declara uma nulidade pré-existente da referida norma, e por isso os efeitos da decisão são retroativos.

Contudo, com o advento da Lei nº 9.868 de 1999⁶³, surgiu a possibilidade de modulação dos efeitos temporais nos casos de declaração de inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo:

Art. 27: Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

De acordo com esse dispositivo, a decisão do Supremo Tribunal Federal pode gerar efeitos a partir da data do julgamento (*ex nunc*) ou estipular uma data futura (*pro futuro*). Com isso, a Suprema Corte almejou resguardar atos já consolidados com base na lei inconstitucional, pois, em alguns casos, desfazê-los traria prejuízos maiores do que mantê-los regidos pela lei incompatível com a Constituição.

Ressalte-se que essa modulação temporal é típica do controle concentrado, pois é regulada pela Lei nº 9.868, que dispõe sobre o processo e julgamento da

⁶³ BRASIL. *Lei 9868/99*. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L9868.htm>>. Acesso em: 18 dez. 2013.

ação direta de constitucionalidade. Porém, atualmente, esse instituto também vem sendo aceito no controle difuso de constitucionalidade.

3.1.3 Efeito Vinculante

Quando uma decisão possui efeito vinculante, significa que ela deverá ser observada por todos os órgãos do Poder Judiciário e pela Administração Pública direta e indireta nas esferas federal, estadual e municipal. Na lição de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino:⁶⁴

[...] significa que todos os demais órgãos do Judiciário e todos os órgãos da Administração Pública direta e indireta, nas três esferas de governo, ficam vinculados à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, não podendo desrespeitá-la.

Esse efeito vinculante, contudo, não atinge o Supremo Tribunal Federal, que, em determinadas situações, poderá rever as suas decisões.⁶⁵

3.2 CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

Faz-se mister discorrer sobre algumas características importantes acerca do controle difuso de constitucionalidade, dada a temática envolvida no presente trabalho.

Como dito anteriormente, estão previstas na Constituição duas possibilidades de uma decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso ter eficácia *erga omnes* e efeito vinculante: quando o Senado Federal editar resolução suspensiva da lei declarada inconstitucional pela Suprema Corte, ou quando o Supremo Tribunal Federal editar súmula vinculante, pacificando o entendimento da Corte sobre determinada matéria.

3.2.1 Resolução Suspensiva do Senado Federal

A pronúncia de inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário na via de

⁶⁴ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Constitucional Descomplicado*. São Paulo: Editora Método, 2013, p. 808.

⁶⁵ *Ibidem*

exceção, mesmo que proferida pela Suprema Corte, alcança apenas as partes do processo em que ocorreu.

Com o fim de evitar que demais interessados ingressem no Poder Judiciário a fim de obter a mesma decisão, foi atribuída ao Senado Federal a faculdade de suspender o ato declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, conferindo a ele eficácia geral (*erga omnes*).⁶⁶

De acordo com o art. 52, X, da Constituição Federal:

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.

Quando a inconstitucionalidade da lei é declarada pela Suprema Corte, no âmbito do controle difuso, o Senado Federal é comunicado para que, se entender conveniente, suspenda a execução da lei, conferindo eficácia geral à decisão.⁶⁷

Araújo e Nunes Júnior,⁶⁸ em sua obra, discorrem sobre o tema:

Assim o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a matéria, trata de reconhecer, ou não, a inconstitucionalidade do tema, fato que, por si, não determina a expulsão da norma do sistema, pois, no caso, a coisa julgada restringe-se às partes do processo em que a inconstitucionalidade foi arguida. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal deve comunicar a decisão ao Senado Federal, que, utilizando a competência do art. 52, X, da Constituição Federal, tem a faculdade de, por meio de resolução, suspender a execução da norma (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2003, p. 29).

Há divergência na doutrina com relação à eficácia temporal dessa resolução editada pelo Senado Federal. Há autores que defendem que a eficácia é *ex nunc* (prospectiva) e outros defendem que é *ex tunc* (retroativa). A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também não é pacífica acerca da eficácia dessa pronúncia da referida Casa Legislativa.⁶⁹

Contudo, é importante ressaltar que, no âmbito do Poder Executivo federal, a resolução do Senado Federal possui efeitos *ex tunc*, ou seja, desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional, de acordo com o Decreto nº 2.346⁷⁰ de 1997:

⁶⁶ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Constitucional Descomplicado*. São Paulo: Editora Método, 2013, p. 808.

⁶⁷ *Ibidem*

⁶⁸ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 29.

⁶⁹ ALEXANDRINO, op. cit., p. 808.

⁷⁰ BRASIL. *Decreto 2.346/1997* (ver como faz a nota de rodapé)

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

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

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

Há divergência na doutrina acerca da discricionariedade do Senado em editar ou não esse ato que estende os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal. A maior parte da doutrina e a Suprema Corte entendem tratar-se de discricionariedade política do Senado Federal, não estando obrigado a editar a resolução que suspende a execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Segundo Alexandre de Moraes:⁷¹

[...] tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Senado Federal, entendem que esse não está obrigado a proceder à edição da resolução suspensiva do ato estatal cuja inconstitucionalidade, em caráter irrecorrível, foi declarada *in concreto* pelo Supremo Tribunal; sendo, pois, ato discricionário do Poder Legislativo, classificado como deliberação essencialmente política, de alcance normativo [...].

Quando o texto constitucional fala “no todo ou em parte”, não significa que o Senado Federal pode suspender apenas parte da decisão que foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Significa que essa Casa Legislativa está vinculada à decisão da Suprema Corte. Se essa Corte declarou parte da lei inconstitucional, o Senado só poderá suspender a execução de parte da lei; se declarou toda a lei inconstitucional, essa Casa terá a faculdade de suspender a lei como um todo, e não apenas parte dela.

Logo, conclui-se que, para que a inconstitucionalidade da lei declarada em sede de controle incidental pela Suprema Corte possa ter seus efeitos estendidos, é necessária a atuação do Senado Federal, editando a resolução que suspenda a execução da referida lei.

⁷¹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 613.

3.2.2 Súmula Vinculante

Nos termos do que descreve o artigo 103-A da Constituição, dispositivo inserido no texto constitucional com o advento da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, *in verbis*:

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

§ 1.º 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.

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

§ 3.º 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.

Foi com o intuito de combater o congestionamento do Poder Judiciário e de dar celeridade à prestação jurisdicional, evitando que milhares de ações judiciais com o mesmo objeto chegassem à apreciação do Supremo Tribunal Federal que criou-se o instituto da súmula vinculante.⁷²

Trata-se de um instituto com força de lei que representa o entendimento consolidado da Suprema Corte em relação a determinado assunto por ele já analisado reiteradas vezes. É uma jurisprudência de observância obrigatória para os tribunais de instâncias inferiores, juízes e também para a Administração Pública. Possui, portanto, efeito *erga omnes*, ou seja, contra todos.

⁷² ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Constitucional Descomplicado*. São Paulo: Editora Método, 2013, p. 812.

3.3 ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO: UMA TENDÊNCIA ATUAL

A abstrativização do controle de constitucionalidade difuso é um fenômeno recente e que objetiva a aproximação dos efeitos da decisão tanto em sede de controle difuso, quando no âmbito do controle abstrato. Nesse sentido, a razão da decisão proferida passa a vincular outros julgados (efeito vinculante e *erga omnes*).

Pedro Lenza utiliza a expressão “transcendência dos motivos determinantes da sentença no controle difuso” para se referir à abstrativização desse tipo de controle, enquanto Didier prefere denominá-la objetivação do recurso extraordinário.

Com efeito, uma decisão do Supremo Tribunal Federal em um recurso extraordinário, instrumento utilizado no controle de constitucionalidade difuso, não se restringiria ao caso concreto em análise, mas se estenderia aos demais casos semelhantes, em consequência desse fenômeno da abstrativização do controle de constitucionalidade difuso.

De acordo com a obra de Marcelo Novelino:⁷³

No âmbito legislativo e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem se verificado uma gradativa tendência de abstrativização do controle concreto. A interpretação dada pelo STF possui especial relevância por ser o “guardião da Constituição” (art. 102, caput), cabendo-lhe dar a última palavra na descoberta do conteúdo e na fixação do alcance das normas constitucionais. Interpretações divergentes acabam por enfraquecer a força normativa da Constituição.

A abstrativização do controle concreto de constitucionalidade pode ser definida na conduta adotada pelo Supremo Tribunal Federal de aplicar os efeitos inerentes ao controle abstrato, ao controle concreto, isto é, conceder eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às decisões dos Recursos Extraordinários, bem como modular os efeitos da decisão em sede de controle difuso.

Para Andrea Alves dos Santos, essa tendência à abstrativização objetiva possibilitar a aplicação dos efeitos *erga omnes* e vinculante (típicos do controle concreto) às decisões em controle difuso.⁷⁴ A justificativa para essa tendência seriam a força normativa da Constituição, bem como a sua supremacia, além da função do Supremo Tribunal Federal de guardião da Carta Magna.

⁷³ NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Método, 2008, p. 110.

⁷⁴ SANTOS, Andrea Alves dos. *Abstrativização do Controle Concreto de Constitucionalidade*. [S.l.: s.n.], 2008. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 18 jan. 2014.

Logo, com essa tese da abstrativização, o Recurso Extraordinário, mecanismo utilizado no controle difuso de constitucionalidade, deixa de ser utilizado apenas a fim de solucionar uma lide privada, mas atua também na defesa da ordem constitucional.⁷⁵

O Ministro Gilmar Mendes, no Processo Administrativo nº 318.715/STF⁷⁶ se manifestou sobre o assunto:

O recurso extraordinário deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Trata-se de orientação que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm conferindo ao recurso de amparo a ao recurso constitucional [...] A função do Supremo nos recursos extraordinários – ao menos de modo imediato – não é a de resolver litígios de fulano ou beltrano, nem a de revisar todos os pronunciamentos das Cortes inferiores. O processo entre as partes, trazido à Corte via recurso extraordinário, deve ser visto apenas como pressuposto para uma atividade jurisdicional que transcende os interesses subjetivos.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal vem demonstrando gradativamente uma inclinação no sentido de aproximar os efeitos do controle abstrato aos efeitos do controle difuso, ocorrendo uma mutação constitucional. Acerca desse instituto, ensina Marcelo Novelino:⁷⁷

Diversamente da emenda, que é um processo formal de alteração da Lei Fundamental (art. 60), a mutação ocorre por meio de processos informais de modificação do significado da Constituição, sem alteração do seu texto. Alterando-se o sentido da norma constitucional, sem a modificação das palavras que a expressam. Essa mudança pode ocorrer com o surgimento de um novo costume constitucional, ou pela via interpretativa.

Com essa mudança, seria dada uma nova interpretação ao artigo 52, X, da Constituição Federal, e a atividade do Senado Federal estaria restrita a dar publicidade à decisão do Supremo Tribunal Federal, já que a Corte já seria responsável por atribuir os efeitos erga omnes e vinculante ao prolatar sua decisão.

3.3.1 *Habeas Corpus* nº 82.959

O precedente que colocou esse tema em destaque foi o *Habeas Corpus* nº 82.959, onde a Corte Suprema modificou o posicionamento acerca da progressão de regime, afirmando que o regime integralmente fechado estaria indo de encontro ao

⁷⁵ SANTOS, Andrea Alves dos. *Abstrativização do Controle Concreto de Constitucionalidade*. [S.l.: s.n.], 2008. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 18 jan. 2014.

⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Processo Administrativo n. 318.715*. Brasília, 17 dez. 2003.

⁷⁷ NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Método, 2008, p. 143.

princípio da individualização da pena.

No julgamento desse HC, o artigo 2º, §1º da Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90) foi declarado inconstitucional por impor o regime integralmente fechado sem exigir que seja analisado o caso concreto, ou seja, sem respeitar a garantia da individualização da pena. Diante do voto expresso do Ministro Relator Gilmar Mendes,⁷⁸ percebe-se que conferiu-se efeito *erga omnes* ao referido julgado.

REGIME DE CUMPRIMENTO – PROGRESSÃO – RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA – CRIMES HEDIONDOS – REGIME DE CUMPRIMENTO – PROGRESSÃO – ÓBICE – ART. 2º, § 1º DA LEI Nº 8.072/90 – INCONSTITUCIONALIDADE – EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena, art. 5º, inciso XLVI da Constituição Federal – a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do art. 2º, §1º, da Lei nº 8.072/90.

Posteriormente, a Defensoria Pública do Acre ajuizou a Reclamação 4335/AC, objetivando que fosse reconhecido o efeito *erga omnes* do referido Habeas Corpus, citado por ofensa à decisão do Supremo Tribunal Federal, pois o juiz da Vara de Execuções Penais do Rio Branco/AC havia indeferido pedidos de progressão de regime em favor de condenados por crimes hediondos a regimes integralmente fechados.

O Ministro Gilmar Mendes, Relator, julgou procedente a reclamação, e afirmou que deveria ser atribuída eficácia geral à decisão do Habeas Corpus supracitado, e que a progressão de regime é uma garantia que deve ser estendida a todos, analisado o caso concreto e respeitada a garantia de individualização da pena. No informativo 454 do STF, o Ministro Gilmar Mendes justifica seu posicionamento:

Reputou ser legítimo entender que, atualmente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado há de ter simples efeito de publicidade, ou seja, se o STF, em sede de controle incidental, declarar, definitivamente, que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação àquela Casa Legislativa para que publique a decisão no Diário do Congresso. Concluiu, assim, que as decisões proferidas pelo juízo reclamado desrespeitaram a eficácia *erga omnes* que deve ser atribuída à decisão do STF no HC 82959/SP.

⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 82.959/SP*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio, julgamento em 23/02/2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.Asp>> Acesso em 21 dez. 2012.

Vê-se, portanto, que, segundo o Ministro Gilmar Mendes, o papel do Senado Federal em sede de controle de constitucionalidade difuso deve ser o de dar publicidade às decisões emanadas da Suprema Corte, sendo que o papel de atribuir efeito erga omnes e vinculante a estas torna-se atribuição do Supremo Tribunal Federal.

3.3.2 Consequências da Abstrativização do Controle Difuso de Constitucionalidade

A principal consequência dessa abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, sem dúvida, é o fortalecimento do Supremo Tribunal Federal. Isso porque suas decisões teriam eficácia contra todos não apenas em sede de controle abstrato, mas também em sua atuação no controle difuso.

Teori Zavascki⁷⁹ destaca a autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal, evidenciando a tendência dos tribunais superiores em adotar a abstração do controle de constitucionalidade difuso:

Sob esse enfoque, há idêntica força de autoridade nas decisões do STF em ação direta quanto nas proferidas em via recursal. Merece aplausos essa aproximação, cada vez mais evidente, do sistema de controle difuso de constitucionalidade ao do concentrado, que se generaliza também em outros países [...] No atual estágio da nossa legislação, de que são exemplos esclarecedores os dispositivos acima transcritos, **é inevitável que se passe a atribuir simples efeito de publicidade às resoluções do Senado previstas no art. 52, X da Constituição.** É o que defende, em doutrina, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, para quem “não parece haver dúvida de que todas as construções que se vêm fazendo em torno do efeito transcendente das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Congresso Nacional, com o apoio, em muitos casos, da jurisprudência da Corte, estão a indicar a necessidade de revisão da orientação dominante antes do advento da Constituição de 1988. (grifo nosso)

Esse fato gera controvérsias, já que haveria uma espécie de “usurpação de competência do Senado Federal”, visto que no art. 52, X, da Constituição está estabelecido que essa Casa Legislativa é quem possui a faculdade para dar eficácia *erga omnes* às decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade, por meio da edição de uma resolução que suspenda a execução da lei declarada inconstitucional pela Suprema Corte.

Nessa situação, o Senado Federal teria a função adstrita a dar publicidade

⁷⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças nas jurisdições constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 15.

às decisões do Supremo Tribunal Federal. A doutrina é bastante divergente nesse caso.

Os defensores da teoria da abstrativização do controle difuso almejam a reinterpretção do art. 52, X, da Constituição, propondo uma mutação constitucional desse dispositivo, dando a essa Casa Legislativa o papel de publicar as decisões da Suprema Corte, sem ser responsável por atribuir-lhes efeito *erga omnes* e vinculante.

Porém, a grande discussão é se o Supremo Tribunal Federal tem legitimidade para realizar essa mutação constitucional e ignorar o papel que a Constituição atribui ao Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade.

Essa tendência de revisão do papel dessa Casa Legislativa na suspensão de atos e leis declarados inconstitucionais está sendo debatida no Supremo Tribunal Federal. No seu voto na Reclamação 4335⁸⁰ o Ministro Gilmar Mendes afirma:

Não é preciso dizer que a suspensão de execução pelo Senado não tem qualquer aplicação naqueles casos nos quais o Tribunal limita-se a rejeitar a arguição de inconstitucionalidade. Nessas hipóteses, a decisão vale *per se*. Da mesma forma, o vetusto instituto não tem qualquer serventia para reforçar ou ampliar os efeitos da decisão do Tribunal naquelas matérias nas quais a Corte, ao prover ou não um dado recurso, fixa uma interpretação da Constituição. Da mesma forma, a suspensão da execução da lei inconstitucional não se aplica à declaração de não-recepção da lei pré-constitucional levada a efeito pelo Supremo Tribunal. Portanto, das decisões possíveis em sede de controle, a suspensão de execução pelo Senado está restrita aos casos de declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo. A exigência de que a eficácia geral da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal fique a depender de uma decisão do Senado Federal, introduzida entre nós com a Constituição de 1934, e preservada na Constituição de 1988, perdeu grande parte do seu significado com a introdução do controle abstrato de normas [...] A Constituição de 1988 alterou, de maneira radical, essa situação, conferindo ênfase não mais ao sistema difuso ou incidental, mas ao modelo concentrado, uma vez que as questões constitucionais passaram a ser veiculadas, fundamentalmente, mediante ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Outra consequência apontada pela doutrina é o fato de que haverá um desrespeito à legitimação prevista pela Constituição para desencadear um processo de controle abstrato de constitucionalidade.

Isso porque a Constituição Federal elencou expressamente os legitimados para a propositura das ações em controle abstrato de constitucionalidade, logo, o

⁸⁰ BRASIL. *Reclamação 4335-5 Acre*, Relator Min. Gilmar Mendes, Reclamante(s): Defensoria Pública da União, Reclamado(as): Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco.

desejo do constituinte não era o de que a propositura desse tipo de ação fosse faculdade de todos. Portanto, admitindo-se os efeitos da abstração do controle difuso, qualquer pessoa teria a capacidade para ver declarada a inconstitucionalidade de uma lei.

Serra Júnior,⁸¹ compartilhando da mesma preocupação, discorre sobre a matéria:

Devido a isso, atualmente, há diversas discussões entre doutrinadores processualistas sobre essa nova tendência 'abstrata' presente nos efeitos dos recursos extraordinários, fazendo surgir a possibilidade de, paulatinamente e indiretamente, ampliar o rol de legitimados a proporem ações que visem controlar, abstratamente, a constitucionalidade de leis ou atos normativos, posto que os efeitos de uma decisão num processo subjetivo não mais ficam adstritos, somente, às partes integrantes do litígio, mas, sim, estendem-se a diversas outras causas nas quais se discutem questões semelhantes. Não se pretende demonstrar, com isso, que o rol de legitimados do artigo 103 da Lei Maior está sofrendo alteração, mas não se pode olvidar que as consequências trazidas por essas novas possibilidades defendidas pela Suprema Corte acabam, ainda que indiretamente, possibilitando tal interpretação.

Por outro lado, esse fenômeno também trará algumas benesses, como a economia processual que esse fenômeno ensejará, se essa tendência continuar a se manifestar. José Carlos Navarro de Almeida Prado,⁸² explicitando a doutrina de Fredie Didier Júnior, aponta algumas vantagens dessa nova linha que vem sendo seguida pelo Supremo Tribunal Federal:

A abstrativização do controle de constitucionalidade no caso concreto ou controle difuso abstrativizado, segundo Fredie Didier Júnior, presta-se a atender, a um só tempo, ao jurisdicionado e ao Judiciário brasileiro. O primeiro vê atendida, ainda que de forma diminuta, o seu direito constitucional à celeridade processual, positivado no inciso LXXVIII, do art. 5º, pela Emenda Constitucional nº 45/2004, a chamada Reforma do Judiciário. Com efeito, o cidadão pode obter para si o benefício da declaração de inconstitucionalidade de um regramento em processo de terceiro, sem a necessidade de também dirigir-se ao Tribunal Maior ou aguardar o vetusto, burocrático e pouco ocorrente expediente de edição de resolução pelo Senado Federal, suspendendo os efeitos da lei declarada inconstitucional, como reza o inciso X do artigo 52 da mesma Carta Republicana. Já o Judiciário, em especial o próprio colendo Supremo Tribunal Federal, pode se ver livre de milhares de expedientes de cunho idêntico, racionalizando o seu serviço, de sorte a abolir a ilógica necessidade de prolatar a mesma decisão em cada processo, o que transforma os onze ministros, representantes da cúpula judicante nacional, em despachantes judiciais ou carimbadores oficiais. Em suma, o Pacto de Estado por um Judiciário mais rápido e republicano, firmado entre os três

⁸¹ SERRA JÚNIOR, Gervásio Fernandes de. Controle Concreto ou Abstrato? *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 755, 29 de jul de 2005, p. 03.

⁸² PRADO, João Carlos Navarro de Almeida. Sincretismo no Controle de Constitucionalidade. Parte II – Abstrativização do Controle Difuso de Constitucionalidade. In: *Revista Jurídica Consulex*, ano XI, n. 242, 15/02/2007.

Poderes e o Ministério Público poderá, ao menos, na Corte Maior, começar a sair do papel.

Por fim, acrescentamos a opinião do professor, Pedro Lenza⁸³, que denomina a abstrativização dos controle difuso como “teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença no controle difuso”:

Percebe-se, atualmente [...] uma nova tendência no STF (ainda não pacificada) de se aplicar a chamada teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença (*ratio decidendi*) também para o controle difuso [...] Por todo o exposto, embora a tese da transcendência decorrente do controle difuso pareça sedutora, relevante e eficaz, inclusive em termos de economia processual, de efetividade do processo, de celeridade processual (art. 5º, LXXVIII – reforma do Judiciário) e de implementação do princípio da força normativa da Constituição (Konrad Hesse), **afigura-se faltar, ao menos em sede de controle difuso, dispositivos e regras, sejam processuais, sejam constitucionais, para a sua implementação.**(grifo nosso)

Ainda de acordo com a doutrina de Pedro Lenza, o efeito *erga omnes* da decisão foi previsto somente para o controle de constitucionalidade concentrado e para a súmula vinculante, de acordo com a Emenda Constitucional nº 45 de 2004. Em se tratando de controle difuso, nos termos da regra do artigo 52, X, da Constituição Federal, somente caberá essa eficácia geral após atuação discricionária e política do Senado Federal.⁸⁴

Portanto, na opinião deste célebre doutrinador, em sede de controle difuso de constitucionalidade, não havendo a suspensão da lei pelo Senado Federal, esta continua válida e eficaz. Seria necessária uma reforma constitucional modificando o art. 52, X, da Constituição Federal, bem como o artigo 97, para que fosse assegurada essa nova tendência da transcendência os motivos determinantes no controle difuso.⁸⁵

Zeno Veloso⁸⁶ também se mostra adepto da reforma no dispositivo constitucional supracitado, como demonstra em seu estudo:

Devemos convir, entretanto, que não há razão para manter em nosso Direito Constitucional legislado a norma do art. 52, X da Constituição Federal, originária da Carta de 1934, quando só havia o controle incidental, e o princípio da separação dos poderes se baseava em critérios e valores absolutamente ultrapassados, ancorados numa velha e rígida concepção oitocentista. Uma reforma é necessária, para que se estabeleça, de uma vez por todas, que as decisões do Supremo Tribunal Federal, no controle de

⁸³ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 256.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 258.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 259.

⁸⁶ VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 58.

constitucionalidade, tenham eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

Em defesa dos efeitos *erga omnes* e vinculante no controle difuso de onstitucionalidade, preleciona Luís Roberto Barroso:⁸⁷:

A verdade é que, com a criação da ação genérica de inconstitucionalidade pela EC n. 16/65, e com o contorno dado à ação direta pela Constituição de 1988, essa competência atribuída ao Senado tornou-se um anacronismo. Uma decisão do Pleno Supremo Tribunal Federal, seja em controle incidental ou em ação direta, deve ter os mesmos efeitos. Respeitada a razão histórica da previsão constitucional, quando de sua instituição de 1934, já não há mais lógica razoável em sua manutenção. Também não parece razoável e lógica, com a vênia devida aos ilustres autores que professam entendimento diverso, a negativa de efeitos retroativos à decisão plenária do Supremo Tribunal Federal que reconheça a inconstitucionalidade de uma lei. Seria uma demasia, uma violação, ao princípio da economia processual, obrigar um dos legitimados do art. 103 a propor ação direta para produzir uma decisão que se sabe qual é!

Para aqueles que são contra à tendência da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, é cediço que a faculdade de suspender a execução de lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso pertence ao Senado Federal, de acordo com o art. 52, X.

Para que a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, tema desse estudo monográfico, se concretize, seria inevitável uma verdadeira violação a um dispositivo constitucional e a consequente mitigação da prerrogativa do Senado Federal.

Esses críticos ressaltam não ser a função dessa Casa Legislativa apenas dar publicidade às decisões do Supremo Tribunal Federal, mas também analisar a real justificativa para a suspensão do ato declarado inconstitucional pela Corte Suprema.

Essa preocupação se baseia, principalmente, no fato de que um Poder não pode utilizar-se de competências constitucionais privativas de outro Poder com a justificativa de garantir a celeridade processual. O afastamento dessa atribuição do Senado Federal pelo Poder Judiciário comprometeria a própria separação de poderes e a ideia de Estado Democrático de Direito.

Contudo, há quem pense que a tendência à abstrativização do controle difuso não retira a participação do Senado na suspensão da lei inconstitucional. Na opinião desses estudiosos, nada impede que um problema possua duas soluções,

⁸⁷ BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 108.

assim, se o Supremo Tribunal Federal entender que trata-se de uma questão com repercussão meramente política, enviará a questão ao Senado Federal, para que este, discricionariamente, possa decidir se suspende a lei declarada inconstitucional. Por outro lado, se a Suprema Corte entender tratar-se de uma questão jurídica, ela mesmo terá o condão de abstrativizar a decisão.

Nesse caso, porém, novamente o poder estaria nas mãos do STF, pois este seria o responsável por decidir o que é “meramente político” e o que é uma questão jurídica que deve ter seus efeitos estendidos a todos.

Posicionamo-nos favoravelmente a essa nova tendência de abstrativização do controle de constitucionalidade difuso, pois entendemos que esse instituto, juntamente com o Recurso Extraordinário e a súmula vinculante, aliado ao papel anacrônico do Senado Federal no controle difuso, vem para dar mais celeridade à prestação jurisdicional, na medida em que evitará que outros interessados recorram ao Poder Judiciário a fim de obter a mesma decisão já pacificada pelo Supremo Tribunal Federal.

Trata-se de um tema sensível, que tem grande parcela da doutrina a favor e outros estudiosos renomados em desfavor. O fato é que a inércia irrazoável do legislador, faz com que o judiciário tente buscar elementos para suprir essa omissão, a fim de efetivar os direitos fundamentais. Por outro lado, é necessário que essa nova tendência possua limites, e não possa ser utilizada de forma abusiva por parte do Poder Judiciário.

CONCLUSÃO

Recentemente, percebe-se uma aproximação cada vez maior dos efeitos do controle difuso de constitucionalidade difuso àqueles do controle concentrado, principalmente em relação à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Nesse diapasão, o fenômeno da abstrativização dos efeitos do controle difuso de constitucionalidade ou a teoria da transcendência dos motivos determinantes é considerado, por alguns autores, um avanço, e por outros, algo que necessita de limitação.

Nesse novo contexto, é inevitável uma diminuição do papel do Senado Federal, como evidenciado no presente estudo. Como visto, os defensores da abstrativização afirmam que a atuação do Supremo Tribunal Federal preserva a Constituição e proporciona celeridade processual, propondo uma mutação constitucional e dando ao Senado Federal o papel de dar publicidade às decisões da Suprema Corte em sede de controle de constitucionalidade difuso.

Por outro lado, os que se opõem à tendência, sustentam que dar-se-á muito poder ao Supremo Tribunal Federal e, conseqüentemente, ao Poder Judiciário. Este se tornaria um poder constituinte permanente e ilegítimo

Ponderados todos os posicionamentos em relação à abstrativização, entendemos que os argumentos contrários ao novo sistema não acompanham a evolução do sistema constitucional.

A abstrativização do controle de constitucionalidade difuso é um modelo para aperfeiçoamento do sistema jurisdicional brasileiro, de forma a reduzir o congestionamento processual na Corte Suprema, na medida em que a interposição de recursos ou ações autônomas para reformar decisões de juízos inferiores não será mais necessária.

A atuação proativa do Supremo Tribunal Federal pode ser justificada não só pela demora do Poder Legislativo em elaborar a lei no caso concreto, mas também pelo princípio da força normativa da Constituição que determina aos aplicadores do texto constitucional, ao solucionarem conflitos, conferir máxima efetividade às normas constitucionais.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**. 10. ed. São Paulo: Editora Método, 2010.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BARROSO, Luiz Roberto. **Controle de Constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2006.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. *In: Vade Mecum*, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BRASIL. **Lei n. 9.868** de 1999. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L9868.htm>>. Acesso em: 18 dez. 2013.
- BRASIL. **Lei n. 9.882**, de 03 de dezembro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/c_civil_3/leis/L9882.htm>. Acesso em: 21 jan. 2014.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 82.959/SP**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio, julgamento em 23/02/2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/jurisprudencia/pesquisarjurisprudencia.asp>>. Acesso em: 21 dez. 2013.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- _____; _____. COELHO, Inocêncio. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1983.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- MOTTA, Sylvio. **Controle de Constitucionalidade: uma abordagem teórica e jurisprudencial**. Niterói: Impetus, 2006.
- NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Editora Método, 2010.

PRADO, João Carlos Navarro de Almeida. Sincretismo no Controle de Constitucionalidade. Parte II – Abstrativização no Controle Difuso de Constitucionalidade. *In: Revista Jurídica Consulex*, ano XI, n. 242, 15/02/2007.

REIS, Daniel Costa. **Da Abstrativização do Controle Concreto de Constitucionalidade de Direito Constitucional**. Disponível em: <www.lfg.com.br>. Acesso em: 16 dez. 2013.

SANTOS, Andrea Alves dos. **Abstrativização do Controle Concreto de Constitucionalidade**. [S.l.:s.n.], 2008. Disponível em: <www.lfg.com.br>. Acesso em: 18 jan. 2014.

SERRA JÚNIOR, Gervásio Fernandes de. **Controle concreto ou abstrato?** Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 755, 29 de jul. de 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7087>>. Acesso em: 17 dez. 2013.

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

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das Sentenças nas Jurisdições Constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.