



FACULDADE BAIANA DE DIREITO

PÓS-GRADUAÇÃO LATO SENSU

DIREITO PÚBLICO

DENISE PIRES VENTURA AZEVEDO

**A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE E
A TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES**

Salvador – Bahia

2018

DENISE PIRES VENTURA AZEVEDO

**A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE E
A TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade Baiana de Direito como requisito parcial para a obtenção do certificado de Especialista em Direito Público.

Salvador – Bahia

2018

TERMO DE APROVAÇÃO

DENISE PIRES VENTURA AZEVEDO

**A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE E
A TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES**

Monografia aprovada como requisito para obtenção do certificado de Especialista em Direito Público, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ___/___/2018

Aos meus pais e irmão, pelo carinho e apoio constantes.

RESUMO

A presente pesquisa objetiva demonstrar a crescente aproximação entre os modelos de controle de constitucionalidade no Brasil, com a valorização dos precedentes judiciais da Suprema Corte advindos do controle difuso-incidental das normas, rumo à adoção do princípio do *stare decisis*. Para tanto, serão discutidas teses que ancoram tal raciocínio, quais sejam: a da objetivação ou abstrativização do controle difuso de constitucionalidade e a da transcendência dos motivos determinantes. A primeira delas será retratada principalmente através da análise de recente julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal em controle abstrato de constitucionalidade, em que foram atribuídos efeitos vinculantes e eficácia *erga omnes* à declaração incidental de inconstitucionalidade de uma norma, indicando uma possível mutação constitucional do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal. A segunda tese, por sua vez, cuidará de investigar quais elementos das decisões judiciais da Suprema Corte terão o potencial vinculante, considerando, para tanto, as modificações pelas quais passou o modelo de controle difuso de constitucionalidade. A fim de cumprir tais desígnios, será abordada a doutrina e a jurisprudência firmadas sobre tais matérias ao longo do tempo.

Palavras-chave: Abstrativização; Mutação constitucional; Transcendência

LISTA DE ABREVIATURA

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

CF/1988 - Constituição Federal de 1988

CPC – Código de Processo Civil

HC – Habeas Corpus

RE – Recurso Extraordinário

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

TSE – Tribunal Superior Eleitoral

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 O CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE	10
2.1 CONCEITO, PRESSUPOSTOS E FINALIDADE	100
2.2 OS MODELOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	166
2.2.1 Origem, principais características e diferenças entre os modelos de controle de constitucionalidade	177
2.2.2 A eficácia das decisões no controle difuso de constitucionalidade	200
3 A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE	244
3.1 MECANISMOS DE MITIGAÇÃO DAS DEFICIÊNCIAS DO MODELO.....	288
3.2 DO POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL SOBRE O TEMA.....	322
3.3 DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ARTIGO 52, INCISO X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	377
3.3.1 Do objeto e julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3406 e 3470	39
3.3.2 As implicações da atribuição de efeitos vinculantes e eficácia erga omnes às decisões incidentais de inconstitucionalidade	433
3.3.3 Do novo papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade	455
4 A TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	611
4.1 DO POSICIONAMENTO TRADICIONAL DA SUPREMA CORTE EM RELAÇÃO À TEORIA	622
4.2 APLICAÇÃO NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE.....	688
5 CONCLUSÃO	766
REFERÊNCIAS.....	811

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como objeto o controle judicial de constitucionalidade das leis e atos normativos, notadamente o modelo difuso-incidental de controle, com foco nas alterações pelas quais este tem passado. Assim, objetiva-se discorrer sobre as características, diferenças e modo através do qual o controle é exercido em cada um dos modelos existentes, com foco na atual tendência de aproximá-los ao se atribuir efeitos vinculantes e eficácia *erga omnes* não apenas para as decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade, mas também para as advindas do controle difuso exercido pelo Supremo Tribunal Federal. Tal movimento tem sido denominado de abstrativização ou objetivação do controle difuso de constitucionalidade.

Com efeito, diversas decisões judiciais, posicionamentos doutrinários e institutos criados pela via legislativa vêm tornando cada vez mais tênues as diferenças entre os modelos difuso e concentrado de controle, mais especificamente quanto ao plano da eficácia. A fim de demonstrar tal fenômeno, serão abordadas as divergências doutrinárias e jurisprudenciais quanto ao tema bem como os institutos que evidenciam o fortalecimento do sistema dos precedentes judiciais, em crescente aproximação ao sistema do *common law* que tem como base o princípio do *stare decisis*.

De igual modo, será analisado recente julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3406 e 3470 no qual o Supremo Tribunal Federal atribuiu efeitos vinculante e *erga omnes* à declaração incidental de inconstitucionalidade de determinado dispositivo de lei federal. O referido dispositivo, que não era objeto principal da ação, teve sua constitucionalidade analisada tão somente durante a fundamentação do julgamento, não fazendo parte do dispositivo da decisão final. Assim, foi ventilada pelos ministros e pela doutrina a hipótese de ter a Suprema Corte realizado verdadeira mutação constitucional do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal no que tange ao papel do Senado Federal diante do controle de constitucionalidade das normas.

A fim de melhor refletir tais questões, serão examinados os entendimentos mais eminentes quanto ao tema, destacando os principais pontos de divergência e, por fim, a atual tendência no que diz respeito à natureza da manifestação do referido

órgão político no controle difuso de constitucionalidade. Para tanto, será averiguado o julgamento da Reclamação Constitucional nº 4.335 pelo Supremo Tribunal Federal, em que foi acentuada a divergência do posicionamento dos ministros e solidificada a base para as posteriores discussões quanto à mutação constitucional em questão.

Por fim, diante da aproximação dos modelos de controle e da mutação constitucional supramencionada, pretender-se-á construir reflexão idônea com o intuito de discorrer sobre a aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes no controle de constitucionalidade brasileiro, mormente em sede de controle difuso.

Ao passo em que a discussão sobre a abstrativização do controle difuso possui como foco os limites subjetivos dos efeitos vinculantes, a teoria da transcendência dos motivos determinantes tem por cerne os limites objetivos daqueles, ao dispor sobre a eficácia dos elementos das decisões judiciais. O propósito, portanto, será investigar se a sobredita teoria foi implementada no Brasil, tendo em vista a tendência de expansão da eficácia das declarações de inconstitucionalidade proferidas na via incidental de controle, em que a análise da matéria constitucional encontra-se adstrita aos fundamentos jurídicos ou às razões de decidir, não constando da parte dispositiva da decisão. Abordar-se-á, para tanto, o entendimento doutrinário e jurisprudencial construído sobre a matéria ao longo do tempo, inclusive no que diz respeito ao controle concentrado de constitucionalidade.

Tais temas, decerto, possuem grande relevância prática por reportarem-se a teorias e institutos que visam tornar a justiça mais célere, efetiva e menos burocratizada, prezando pela segurança jurídica e pela isonomia. Ademais, redefinem por completo os efeitos e barreiras dos tradicionais modelos de controle de constitucionalidade, sendo este essencial para a garantia da supremacia e da força normativa da Constituição.

Para elaboração deste trabalho adotou-se a pesquisa descritiva diante da análise dos principais julgamentos relativos ao tema bem como da doutrina e da evolução legislativa quanto à matéria. Desse modo, a fim de realizar tal intento, a técnica de coleta e análise de dados utilizada foi a bibliográfica e a documental.

2 O CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle de constitucionalidade das leis e atos normativos possui pressupostos e finalidades que justificam o modo pelo qual o Poder Judiciário realiza o juízo de compatibilidade das normas infraconstitucionais face à Constituição.

A fim de melhor situar as teses da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade e da transcendência dos motivos determinantes, serão rememorados o conceito, os pressupostos, a finalidade e os modelos de controle de constitucionalidade, já que este constitui pressuposto lógico para o desenvolvimento de tais teorias.

Por fim, será analisada a eficácia tradicional das decisões de inconstitucionalidade proferidas em controle difuso-incidental de constitucionalidade a fim de, posteriormente, indicar as mudanças ocorridas neste campo.

2.1 CONCEITO, PRESSUPOSTOS E FINALIDADE

A Constituição Federal é a norma jurídica fundamental da qual decorre a validade dos demais preceitos normativos postos no ordenamento jurídico, que com ela devem guardar relação de compatibilidade material e formal. O escalonamento hierárquico, teorizado por Hans Kelsen, fixa, desse modo, a Constituição como o ápice da pirâmide normativa que confere os fundamentos ou pressupostos de validade das normas que lhe são inferiores.

Essa posição de proeminência da Constituição em relação às demais normas advém da supremacia da fonte que a produziu, qual seja, o poder constituinte originário¹, ao passo em que as outras são fruto do exercício do poder constituinte derivado ou constituído, o qual deve obedecer às limitações e regras colocadas pelo primeiro.

O controle de constitucionalidade das leis e atos normativos tornou-se possível, portanto, diante do estabelecimento da premissa da supremacia constitucional, da qual deflui o entendimento de que as normas infraconstitucionais devem obediência

¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: teoria e prática**. 9 ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 25

absoluta à Constituição, devendo ser rechaçadas do sistema jurídico caso com ela conflitem.

Esse juízo de constitucionalidade, por sua vez, tem como requisito a rigidez constitucional, que justifica a supremacia da Constituição ao prever um processo de alteração mais dificultoso de suas normas em comparação ao das demais. Com efeito, nos lugares em que se adotam as Constituições flexíveis, v.g. o clássico exemplo da Inglaterra, não há como efetivar formalmente um instrumento de controle da constitucionalidade dos atos e diplomas normativos, já que não há hierarquia formal entre as normas constitucionais e infraconstitucionais. Quanto à correlação entre a rigidez e a supremacia constitucional, discorre Elival da Silva Ramos:

O que importa, entretanto, é deixar patenteado que a rigidez e a supremacia (formal) das normas constitucionais estão umbilicalmente ligadas, devendo-se entender a supremacia hierárquica, simultaneamente, como regra estrutural (do ordenamento) e como um princípio constitucional, inferido, enquanto tal, das normas agasalhadoras da rigidez e do controle de constitucionalidade.²

Esclarece, ainda, José Afonso da Silva que:

[...]Da rigidez emana, como primordial consequência, o *princípio da supremacia da constituição* que, no dizer de Pinto Ferreira, “é reputado como uma pedra angular, em que assenta o edifício do moderno direito político”. Significa que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as *normas fundamentais* de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas³.

Diante do estabelecimento da supremacia constitucional aliada à existência de uma Constituição rígida, surgem os pressupostos para o exercício do controle de constitucionalidade, momento em que serão analisadas a compatibilidade substantiva e procedimental da lei ou ato normativo em relação à Constituição, que é alicerce de todo o ordenamento jurídico.

Neste panorama, referindo-se a uma superlegalidade material e formal da Constituição, esclarece Canotilho que:

Ao falar-se do valor normativo da Constituição aludiu-se à constituição como *lex superior*, quer porque ela é fonte da produção normativa (*norma normarum*) quer porque lhe é reconhecido um valor normativo

² RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 60

³ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 45

hierarquicamente superior (*superlegalidade material*) que faz dela um parâmetro obrigatório de todos os actos estaduais. A ideia de *superlegalidade formal* (a constituição como norma primária da produção jurídica) justifica a tendencial *rigidez* das leis fundamentais, traduzida na consagração, para as leis de revisão, de exigências processuais, formais e materiais, <<agravadas>> ou <<reforçadas>> relativamente às leis ordinárias. Por sua vez, a parametricidade material das normas constitucionais conduz à exigência da *conformidade* substancial de todos os actos do Estado e dos poderes públicos com as normas e princípios hierarquicamente superiores da constituição. Da conjugação destas duas dimensões – *superlegalidade material* e *superlegalidade formal* da constituição – deriva o princípio fundamental da constitucionalidade dos actos normativos: os actos normativos só estarão conformes com a constituição quando não violem o sistema formal, constitucionalmente estabelecido, da produção desses actos, e quando não contrariem, positiva ou negativamente, os parâmetros materiais plasmados nas regras ou princípios constitucionais.⁴

Recorda, ainda, Dirley da Cunha Júnior, outro pressuposto do controle de constitucionalidade, qual seja: a existência de uma Constituição formal e escrita que demande um conjunto de normas escritas, plasmadas num texto jurídico supremo⁵. Este pressuposto decorre de forma lógica da rigidez constitucional, uma vez que entende-se que toda Constituição rígida é escrita. A esse respeito, leciona Celso Ribeiro Bastos que:

Durante o período em que inexistia uma distinção formal entre lei constitucional e lei ordinária, não foi possível desenvolver um sistema de controle da constitucionalidade. As categorias jurídicas são formadas num feixe de regras próprias, num regime normativo próprio, ou então não têm razão de ser. Chamar-se a umas leis constitucionais e a outras de ordinárias e ao depois submetê-las, ambas, ao mesmo tratamento jurídico equivale a não distinguir coisa alguma. O controle da constitucionalidade somente foi possível quando se fez possível corresponder à maior importância das leis constitucionais para a estruturação do Estado uma superioridade destas sobre as demais. Somente após a distinção formal entre lei constitucional e lei ordinária foi que elas se tornaram juridicamente diferentes.⁶

O controle de constitucionalidade surge, portanto, como forma de garantir a supremacia das normas constitucionais, através da atribuição da competência de agir a, ao menos, um órgão. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal foi o órgão constitucionalmente encarregado de efetuar o juízo de compatibilidade concentrado-abstrato entre um determinado ato ou diploma normativo e a Constituição Federal, valendo-se de ações especificamente voltadas para tal desígnio. Por sua vez, no âmbito estadual, os Tribunais de Justiça exercem o controle abstrato dos atos normativos tendo como parâmetro as respectivas Constituições estaduais.

⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. São Paulo: Almedina, 2003. p. 890

⁵ CUNHA JÚNIOR, op. cit, p.35

⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 393

A atividade de controle, entretanto, não se esgota nas mãos da Corte Máxima do país, visto que no Brasil também se adota o controle de constitucionalidade realizado de forma difusa, por qualquer juiz ou Tribunal. Frisa-se, ainda, a existência de controle político (não-judicial) em algumas situações que serão pontuadas mais à frente.

Trata-se, assim, o controle de constitucionalidade, de um mecanismo de verificação de compatibilidade entre normas constitucionais e infraconstitucionais, que impede que o ideal de supremacia torne-se mera retórica⁷. Neste sentido, aponta com precisão Raul Machado Horta que:

O controle de constitucionalidade das leis é o corolário lógico da supremacia constitucional, seu instrumento necessário, o requisito para que a superioridade constitucional não se transforme em preceito meramente platônico e a Constituição em simples programa político, moralmente obrigatório, um repositório de bons conselhos, para uso esporádico ou intermitente do legislador, que lhe pode vibrar, impunemente, golpes que a retalham e desfiguram.⁸

Ademais, tal controle mostra-se essencial para sustentar a unidade da Constituição, princípio que determina que a Constituição deve ser interpretada em sua globalidade, de modo a afastar as aparentes antinomias entre suas normas⁹. Por essa razão, o descumprimento de uma norma constitucional põe em perigo a própria unidade do texto magno¹⁰, que é interpretado em seu conjunto.

Por outro lado, para que o controle de constitucionalidade seja efetivo, será necessário recorrer ao instituto da sanção, que no Brasil implica a cominação de nulidade do ato normativo incompatível com a Constituição, possuindo a decisão que pronuncia a inconstitucionalidade caráter declaratório e efeitos *ex tunc*. Destarte, o intérprete deverá ignorar ou desfazer os efeitos do ato inconstitucional, repondo a ordem jurídica e fática ao *status quo ante*¹¹.

Tal situação se deve ao fato de que a teoria da nulidade, adotada pela doutrina majoritária brasileira, entende padecer o ato inconstitucional de vício que o macula *ab initio*, desde a sua origem, de modo que os efeitos por ele produzidos deverão ser desconsiderados. A sanção da nulidade é considerada a mais eficiente no que

⁷ MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 4 ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 1052

⁸ HORTA apud FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Controle de constitucionalidade e seus efeitos**. 4 ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p.27

⁹ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 163

¹⁰ CUNHA JÚNIOR, op. cit, p. 32

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 95-96

diz respeito à preservação da supremacia constitucional, pois impede o ingresso do ato legislativo no plano da eficácia desde o seu nascedouro, de forma automática¹².

Em sentido contrário, a teoria da anulabilidade, de origem austríaca, prega que a decisão que constata a inconstitucionalidade tem natureza constitutiva e afeta o plano da eficácia da lei que, até o pronunciamento da Corte Constitucional, apresenta-se como válida e eficaz. Tal teoria, cujos adeptos são minoritários no Brasil, mostra-se desfavorável à afirmação da supremacia constitucional, pois considera que uma norma, ainda que padeça do vício da inconstitucionalidade, pode produzir efeitos regularmente até que este seja expressamente declarado. Essa situação acaba por flexibilizar a força normativa da Constituição, podendo gerar desconfiança da população quanto à observância de seu conteúdo¹³.

Por fim, é relevante assinalar que a legitimidade formal outorgada à Suprema Corte pela Constituição Federal para a realização do controle de constitucionalidade, decorre da própria vontade popular, já que esta é fonte do poder constituinte originário, o que, conseqüentemente, confere à Corte a legitimidade democrática necessária para exercer tal desígnio¹⁴. Ademais, tal legitimidade democrática torna-se evidente quando o órgão judicial encarregado de efetivar o controle de constitucionalidade o faz com vistas a realizar, assegurar, os direitos e garantias fundamentais dispostos na Carta Magna. A propósito:

De todas as discussões, parece haver algum consenso quanto ao dever de qualquer Corte constitucional assegurar a efetividade dos direitos fundamentais e a ordem constitucional como um todo.

Esse é o mais relevante papel exercido pelo Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição. Não há Estado de Direito, nem democracia, em que não haja proteção efetiva de direitos e garantias fundamentais.

O cumprimento dessa precípua tarefa por parte da Corte não tem o condão de interferir negativamente nas atividades dos Poderes Executivo e Legislativo. Não há “judicialização da política” quando as “questões políticas” estão configuradas como verdadeiras “questões de direito”. Essa tem sido a orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal, desde os primórdios da República.

Nos Estados constitucionais contemporâneos, é incumbência da Jurisdição constitucional ser a guardiã da Constituição, nunca em detrimento dos demais poderes democraticamente constituídos. No cumprimento desse mister, legislador democrático e jurisdição constitucional tem papéis igualmente relevantes. A interpretação e aplicação da Constituição é tarefa cometida a todos os Poderes, assim como a toda a sociedade. Como

¹² RAMOS, op. cit, p. 128

¹³ FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Controle de constitucionalidade e seus efeitos**. 4 ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p.28

¹⁴ CUNHA JÚNIOR, op. cit, p. 44

ensinou-nos o Professor Peter Häberle, todo aquele que vive a Constituição é também seu legítimo intérprete.

A imanente tensão dialética entre democracia e Constituição, entre direitos fundamentais e soberania popular, entre Jurisdição Constitucional e legislador democrático é o que alimenta e engrandece o Estado Democrático de Direito, tornando possível o seu desenvolvimento, no contexto de uma sociedade aberta e plural, com base em princípios e valores fundamentais.¹⁵

Nesta perspectiva, não merece prosperar o argumento da falta de legitimidade democrática dos juízes para exercer o controle judicial por não terem sido eleitos pelo povo, ao contrário do que ocorre com os integrantes do Poder Executivo e Legislativo. Com efeito, como já apontado, a legitimidade democrática do controle judicial advém do próprio “espírito da Constituição” que o prevê de forma expressa em decorrência do exercício do poder constituinte originário, cujo titular é o povo.

A esse respeito, segundo o magistério de Celso Ribeiro Bastos, a função de órgão controlador da constitucionalidade resulta da própria natureza do poder judicante do Estado, de modo que, ocorrendo eventual omissão do texto constitucional quanto ao órgão encarregado de exercer a função controladora, deve esta ser atribuída ao Poder Judiciário, veja-se:

A designação do órgão encarregado da função controladora pode vir feita expressamente no Texto Constitucional. Ocorrendo, entretanto, a omissão deste, dever-se-á entender que a Constituição está atribuindo o grave encargo ao Poder Judiciário. A função de órgão controlador da constitucionalidade resulta então da própria natureza da atividade do Poder judicante do Estado, que traria insita em si a aplicação das normas jurídicas segundo a sua hierarquia. Em consequência, a negativa da aplicação de um determinado preceito de lei, por afrontoso à Constituição, estaria fundada na competência genérica do Poder Judiciário, de órgão aplicador do direito¹⁶.

O controle judicial de constitucionalidade, antes de mais nada, deve ser entendido como instrumento que visa proteger o Estado Democrático de Direito de comportamentos arbitrários que venham a colidir com as normas constitucionais, as quais possuem a mais alta carga valorativa por carregarem consigo os princípios que resumem a concepção de mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, bem como as prerrogativas e instituições que garantem uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas¹⁷.

Deve, portanto, ser considerado instrumento judicial agregador e integrativo dos demais poderes, com vistas a assegurar e efetivar as normas constitucionais,

¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Estado de Direito e Jurisdição Constitucional – 2002/2010**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 526-527

¹⁶ BASTOS, op. cit, p. 394

¹⁷ SILVA, op. cit, p.178

mesmo porque, com o advento do Estado Democrático de Direito, não há mais que se falar em soberania ou preponderância de um poder em face do outro, mas sim em supremacia da Constituição, verdadeira protagonista no cenário jurídico.

2.2 OS MODELOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

No Brasil, embora prepondere o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos pela via jurisdicional, há que se ressaltar a concomitante existência de um controle político que se materializa, por exemplo, através dos pareceres, nos projetos de lei, das Comissões de Constituição e Justiça e de Cidadania; do veto jurídico-constitucional pelos Chefes dos Poderes Executivos e da sustação pelo Congresso Nacional dos atos normativos do Poder Executivo que exorbitem o poder regulamentar ou os limites da delegação legislativa¹⁸.

O controle jurisdicional de constitucionalidade, por sua vez, é o exercido por órgão integrante do Poder Judiciário, como acontece no Brasil, ou por uma Corte Constitucional. É tradicionalmente dividido em controle concentrado e controle difuso de constitucionalidade, apesar do surgimento dos modelos mistos, com combinações de elementos dos dois sistemas básicos. Nesta perspectiva, de acordo com Gilmar Mendes, “o desenvolvimento de tais modelos básicos aponta em direção a uma aproximação ou convergência a partir de referenciais procedimentais e pragmáticos”.¹⁹

O presente estudo tem como objeto o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e atos normativos, notadamente o realizado de forma difusa e incidental. Uma vez realizados tais apontamentos, passa-se a tecer breves considerações sobre a origem, as características e principais pontos de divergência entre os modelos jurisdicionais de controle, a fim de, posteriormente, analisar a atual tendência de convergência desses modelos no que tange à eficácia atribuída às suas decisões.

¹⁸ CUNHA JÚNIOR, op. cit, p. 106

¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1427

2.2.1 Origem, principais características e diferenças entre os modelos de controle de constitucionalidade

A ideia de supremacia constitucional teve como marco histórico o célebre julgamento do *leading case* Marbury vs. Madison, no qual um dos pontos discutidos girou em torno da competência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América para apreciar o respectivo *writ of mandamus* impetrado por William Marbury, devido a existência de conflito entre as disposições da Constituição dos Estados Unidos e as da lei americana. O *Chief Justice* à época, John Marshall, depois de muito refletir sobre o tema, concluiu que “[...] a ‘fraseologia’ particular da Constituição dos Estados Unidos confirma e corrobora o princípio essencial a todas as constituições escritas, segundo o qual é nula qualquer lei incompatível com a Constituição [...]”²⁰

A concepção, portanto, de que a lei que for incompatível com a Constituição deve ser considerada prontamente nula deu respaldo à criação da teoria da nulidade, segundo a qual a pronúncia da inconstitucionalidade tem natureza meramente declaratória, tendo em vista que a norma inconstitucional padeceu, desde a sua origem, de vício congênito de inconstitucionalidade, tendo “nascido morta”. Tal teoria foi acolhida pela maior parte da doutrina brasileira e os principais efeitos que dela decorrem são a eficácia *ex tunc* da decisão que declara a inconstitucionalidade e a invalidação *ab initio* dos atos praticados com base na lei inconstitucional.

Pode-se afirmar, portanto, que a ideia de controle difuso de constitucionalidade tem por berço os Estados Unidos da América, a partir do julgamento supramencionado, no qual realizou-se juízo de compatibilidade de lei ordinária com a Constituição no bojo de um caso concreto.

Com efeito, o controle difuso de constitucionalidade tem por premissa básica a realização de juízo de constitucionalidade sobre determinada lei ou ato normativo de forma incidental, em sede de julgamento de uma relação processual subjetiva. Nesta situação, as partes submetem ao crivo do judiciário suas pretensões que apenas tangem a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo de forma indireta, constituindo questão prejudicial ao desfecho da lide. Por essa razão, a discussão

²⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena apud LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 274

sobre a inconstitucionalidade se dá tão somente durante a fundamentação da decisão que declara a inconstitucionalidade, não constando na parte dispositiva desta, ao contrário do que ocorre nas ações diretas do controle concentrado.

O controle difuso, portanto, possui como principais características ser um controle repressivo, realizado pelo Poder Judiciário de forma incidental, pela via de exceção ou de defesa, durante o julgamento de um caso concreto que tem por pedido final não a declaração de inconstitucionalidade propriamente dita, mas sim um bem da vida diverso de interesse dos litigantes. Por possuir natureza casuística, esse modelo de controle pode ser exercido por qualquer juízo ou tribunal de forma ampla, sendo importante instrumento de aproximação entre os cidadãos e a Constituição.

No Brasil, por influência da doutrina da *judicial review* norte-americana, o controle difuso de constitucionalidade foi previsto na Constituição de 1891, momento em que o Poder Judiciário passou a titularizar a competência para exercer o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos do poder público sob o influxo do modelo americano, ou seja, da fiscalização difusa, incidental (por via de exceção ou de defesa). Apesar de tal avanço, o sistema apresentava deficiências no tocante a possibilidade de existência de decisões conflitantes entre os órgãos judiciários, já que as decisões sobre a constitucionalidade das leis operavam efeitos somente *inter partes*²¹, não tendo sido adotado o princípio do *stare decisis* norte-americano.

Ao seu turno, e portando características diametralmente opostas, o modelo concentrado de constitucionalidade tem como berço a Europa continental, tendo sido originado com o advento da Constituição austríaca de 1920, elaborada a partir de projeto apresentado pelo jurista Hans Kelsen.

Frisa-se que, em contraponto à teoria americana da nulidade da lei viciada, o sistema austríaco adotou a teoria da anulabilidade da norma inconstitucional, que prevê o caráter constitutivo negativo da decisão que constata a inconstitucionalidade da norma, que até então produziria seus efeitos regularmente como se válida fosse.

Ao contrário do controle difuso de natureza incidental e de legitimidade ampla para propositura e julgamento, o controle concentrado de constitucionalidade atribui a análise da constitucionalidade da lei ou ato normativo à um órgão jurisdicional

²¹ CUNHA JÚNIOR, op. cit, p. 92-94

especial, no caso do Brasil, ao Supremo Tribunal Federal, quando o parâmetro de análise for a Constituição Federal. Aqui a análise acerca da (in)constitucionalidade será o objeto principal do processo, constando expressamente na parte dispositiva da decisão, posto que tem caráter objetivo, não comportando discussão acerca de questões subjetivas e de interesse particular.

No Brasil, tal modelo de controle concentrado surgiu na vigência da Constituição de 1946, por força da Emenda Constitucional nº 16/1965, com a criação da representação genérica de inconstitucionalidade. Contudo, foi atribuída, na época, legitimidade única para suscitar tal controle ao Procurador Geral da República, o que foi substancialmente alterado com o advento da Constituição Federal de 1988 que expandiu consideravelmente a legitimação para a propositura das ações diretas de controle.

Atualmente, o controle concentrado de constitucionalidade no Brasil possui legitimados específicos para propositura das ações, expressamente elencados no artigo 103 da CF/1988, o que reforça o caráter restritivo e objetivo do processo. Assim, o controle se dará através de instrumentos determinados, quais sejam: Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica, Ação Declaratória de Constitucionalidade, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e, por fim, Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva ou Representação Interventiva.

É importante consignar que, inegavelmente, a Constituição Federal de 1988 ao ampliar as ações especiais e diretas do controle concentrado e o rol de legitimados para a propositura dessas ações, acabou por restringir o controle difuso-incidental. Aliado a isso, há o fato de que tais ações especiais são dotadas tradicionalmente de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, abrangendo automaticamente os demais casos que contenham a matéria apreciada pelo STF²².

Todavia, tais circunstâncias não retiram a importância prática do controle difuso de constitucionalidade, principalmente porque, pretende-se com a presente pesquisa, demonstrar que também este modelo de controle passou a dotar suas decisões de efeito vinculante, estando cada vez mais próximo do controle concentrado-abstrato de constitucionalidade neste aspecto.

²² Ibid., p. 99

Ademais, o controle difuso de constitucionalidade possui como grande virtude a sua simplicidade, ao possibilitar que qualquer juiz ou tribunal analise e confronte a constitucionalidade da lei e dos demais atos normativos²³, fortalecendo a legitimidade democrática do controle jurisdicional.

O Brasil, atualmente, adota modelo misto ou eclético de controle, abrangendo tanto o controle jurisdicional por via difusa-incidental quanto concentrada-principal. Desse modo, uma vez ligeiramente apresentadas as principais características e diferenças de ambos os modelos, passa-se a análise específica do controle difuso de constitucionalidade, preponderantemente no que tange a eficácia das decisões em seu âmbito proferidas.

2.2.2 A eficácia das decisões no controle difuso de constitucionalidade

Inicialmente, importa assinalar que, embora no Brasil haja correspondência entre o controle incidental e o controle difuso, em outros países não há necessariamente tal correlação²⁴. Com efeito, o controle é tido por incidental quando ocorre de forma eventual, no curso de um processo que contenha como objeto outra questão que não a análise da inconstitucionalidade propriamente dita de um determinado diploma normativo. Por seu turno, o controle é difuso quando for possível a sua realização por qualquer juiz ou Tribunal.

No Brasil, o controle difuso é sempre incidental, uma vez que a questão principal a ser decidida por qualquer juiz ou tribunal não pode ser a (in)constitucionalidade em si de uma norma, sob pena de ausência de interesse de agir, devido a inexistência de um caso concreto²⁵.

Por sua vez, é plenamente possível que a declaração incidental de inconstitucionalidade seja proferida no bojo de uma ação de controle concentrado, como se verá posteriormente durante a análise de recente julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal.

²³ FIGUEIREDO, apud FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Controle de constitucionalidade e seus efeitos**. 4 ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p.43

²⁴ CUNHA JÚNIOR, op. cit, p.109

²⁵ FERREIRA, op. cit, p. 40

No controle difuso de constitucionalidade, portanto, o juízo de constitucionalidade não é um fim em si mesmo, e sim um meio para que se chegue à conclusão acerca do pedido principal formulado pelas partes. Assim, a análise da constitucionalidade refere-se à causa de pedir do processo, sendo desenvolvida durante a sua fundamentação.

Tal modelo de controle pode ser exercido no bojo de qualquer ação, inclusive em sede de julgamento dos remédios constitucionais, como o *habeas corpus*, *habeas data*, o mandado de segurança e a ação civil pública. Todavia, dá-se majoritariamente através da interposição de recurso extraordinário para o STF.

Frisa-se que a arguição de inconstitucionalidade não precisa ser necessariamente provocada pelas partes, podendo o Poder Judiciário fazê-lo de ofício ou por provocação do Ministério Público.

Em virtude da análise da questão constitucional não ser feita de forma principal, mas sim incidentalmente no bojo de relação processual concreta, a doutrina clássica atribuiu eficácia *inter partes* à decisão incidental de inconstitucionalidade, vinculando tão somente as partes do processo nos limites da matéria decidida. Neste sentido, discorre Ada Pellegrini Grinover:

Se a declaração de inconstitucionalidade ocorre incidentalmente, pela acolhida da questão prejudicial que é fundamento do pedido ou da defesa, a decisão não tem autoridade de coisa julgada, nem se projeta, mesmo *inter partes* – fora do processo no qual foi proferida.²⁶

Perfilhando semelhante entendimento, afirma Alfredo Buzaid que “enquanto os juízes resolvem *in casu* o direito do particular, ameaçado ou violado por ato ilegal da legislatura ou do executivo, os efeitos do julgado valem *inter partes*, não se estendendo *erga omnes*”.²⁷

A eficácia da declaração de inconstitucionalidade, portanto, se limitará às partes processuais, não vinculando pessoas estranhas à lide, e terá efeitos retroativos ou *ex tunc*, desconstituindo desde a origem os efeitos gerados pelo ato ou diploma inconstitucional tão somente em relação aos litigantes.

Quanto aos efeitos retroativos, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem entendendo ser possível modular os efeitos temporais da decisão incidental de

²⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini apud LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 287

²⁷ BUZOID, Alfredo. **Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1958, p. 87

inconstitucionalidade também no controle difuso-incidental, de modo que os efeitos da inconstitucionalidade sejam prospectivos ou *ex nunc*, ou restringidos a um outro momento que venha a ser fixado, com o fim de preservar a segurança jurídica e o relevante interesse social²⁸. Os argumentos favoráveis à modulação dos efeitos em sede de controle difuso-incidental giram em torno da aplicação analógica do artigo 27 da Lei nº 9.868/199 que prevê tal modulação para as ações do controle concentrado de constitucionalidade, além da aplicação do princípio da proporcionalidade.

A consequência direta da clássica concepção de eficácia *inter partes* do controle difuso, é que a lei ou o ato normativo declarado inconstitucional continuará a vigorar e produzir efeitos em relação às demais pessoas que não fizeram parte do julgamento do processo em questão. Isso porque “a via de defesa ou de exceção limita-se a subtrair alguém aos efeitos de uma lei ou ato com o mesmo vício”²⁹.

Assim, apenas os litigantes sofrerão o impacto da declaração de inconstitucionalidade realizada de modo incidental, permanecendo as demais pessoas sujeitas aos ditames da lei ou do ato impugnados como se estes fossem perfeitamente válidos e compatíveis com a Constituição, a menos que ingressem, uma a uma, com processos individuais a fim de que a inconstitucionalidade seja reconhecida também relativamente às suas situações jurídicas.

Tal cenário não se compatibiliza com a teoria da nulidade adotada no Brasil, que determina que o ato ou diploma normativo inconstitucional é natimorto, írrito desde a sua origem. De igual modo, vai de encontro à própria supremacia constitucional, pois:

[...] consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal, o princípio da supremacia da Constituição não se compadece com uma orientação que pressupõe a validade da lei inconstitucional. O reconhecimento da validade de uma lei inconstitucional – ainda que por tempo limitado – representaria uma ruptura com o princípio da supremacia da Constituição. A lei inconstitucional não pode criar direitos, nem impor obrigações, de modo que tanto os órgãos estatais como o indivíduo estariam legitimamente autorizados a negar obediência às prescrições incompatíveis com a Constituição³⁰.

²⁸ Cf. Info. n. 341, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 197.917, Rel. Min. Maurício Corrêa

²⁹ BASTOS, op. cit, p.399

³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 263

Com o objetivo de suprir tal lacuna, a Constituição brasileira de 1934 outorgou ao Senado Federal a possibilidade de estender os efeitos da declaração de inconstitucionalidade realizada pelo Supremo Tribunal Federal, em âmbito de controle difuso, para além dos limites do caso concreto, com efeitos *ex nunc*. O papel do Senado Federal será melhor investigado no próximo capítulo deste trabalho.

Contudo, a despeito da clássica eficácia *inter partes* e *ex tunc* conferida às decisões proferidas no controle difuso de constitucionalidade, nos moldes acima comentados, vem se consolidando forte doutrina e jurisprudência no sentido de tornar *ultra partes* a eficácia de tais decisões, independente da atuação do Senado Federal neste sentido. Trata-se de uma nova linha de pensamento que visa revitalizar o modelo difuso de controle de constitucionalidade, adequando-o às reais necessidades sociais e expandindo a jurisdição constitucional exercida pelo STF. Pela sua patente relevância prática, tal tese será alvo de subsequente investigação.

3 A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

Não obstante a declaração de inconstitucionalidade no controle difuso ser dotada tradicionalmente de eficácia *inter partes*, tem se intensificado movimento em âmbito doutrinário e jurisprudencial propondo uma reformulação de tal característica, para que também as decisões proferidas em tal modelo de controle sejam dotadas de efeitos vinculantes e *erga omnes*, abrangendo toda a sociedade.

Este movimento tem-se denominado de abstrativização ou objetivação do controle difuso de constitucionalidade, sugerindo uma verdadeira aproximação entre os dois sistemas clássicos de controle.

Diversos são os motivos pelos quais se questiona a tradicional eficácia *inter partes* atribuída ao controle difuso realizado pelo Supremo Tribunal Federal, dentre eles a maior segurança jurídica que as decisões proporcionariam caso fossem dotadas de eficácia geral e vinculante, diminuindo o risco de decisões contraditórias diante de situações idênticas, além da maior agilidade e presteza do serviço jurisdicional, já que a Suprema Corte não teria que ser submetida incessantemente à análise de questões repetitivas e já consolidadas internamente.

No Brasil, ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos, não adotou-se o princípio do *stare decisis*, típico dos países de tradição *common law*, razão pela qual não há tamanha valorização dos precedentes judiciais. Assim, mesmo uma decisão emanada da mais alta Corte do país, caso proferida em controle difuso de constitucionalidade, terá, a princípio, o condão de vincular apenas as partes do processo analisado.

Critica-se, ainda, o fato de que o órgão prolator da decisão de inconstitucionalidade é o mesmo nos casos em que o Supremo Tribunal Federal realiza o controle de forma incidental ou abstrata, não havendo justificativa plausível para a atribuição de diferentes eficácias à tais decisões.

Se ao Supremo foi conferido o papel de zelar pela Constituição Federal, deve fazê-lo toda vez que a ele for submetida questão constitucional, devendo sua decisão produzir iguais efeitos, seja ela proferida em julgamento de caso concreto ou de ação abstrata, já que o escopo do controle é o mesmo: defender e garantir a supremacia e a força normativa da Constituição.

Com efeito, são expoentes os defensores de tal reformulação, dentre eles Lúcio Bittencourt que, em referência à Constituição Federal de 1967, entendia que o Senado Federal, ao suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, exerceria o papel de apenas tornar pública tal decisão, *in verbis*:

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 da colaboração de qualquer dos outros poderes. O objetivo do art. 45, nº IV da Constituição é apenas *tonar 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, impropriedade técnica, uma vez que o ato, sentido “inexistente” ou “ineficaz”, não pode ter *suspensa* a sua execução³¹.

Assim, ao se atribuir ao Senado Federal o papel de apenas tornar pública decisão de inconstitucionalidade que, de qualquer modo, já produziria seus efeitos regularmente, está se reconhecendo que tal decisão possui naturalmente eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, já que a atuação do referido órgão político não seria imprescindível à produção desses efeitos.

Em semelhante lógica, já defendia Castro Nunes, na década de 40, que a declaração de inconstitucionalidade, ainda que realizada em espécie, possuiria efeitos abrangentes em relação a casos idênticos ao que fora objeto de julgamento e que as decisões da Suprema Corte seriam determinantes não apenas para as partes litigantes, mas para os outros poderes constitucionais. Confira-se:

Tal é o que se poderia chamar – a técnica da declaração de inconstitucionalidade. Mas praticamente a lei declarada inconstitucional está ferida de morte. A decisão, ainda que em espécie, suprime-lhe virtualmente a autoridade na aplicação a casos idênticos³².

E mais tarde:

Pressupostas as condições inerentes ao exercício da jurisdição, a decisão da Suprema Corte é final e definitiva.

Tais decisões são conclusivas quer para as partes contendoras, quer para os outros poderes constitucionais da Nação e dos Estados[...]³³

Outrossim, versando sobre a equalização dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade realizada pelo Supremo Tribunal Federal, leciona Dirley da

³¹ BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O Controle Jurisdicional de Constitucionalidade das Leis**. 2 ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 145-146

³² NUNES, Castro. **Teoria e prática do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 1943, p. 588-589

³³ *Ibid.*, p. 592

Cunha Júnior que:

De fato, se no passado se justificava a distinção de efeitos entre as decisões de inconstitucionalidade do STF, hodiernamente ela é intolerável diante da posição de Guardião da Constituição da qual se reveste a Corte. Ora, no contexto atual, é absolutamente sem sentido, chegando a soar como teratológica, a explicação de que, no controle difuso, o Supremo decide *inter partes*, enquanto no controle concentrado decide *erga omnes*. E tudo isso só porque o STF, na primeira hipótese, declara a inconstitucionalidade resolvendo uma questão incidental e, na segunda, declara a mesma inconstitucionalidade solucionando a própria questão principal. Onde está a lógica disso, já que – seja decidindo *incidenter tantum* ou *principaliter tantum* – o órgão prolator da decisão é o mesmo?

É chegada a hora, assim, de igualar as conseqüências da decisão da Suprema Corte, com o fito especial de estender os efeitos *erga omnes* às decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo Tribunal no controle difuso de constitucionalidade, nos mesmos moldes do sistema norte-americano da *judicial review of legislation* onde se adota, desde 1803, o princípio do *stare decisis*. Sem dúvida, a identidade de tratamento é medida salutar que só vem a reforçar o nosso sistema de defesa ou garantia da Constituição.³⁴

Assim, defende o jurista a identidade de tratamento entre a eficácia das decisões proferidas em controle difuso e concentrado de constitucionalidade, a fim de que seja fortalecido o sistema de proteção constitucional, em semelhança ao modelo estadunidense, onde é adotado o princípio do *stare decisis*.

Por seu turno, o ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Teori Zavascki, assinalou para a natural vocação expansiva das decisões sobre a constitucionalidade das normas, *in verbis*:

Sabe-se, com efeito, que as sentenças proferidas na jurisdição dos casos concretos têm força vinculante limitada às partes. Nesses casos, a certificação da existência ou inexistência do direito questionado tem eficácia subjetiva limitada aos figurantes da relação processual. Não beneficia nem prejudica terceiros. Todavia, se para chegar à conclusão a que chegou, o julgador tiver feito um juízo – positivo ou negativo – a respeito da validade de uma norma, essa decisão ganha contornos juridicamente diferenciados, em face dos princípios constitucionais que pode envolver. É que os preceitos normativos têm, por natureza, a característica da generalidade, isto é, não se destinam a regular específicos casos concretos, mas sim, estabelecer um comando abstrato aplicável a um conjunto indefinido de situações. Quando, portanto, se questiona a legitimidade desse preceito, ainda que no julgamento de um caso concreto, o que se faz é pôr em xeque também a sua aptidão para incidir em todas as demais situações semelhantes. Essa peculiaridade é especialmente relevante se considerada em face do princípio da igualdade

³⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **O princípio do “stare decisis” e a decisão do Supremo Tribunal Federal no controle difuso de constitucionalidade**. In: Brasil jurídico. Disponível em: <<https://www.brasiljuridico.com.br/artigos/o-principio-do-stare-decisis-e-a-decisao-do-supremotribunal-federal-no-controle-difuso-de-constitucionalidade.-por-dirley-da-cunha-junior.>>. Acesso em: 17 jun. 2018

perante a lei, de cuja variada densidade normativa se extrai primordialmente a da necessidade de conferir um tratamento jurisdicional igual para situações iguais³⁵.

Assim, diante da característica da generalidade dos preceitos normativos - já que a norma em um primeiro momento não possui um teor concreto, mas sim genérico, abrangendo um número indeterminado de pessoas – quando um dado diploma normativo tem sua legitimidade questionada, não se pode pretender restringir os efeitos que daí decorram apenas às partes litigantes, pois a sanção decorrente da invalidade deve ser aplicada a todas as pessoas que possam ser atingidas pelo conteúdo da norma viciada, em atenção ao princípio da isonomia em sua vertente formal (igualdade perante a lei).

Outra importante voz em prol da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade é a de Gilmar Mendes³⁶, que comandou a tese da mutação constitucional do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, defendendo a extensão automática dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade tomada pela Suprema Corte em controle difuso para além das partes. Entende, assim como Lúcio Bittencourt, que o papel do Senado Federal neste contexto seria o de apenas dar publicidade a tal decisão que, originalmente, já possuiria a aptidão de vincular as demais pessoas.

Ademais, para o ministro, a competência que foi conferida a tal órgão político de suspender eficácia de diploma normativo considerado inconstitucional de acordo com sua vontade discricionária seria uma negação à teoria da nulidade, adotada no Brasil³⁷.

Tal posicionamento parece acertado, pois há incongruência em se afirmar que a inconstitucionalidade de uma norma a torna natimorta, viciada desde a sua origem e, ainda assim, admitir que seja ela aplicada normalmente fora dos contornos da lide em que foi decidida até que, e se, um determinado órgão opte por não mais torná-la eficaz.

É possível afirmar, portanto, que a tradicional eficácia *inter partes* do controle difuso de constitucionalidade vem sofrendo ferrenhas críticas e, paulatinamente,

³⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/2521/000275909.pdf>>. Acesso em 17 jun. 2018

³⁶ Cf. MENDES, Gilmar. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional**. In: Senado Federal. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/953>>. Acesso em 15 jun. 2018

³⁷ Ibid., loc. cit.

através de julgamentos mais recentes, cedendo espaço para uma objetivação de tais efeitos, que não raramente são estendidos para além do caso concreto, de modo a abranger situações idênticas. Mais à frente serão apontados alguns julgados paradigmas neste sentido.

Antes, contudo, torna-se importante apontar alguns mecanismos incorporados ao ordenamento jurídico com o objetivo de amenizar as deficiências do controle difuso de constitucionalidade. A existência de tais mecanismos, antes de mais nada, demonstra a atual tendência de mitigação das diferenças entre os modelos de controle de constitucionalidade, os quais têm se tornado cada vez mais próximos.

3.1 MECANISMOS DE MITIGAÇÃO DAS DEFICIÊNCIAS DO MODELO

Como outrora mencionado, o modelo de controle difuso de constitucionalidade com a eficácia *inter partes*, nos moldes em que foi adotado tradicionalmente no Brasil, possui a inevitável falha de permitir que situações idênticas sejam decididas de forma diferente, posto que as interpretações construídas pelos juízes e tribunais podem conduzir a incontáveis caminhos, gerando insegurança jurídica para àqueles que necessitam do pronunciamento judicial para solucionar suas controvérsias.

Assim, considerando que a decisão que declara a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo no controle difuso apenas atinge as partes que litigam no processo analisado, de forma pontual e com eficácia *inter partes*, esse mesmo diploma ou ato normativo permanece válido e eficaz no ordenamento jurídico, sendo normalmente aplicado às demais situações que contenham a respectiva matéria.

Nesse contexto, pessoas que se encontram no mesmo estado podem ter suas situações jurídicas diversamente tratadas no tocante a um diploma normativo que, para umas poderá ser considerado inconstitucional e para outras constitucional. Neste sentido, discorre Nathalia Masson que:

Deste modo, a lei ou o ato normativo que foi declarado inconstitucional em uma ação (para aquelas partes integrantes da relação jurídica), continua valendo no ordenamento e produzindo normalmente seus efeitos para as outras pessoas. Isso nos permite concluir pela possibilidade de uma mesma norma ser constitucional para alguns e inconstitucional para outros.

Cumprir informar que o efeito *inter partes* tem sido apontado como a principal desvantagem do controle difuso, pois oportuniza o surgimento de

uma multiplicidade de questões idênticas (ou mesmo muito semelhantes), o que ocasiona a marcante morosidade do Poder Judiciário, além de favorecer o surgimento de decisões judiciais contraditórias, o que enseja o descrédito na justiça pública³⁸.

Similarmente, aduz Manoel Gonçalves Ferreira Filho que:

O inconveniente do controle incidental é o mesmo do controle difuso: a possibilidade de juízes apreciarem diferentemente a validade de uma lei, com a consequência de ser aplicada a uns e não a outros; a incerteza quanto ao direito até a decisão final do Tribunal mais alto, ou especializado³⁹.

Salienta-se, novamente, que a possibilidade de que um diploma normativo expressamente declarado inconstitucional em decisão judicial continue a vigor e ser aplicado as demais situações fáticas choca frontalmente com a teoria da nulidade, que considera ser a norma inconstitucional “natimorta”, pois o vício da inconstitucionalidade a macula desde a sua origem, de forma congênita. Causa desconforto, portanto, imaginar que a declaração de incompatibilidade de uma lei – principalmente a advinda do Supremo Tribunal Federal - perante a Constituição possa ser limitada apenas a um caso concreto e desconsiderada quanto aos demais.

Com o objetivo de minorar a proliferação de decisões contraditórias e a lentidão do poder judiciário, foram criados institutos como a suspensão pelo Senado Federal da execução de lei declarada inconstitucional pelo STF em decisão definitiva - mecanismo que será mais à frente analisado - a súmula vinculante, além de realizadas alterações normativas que sinalizam o fortalecimento do sistema de precedentes judiciais, para que as decisões proferidas em casos concretos tenham eficácia ampliada.

Nesse passo, cita-se a exceção à cláusula de reserva de plenário, prevista no parágrafo único do artigo 949 do atual Código de Processo Civil, que dispõe que os órgãos fracionários dos tribunais não precisarão submeter arguição de inconstitucionalidade ao plenário ou ao órgão especial quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

³⁸MASSON, op. cit, p. 1081

³⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 38 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 54

A respeito de tal exceção, o ex-ministro Ilmar Galvão⁴⁰, em sede do julgamento do Recurso Extraordinário nº 190.728, apontou que este novo entendimento estava em perfeita consonância com o princípio da economia processual e com o da segurança jurídica, na medida em que viria ao encontro da tão desejada racionalização orgânica da instituição judiciária brasileira.

Também o ministro Gilmar Mendes, ao proferir voto em sede da Reclamação Constitucional nº 4.335 e referindo-se a tal exceção, asseverou que:

Esse entendimento marca uma evolução no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, que passa a equiparar, praticamente, os efeitos das decisões proferidas nos processos de controle abstrato e concreto. A decisão do Supremo Tribunal Federal, tal como colocada, antecipa o efeito vinculante de seus julgados em matéria de controle de constitucionalidade incidental, permitindo que o órgão fracionário se desvincule do dever de observância da decisão do Pleno ou do Órgão Especial do Tribunal a que se encontra vinculado. Decide-se autonomamente com fundamento na declaração de inconstitucionalidade (ou de constitucionalidade) do Supremo Tribunal Federal proferida *incidenter tantum*⁴¹.

Em similar sentido, a sistemática recursal do Código de Processo Civil prevê o provimento e desprovimento de recursos pelo relator de acordo com a contrariedade ou não da decisão recorrida em relação às súmulas, acórdãos proferidos em recursos repetitivos e entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas e incidente de assunção de competência pelo próprio tribunal, pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal.

Além disso, o artigo 927 do CPC, no seu inciso III, prevê a observância pelos juízes e tribunais dos acórdãos originados em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, resultando a inobservância na possibilidade de propositura de reclamação constitucional nos termos do artigo 988 do mesmo diploma legal. Tal disposição parece apontar, sem dúvida, para uma aproximação ao que ocorre nos Estados Unidos, com o princípio do *stare decisis*, onde são dados o devido valor e peso aos precedentes judiciais.

⁴⁰ GALVÃO apud MENDES, Gilmar. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional**. In: Senado Federal. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/953>>. Acesso em 15 jun. 2018

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3345. Rel. Celso de Mello. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/adi3345.pdf>>. Acesso em: 17 jun 2018. Página 29

Ainda no contexto do CPC, o artigo 535, parágrafo 5º, ao dispor sobre a impugnação a execução pela Fazenda Pública, prevê que a arguição de inexecutabilidade do título ou inexigibilidade da obrigação, como matéria de defesa, pode pautar-se em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou em aplicação ou interpretação tida por incompatível com a Constituição, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso. É patente, neste ponto, o entendimento de que, seja fundada em diploma normativo tido por inconstitucional em via difusa ou concentrada, a obrigação contida no título judicial é inexigível, não havendo relevância saber em qual tipo de ação se deu a declaração de inconstitucionalidade.

Cita-se, ainda, as exceções previstas no artigo 496 do Código à remessa necessária, quando a sentença contrária aos interesses da Fazenda Pública fundar-se em súmula de tribunal superior, acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos e até mesmo no caso de entendimento coincidente com orientação firmada no âmbito administrativo do ente público em questão.

Tais previsões normativas demonstram sobremaneira o processo de evolução do sistema dos precedentes judiciais pelo qual vem passando o Brasil, no sentido de expansão e vinculação dos efeitos das decisões judiciais casuísticas emanadas dos Tribunais Superiores e do STF em direção a uma verdadeira “cultura do *stare decisis*”, como afirmado por Teori Zavascki ao proferir voto em sede de reclamação constitucional:

Não se pode deixar de ter presente, como cenário de fundo indispensável à discussão aqui travada, a evolução do direito brasileiro em direção a um sistema de valorização dos precedentes judiciais emanados dos tribunais superiores, aos quais se atribui, cada vez com mais intensidade, força persuasiva e expansiva em relação aos demais processos análogos. Nesse ponto, o Brasil está acompanhando um movimento semelhante ao que também ocorre em diversos outros países que adotam o sistema da *civil law*, que vêm se aproximando, paulatinamente, do que se poderia denominar de cultura do *stare decisis*, própria do sistema da *common law*. A doutrina tem registrado esse fenômeno, que ocorre não apenas em relação ao controle de constitucionalidade, mas também nas demais áreas de intervenção dos tribunais superiores, a significar que a aproximação entre os dois grandes sistemas de direito (*civil law* e *common law*) é fenômeno em vias de franca generalização⁴².

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação Constitucional n. 3345. Rel. Gilmar Mendes. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25342563/reclamacao-rcl-4335-ac-stf?ref=serp>>. Acesso em: 17 jun 2018

Destarte, nada mais coerente com a atual tendência de valorização dos precedentes judiciais do que atribuir também às decisões prolatadas pelo STF em controle difuso de constitucionalidade efeitos vinculantes e *erga omnes*, reforçando a segurança jurídica, a isonomia e a força normativa da Constituição, na medida em que esta seja interpretada em consonância com a realidade política e social do país.

3.2 DO POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL SOBRE O TEMA

No âmbito jurisprudencial, determinados casos tiveram grande visibilidade por trazerem à tona exatamente a extensão dos efeitos de declaração incidental de inconstitucionalidade para os demais sujeitos que, ainda que não integrantes da relação jurídica analisada, fossem afetados pela norma tida por inconstitucional.

O primeiro deles tratou-se do julgamento do Recurso Extraordinário nº 197.917⁴³, proveniente do Estado de São Paulo, em que discutiu-se a redução do número de vereadores do município paulista de Mira Estrela, por estar em suposto conflito com o artigo 29, inciso IV, da CF/1988, que prevê limites para a composição das Câmaras Municipais de acordo com o número de habitantes dos municípios.

Feitas as ponderações necessárias, declarou o Supremo Tribunal Federal, de forma incidental, a inconstitucionalidade de dispositivo da lei orgânica municipal de Mira Estrela, determinando a adequação da composição da respectiva Câmara de Vereadores aos parâmetros constitucionais. Ao mesmo tempo, determinou-se ao Tribunal Superior Eleitoral que estabelecesse critério adequado a fim de diagnosticar o número de vereadores para cada município, em atenção aos limites fixados pela Constituição Federal. Ocorre que este Tribunal Superior não era parte litigante do recurso em questão, tendo sido realizada verdadeira extensão dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade incidental para abrangê-lo.

Posteriormente, já editada resolução pelo Tribunal Superior Eleitoral estabelecendo o critério para diagnóstico do número de vereadores, foram ajuizadas as ADIS nº 3.345 e 3.365 por partidos políticos insatisfeitos com a sobredita resolução, tendo o Ministro Celso de Mello proferido voto no sentido do efeito vinculante da decisão tomada no recurso extraordinário em questão, *in verbis*:

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 197917. Rel. Maurício Corrêa. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14747926/recurso-extraordinario-re-197917-sp?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 17 jun 2018

Cabe referir, em particular, neste ponto, a intervenção do eminente Ministro GILMAR MENDES, que ressaltou a aplicabilidade, ao E. Tribunal Superior Eleitoral, do efeito vinculante emergente da própria “*ratio decidendi*” que motivou o julgamento do precedente mencionado.

Essa visão do fenômeno da transcendência – que esta Corte admitiu na decisão proferida na Rcl 1.987/DF, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA – reflete a preocupação que a doutrina vem externando a propósito dessa específica questão, consistente no reconhecimento de que a eficácia vinculante não só concerne à parte dispositiva, mas refere-se, também, aos próprios fundamentos determinantes (“*ratio decidendi*”) do julgado declaratório de inconstitucionalidade emanado do Supremo Tribunal Federal, como resulta claro do magistério da doutrina[...]⁴⁴

Sobre a mencionada teoria da transcendência dos motivos determinantes, será dedicado capítulo próprio ao final da pesquisa a fim de discutir a sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. Mas fato é que, em sede do julgamento ora comentado, ficou evidente a extensão da eficácia vinculante dos motivos determinantes do julgamento para abranger um órgão que, inicialmente, não possuía relação direta com a lide apreciada pelo STF.

Similar situação deu-se no julgamento do Habeas Corpus nº 82.959-7⁴⁵, pelo Supremo Tribunal Federal, em que foi declarada, de forma incidental, a inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos) que proibia a progressão de regime em tais crimes e, assim, deferida a ordem de *habeas corpus*.

Apesar de tal inconstitucionalidade ter sido declarada em sede de controle incidental, diversas reclamações constitucionais foram ajuizadas com base na alegação de descumprimento de decisão do STF, tendo algumas delas sido julgadas procedentes. A respeito, veja-se trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes em sede do julgamento da Reclamação Constitucional nº 4.335, oriunda do Estado do Acre:

Com efeito, verifica-se que a recusa do Juiz de Direito da Vara de Execuções da Comarca de Rio Branco, no Estado do Acre, em conceder o benefício da progressão de regime, nos casos de crimes hediondos, desrespeita a eficácia *erga omnes* que deve ser atribuída à decisão deste

⁴⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3345. Rel. Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/adi3345.pdf>>. Acesso em: 17 jun 2018. Página 29

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 82.959-7. Rel. Marco Aurélio. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14734072/habeas-corpus-hc-82959-sp?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 17 jun 2018

Supremo Tribunal Federal, no HC 82.959, que declarou a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990⁴⁶.

De acordo com o Ministro, portanto, a declaração da inconstitucionalidade do referido dispositivo, ainda que pronunciada no âmbito de um processo de caráter subjetivo, deveria ser dotada de eficácia *erga omnes*, motivo pelo qual julgou procedente a reclamação para cassar a decisão impugnada. Em igual sentido entendeu o Ministro Eros Grau. O Ministro Teori Zavaski, por sua vez, reafirmou em seu voto a força expansiva das decisões do Supremo Tribunal Federal, mesmo em contexto de controle concreto de constitucionalidade:

É inegável, por conseguinte, que, atualmente, a força expansiva das decisões do Supremo Tribunal Federal, mesmo quando tomadas em casos concretos, não decorre apenas e tão somente de resolução do Senado, nas hipóteses de que trata o art. 52, X da Constituição. É fenômeno que está se universalizando, por força de todo um conjunto normativo constitucional e infraconstitucional, direcionado a conferir racionalidade e efetividade às decisões dos tribunais superiores e, como não poderia deixar de ser, especialmente os da Corte Suprema⁴⁷.

É importante frisar, no entanto, que apesar de a referida reclamação, cujo julgamento ocorreu ainda na vigência do antigo Código de Processo Civil, ter sido julgada procedente pela maioria da Suprema Corte, alguns dos ministros não a conheceram inicialmente, por entenderem não ter sido a mesma ajuizada de acordo com o artigo 102, inciso I, alínea “I”, da Constituição Federal e com o entendimento jurisprudencial dominante à época. Tal entendimento guiava-se no sentido de restringir a legitimidade para propositura da reclamação constitucional a quem tivesse sido parte na relação processual em que foi proferida decisão cuja eficácia se buscava preservar ou, ainda, nos casos de atos ofensivos à decisões tomadas no controle concentrado de constitucionalidade ou às súmulas vinculantes.⁴⁸

Contudo, em decorrência da publicação no ano de 2009 da Súmula Vinculante nº 26, que dispôs sobre a inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei dos Crimes Hediondos para efeitos de progressão de regime no cumprimento da pena, alguns dos ministros que antes resistiram em conhecer a citada Reclamação Constitucional, a conheceram e deram provimento com base na existência de fato superveniente, qual seja: a súmula vinculante.

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação Constitucional n. 3345. Rel. Gilmar Mendes. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25342563/reclamacao-rcl-4335-ac-stf?ref=serp>>. Acesso em: 17 jun 2018

⁴⁷ Ibid., loc. cit.

⁴⁸ Ibid., loc. cit.

Não obstante, é necessário fazer observação quanto ao entendimento de Fredie Didier Júnior⁴⁹ que, ainda em referência ao antigo Código de Processo Civil, já sinalizava para o cabimento da reclamação constitucional em face, também, de desobediência de decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal em controle difuso de constitucionalidade, independentemente da existência de súmula vinculante versando sobre a matéria. Isso se daria devido a nova feição que vem assumindo o controle difuso de constitucionalidade, com uma crescente expansividade dos efeitos das decisões proferidas em seu âmbito.

Como exemplos de manifestações de tal fenômeno, cita-se os próprios mecanismos de mitigação das deficiências do controle difuso aludidos no tópico anterior; a dispensa, em alguns casos, do requisito de prequestionamento no recurso extraordinário para tomar por base posicionamento do STF adotado em outro recurso extraordinário; a possibilidade de julgamento do recurso extraordinário com base em fundamento diverso do enfrentado pelo tribunal recorrido, o que sinaliza para a abertura da causa de pedir, exatamente como ocorre no controle concentrado de constitucionalidade; a permissão pelo STF de sustentação oral de *amicus curiae* em julgamento de recurso extraordinário; dentre outras circunstâncias que conferem respaldo à tese da objetivação do controle difuso de constitucionalidade⁵⁰.

Ao seu turno, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, destacou-se o julgamento do Recurso Especial nº 828.106⁵¹, proveniente do Estado de São Paulo, em que a parte recorrente objetivava afastar a exigibilidade das alterações da base de cálculo da COFINS (Contribuição para financiamento da seguridade social) e do PIS (Programa de integração social) e a majoração de alíquota da primeira exação, promovidas pelas Leis nº 9.718 e 9.715, ambas de 1998.

Ao final da análise, decidiu o STJ dar parcial provimento ao referido recurso, entendendo que seria ilegítima a exação tributária decorrente da aplicação do parágrafo 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718, uma vez que tal dispositivo já havia sido

⁴⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. O Recurso Extraordinário e a transformação do Controle Difuso de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. **Revista do CEPEJ** – Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, n. 8, p.41-55, jul./dez., 2007

⁵⁰ Ibid., loc. cit.

⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 828106. Rel. Teori Albino Zavascki. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7161058/recurso-especial-resp-828106-sp-2006-0069092-0/inteiro-teor-12885789?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 20 jun 2018

declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em sede de julgamentos anteriores de outros recursos extraordinários. Em consonância com a teoria da nulidade e no sentido do efeito vinculante da decisão do Supremo em tais recursos extraordinários, elucidativo foi o voto do Ministro Teori Zavascki, no bojo do recurso especial ora comentado, cujo trecho transcreve-se:

A inconstitucionalidade é vício que acarreta a nulidade *ex tunc* do ato normativo, que, por isso mesmo, é desprovido de aptidão para incidir eficazmente sobre os fatos jurídicos desde então verificados, situação que não pode deixar de ser considerada. Também não pode ser desconsiderada a decisão do STF que reconheceu a inconstitucionalidade. Embora tomada em controle difuso, é decisão de incontestável e natural vocação expansiva, com eficácia imediatamente vinculante para os demais tribunais, inclusive o STJ (CPC, art. 481, § único: "Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão"), e com força de inibir a execução de sentenças judiciais contrárias, que se tornam inexigíveis [...]

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[...]⁵²

Os casos acima expostos são apenas uma amostra do entendimento, cada vez mais robusto, de que os demais juízes e Tribunais estão vinculados às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, mesmo no julgamento de casos concretos. Como visto, tem-se reconhecido o efeito vinculante e *erga omnes* das decisões da Suprema Corte, de modo a abranger outros casos que abarquem matérias já deliberadas, em direção a uma jurisprudência uniforme e coerente.

Com o fito de demonstrar a contemporaneidade da discussão acerca da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, o próximo tópico cuidará de analisar recente julgado do ano de 2017, em que entendeu o Supremo Tribunal Federal pela ampliação da eficácia de decisão de inconstitucionalidade proferida em sede incidental falando-se, inclusive, em possível mutação constitucional de artigo da Constituição Federal que versa sobre a atuação do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade. É o que se analisará a seguir.

⁵² Ibid., loc. cit.

3.3 DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ARTIGO 52, INCISO X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A mutação constitucional caracteriza-se como processo de modificação informal da Constituição, a fim de atualizá-la e dotá-la de força normativa na medida em que harmoniza as suas previsões com a realidade social. Trata-se, portanto, de alteração do sentido da norma constitucional que, apesar de não ter seu texto modificado, passa a regular a matéria tratada sob um novo ângulo ou perspectiva. A esse respeito, leciona Uadi Lammêgo Bulos que:

Os estudiosos constataam, pois, o fenômeno das *mutações constitucionais* como uma constante na vida dos Estados, e as constituições, como *organismos vivos* que são, acompanham a evolução das circunstâncias sociais, políticas, econômicas, que, se não alteram o texto na letra e na forma, modificam-no em substância, significado, alcance e sentido de seus dispositivos.

Assim, denomina-se mutação constitucional o processo informal de mudança da Constituição, por meio do qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados à letra da *Lex Legum*, quer através da interpretação, em suas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio da construção (*construction*), bem como dos usos e costumes constitucionais.⁵³

Por seu turno, Anna Cândida da Cunha Ferraz assevera ser a mutação constitucional decorrência lógica da Constituição, fruto do exercício do poder constituinte difuso, esclarecendo que:

Assim, em síntese, a *mutação constitucional* altera o sentido, o significado e o alcance do texto constitucional sem violar-lhe a letra e o espírito. Essa a característica fundamental da noção de mutação constitucional que merece, por ora, ser ressaltada. Trata-se, pois, de mudança constitucional que não contraria a Constituição, ou seja, que, indireta ou implicitamente, é acolhida pela Lei Maior.

Tais alterações constitucionais, operadas fora das modalidades organizadas de exercício do poder constituinte instituído ou derivado, justificam-se e têm fundamento jurídico: são, em realidade, obra ou manifestação de uma espécie inorganizada do Poder Constituinte, o chamado *poder constituinte difuso*, na feliz expressão de *Burdeau*.

[...]

É uma decorrência lógica da Constituição, na medida em que esta é uma obra que nasce para ser efetivamente aplicada, sobretudo naquilo que tem de essencial, e o essencial, por vezes, é incompleto, exigindo atuação ulterior, capaz de defini-lo, precisá-lo, resolver-lhe as obscuridades, dar-lhe continuidade e aplicação, sem vulnerar a obra constitucional escrita.⁵⁴

⁵³ BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 57

⁵⁴ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança das constituições**. 2 ed. Osasco: EdifIEO, 2015. p. 10

Versando sobre a interpretação judicial como instrumento da mutação constitucional, elucida Luís Roberto Barroso que:

A mutação constitucional por via de interpretação, por sua vez, consiste na mudança de sentido da norma, em contraste com entendimento preexistente. Como só existe norma interpretada, a mutação constitucional ocorrerá quando se estiver diante da alteração de uma interpretação previamente dada. No caso da interpretação judicial, haverá mutação constitucional quando, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal vier a atribuir a determinada norma constitucional sentido diverso do que fixara anteriormente, seja pela mudança da realidade social ou por uma nova percepção do direito. O mesmo se passará em relação à interpretação administrativa, cuja alteração, inclusive, tem referência expressa na legislação positiva.⁵⁵

Diante de tais conceituações, é possível concluir que a mutação constitucional é um processo informal de ressignificação das normas constitucionais a fim de adequá-las à realidade, dispensando a reforma via emendas constitucionais que, quando realizadas em demasia, podem gerar certo descrédito no tocante aos preceitos da Carta Magna. Essa ressignificação trata-se de desdobramento natural do caráter de organismo vivo e dinâmico atribuído à Constituição.

Partindo para o objeto específico do presente capítulo, qual seja, a mutação constitucional do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, frisa-se que tal mutação vem sendo reiteradamente defendida pelo ministro da Suprema Corte Gilmar Mendes, cujos adeptos vêm aumentando ao longo do tempo. O referido dispositivo cuida da competência do Senado Federal, no contexto do controle difuso de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal, com a finalidade de suprir a incerteza jurídica causada pela tradicional eficácia *inter partes* deste modelo de controle.

No âmbito de recente julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3406 e 3470 tal tese voltou a ser ventilada, de modo que passa-se a comentar o referido julgamento e suas implicações práticas.

⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 165

3.3.1 Do objeto e julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3406 e 3470

As Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3406 e 3470⁵⁶ foram propostas pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Indústria em face da Lei nº 3.579/2001, do Estado do Rio de Janeiro, que dispõe sobre a substituição progressiva de produtos contendo a variedade asbesto (amianto branco).

De acordo com a referida Confederação, a lei estadual seria inconstitucional por ofender os princípios da livre iniciativa e invadir a competência privativa da União para definir normas gerais sobre comércio, consumo e meio ambiente.

Ocorre que, em sede do julgamento conjunto de tais ações, no ano de 2017, e por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou improcedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade, entendendo ser a lei estadual constitucional, tendo declarado, de forma incidental, a inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei Federal nº 9.055/1995, que permitia a extração, industrialização, comercialização e a distribuição do uso do amianto na variedade crisotila no país.

É importante ressaltar que o objeto de tais Ações Diretas de Inconstitucionalidade limitava-se à apreciação da (in)constitucionalidade da Lei Estadual nº 3.579/2001, que acabou sendo julgada constitucional pelo Supremo. Tal decisão foi dotada de eficácia *erga omnes* e vinculante, já que emanada em controle abstrato de constitucionalidade, em total consonância com o artigo 102, parágrafo 2º, da Constituição Federal.

A polêmica gerada, contudo, deu-se em razão da atribuição pelo STF de efeito vinculante e *erga omnes* também à declaração incidental de inconstitucionalidade do supramencionado artigo da lei federal nº 9.055/1995.

Salienta-se que este mesmo artigo já havia sido objeto de apreciação pela Suprema Corte e declarado inconstitucional, também de forma incidental, no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3937⁵⁷. Ocorre que, adicionalmente, desta

⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Info n. 886. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo886.htm>>. Acesso em: 15 jun. 2018

⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3937. Rel. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2544561>>. Acesso em: 15 jun. 2018

feita, foram atribuídos à decisão incidental de inconstitucionalidade efeitos vinculantes e *erga omnes* de forma expressa.

A discussão, portanto, girou em torno da expansão dos efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade de um dispositivo que fora analisado tão somente na fundamentação do julgamento, não fazendo parte do dispositivo da decisão final.

Como é sabido, o Supremo Tribunal Federal possui entendimento clássico no sentido de que apenas o dispositivo da sua decisão possui efeito vinculante, de modo que a declaração de inconstitucionalidade proferida em sede incidental, por ter caráter de questão prejudicial, possuiria tão somente eficácia *inter partes*, ainda que proferida em sede de controle abstrato de constitucionalidade. Todavia, ao contrário do esperado, a Suprema Corte decidiu por bem igualar os efeitos das decisões, seja a proferida na via incidental quanto na principal.

Diante deste quadro, foi retomada a discussão do papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade realizado pelo Suprema Corte. O órgão político em questão, de acordo com a literalidade do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, é competente para suspender a execução, no todo ou em parte, da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em decisão definitiva.

Essa competência conferida ao Senado é exercida através de juízo discricionário e político, de modo que aquele não é obrigado a suspender a execução da lei declarada inconstitucional. Ou seja, ao Senado Federal caberia o papel de ampliar a eficácia de decisão proferida em controle difuso para toda a sociedade, expandindo-a para além dos limites da lide analisada, tudo isso dentro do seu poder discricionário de decisão.

É fundamental ressaltar, contudo, a manifestação do ministro Gilmar Mendes⁵⁸ no âmbito do respectivo julgamento, na qual reafirmou ser necessária a releitura de tal papel do Senado Federal, de modo que as decisões proferidas em controle incidental de constitucionalidade no âmbito do Supremo Tribunal Federal já tenham efeito vinculante e *erga omnes* independentemente de manifestação deste órgão. De acordo com o ministro, a Suprema Corte apenas comunicaria a decisão ao Senado

⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Info n. 886. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo886.htm>>. Acesso em: 15 jun. 2018

com o objetivo de que a referida Casa Legislativa desse publicidade da decisão de inconstitucionalidade. A releitura do dispositivo em questão será mais adiante desenvolvida.

Diante da manifestação do ministro, o Colegiado do Supremo Tribunal Federal entendeu ser necessário, a fim de evitar anomias e fragmentação da unidade, equalizar a decisão que se toma tanto em sede de controle abstrato quanto em sede de controle incidental das normas.⁵⁹

É possível inferir que as razões de tal entendimento apontam para a necessidade de valorização dos precedentes da Suprema Corte com o fim de conferir maior segurança jurídica e isonomia à sociedade, atenuando as deficiências advindas dos moldes tradicionais do controle difuso de constitucionalidade.

Ainda no que tange ao papel do Senado Federal no controle difuso, entendeu o ministro Celso de Mello⁶⁰ que o Supremo Tribunal Federal realizou verdadeira mutação constitucional que expande os poderes do Tribunal com relação à jurisdição constitucional. Para o ministro, propõe-se interpretação que confira ao Senado Federal a possibilidade de simplesmente divulgar a decisão do Supremo Tribunal Federal, via publicação. Ressaltou, contudo, que a eficácia vinculante é inerente à decisão da Corte.

De fato, a mutação constitucional em questão tornou-se evidente, pois, no caso ora analisado, ao atribuir efeitos vinculantes e *erga omnes* à decisão de inconstitucionalidade incidental, a Corte Máxima acabou por aniquilar a tradicional competência do Senado Federal de estender os efeitos da decisão em controle difuso, ao mesmo tempo em que expandiu seus poderes jurisdicionais. Conforme se verá posteriormente, o tradicional papel atribuído ao Senado Federal encontra-se há muito tempo defasado e em descompasso com a atualidade.

A ministra Cármen Lúcia⁶¹, por sua vez, sinalizou para inovação na jurisprudência no sentido de não ser mais declarado inconstitucional cada ato normativo, mas a própria matéria que nele se contém.

Ao seu turno, o ministro Edson Fachin⁶² concluiu que a declaração de inconstitucionalidade pelo STF, ainda que incidental, opera uma preclusão

⁵⁹ Ibid., loc. cit.

⁶⁰ Ibid., loc. cit.

⁶¹ Ibid., loc. cit.

consumativa da matéria. Isso evitaria que se caísse numa dimensão semicircular progressiva e sem fim. Para o ministro, devido a tal preclusão consumativa, todas as legislações que fossem permissivas quanto a comercialização do amianto seriam também consideradas inconstitucionais, em decorrência do reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 2º da lei federal. Inegavelmente, trata-se de compreensão condizente com a economia processual e racionalização do serviço jurisdicional, ao se evitar a proliferação de um grande número de demandas versando sobre idêntica questão de direito já apreciada pelo maior intérprete da Constituição Federal.

As conclusões a que chegaram os ministros acima citados, apenas ratificam o efeito vinculante e *erga omnes* atribuído às decisões incidentais de inconstitucionalidade das normas, ainda que resolvidas como questões prejudiciais à análise do mérito do processo.

Ademais, conquanto se discorde do posicionamento adotado pelo ministro Marco Aurélio⁶³ em sede de tal julgamento, é importante ressaltar a existência de divergência, tendo defendido o ministro que o papel do Senado Federal no âmbito do controle difuso de constitucionalidade possui caráter constitutivo e não simplesmente declaratório, e que visaria assegurar a independência e harmonia entre os poderes. Contudo, entende-se que tal valoração merece ser ponderada, pois o postulado da separação dos poderes não possui atualmente a mesma rigidez e significado que possuía quando da inserção do artigo 52, inciso X, na Constituição do país, em 1934. Assim, é preciso rever o sentido deste dispositivo na contemporaneidade.

Ressalta-se, ainda, que posteriormente ao julgamento do mérito de tais ações diretas de inconstitucionalidade, foi concedida tutela de urgência pela ministra relatora Rosa Weber para suspender, em parte, os efeitos da decisão, no ponto em que se atribuiu eficácia *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 9.055/1995.

Todavia, tal suspensão ocorrerá apenas até a publicação dos acórdãos do julgamento e fluência do prazo para oposição de embargos de declaração. Durante esse lapso temporal, portanto, a declaração de inconstitucionalidade ficará adstrita

⁶² Ibid., loc. cit.

⁶³ Ibid., loc. cit.

ao Estado do Rio de Janeiro. Contudo, trata-se de suspensão temporária, que não tem o condão de invalidar a análise acima exposta.

Por fim, diante da análise dos argumentos utilizados pela maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal em sede do julgamento apreciado, é possível concluir que a tese da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade foi acolhida de bom grado pela Corte Máxima do país. Nesse cenário, fortifica-se a jurisdição constitucional e atende-se ao princípio da força normativa da Constituição, que determina que, na solução de conflitos normativos, deve o intérprete conferir máxima efetividade às normas constitucionais, atualizando-as e compatibilizando-as com a realidade social.

3.3.2 As implicações da atribuição de efeitos vinculantes e eficácia *erga omnes* às decisões incidentais de inconstitucionalidade

Concluída a análise do caso concreto acima exposto, torna-se relevante questionar quais seriam as implicações da atribuição de efeitos vinculantes e *erga omnes* às decisões incidentais no controle difuso de constitucionalidade realizado pelo STF.

Tendo o Colegiado da Suprema Corte, como visto anteriormente, decidido por equalizar o efeito das decisões em ambos os modelos de controle, é possível concluir que a decisão de inconstitucionalidade incidental produzirá eficácia contra todos e efeito vinculante, nos moldes do artigo 102, parágrafo 2º da Constituição Federal, abrangendo os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública, direta e indireta, em todas as suas esferas. O impacto gerado, portanto, não se limitará às relações travadas entre os particulares, estendendo-se para toda a sociedade, estando englobados o Poder Judiciário e a Administração Pública.

Com efeito, a partir deste novo entendimento que prestigia a economia e a celeridade do serviço jurisdicional, serão dirimidas eventuais dúvidas quanto à aplicação de dispositivos legais que, uma vez declarados inconstitucionais em via difusa, serão prontamente rechaçados do ordenamento jurídico, sem que para isso seja necessário aguardar o possível ajuizamento por um dos legitimados do artigo 103 da CF de alguma das ações do controle concentrado de constitucionalidade.

A partir da objetivação do controle difuso, será assegurada à população em geral maior segurança jurídica, tão cara ao Estado de Direito, e isonomia, diminuindo-se o risco de prolação de decisões contraditórias tanto por parte do Judiciário quanto da Administração Pública, já que ambos se encontrarão abrangidos pelo efeito vinculante da declaração de inconstitucionalidade.

Uniformizar-se-á, assim, o entendimento acerca da matéria analisada pelo Supremo que, conseqüentemente, será desafogado e desobrigado de apreciar sucessivas demandas de idêntico conteúdo, já que bastará a declaração de inconstitucionalidade em um caso concreto para que haja preclusão consumativa da matéria e a fixação de tese jurídica que obrigará os demais órgãos do Poder Judiciário. Tal situação evitará que se caia em um círculo hermenêutico a cada demanda analisada, otimizando o serviço jurisdicional prestado pela Suprema Corte.

Ademais, é preciso ressaltar o caráter democrático e participativo do controle difuso-incidental de constitucionalidade, na medida em que viabiliza que qualquer interessado leve até o Judiciário demanda que envolva a análise da constitucionalidade de determinado ato ou diploma normativo, o que inevitavelmente gera um estreitamento do vínculo entre os cidadãos e a Constituição, potencializando a legitimidade do controle de constitucionalidade judicial.

Nesse passo, nunca é tarde lembrar que a titularidade do Poder Constituinte, de acordo com a doutrina moderna, pertence ao povo, que deve deter instrumentos hábeis a exercitar sua titularidade não apenas de forma indireta, através dos representantes eleitos, mas também provocando os intérpretes da Constituição diretamente. Esclarece Canotilho, ao discorrer sobre o povo como “grandeza pluralística”, que:

[...] Só o povo entendido como um sujeito constituído por pessoas – mulheres e homens – pode “decidir” ou deliberar sobre a conformação da sua ordem político-social. Poder Constituinte significa, assim, *poder constituinte do povo*. Como atrás já foi referido, o povo, nas democracias actuais, concebe-se como uma “grandeza pluralística” (P. Häberle), ou seja, como uma pluralidade de forças sociais, culturais e políticas tais como partidos, grupos, igrejas, associações, personalidades, decisivamente influenciadoras da formação de “opiniões”, “vontades”, “correntes” ou “sensibilidades” políticas nos momentos preconstituintes e nos procedimentos constituintes.⁶⁴

⁶⁴ CANOTILHO, op.cit, p.75

Desse modo, a expansão dos efeitos de decisão incidental de inconstitucionalidade, cuja análise fora provocada pelo próprio povo, possui o prestígio de intensificar a legitimidade do controle judicial de constitucionalidade das leis, posto que a análise será requerida de acordo com as opiniões, vontades ou sensibilidades políticas daquele, como bem elucidou Canotilho.

Por último, como já mencionado, a extensão *ultra partes* da eficácia de tais decisões corrobora com o princípio da força normativa da Constituição e com a teoria da nulidade, pois, se há norma infraconstitucional incompatível material ou formalmente com a Constituição, deve a mesma ser extirpada do ordenamento jurídico, quer tenha sido a sua inconstitucionalidade proferida em processo de índole objetiva ou subjetiva.

A supremacia constitucional, premissa básica do controle de constitucionalidade, não deve ser flexibilizada com base em uma distinção desprovida de argumento sólido que justifique atualmente a atribuição de eficácias distintas à decisões proferidas pelo mesmo órgão jurisdicional.

Igualmente, não merece sustentar a competência atribuída ao Senado Federal de, através de juízo discricionário e de acordo com sua vontade política, suspender a eficácia de lei ou ato normativo declarado inconstitucional pela Suprema Corte. Com efeito, se foi constatado vício de tamanha gravidade em determinado diploma normativo, este deve ser imediatamente repellido do ordenamento jurídico, pois o vício da inconstitucionalidade o torna nulo *de per si*, independentemente de atuação complementar de qualquer outro órgão neste sentido. É o raciocínio que passará a ser desenvolvido a seguir.

3.3.3 Do novo papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade

A Constituição Federal de 1988 prevê em seu artigo 52, inciso X, que compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Tal disposição originou-se com o advento da Constituição de 1934, e foi reproduzida ao longo das subseqüentes Constituições (com exceção da de 1937),

com o já assinalado objetivo de corrigir deficiência do controle difuso-incidental, evitando a proliferação de ações judiciais propostas por todos aqueles que, igualmente, se sentissem afetados pelo diploma inconstitucional e, ainda, prevenindo a possibilidade de conflitos de decisões entre os órgãos do poder judiciário competentes para a realização deste modelo de controle⁶⁵.

Historicamente, a Constituição de 1934 sofreu influência de sentimento refratário a maior envergadura institucional do Supremo Tribunal Federal, alvo de preocupações relativas a sua possível conversão em órgão auxiliar do Poder Executivo caso uma maior gama de poder fosse concentrada em suas mãos⁶⁶, o que em tese ocorreria caso suas decisões fossem automaticamente dotadas de efeitos vinculantes.

Instaurou-se, assim, um conflito relativo à necessidade de amenizar as deficiências do controle difuso de constitucionalidade ao mesmo tempo em que receava-se a possibilidade de instauração de uma “ditadura judiciária no País”, caso fosse confiada ao Supremo a prerrogativa de julgar leis nulas com eficácia *erga omnes*⁶⁷.

Ademais, pontua-se que, durante as discussões havidas em meio à Assembleia Constituinte de 1933-1934, o anteprojeto apresentado contemplava o sistema unicameral e uma espécie de eficácia *erga omnes* da decisão de inconstitucionalidade proferida pelo STF. Assim, o Poder Legislativo Federal seria composto tão somente pela Câmara dos Deputados e o Senado Federal deixaria de existir. Por esta razão, foi proposta a criação de um Conselho Federal com o fim de exercer a coordenação dos poderes⁶⁸.

Contudo, no decorrer deste cenário, entendeu-se que a atribuição de eficácia *erga omnes* às decisões do STF acabaria por afrontar o princípio da separação dos poderes, motivo pelo qual foi atribuído ao Conselho Federal a competência para suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo STF de forma incidental no bojo de um processo.

⁶⁵ CUNHA JÚNIOR, op. cit, p. 171

⁶⁶ CONTINENTINO, Marcelo. **O que resta ao Senado no controle difuso da constitucionalidade das leis?** In: Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-out-11/observatorio-constitucional-resta-senado-controle-difuso-constitucionalidade-leis-brasil>>. Acesso em: 20 jun 2018

⁶⁷ Ibid.. loc. cit.

⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 829-830

Ocorre que, posteriormente, a corrente unicameralista cedeu lugar para a ideia do bicameralismo, substituindo-se, no texto do projeto, o Conselho Federal pelo Senado Federal. Desse modo, o Senado acabou por encampar a mencionada competência conferida ao Conselho Federal. Assim, é possível perceber que a atribuição de tal competência ao Senado Federal não foi arquitetada, mas sim mero resultado do desenrolar de acontecimentos históricos, em meio a uma conjuntura onde vigorava uma concepção muito mais rígida do princípio da separação dos poderes. Diante desse quadro, nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni:

É indispensável perceber, assim, que o Senado assumiu função de suspender a execução da lei apenas em razão de que, no contexto histórico, foi necessário conferir tal poder ao “Conselho” que possuía a função de “coordenação dos Poderes”. Em outras palavras, isso ocorreu em virtude da má compreensão da função do Judiciário e de disputa entre os poderes – baseadas em distorcida e superada concepção de “separação de poderes” -, que dificultaram a percepção de que a eficácia vinculante é uma decorrência absolutamente natural dos precedentes da Suprema Corte⁶⁹.

Portanto, foi nesse contexto de refreamento institucional do Poder Judiciário e de uma rígida concepção de separação dos poderes que surgiu a sobredita competência, posteriormente assumida pelo Senado Federal.

Tal atribuição é exteriorizada por meio de resolução senatorial e não possui prazo para ser exercida, predominando, inclusive, o entendimento de que sequer possui obrigatoriedade de o ser, pois consistiria em competência discricionária de índole eminentemente política do Senado Federal. Entretanto, remanescem na doutrina algumas vozes resistentes a este último aspecto, as quais entendem que o referido órgão político estaria obrigado a suspender a execução do ato normativo considerado inconstitucional pela Suprema Corte, tratando-se de verdadeiro dever constitucional⁷⁰.

Em relação ao seu trâmite, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal prevê em seu artigo 178 que compete à Suprema Corte realizar a comunicação ao Senado da decisão de inconstitucionalidade após esta ter transitada em julgado. Todavia, tal comunicação também poder ser realizada pelo Procurador-Geral da República e através de projeto de resolução de iniciativa da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, conforme o artigo 386 do Regimento Interno do Senado Federal. Assim, depois de realizada a comunicação em questão, o Senado

⁶⁹ Ibid., p. 830

⁷⁰ CUNHA JÚNIOR, op. cit., p. 175

teria o poder de decidir pela suspensão ou não do diploma declarado inconstitucional.

Salienta-se, ainda, que apesar de haver divergência doutrinária, predomina o entendimento de que a resolução senatorial produzirá efeitos *ex nunc*, ou seja, prospectivos, não afetando os efeitos anteriores dos atos praticados com base na lei inconstitucional. Todavia, há forte posicionamento contrário no sentido de que tais efeitos deveriam ser retroativos, de modo a efetivamente atenuar as lacunas deixadas pelo modelo de controle difuso⁷¹.

Uma vez realizadas essas breves pontuações, torna-se relevante analisar os entendimentos proferidos por alguns dos ministros do Supremo Tribunal Federal em sede do julgamento da já mencionada Reclamação Constitucional nº 4.335, oriunda do Estado do Acre e de relatoria do ministro Gilmar Mendes. Isso porque tal julgamento acentuou a divergência de posicionamento entre os membros da Suprema Corte quanto à existência da mutação constitucional do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal.

Inicialmente, é importante mencionar que a Reclamação Constitucional em questão foi ajuizada no ano de 2006 pela Defensoria Pública do Estado do Acre em face de decisão do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco/AC que indeferiu pedido de progressão de regime em favor de réus que cumpriam penas de reclusão em regime integralmente fechado pela prática de crimes hediondos⁷².

A parte reclamante alegou o descumprimento de decisão proferida pelo STF no Habeas Corpus nº 82.959, no qual a Suprema Corte afastou a vedação da progressão de regime aos condenados pela prática de crimes hediondos, ao considerar inconstitucional o artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.072/1990 (“Lei dos Crimes Hediondos”). O indeferimento por parte do juiz da Comarca de Rio Branco baseou-se no entendimento de que, por ter a referida decisão de inconstitucionalidade sido proferida em sede de controle difuso, esta teria apenas

⁷¹ Ibid., p. 174

⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação Constitucional n. 3345. Rel. Gilmar Mendes. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25342563/reclamacao-rcl-4335-ac-stf?ref=serp>>. Acesso em: 17 jun 2018

eficácia *inter partes*, de modo que os demais juízes e Tribunais não estariam a ela vinculados.

Neste cenário, sobressaíram as vozes de alguns dos ministros da Suprema Corte, dentre eles a do ministro relator Gilmar Mendes, que deixou consignado em seu voto a inevitável releitura pela qual teria passado o artigo 52, inciso X, da Carta Magna.

Para o ministro, o instituto da suspensão pelo Senado Federal de lei declarada inconstitucional pelo STF teria perdido atualmente a sua razão de ser, tendo em vista ter sido inserido na Constituição brasileira em um contexto histórico diferente, em que a concepção de separação dos poderes possuía outra conotação, hoje ultrapassada. Além disso, a amplitude conferida ao controle abstrato de normas com o advento da Constituição Federal de 1988 teria colaborado para a mitigação do controle difuso de constitucionalidade, tendo em vista o primeiro ser pacificamente dotado de efeitos *erga omnes* e vinculantes. Veja-se trecho do respectivo voto, *in verbis*:

A amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de que se suspenda, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, contribuíram, certamente, para que se quebrantasse a crença na própria justificativa desse instituto, que se inspirava diretamente numa concepção de separação de Poderes - hoje inevitavelmente ultrapassada. Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de uma Emenda Constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão somente para as partes?

A única resposta plausível nos leva a crer que o instituto da suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão de índole exclusivamente histórica⁷³.

Prosseguiu o ministro pontuando que o referido instituto não teria sequer utilidade em relação às decisões do Supremo Tribunal que não declaram propriamente a inconstitucionalidade de uma lei, limitando-se a fixar a orientação constitucionalmente adequada ou correta. Seriam os casos das novas técnicas de decisão que vêm sendo implementadas pelo STF, como a interpretação conforme a Constituição, a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto e a declaração de não-recepção da lei pré-constitucional, por exemplo⁷⁴.

Ademais, ressaltou que a admissão da modulação dos efeitos pelo STF também em controle difuso de constitucionalidade, com a possibilidade de declarar a

⁷³ Ibid., loc. cit.

inconstitucionalidade incidentalmente com efeitos *ex nunc* - como acontece na suspensão realizada pelo Senado Federal – teria também contribuído para quebrantar a crença no instituto.

De fato, com o advento da Constituição Federal de 1988 houve ampliação substancial do modelo de controle concentrado de constitucionalidade, com a inserção da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, da Ação Direta de Constitucionalidade e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ao lado da já existente Ação Direta de Inconstitucionalidade. Além disso, houve a ampliação do rol de legitimados – previstos no artigo 103 da CF/1988 - para propositura de tais ações, que antes resumia-se à figura do Procurador-Geral da República.

Tudo isso, aliado a possibilidade de o Supremo suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado através de provimento liminar deferido em ação direta, impactou expressivamente na mudança do foco que até então residia no controle difuso de constitucionalidade e, após tais acontecimentos, foi redirecionado para a via concentrada-abstrata de controle. A respeito, aduz Luís Roberto Barroso que:

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 do Supremo Tribunal Federal, seja em controle incidental ou em ação direta, deve ter o mesmo alcance e produzir os mesmos efeitos. Respeitada a razão histórica da previsão constitucional, quando de sua instituição em 1934, já não há lógica razoável em sua manutenção⁷⁵.

Retornando ao voto do ministro Gilmar Mendes, este relembrou, ainda, que o próprio Supremo Tribunal Federal já proferiu várias decisões em processos de índole subjetiva cujos efeitos se estenderam para todos, notadamente no julgamento de questões envolvendo direito municipal.

Por fim, reafirmou a sua tese da mutação constitucional do artigo 52, inciso X da Constituição Feral, nos seguintes termos:

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

⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 157

a propósito da mutação constitucional, poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica reforma da Constituição sem expressa modificação do texto⁷⁶.

Mais à frente, finalizou o seu voto sustentando que o papel do Senado Federal, diante de todo esse cenário, seria o de dar mera publicidade à decisão incidental de inconstitucionalidade proferida pelo STF que, naturalmente, já seria dotada de efeitos vinculantes e *erga omnes*:

Assim, parece legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Desta forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa força normativa. Parece evidente ser essa a orientação implícita nas diversas decisões judiciais e legislativas acima referidas. Assim, o Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, uma vez que não se cuida de uma decisão substantiva, mas de simples dever de publicação, tal como reconhecido a outros órgãos políticos em alguns sistemas constitucionais[...].⁷⁷

Salienta-se que tal compreensão acerca do papel do Senado Federal de dar simples publicidade a declaração de inconstitucionalidade, já era defendida por Lúcio Bittencourt desde a década de 40, como lembrado pelo ministro Gilmar Mendes em seu voto e já mencionado anteriormente no presente trabalho.

Diante de todo esse raciocínio, entendeu o ministro que a recusa do Juiz de Direito da Vara de Execuções da Comarca de Rio Branco, no Estado do Acre, em conceder o benefício da progressão de regime, nos casos de crimes hediondos, desrespeitou a eficácia *erga omnes* atribuída à decisão do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus 82.959, que declarou a inconstitucionalidade do artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.072/1990. Por tais motivos, julgou procedente a Reclamação Constitucional a fim de cassar a decisão acima apontada.

Tal voto, extremamente elucidativo, demonstra o sólido entendimento do ministro quanto à abstrativização do controle difuso de constitucionalidade e a consequente releitura do papel do Senado Federal, entendimento este que foi

⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação Constitucional n. 3345. Rel. Gilmar Mendes. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25342563/reclamacao-rcl-4335-ac-stf?ref=serp>>. Acesso em: 17 jun 2018

⁷⁷ Ibid., loc. cit.

reiterado quando do julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3406 e 3470 anteriormente comentadas.

Adotando semelhante lógica, o ministro Eros Grau, através de voto vista no bojo da mesma Reclamação Constitucional, afirmou ser o texto do artigo 52, inciso X, da CF/1988 obsoleto, sendo necessário realizar releitura para concluir que compete ao Senado Federal apenas dar publicidade à decisão do STF, *in verbis*:

Obsoleto o texto que afirma ser da competência privativa do Senado Federal a suspensão da execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, nele se há de ler, por força da mutação constitucional, que compete 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.

[...]

Outra questão a ser imediatamente introduzida, anexa à anterior, diz com a impossibilidade de o Senado Federal permanecer inerte, da sua inércia resultando comprometida a eficácia da decisão expressiva do que venho referindo como poder de veto exercido pelo Supremo.

A resposta é óbvia, conduzindo inarredavelmente à reiteração do entendimento adotado pelo Relator, no sentido de que ao Senado Federal, no quadro da mutação constitucional declarada em seu voto - - - voto dele, Re l a t o r --- e neste meu voto reafirmada, está atribuída competência apenas para dar publicidade à suspensão da execução de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. A própria decisão do Supremo contém força normativa bastante para suspender a execução da lei declarada inconstitucional.⁷⁸

Ao final, julgou igualmente procedente a reclamação constitucional, sustentando que a não atribuição à decisão do STF no Habeas Corpus nº 82.959 de força normativa suficiente para suspender a execução da lei declarada inconstitucional, comprometeria o regime de cumprimento de pena, o que não se justificaria a nenhum pretexto⁷⁹.

Assentou-se, portanto, o entendimento de tais ministros no sentido da releitura da natureza do papel atribuído ao Senado Federal pela Carta Magna, que deixou de ser constitutiva para ser tão somente declaratória da inconstitucionalidade já afirmada pela Suprema Corte.

Por sua vez, o ministro Teori Zavascki, apesar de não ter reconhecido em seu voto a mutação constitucional em questão, deixou registrada a evolução do direito brasileiro em direção a um sistema de valorização dos precedentes judiciais

⁷⁸ Ibid., loc. cit.

⁷⁹ Ibid., loc. cit.

emanados dos tribunais superiores, apontando para uma aproximação entre os sistemas do *civil law* e *commom law*. Asseverou, ainda, a força expansiva das decisões da Suprema Corte, mesmo quando proferidas em casos concretos e independentemente de atuação do Senado Federal:

É inegável, por conseguinte, que, atualmente, a força expansiva das decisões do Supremo Tribunal Federal, mesmo quando tomadas em casos concretos, não decorre apenas e tão somente de resolução do Senado, nas hipóteses de que trata o art. 52, X da Constituição. É fenômeno que está se universalizando, por força de todo um conjunto normativo constitucional e infraconstitucional, direcionado a conferir racionalidade e efetividade às decisões dos tribunais superiores e, como não poderia deixar de ser, especialmente os da Corte Suprema⁸⁰.

É relevante deixar consignado que os ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, que entenderam pela existência da mutação constitucional, foram votos vencidos em tal julgamento quanto à esse aspecto, entendendo os demais ministros não ter ocorrido a referida mutação.

Como exemplos das vozes discordantes, cita-se os ministros Sepúlveda Pertence e Ricardo Lewandowski⁸¹ que destacaram, em seu votos, argumento muito utilizado pelos que negam a ocorrência da sobredita mutação constitucional. O argumento em questão refere-se a existência do instituto da súmula vinculante, que serviria para conferir eficácia contra todos e efeito vinculante a entendimento firmado pelo STF em processo de índole subjetiva, sem a necessidade de se falar em mutação constitucional e sem vulnerar competência do Senado Federal, cujo caráter é eminentemente político.

Entende-se, todavia, ser preciso olhar para o instituto em questão com outros olhos. Na realidade, a adoção da súmula vinculante, antes de mais nada, reforça a ideia de superação do artigo 52, inciso X, da CF, pois permite que seja aferida a inconstitucionalidade de um diploma normativo sem qualquer intervenção do Senado Federal neste sentido. Assim, o próprio STF, atendendo os requisitos previstos no artigo 103-A da Constituição Federal, poderá aprovar súmula que vinculará os demais órgãos do poder judiciário e a Administração Pública em todas as suas esferas, sem o auxílio de qualquer órgão político para tanto. Como bem lembrado por Paulo Pimenta, ao referir-se à resolução senatorial:

Hodiernamente, com o surgimento da súmula com efeito vinculante (CF, art. 103-A) e da possibilidade de extensão para outros processos da decisão

⁸⁰ Ibid., loc. cit.

⁸¹ Ibid., loc. cit.

proferida em sede de Recurso Extraordinário, regulada pela Lei 11.418/2006, a Resolução teve sua importância reduzida, pois em tais situações poderá ocorrer a ampliação dos efeitos da decisão proferida em controle difuso, sendo desnecessário, nesse caso, a atuação do Senado⁸².

Ressalta-se, outrossim, que a real finalidade da súmula vinculante é a de delimitar precisamente a *ratio decidendi* ou tese jurídica firmada pelo STF durante julgamento em que a decisão foi complexa ou de natureza obscura. Assim, a edição da súmula visa sanar qualquer dúvida acerca da eficácia vinculante das decisões da Suprema Corte em controle difuso de constitucionalidade⁸³.

Ademais, por possuir requisitos específicos para a sua elaboração, como a reiteração de decisões sobre matéria constitucional, o referido diploma normativo não deve ser indicado como instrumento apto a afastar a mutação constitucional ora analisada, pois isso acabaria restringindo o espectro de questões decididas pelo STF no controle difuso-incidental de constitucionalidade passíveis de terem efeitos vinculantes e eficácia *erga omnes* pela sua própria natureza e relevância.

Outros argumentos levantados pelos que entendem não ter havido a mutação constitucional em questão, a exemplo de Lênio Streck, Marcelo de Oliveira e Martonio Lima⁸⁴, referem-se a retirada, no controle difuso, da possibilidade de chancela pelos representantes do povo, caso se entendesse que o papel do Senado Federal é o de dar mera publicidade às decisões do STF. Alegam, ainda, a violação aos princípios do devido processo legal, ampla defesa e contraditório pois, com a atribuição de efeitos vinculantes às decisões incidentais, estar-se-ia admitindo atingir pessoas estranhas à lide apreciada, que não puderam participar do processo de tomada de tal decisão que as influenciará.

Quanto a tais alegações, é preciso contrapor um fato notório que é a crise de representatividade pela qual passa o Brasil, pois não raro os interesses da população não são refletidos na atuação dos representantes eleitos. A crise de identidade política pode ser detectada, por exemplo, diante do crescente número de votos brancos, nulos e abstenções durante as últimas eleições e, ainda, a alienação política vivida por grande parte dos brasileiros. Tais situações demonstram que

⁸² PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro – Aspectos Constitucionais e Processuais**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 104

⁸³ MARINONI, op. cit, p. 934

⁸⁴ STRECK, Lênio; OLIVEIRA, Marcelo; LIMA, Martonio. **A nova perspectiva do STF sobre controle difuso**. In: Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2007-ago-03/perspectiva_stf_controle_difuso>. Acesso em: 05 jul 2018

infelizmente, na prática, não há representatividade adequada que justifique a manutenção do Senado Federal como órgão encarregado de decidir pela extensão ou não dos efeitos de uma lei declarada incompatível com a Constituição, quando, na verdade, o que a história vem demonstrando é que os parlamentos têm prestado um desserviço à população com a elaboração de leis comprometidas tão somente com a vontade governamental⁸⁵.

Ademais, não parece haver razão em se alegar a violação aos princípios do devido processo legal, ampla defesa e contraditório, visto que no próprio controle concentrado de constitucionalidade, em que a eficácia é reconhecidamente *erga omnes*, também aqueles que serão afetados pelos efeitos da decisão não participaram necessariamente do processo no qual a inconstitucionalidade foi decidida. Neste último caso, o contraditório fica precipuamente nas mãos dos legitimados do artigo 103 da CF, sem, contudo, haver garantia de que estes exercerão influência coincidente com os interesses da sociedade ao longo do processo. Como antes apontado, a crise de representatividade é um fato de conhecimento geral e que não diz respeito tão somente aos integrantes do Poder Legislativo.

Outra objeção feita por aqueles que entendem não ter havido a mutação constitucional em questão, pauta-se na expressa diferenciação feita ao longo das Constituições brasileiras entre o controle difuso e concentrado, motivo pelo qual não haveria como se atribuir efeitos iguais a estes modelos de controle. Outro ponto toca a diferença entre o efeito da decisão de inconstitucionalidade no controle concentrado, que opera de forma retroativa ou *ex tunc*, e o efeito da suspensão realizada pelo Senado Federal que operaria de forma prospectiva ou *ex nunc*, pois trataria de atuação no plano da vigência da lei, ao passo em que o STF, no controle concentrado, agiria no plano da eficácia⁸⁶.

No que concerne a tais argumentos, é necessário lembrar que o controle de constitucionalidade brasileiro vem evoluindo de forma gradual, razão pela qual não se pode pretender engessar os modelos de controle tal como foram concebidos à época em que foram instituídos, sem permitir que a realidade social seja parâmetro

⁸⁵ CUNHA, op. cit, p. 40

⁸⁶ STRECK, Lenio; OLIVEIRA, Marcelo; LIMA, Martonio. **A nova perspectiva do STF sobre controle difuso**. In: Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2007-ago-03/perspectiva_stf_controle_difuso>. Acesso em: 05 jul 2018

apto a moldar os efeitos e as nuances de cada um deles. As Constituições brasileiras fizeram, de fato, a diferenciação entre o controle difuso e o concentrado de constitucionalidade, mas isso não implica em torná-los eternamente imutáveis e em descompasso com a dinamicidade da vida em sociedade. Com efeito,

O tema da mutação constitucional tem o seu ambiente natural na fronteira em que o Direito interage com a realidade. Já ficou para trás, na teoria jurídica, a visão do positivismo normativista que apartava o Direito do mundo fático, assim como o dissociava, igualmente, da filosofia, da ética e de considerações em torno da ideia de justiça. A tensão entre normatividade e facticidade, assim como a incorporação dos valores à hermenêutica jurídica, produziram modificações profundas no modo como o Direito é pensado e praticado e redefiniram o papel da interpretação jurídica e do intérprete, especialmente em matéria constitucional.⁸⁷

Outrossim, no tocante aos efeitos prospectivos atribuídos à suspensão realizada pelo Senado Federal, não obstante a maioria doutrinária concorde com tais efeitos, entende-se que, em verdade, deveriam ser efeitos retroativos, assim como se dá no controle concentrado de constitucionalidade e no controle difuso em relação aos litigantes, em atenção à teoria da nulidade. Neste ponto de vista já decidiu o STF ao proclamar que “a suspensão da vigência da lei por inconstitucionalidade torna sem efeito todos os atos praticados sob o império da lei inconstitucional”⁸⁸.

De fato, parece inadequado defender que o Senado Federal atua no plano da vigência ao suspender a execução da lei declarada inconstitucional, pois, na realidade, essa lei nunca foi válida devido a sua incompatibilidade com a Lei Maior, fundamento de validade de todas as demais normas do ordenamento jurídico brasileiro. Por essa razão, é contraditório pretender suspender a execução de um diploma que foi nulo desde a sua origem.

Por fim, os contrários à mutação constitucional⁸⁹ contestam o entendimento exposto pelo Ministro Eros Grau em seu voto, durante o julgamento da Reclamação Constitucional nº 4.335, em que este afirmou que a mutação constitucional do artigo

⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 161

⁸⁸ BRASIL. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Mandado de Segurança n. 17976. Rel. Amaral Santos. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14557723/recurso-em-mandado-de-seguranca-rms-17976-sp?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 05 jul 2018

⁸⁹ STRECK, Lenio; OLIVEIRA, Marcelo; LIMA, Martonio. **A nova perspectiva do STF sobre controle difuso**. In: Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2007-ago-03/perspectiva_stf_controle_difuso>. Acesso em: 05 jul 2018

52, inciso X, da CF ensejaria não apenas a modificação da interpretação da norma, mas sim a alteração do próprio texto constitucional pelo Supremo Tribunal Federal⁹⁰.

A este respeito, também faz objeção Uadi Lammêgo Bulos, que entende não ter ocorrido a mutação constitucional em questão, questionando de forma específica o voto acima referido:

Expliquemos: qualquer mutação planejada, arquitetada, programada, não é mutação. O fenômeno só pode ser percebido de modo natural e espontâneo, quando comparamos o entendimento atribuído às cláusulas constitucionais em momentos afastados no tempo.

Pois bem. Para o Min. Eros Grau, “na mutação constitucional não apenas a norma é nova, mas o próprio texto normativo é substituído por outro” (STF, Pleno, Recl. 4.335-5/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, voto vista, proferido em 19-4-2007).

Isto, seguramente, não é, nunca foi e jamais será aquilo que se convencionou chamar de mutação constitucional – fenômeno pelo qual as normas constitucionais mudam sem alterar uma vírgula, sequer, do texto originário da constituição, que não é substituído por outro⁹¹.

Inobstante ambos os entendimentos sejam louváveis por promoverem o debate e buscarem, por fim, a melhor interpretação da matéria, no presente trabalho adota-se o posicionamento de que, de fato, houve a mutação constitucional do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal. Todavia, não parece ser possível ao STF, por esta via, promover a alteração do texto da referida norma.

Com efeito, como bem lembrado por Uadi Bulos, a mutação constitucional caracteriza-se exatamente por ser um processo informal de alteração da Constituição, sem a modificação expressa do texto da norma. Entretanto, a afirmação realizada pelo ministro Eros Grau em seu voto não invalida a real e efetiva mutação constitucional pela qual passou o supracitado dispositivo constitucional, sem expressa modificação do texto, conforme bem ressaltado pelo ministro Gilmar Mendes no mesmo julgamento.

Conforme já sinalizado, o sistema jurídico passou por uma notável reformulação no tocante ao controle de constitucionalidade com o advento da Constituição Federal de 1988, momento em que o foco foi redirecionado para o controle concentrado de constitucionalidade, exatamente por este ter o potencial de vincular de forma abrangente todas as pessoas e órgãos, sendo instrumento

⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação Constitucional n. 3345. Rel. Gilmar Mendes. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25342563/reclamacao-rcl-4335-ac-stf?ref=serp>>. Acesso em: 17 jun 2018

⁹¹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 232

essencial para desburocratizar e conferir maior agilidade à prestação do serviço jurisdicional, além de promover a isonomia e a segurança jurídica.

Assim, o Supremo Tribunal Federal foi encarregado do papel preeminente de guarda da Constituição Federal através das ações do controle concentrado, o que não significa que as suas decisões proferidas em controle difuso não devam possuir igual potencial vinculante, inclusive sem a necessidade de qualquer intervenção externa para tal fim.

Nesta perspectiva de expansão da jurisdição constitucional, torna-se fundamental reinterpretar o papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade das normas do ordenamento jurídico. Aliás, nas palavras do próprio Uadi Bulos “o mandamento cristalizado no artigo 52, X, encontra-se totalmente superado e já passou da hora de ser excluído da normativa constitucional brasileira”⁹².

Adotando similar entendimento, no sentido da eliminação da intervenção do Senado Federal nas questões constitucionais discutidas incidentalmente, leciona Dirley da Cunha Júnior que:

Essa competência do Senado, todavia, se foi necessária nos idos de 1934, e talvez até à década de 80, não revela hoje utilidade, em face do novel sistema jurídico desenhado pela vigente Constituição da República. De feito, num sistema em que se adota um controle concentrado-principal, e as decisões de inconstitucionalidade operam efeitos *erga omnes e vinculantes*, a participação do Senado para conferir eficácia geral às decisões do Supremo Tribunal Federal, prolatadas em sede de controle incidental, é providência anacrônica e contraditória. Ora, se o Supremo Tribunal Federal pode, em sede de controle concentrado-principal, suspender, liminarmente, e em caráter geral, a eficácia de uma lei e até mesmo de uma Emenda Constitucional, qual a razão hoje de limitar a declaração de inconstitucionalidade pronunciada pela Corte no controle incidental às partes do processo e condicionar a sua eficácia geral à intervenção do Senado?

Portanto, e concluindo o exame da jurisdição constitucional no controle difuso-incidental à luz do direito constitucional positivo brasileiro, somos da opinião de que se deva eliminar do sistema a intervenção do Senado nas questões constitucionais discutidas incidentalmente, para transformar o Supremo Tribunal Federal em verdadeira Corte com competência para decidir, ainda que nos casos concretos, com eficácia geral e vinculante, à semelhança do *stare decisis* da *Supreme Court* dos Estados Unidos da América.⁹³

Dessa forma, ciente da necessidade de promover a segurança jurídica e a economia processual diante da multiplicação de demandas idênticas, o Supremo

⁹² Ibid., p. 234

⁹³ CUNHA, op. cit, p. 176

Tribunal Federal passou a estender os efeitos de suas decisões proferidas em controle difuso de constitucionalidade às demais pessoas e órgãos, dotando-as também de efeitos vinculantes e eficácia *erga omnes*. A Suprema Corte passou a entender, como bem visualizado no recente julgamento das ADIS nº 3406 e 3470, que a sua decisão que declara a inconstitucionalidade já possui, por si só, eficácia expansiva, falando-se, inclusive, em preclusão consumativa da matéria analisada incidentalmente no bojo de um processo.

Aliado a isso, e corroborando a tese da mutação constitucional, há o fato da letargia do Senado Federal em pôr em prática a competência que lhe foi conferida pelo comentado dispositivo. Como a suspensão da lei declarada inconstitucional trata-se de uma opção política, não há como impor que ele o faça. Desse modo, o que se tem observado é que, na prática, a fórmula que solucionaria as deficiências do controle difuso de constitucionalidade, originalmente pensada na Constituição de 1934, não tem sido utilizada com a frequência desejada. Na prática, a última resolução do Senado Federal que suspendeu a execução de dispositivos declarados inconstitucionais pelo STF data de 2012, ou seja, há mais de cinco anos atrás, ao passo em que as declarações incidentais de inconstitucionalidade ocorrem constantemente.

Destarte, pode-se afirmar que houve autêntica mutação constitucional do artigo 52, inciso X, da CF, sem expressa modificação de texto, para que se entenda que a competência atribuída ao Senado Federal destina-se tão somente a dar publicidade às decisões de inconstitucionalidade prolatadas pelo Supremo no controle difuso de constitucionalidade, uma vez que estas já são dotadas de efeitos vinculantes desde o momento em que são proferidas. Isso se deve a inúmeros fatores, como a modificação da realidade social, a diferente valoração de relevantes princípios como o da separação dos poderes, a demanda da sociedade por uma jurisprudência mais íntegra e coerente e a valorização dos precedentes da Suprema Corte, numa expoente caminhada rumo ao princípio do *stare decisis*.

Por fim, é possível concluir que o debate promovido em sede da Reclamação Constitucional analisada serviu para solidificar as bases da tese da mutação constitucional que, em 2017, durante o julgamento conjunto das ADIS nº 3406 e 3470, foi acolhida pela Suprema Corte, apesar de tal entendimento não ter sido unânime entre os ministros.

Nesse passo, partindo do pressuposto da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, torna-se interessante discorrer sobre uma outra teoria da qual parece ter se aproximado o STF ao constatar a ocorrência da mutação constitucional examinada.

Tal teoria tem como cerne a atribuição de efeitos vinculantes aos motivos determinantes das decisões judiciais, e não apenas a parte dispositiva dessas, o que fomenta o fortalecimento dos precedentes judiciais. Assim, o foco que antes residia nos sujeitos ou órgãos atingidos pela força vinculante das decisões se transmuda para quais elementos ou partes da decisão do STF terão esse potencial expansivo.

Ademais, apesar de se entender inicialmente que o campo de incidência dessa teoria se restringiria ao controle concentrado de constitucionalidade, hoje acredita-se ser igualmente viável a sua aplicação no controle difuso, mormente em decorrência da sua paulatina e manifesta objetivação.

4 A TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A teoria da transcendência dos motivos determinantes traz consigo a ideia de que não só a parte dispositiva da decisão judicial, mas também as suas razões de decidir ou motivos determinantes, devem ter o condão de ultrapassar os limites objetivos da causa para atingir outros casos que possuam igual fundamentação ou base legal.

A fim de melhor contextualizá-la, será inicialmente averiguado o posicionamento da Suprema Corte quanto à aplicação de tal teoria no controle concentrado de constitucionalidade, já que tradicionalmente tratava-se do seu único campo de realização, em decorrência da clássica atribuição de efeitos *inter partes* às decisões proferidas em controle difuso.

Todavia, tendo em vista a ocorrência da mutação constitucional analisada na presente pesquisa, com inegável objetivação do controle difuso de constitucionalidade, torna-se relevante perquirir qual a aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes também neste modelo de controle.

Assim, considerando que no controle difuso-incidental de constitucionalidade a questão constitucional analisada está contida tão somente na *ratio decidendi* do julgado, constituindo questão prejudicial à análise do mérito, cabe investigar se os motivos determinantes dessa decisão possuirão efeitos expansivos.

A mencionada teoria, sem dúvida, é de grande importância prática, pois tem como consequência a valorização dos precedentes judiciais, ao propor que a argumentação jurídica empreendida nos Tribunais seja também considerada para fins de uniformização da jurisprudência.

Feitas tais considerações iniciais, passa-se a discorrer um pouco mais sobre tal teoria, com o fim de chegar à conclusão quanto a sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

4.1 DO POSICIONAMENTO TRADICIONAL DA SUPREMA CORTE EM RELAÇÃO À TEORIA

Inicialmente, é preciso registrar que a decisão judicial possui três elementos: o relatório, que consiste na narrativa dos fatos mais relevantes que ocorreram no processo⁹⁴; os fundamentos, que conterão a justificação do magistrado quanto à formação de sua convicção⁹⁵ e o dispositivo, que diz respeito a conclusão da análise de um ou mais pedidos que foram dirigidos ao órgão jurisdicional⁹⁶.

No controle concentrado de constitucionalidade, o juízo final acerca da (in)constitucionalidade do ato ou diploma normativo impugnado estará contido na parte dispositiva da decisão judicial, já que tal análise se dá na via principal, constituindo o cerne do processo. Assim, uma vez elaborada toda a fundamentação, o processo será concluído pelo STF com a decisão acerca da compatibilidade do diploma posto em análise perante a Constituição Federal.

Como é cediço, de acordo com a previsão do artigo 102, parágrafo 2º, da CF, em sede de tal modelo de controle as decisões definitivas de mérito do Supremo Tribunal Federal operam eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública em todas as suas esferas.

Todavia, a análise dos efeitos de tal decisão não deve se resumir ao seu aspecto subjetivo, ou seja, sobre quais pessoas ou entes serão atingidos pela decisão, sendo igualmente relevante indagar quais elementos dessa decisão judicial portarão tais efeitos transcendentais.

A Suprema Corte possui entendimento tradicional de que apenas o dispositivo da decisão, no controle concentrado de constitucionalidade, produzirá efeitos *ultra partes*. Assim, a *ratio decidendi* ou os motivos invocados pelos ministros durante a fundamentação não teriam o condão de vincular terceiros estranhos ao processo.

⁹⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. v.2. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 319

⁹⁵ Ibid., p. 321

⁹⁶ Ibid., p. 358

Nesta perspectiva, observa-se trecho do voto da ministra Rosa Weber durante o julgamento de Agravo Regimental interposto em face de decisão monocrática que negou seguimento à Reclamação Constitucional nº 13.486:

Conforme já assentado com clareza na decisão agravada, não há falar, na espécie, tenha o Tribunal de origem inobservado a autoridade da decisão desta Suprema Corte proferida ao julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2868.

Verifica-se que o fundamento da pretensão ora deduzida não é outro senão a transposição dos motivos que determinaram a decisão proferida na ADI 2868.

Funda-se, pois, a presente reclamação, indubitavelmente, e ao contrário do que alega o agravante, na tese segundo a qual extensiva a eficácia vinculante da decisão aos fundamentos a ela subjacentes, o que não atende a exigência contida no art. 102, I, "I", da Carta Política.

Como já enfatizado, na esteira da atual jurisprudência desta Suprema Corte, inviável o manejo de reclamação constitucional para garantia da autoridade de suas decisões quando calcada na transcendência dos motivos determinantes das decisões tomadas no exercício do controle abstrato da constitucionalidade dos atos normativos.⁹⁷

Desse modo, para a ministra, o artigo 102, inciso I, alínea "I", da CF, que prevê o cabimento da reclamação constitucional para preservar a competência e garantir a autoridade das decisões do STF, não abarcaria a possibilidade de sua propositura com fundamento na teoria da transcendência dos motivos determinantes. Tal entendimento tem sido prevalecente no âmbito da Suprema Corte⁹⁸.

É possível afirmar, portanto, que o STF adota atualmente uma linha restritiva quanto ao aspecto objetivo dos efeitos de suas decisões em controle concentrado de constitucionalidade, ao entender que somente o teor do dispositivo da decisão tem o potencial vinculante previsto no artigo 102, parágrafo 2º, da Carta Magna.

Contudo, frisa-se que nem sempre foi assim. Com efeito, a Suprema Corte já adotou no passado a referida teoria, admitindo reclamações constitucionais ajuizadas com base no desrespeito da autoridade de suas decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade, relativamente aos motivos determinantes que as embasaram⁹⁹.

⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag. Regimental na Reclamação Constitucional n. 13486. Rel. Rosa Weber. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25342299/agreg-na-reclamacao-rcl-13486-mg-stf/inteiro-teor-159437745?ref=juris-tabs#>>. Acesso em: 16 jul 2018.

⁹⁸ Cf. Rcl 2.475-AgR, j. 02-08-2017, Rel. Min. Carlos Velloso; Rcl. 2.990-AgR, j. 16-08-07, Rel. Min. Sepúlveda Pertence

⁹⁹ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação Constitucional n. 2986. Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24987020/reclamacao-rcl-2986-se-stf>>. Acesso em: 16 jul 2018

A teoria da transcendência dos motivos determinantes, dessa forma, designa que a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes de uma decisão possuem efeitos vinculantes, podendo ser estendidos para situações que se enquadrem no mesmo contexto fático e jurídico.

A esse respeito, e versando sobre a economia processual proporcionada por tal teoria, veja-se o magistério de Dirley da Cunha Júnior:

Com base nessa teoria, se o Supremo declarasse a inconstitucionalidade de uma lei de determinado Estado, a fundamentação utilizada nessa ação como razão de decidir (*ratio decidendi*) teria eficácia vinculante *erga omnes* e atingiria todas as leis materialmente iguais de outros Estados, sem a necessidade de se propor novas ações diretas¹⁰⁰.

Ainda, nos dizeres de Patrícia Mello:

A questão que se coloca quanto ao ponto é, portanto, se seria possível extrair do precedente produzido em âmbito concentrado um comando mais geral, que pudesse se referir não apenas à norma infraconstitucional objeto de discussão, mas igualmente a outras normas e atos dentro de uma mesma categoria de similitude. (...) Por “eficácia transcendente da fundamentação” designa-se a possibilidade de extensão dos efeitos vinculantes e *erga omnes* aos “motivos determinantes da decisão”, em lugar de sua restrição ao dispositivo do julgado¹⁰¹.

Um dos argumentos que embasam o posicionamento restritivo do STF diz respeito à necessidade de desconcentração do poder decisório. Isso, pois, a adoção da teoria da transcendência dos motivos determinantes implicaria em prestígio máximo ao Supremo Tribunal Federal e, ao mesmo tempo, em desprestígio aos órgãos da judicatura de base, o que não se coadunaria com a essência da democracia, que revela movimento ascendente do poder estatal, de baixo para cima¹⁰².

Por outro lado, há que se ressaltar que a aplicação da teoria possui enorme relevo político-jurídico, na medida em que corrobora a força normativa e a supremacia da Constituição. Se os fundamentos ou motivos determinantes de uma decisão perpassam pela análise da inconstitucionalidade de um ato ou diploma normativo, também devem eles ser dotados de efeitos vinculantes e *erga omnes*,

¹⁰⁰ CUNHA, op. cit, p. 247

¹⁰¹ MELLO apud NETO, João Moraes. **Teoria da transcendência dos motivos determinantes**. 2011. Monografia (Bacharelado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio De Janeiro, Rio de Janeiro. p. 24

¹⁰² BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Reclamação Constitucional n. 10.604. Rel. Ayres Britto. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15923341/reclamacao-rcl-10604-df-stf>>. Acesso em 16 jul 2018

pois o diploma viciado ofende a Constituição independentemente de onde esteja assentada tal constatação.

Relativamente aos limites objetivos do efeito das decisões da Suprema Corte e referindo-se à Emenda Constitucional nº 03/1993, que conferiu efeitos vinculantes à ação declaratória de constitucionalidade, explana Gilmar Mendes que:

A concepção de *efeito vinculante* consagrada pela Emenda n. 3, de 1993, está estritamente vinculada ao modelo germânico disciplinado no §31, (2), da Lei Orgânica da Corte Constitucional. A própria justificativa da proposta apresentada pelo Deputado Roberto Campos não deixa dúvida de que se pretendia outorgar não só eficácia *erga omnes* mas também efeito vinculante à decisão, deixando claro que estes não estariam limitados apenas à parte dispositiva. Embora a Emenda n. 3/93 não tenha incorporado a proposta na sua inteireza, é certo que o *efeito vinculante*, na parte que foi positivada, deve ser estudado à luz dos elementos contidos na proposta original¹⁰³.

Ainda no contexto de tal explanação, frisa-se que o citado modelo germânico sustenta, através do Tribunal Constitucional alemão, que o efeito vinculante da decisão deste Tribunal se estende também aos seus fundamentos determinantes, razão pela qual os princípios originados da parte dispositiva e dos fundamentos determinantes sobre a interpretação da Constituição devem ser igualmente observados por todos os tribunais e autoridades nos casos futuros¹⁰⁴.

Também filia-se a este entendimento Alexandre de Moraes¹⁰⁵, ao sustentar que os fundamentos da decisão do STF possuem efeitos vinculantes em decorrência da previsão contida no parágrafo único do artigo 28 da Lei nº 9.868/1999, qual seja:

A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal¹⁰⁶.

Destarte, para o jurista, haverá vinculação dos fundamentos determinantes da decisão do STF quando este realiza técnicas como a da interpretação conforme a Constituição e a da declaração de inconstitucionalidade parcial do texto normativo sem redução de texto¹⁰⁷.

¹⁰³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Caderno de Direito Constitucional - Direito Constitucional Módulo V - Controle de Constitucionalidade**. Porto Alegre: EMAGIS, 2006. p. 346

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 347

¹⁰⁵ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 2.371

¹⁰⁶ BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 22 jul 2018

¹⁰⁷ MORAES, op. cit, p. 2.371

Por fim, conclui seu pensamento asseverando que:

A legislação pátria seguiu o modelo alemão, uma vez que o Tribunal Constitucional Federal alemão vem entendendo que os efeitos vinculantes englobam não somente o dispositivo, mas também os fundamentos jurídicos da decisão, uma vez que é o Tribunal quem exerce a função de intérprete e guardião da Constituição¹⁰⁸.

É inegável que a aplicação da mencionada teoria possui grande utilidade prática, na medida em que otimiza o serviço jurisdicional, proporcionando economia processual, e isto, mormente no controle concentrado de constitucionalidade, não traz qualquer prejuízo às pessoas que não figuraram no processo como legitimados.

Tal afirmação baseia-se no fato de que o controle concentrado de constitucionalidade é processo de índole objetiva, onde não são analisados direitos subjetivos concretos, mas sim a compatibilidade de normas perante à Constituição Federal. Por esse motivo, não se fala em partes do processo e sim em legitimados, os quais se encontram delimitados constitucionalmente.

Desse modo, quando o STF estabelece premissas e decide quais são os fundamentos jurídicos de sua decisão, o faz de forma objetiva, levando em consideração o teor da norma e o disposto na Constituição, motivo pelo qual tais fundamentos devem ser aplicados também a outras situações que alberguem o mesmo raciocínio jurídico, a fim de racionalizar e valorizar a atividade jurisdicional da Suprema Corte. Com efeito,

A relevância da teoria da transcendência é ampliar o efeito vinculante, fazendo-o alcançar matérias fronteiriças ao verdadeiro objeto da ação, mas que estão umbilicalmente ligadas a este, e que se tornaram também foco da decisão, sendo exaustivamente discutidas e sobre as quais a Corte firmou entendimento.

Assim, tendo em vista princípios como economia e celeridade processual, eficácia e segurança jurídica, dá-se efeito vinculante também a essas matérias que, caso viessem a se tornar objeto de ação futura, apenas aumentariam a mora processual, pois que em seu mérito as mesmas já foram submetidas à discussão e voto¹⁰⁹.

De igual modo, a vinculação dos motivos determinantes assentados pela Suprema Corte em controle abstrato de constitucionalidade possui o mérito de evitar decisões contraditórias por parte de outros órgãos do Poder Judiciário quando deparados com situações que, apesar de não se subsumirem perfeitamente ao teor

¹⁰⁸ Ibid., p. 2.371

¹⁰⁹ MARTINS, R. M.; PEREIRA, M. de. O.; BISPO, J. C. dos. S.; SIMPLÍCIO, E. de. A. **A teoria da transcendência dos motivos determinantes e o controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro**. Rev. Ciênc. Juríd. Soc. UNIPAR. Umuarama. v. 14, n. 1, p. 45-53, jan./jun. 2011. Disponível em <<http://revistas.unipar.br/index.php/juridica/article/view/4129>>. Acesso em: 19 jul. 2018

do dispositivo da decisão do STF, possuam a mesma *ratio decidendi*, a mesma lógica que fundamentou a declaração da inconstitucionalidade. Dessa forma, reforça-se a autoridade da interpretação constitucional realizada pelo Supremo Tribunal Federal, a quem compete precipuamente a guarda da Constituição (vide artigo 102, caput, da CF) e cujas decisões constituem precedentes obrigatórios para os demais órgãos do Poder Judiciário, sob pena de terem suas decisões cassadas via reclamação constitucional.

Esse dever de observância pelos demais juízes e tribunais das decisões emanadas do STF em controle concentrado de constitucionalidade é expresso e inequívoco diante da previsão do artigo 927, inciso I, do Código de Processo Civil.

Inclusive, ao interpretar tal dispositivo, o Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, no enunciado de nº 168, deixou consignado que “os fundamentos determinantes do julgamento de ação de controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo STF caracterizam a *ratio decidendi* do precedente e possuem efeito vinculante para todos os órgãos jurisdicionais”¹¹⁰.

Assim, apesar do atual entendimento do STF em sentido contrário, entende-se que a teoria da transcendência dos motivos determinantes deve ser aplicada em sede de controle concentrado de constitucionalidade, a fim de garantir princípios e valores constitucionais como a segurança jurídica, a isonomia e a celeridade processual, além de evitar a fragmentação da Constituição, ao prevenir que os demais órgãos do Poder Judiciário profiram decisões baseadas em interpretações incompatíveis com a Carta Magna.

Além disso, como já sinalizado, o Código de Processo Civil prevê de forma imperativa que os juízes e tribunais observarão as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade, de modo que a adoção da teoria encerra o cumprimento do próprio princípio da legalidade.

Ao seu turno, no que concerne ao controle difuso de constitucionalidade, a referida teoria não encontrava campo de aplicação diante do entendimento clássico de que tal modelo de controle seria dotado tão somente de eficácia *inter partes*. Todavia, em decorrência da mutação constitucional do artigo 52, inciso X, da CF,

¹¹⁰ BRASIL. Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. Enunciado n. 168. Disponível em: <<https://alice.jusbrasil.com.br/noticias/241278799/enunciados-do-forum-permanente-de-processualistas-civis-carta-de-vitoria>>. Acesso em 17 jul 2018

com a atribuição da eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes também ao controle difuso-incidental de constitucionalidade, passa-se a falar na aplicação da teoria também neste âmbito. Aliás, antes mesmo de se consolidar a referida mutação constitucional, já sustentava Marinoni que:

[...] não são apenas os fundamentos determinantes das decisões proferidas em ação direta que possuem efeitos vinculantes. As razões que sustentam a eficácia vinculante dos fundamentos determinantes das decisões proferidas no controle principal também se impõem no controle incidental. Ou seja, os fundamentos determinantes das decisões proferidas em recurso extraordinário igualmente têm eficácia vinculante. Os fundamentos determinantes, revelando a doutrina do Supremo Tribunal Federal acerca de questão constitucional, passam a obrigar os demais órgãos judiciais e, em certa medida, a própria Suprema Corte, pouco importando que tenham sido fixados em decisão proferida em sede de controle incidental.¹¹¹

Partindo de tais premissas, o próximo tópico cuidará de investigar os fundamentos da aplicação de tal teoria no controle concreto de constitucionalidade.

4.2 APLICAÇÃO NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

Como outrora verificado, diante da análise da doutrina, da jurisprudência e de manifestações legislativas, o controle difuso de constitucionalidade tem passado por um processo de objetivação que confere efeitos vinculantes e eficácia *erga omnes* às decisões proferidas em sua esfera, semelhantemente ao que ocorre no controle concentrado de constitucionalidade. Isso se deve à crescente demanda pela qual vem passando a sociedade por uma jurisdição mais célere, eficaz e segura, em que as normas constitucionais sejam, de fato, efetivadas.

A par desta resignificação do controle difuso-incidental das normas, questiona-se quanto à viabilidade da transcendência dos motivos determinantes das decisões proferidas nesse modelo de controle, a fim de abranger situações similares que comportem a mesma fundamentação jurídica utilizada anteriormente.

No controle difuso, como se sabe, a arguição de inconstitucionalidade sobre a qual se debruça o Poder Judiciário constitui questão prejudicial ao exame do mérito da lide propriamente dito, que diz respeito ao direito que as partes almejam ter reconhecido. Nesse caso, a análise da constitucionalidade da norma surge de forma incidental no bojo do processo, de modo que precisará ser anteriormente

¹¹¹ MARINONI, op. cit, p.947

solucionada para que, depois, se chegue a uma conclusão acerca da questão principal ali versada. A abordagem dessa questão constitucional integrará, portanto, a fundamentação jurídica do caso concreto, não constando da parte dispositiva da decisão.

A fundamentação de uma decisão, por sua vez, conterà a *ratio decidendi* do julgado, que corresponderá à tese jurídica apta a gerar o precedente judicial, bem como o *obiter dictum* (ou *obiter dicta*, no plural), que diz respeito à consideração ou argumento de passagem levantado pelo magistrado que não importa substancialmente para a tomada da decisão.

Assim, “a *ratio decidendi* – ou, para os norte-americanos, a *holding* – são os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão; a opção hermenêutica adotada na sentença, sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi”¹¹².

O que se buscará dotar de efeitos vinculantes e eficácia *erga omnes* no controle difuso é exatamente a *ratio decidendi* do julgado, tendo em vista que nela estará contido o juízo de constitucionalidade de determinada(s) norma(s), ao contrário da parte dispositiva da decisão, que abrangerá tão somente a conclusão acerca dos pedidos formulados pelos litigantes.

É relevante destacar, ainda, que o juiz, ao se deparar com um caso concreto, extrairá dele duas normas: uma de caráter geral, que corresponderá ao seu raciocínio inicial ou instintivo de subsunção das normas do ordenamento jurídico ao fatos narrados pelas partes, e outra de caráter individual, que conterà a sua decisão para aquela situação específica¹¹³.

A *ratio decidendi* diz respeito exatamente à norma de caráter geral criada pelo magistrado a partir de um caso concreto, que conterà tese jurídica apta a ser aplicada as demais situações similares. Dessa forma, é “geral porque a tese jurídica (*ratio decidendi*) se desprende do caso específico e pode ser aplicada em outras situações concretas que se assemelhem àquela em que foi originariamente construída¹¹⁴. Daí nasce o precedente judicial.

¹¹² DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. v.2. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 455-456

¹¹³ Ibid., p. 456

¹¹⁴ Ibid., p. 456

O Código de Processo Civil, em seu artigo 489, parágrafo 1º, inciso VI, estabelece que, para que uma decisão judicial seja considerada fundamentada, ao deixar de seguir um precedente, precisará demonstrar a existência de distinção no caso concreto (*distinguishing*) ou de superação do precedente (*overruling*). Caso contrário, o precedente judicial deverá ser respeitado.

Sendo o Supremo Tribunal Federal a mais alta Corte do país, responsável diretamente pela guarda e interpretação da Constituição, presume-se que seus precedentes são obrigatórios para os demais juízes e Tribunais, que lhe devem fiel observância, ressalvadas as já mencionadas hipóteses de demonstração de distinção ou superação do precedente. Isso, pois, nas esclarecedoras palavras de Teori Zavascki:

O STF é o guardião da Constituição. Ele é o órgão autorizado pela própria Constituição a dar a palavra final em temas constitucionais. A Constituição, destarte, é o que o STF diz que ela é. Eventuais controvérsias interpretativas perante outros tribunais perdem, institucionalmente, toda e qualquer relevância frente ao pronunciamento da Corte Suprema. Contrariar o precedente tem o mesmo significado, o mesmo alcance, pragmaticamente considerado, que os de violar a Constituição. A existência de pronunciamento do Supremo sobre matéria constitucional acarreta, no âmbito interno dos demais tribunais, a dispensabilidade da instalação do incidente de declaração de inconstitucionalidade (CPC, art. 481, § único), de modo que os órgãos fracionários ficam, desde logo, submetidos, em suas decisões, à orientação traçada pelo STF. É nessa perspectiva, pois, que se deve aquilatar o peso institucional dos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal, mesmo em controle difuso¹¹⁵.

Portanto, ao declarar a inconstitucionalidade de um dispositivo de forma incidental em controle difuso de constitucionalidade, o STF firma tese jurídica que deverá ser seguida pelos demais órgãos do Poder Judiciário. Há, portanto, a nítida transcendência dos motivos determinantes, pois o que terá efeito vinculante é justamente a tese jurídica ou a *ratio decidendi* construída pelo STF, e não a parte dispositiva da decisão, como se dá tradicionalmente no controle concentrado de constitucionalidade.

Desse modo, num país onde importou-se o controle difuso de constitucionalidade sem, contudo, adotar o princípio do *stare decisis* - que por si só torna obrigatórios os precedentes emanados das Cortes Superiores - torna-se necessário realizar adaptação do modelo através da validação de teorias que

¹¹⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. **Ação rescisória em matéria constitucional**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15335-15336-1-PB.pdf>>. Acesso em: 20 jul 2018

confirmam a vinculação obrigatória dos precedentes advindos das decisões da Suprema Corte, sob pena de se estimular a litigiosidade, a morosidade processual, a insegurança jurídica e, por fim, flexibilizar a própria supremacia constitucional. Nas palavras de Marinoni:

[...] em princípio, uma simples decisão tomada pelo pleno do STF não pode deixar de vincular o próprio Tribunal e os demais tribunais e juízes. Não há razão lógica para se exigirem decisões reiteradas, a menos que se suponha que o STF não se importa com a força de cada uma de suas decisões e não possui responsabilidade perante os casos futuros. A não obrigatoriedade dos precedentes, ainda que constitua técnica válida dentro de um sistema puro de *civil law*, é incompatível em um sistema estruturado sob o controle difuso da constitucionalidade, que, necessariamente, deve contar com uma Corte superior capaz de fazer prevalecer as suas decisões sobre os demais tribunais com o fito de imprimir força à Constituição e coerência à ordem jurídica, além de dar segurança e previsibilidade aos jurisdicionados¹¹⁶.

A esse respeito, aponta Gilmar Mendes¹¹⁷ que nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade de leis municipais, o STF já vem adotando postura compatível com a teoria da transcendência dos motivos determinantes, conferindo efeito vinculante não só à parte dispositiva da decisão de inconstitucionalidade, mas também aos fundamentos determinantes, para fins de apreciação de recursos extraordinários oriundos de outros municípios que contenham modelos legais idênticos.

Cita, como exemplo, o julgamento do RE nº 228.844¹¹⁸, do Estado de São Paulo, em que se discutia a ilegitimidade do IPTU progressivo cobrado pelo Município de São José do Rio Preto, tendo o ministro Maurício Corrêa utilizado, para decidir o caso em questão, de fundamento fixado pelo Plenário do STF, em precedente oriundo do Estado de Minas Gerais no sentido da inconstitucionalidade de lei do Município de Belo Horizonte, que instituiu a alíquota progressiva do IPTU¹¹⁹.

O exemplo acima apontado demonstra de forma clara a aplicação da teoria da transcendência em julgamentos de casos concretos pelo STF. Com efeito, utilizou-se da tese jurídica fixada no Recurso Extraordinário nº 153.771, do Estado de Minas

¹¹⁶ MARINONI, op. cit, p. 930

¹¹⁷ MENDES, Gilmar. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional**. In: Senado Federal. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/953>>. Acesso em 15 jun. 2018

¹¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 228.844. Rel. Maurício Corrêa. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14757454/recurso-extraordinario-re-228844-sp-stf?ref=serp>>. Acesso em: 28 jul 2018

¹¹⁹ MENDES, op. cit, p. 162

Gerais, para conhecer o dar provimento ao supracitado Recurso Extraordinário do Estado de São Paulo. Evitou-se, desse modo, a malversação do tempo disponível da Suprema Corte na análise de situação que possuía a mesma fundamentação de outra já julgada e consolidada pelo Tribunal.

Aduz, conclusivamente, Gilmar Mendes que:

Tal procedimento evidencia, ainda que de forma tímida, o efeito vinculante dos fundamentos determinantes da decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade do direito municipal. Evidentemente, semelhante orientação somente pode vicejar caso se admita que a decisão tomada pelo Plenário seja dotada de eficácia transcendente, sendo, por isso, dispensável a manifestação do Senado Federal¹²⁰.

A propósito, assinala Marinoni que a expressão “eficácia transcendente da motivação” pretende aludir exatamente à eficácia que, advinda da fundamentação, recai sobre situações que, apesar de conterem particularidades próprias e distintas, possuem como substância questão de direito similar a já decidida, e que, por isso, reclamam as mesmas razões apresentadas pelo tribunal quando da prolação da decisão¹²¹.

Nesta perspectiva, recorda-se o já comentado Recurso Extraordinário nº 197.917¹²² proveniente do Estado de São Paulo, em que se discutiu a composição da Câmara de Vereadores do Município paulista de Mira Estrela. No decorrer do julgamento, o Supremo Tribunal Federal declarou, de forma incidental, a inconstitucionalidade do artigo 6º da lei orgânica municipal, por entender que não foi obedecida a relação cogente de proporção dos vereadores com a respectiva população, conforme o artigo 29, inciso IV, da CF. Ao final, determinou-se a adequação da composição da respectiva Câmara de Vereadores aos parâmetros constitucionais, ao mesmo tempo em se estabeleceu a necessidade de que o Tribunal Superior Eleitoral estabelecesse critério adequado para diagnosticar o número de vereadores para cada município, em atenção aos limites fixados pela Constituição Federal.

O ponto central do julgamento em questão é que, apesar do Tribunal Superior Eleitoral não integrar a relação processual em questão – que possuía como

¹²⁰ Ibid., loc. cit.

¹²¹ MARINONI, op. cit, p. 942

¹²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 197917. Rel. Maurício Corrêa. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14747926/recurso-extraordinario-re-197917-sp?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 17 jun 2018

recorrente o Ministério Público Estadual e recorrida a Câmara Municipal de Mira Estrela – foi atingido pela conclusão final a que chegou o STF, tendo posteriormente editado a Resolução nº 21.702/2004 a fim de atendê-la.

Desse modo, entende-se que no feito supracitado houve nítida aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes, pois, com base no juízo de inconstitucionalidade realizado durante a fundamentação jurídica do recurso, estendeu-se os efeitos para além das partes processuais.

Em consonância com tal entendimento votou o ministro Celso de Mello, ao julgar as ADIS nº 3.345 e 3.365, ajuizadas por partidos políticos insatisfeitos com a mencionada resolução editada pelo TSE. Veja-se, *in verbis*:

Torna-se relevante salientar, na linha do que destacou o eminente Ministro GILMAR MENDES, que esta Suprema Corte deu efeito transcendente aos próprios motivos determinantes que deram suporte ao julgamento plênario do RE 197.917/SP.

Esse aspecto assume relevo indiscutível, pois permite examinar a presente controvérsia constitucional em face do denominado efeito transcendente dos motivos determinantes subjacentes à decisão declaratória de inconstitucionalidade proferida no julgamento plênario do RE 197.917/SP, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, especialmente em decorrência das intervenções dos eminentes Ministros NELSON JOBIM, GILMAR MENDES e SEPÚLVEDA PERTENCE.

Cabe referir, em particular, neste ponto, a intervenção do eminente Ministro GILMAR MENDES, que ressaltou a aplicabilidade, ao E. Tribunal Superior Eleitoral, do efeito vinculante emergente da própria “*ratio decidendi*” que motivou o julgamento do precedente mencionado¹²³.

Ainda em sede do referido voto, citou o ministro trecho de parecer do Procurador-Geral da República, quando do exame da validade da mencionada resolução editada pelo TSE, em que entendeu que a fixação de interpretação definitiva de norma constitucional pelo STF, por sua própria natureza, transcenderia o dispositivo da decisão, abrangendo também a motivação:

Como bem enfatizou o il. Min. Sepúlveda Pertence, em transcrição já aqui avivada - item 4, retro, deste parecer -, no julgamento do RE nº 197.917, aconteceu ‘a interpretação definitiva do artigo 29, IV, da Lei Fundamental’, feita por quem é: ‘Guarda da Constituição’. Ora, e aqui vamos a outro passo de reflexão, quando a Corte Suprema, pouco importa se no exame incidental, ou concentrado, fixa interpretação definitiva de norma constitucional o que assim proclamado, e por sua própria natureza, transcende o dispositivo, e necessariamente compreende o todo julgado, vale dizer, também sua motivação.

[...]

¹²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3345. Rel. Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/adi3345.pdf>>. Acesso em: 17 jun 2018. Página 29

Aconteceu a interpretação definitiva de norma constitucional pelo único Colegiado a fazê-lo com carga de peremptoriedade [...] ¹²⁴.

Portanto similar cognição, cita-se, ainda, o julgamento de apelação criminal pelo Tribunal de Justiça do Estado do Pará ¹²⁵, a qual objetivava reformar sentença que fixou o regime inicial fechado para cumprimento de pena, com fundamento na Lei nº 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos). Ao fim do julgamento, foi dado provimento ao recurso sob o argumento de que, por força da declaração incidental de inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90 – que determinava que a pena por crime hediondo seria cumprida inicialmente em regime fechado - pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, nos autos dos Habeas Corpus nº 111.840/ES, teria sido removido do sistema jurídico pátrio o óbice quanto à obrigatoriedade de fixação do regime fechado para o início do cumprimento de pena no âmbito dos crimes hediondos e a eles equiparados.

Observa-se, portanto, que os efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade proferida em sede de Habeas Corpus julgado pelo STF se expandiram, neste caso, para abranger situação que possuía a mesma base legal ou tese jurídica que fora firmada pela Suprema Corte. Ainda, nos termos do voto da relatora da apelação ora citada:

Recordo, ademais, que o Supremo Tribunal Federal acolhe a teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença, autorizando a ampliação dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade proferidas *incidenter tantum* pelo Plenário. Desse modo, ao contrário do que preconiza o pensamento clássico, o pronunciamento da Corte Constitucional em sede de controle difuso tem aptidão para conferir em relação aos tribunais pátrios eficácia vinculante não somente à parte dispositiva do veredicto como também à própria *ratio decidendi*. Assim, os motivos que determinaram as inúmeras declarações incidentais de inconstitucionalidade vinculam os tribunais independentemente da chancela da Alta Casa do Congresso, o Senado Federal ¹²⁶.

Diante do exposto, é possível concluir que a aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes no controle difuso de constitucionalidade tem ganhado força no âmbito doutrinário e jurisprudencial, tratando-se de medida que vem ao encontro de princípios fundamentais como os da supremacia constitucional, força normativa da Constituição, segurança jurídica, economia e celeridade processual.

¹²⁴ Ibid., loc. cit.

¹²⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Pará. Apelação n. 2012.3.016657-7. Rel. Vera Araújo de Souza. Disponível em: <<https://tj-pa.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/344225992/apelacao-apl-33708320118140028-belem/inteiro-teor-344226054?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 19 jul 2018

¹²⁶ Ibid., loc. cit.

Com o passar do tempo, percebeu-se ser impossível sustentar um modelo de controle difuso de constitucionalidade, no qual atribui-se a todos os juízes e tribunais a análise da constitucionalidade das leis, sem que houvesse obediência aos precedentes emanados da Suprema Corte. Isso, pois, a ausência de precedentes obrigatórios inviabiliza a própria análise da compatibilidade das leis perante à Constituição, pois permite a convivência de desacordos constantes entre os órgãos do Poder Judiciário quanto a matérias constitucionais que precisam ser uniformizadas devido a sua relevância para a sociedade.

Assim, os motivos determinantes das decisões do STF no controle concreto de constitucionalidade, assumem o importante papel de uniformizar o entendimento sobre a matéria constitucional analisada, assentando a tese jurídica que deve ser aplicada pelos demais juízes e tribunais ao se depararem com casos concretos que alberguem a mesma base legal e raciocínio jurídico. Essa uniformização caminha em direção a uma jurisprudência estável, íntegra e coerente, nos exatos termos do artigo 926 do Código de Processo Civil.

Em face da mutação constitucional do artigo 52, inciso X, da CF e a consequente expansão da jurisdição constitucional da Suprema Corte, reforçou-se a importância dos seus precedentes, em visível aproximação com o princípio do *stare decisis* norte-americano. Entende-se, portanto, que a teoria da transcendência dos motivos determinantes deve ser utilizada como aporte da referida mutação, de modo a ratificar os efeitos vinculantes e *erga omnes* das decisões do STF no controle difuso de constitucionalidade, inerentes ao seu posto de guardião da Constituição, sendo desnecessária atuação posterior de qualquer órgão político neste sentido.

5 CONCLUSÃO

O presente estudo pretendeu analisar a reconstrução pela qual vem passando o controle difuso de constitucionalidade, em nítida equalização com as características e efeitos do controle concentrado das normas, razão pela qual tem-se denominado tal fenômeno de abstrativização ou objetivação do controle difuso.

Inicialmente, a fim de estabelecer as premissas para as discussões posteriores, foram abordados o conceito, os pressupostos e a finalidade do controle judicial de constitucionalidade.

Como visto, tal controle é corolário lógico da supremacia constitucional, cujo marco histórico deu-se com o julgamento pela Suprema Corte dos Estados Unidos do *leading case* Marbury versus Madison, momento em que firmou-se o prevaecimento da norma constitucional em face da norma ordinária. O controle de constitucionalidade trata-se, assim, de mecanismo que visa efetivar e garantir a supremacia e a força normativa da Constituição, assim como a sua unidade, ao rechaçar interpretações e normas conflitantes com seu conteúdo e forma. Ademais, tem como outros pressupostos a existência de uma Constituição rígida e escrita, em que haja distinção formal entre as normas constitucionais e as normas ordinárias e a atribuição de agir à ao menos um órgão encarregado de exercê-lo.

Em seguida, foram brevemente ventiladas a origem, as características e as principais diferenças entre os modelos de controle concentrado e difuso das normas, bem como assinalados os momentos em que despontaram no Brasil.

Verificou-se, assim, que o controle concentrado das normas teve origem com o advento da Constituição Austríaca de 1920, constituindo modelo de controle em que se atribui a análise da constitucionalidade da lei ou ato normativo a um órgão jurisdicional especial, no caso do Brasil ao Supremo Tribunal Federal, quando o parâmetro de análise for a Constituição Federal. Assim, o juízo sobre a (in)constitucionalidade será o objeto principal do processo, constando expressamente na parte dispositiva da decisão.

No Brasil, tal modelo foi incorporado durante a vigência da Constituição de 1946, por força da Emenda Constitucional nº 16/1965, com a criação da representação genérica de inconstitucionalidade. Posteriormente, com o advento da Constituição Federal de 1988, o controle abstrato foi substancialmente

potencializado, com a inserção de outras ações diretas de controle e com a ampliação do rol de legitimados à propositura dessas ações, o que acabou por redirecionar o foco que antes residia no controle difuso e incidental das normas.

Por sua vez, viu-se que o controle difuso teve por berço os Estados Unidos da América, possuindo como principal característica a realização do juízo de constitucionalidade de forma incidental pelo Poder Judiciário, por via de exceção ou de defesa, no bojo de julgamento de uma relação processual subjetiva. Por possuir natureza casuística, esse modelo de controle pode ser exercido por qualquer juiz ou tribunal de forma ampla, constituindo importante instrumento de aproximação entre os cidadãos e a Constituição.

No Brasil, por influência da doutrina da *judicial review* norte-americana, foi previsto na Constituição de 1891, tendo apresentado, contudo, a inevitável falha de possibilitar a existência simultânea de decisões conflitantes dos diversos órgãos do Poder Judiciário legitimados a realizar o controle. Isso se atribui, dentre outros fatores, a não adoção do princípio do *stare decisis*, do qual deriva a vinculação obrigatória dos precedentes emanados dos Tribunais Superiores.

Como forma de suprir tal deficiência, a Constituição brasileira de 1934 criou o instituto da suspensão, pelo Senado Federal, da execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em controle difuso, como modo de estender os efeitos de tal decisão para as demais pessoas que não integraram a lide originariamente e para a Administração Pública e os demais órgãos do Poder Judiciário. Atualmente, tal previsão consta do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal.

No segundo capítulo, buscou-se demonstrar que, apesar do posicionamento clássico que atribui eficácia *inter partes* às decisões tomadas pela Suprema Corte no controle difuso de constitucionalidade, vem se consolidando nova linha de pensamento que aponta para a atribuição de efeitos vinculantes e *erga omnes* a tais decisões, sem a necessidade de atuação do Senado Federal para tanto.

Com efeito, são expoentes as vozes que defendem uma redefinição do papel do Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade, através da expansão de sua jurisdição constitucional, de modo que as suas decisões, tanto em

controle abstrato quanto difuso, possuam vinculação igualmente obrigatória para a sociedade e para os demais órgãos do Estado.

Diante desse cenário, realizou-se breves comentários acerca de alguns dos mecanismos criados pela via legislativa com o objetivo de suprir as lacunas do controle difuso de constitucionalidade, através da valorização dos precedentes judiciais. Como exemplos, cita-se a súmula vinculante, a exceção à cláusula de reserva de plenário, a sistemática de provimento e desprovimento de recursos com base em acórdãos proferidos em recursos repetitivos e em entendimento firmado no incidente de resolução de demandas repetitivas, dentre outros.

Posteriormente, foram destacados alguns julgamentos no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, que tiveram grande visibilidade por trazerem à tona a eficácia *erga omnes* e os efeitos vinculantes conferidos às declarações incidentais de inconstitucionalidade efetuadas pela Suprema Corte, tendo entendido os julgadores pela idêntica força de autoridade de suas decisões, tanto nas ações diretas quanto nas proferidas em via recursal.

Mais à frente, dedicou-se tópico para tratar especificamente da mutação constitucional do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, conceituando-se inicialmente o referido fenômeno e posteriormente analisando-o através do recente julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3406 e 3470, em que se acredita ter assentado, definitivamente, a releitura do papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade brasileiro.

Com efeito, a referida reformulação, que já vinha sido defendida pelo ministro Gilmar Mendes e por parte da doutrina clássica há tempos, tornou-se imprescindível diante das crescentes demandas da sociedade por uma jurisdição mais célere, efetiva e coerente. Observou-se que, em verdade, o papel tradicionalmente atribuído ao Senado Federal está em evidente descompasso com a atualidade, pautando-se em razões de índole histórica e numa concepção de separação dos poderes já ultrapassada.

Nesse passo, parece correto afirmar que atualmente o papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade deve ser o de dar mera publicidade às decisões da Suprema Corte, as quais já são naturalmente dotadas de efeitos

vinculantes e *erga omnes*, por emanarem do guardião e intérprete máximo da Constituição.

Para se chegar a tais conclusões, analisou-se, ainda, os posicionamentos dos ministros do Supremo em sede da Reclamação Constitucional nº 4.335, além das vozes doutrinárias favoráveis e contrárias a mutação em questão.

Por último, no terceiro capítulo, cuidou-se de investigar a aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes no ordenamento jurídico brasileiro, em especial no controle difuso de constitucionalidade, observando o entendimento doutrinário e jurisprudencial quanto ao tema.

A referida teoria, que inicialmente encontrava-se restrita ao controle concentrado de constitucionalidade das normas, determina que não só a parte dispositiva da decisão judicial, mas também suas razões de decidir ou motivos determinantes possuem o condão de ultrapassar os limites objetivos da causa para atingir outros casos que possuam a mesma fundamentação jurídica ou base legal.

Foi verificado que o posicionamento atual do Supremo Tribunal Federal é no sentido de conferir efeitos vinculantes apenas à parte dispositiva de sua decisão no controle concentrado, apesar de já ter entendido de forma contrária no passado, ao admitir reclamações constitucionais ajuizadas com base no desrespeito da autoridade de suas decisões, relativamente aos motivos determinantes que as embasaram.

Quanto ao controle difuso, a aplicação da teoria encontra-se intimamente ligada à ocorrência da mutação constitucional apreciada, pois, uma vez assentado que as decisões da Suprema Corte no controle incidental de constitucionalidade possuem igualmente potencial vinculante, torna-se possível afirmar que, de fato, os motivos determinantes de tais decisões transcendem as barreiras estritas da lide.

Com efeito, neste modelo de controle, o juízo de constitucionalidade de uma determinada norma é realizado tão somente durante a fundamentação da decisão judicial, como questão prejudicial ao exame do mérito propriamente dito, que diz respeito ao direito que as partes almejam ter reconhecido. Assim, é possível deduzir que, neste caso, o elemento que possui a capacidade de projetar-se além dos limites do caso concreto é exatamente a *ratio decidendi* ou a tese jurídica fixada pelo Supremo Tribunal Federal e não a parte dispositiva da decisão.

A esse respeito, foram apontadas situações em que a Suprema Corte conferiu efeitos vinculantes aos motivos determinantes de suas decisões a fim de abranger julgamentos posteriores que albergavam a mesma tese jurídica, notadamente nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade de leis municipais.

Diante do exposto, conclui-se que a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade e a transcendência dos motivos determinantes das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, são fenômenos que passam por evidente processo de concretização no país, com vistas a ressignificar antigas crenças que não mais se coadunam com a atualidade. Entende-se, portanto, que devem ser consideradas como teses aliadas à promoção da uniformização da jurisprudência e de princípios essenciais ao Estado Democrático de Direito, como a segurança jurídica e a isonomia.

De fato, a Constituição, como organismo vivo e dinâmico que é, deve ser interpretada e efetivada em harmonia com os anseios do povo, legítimo titular do poder constituinte originário e, por fim, sua genuína razão de ser.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O Controle Jurisdicional de Constitucionalidade das Leis**. 2 ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

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

BRASIL. Fórum Permanente de Processualistas Civis. **Enunciado n. 168**. Disponível em: <<https://alice.jusbrasil.com.br/noticias/241278799/enunciados-do-forum-permanente-de-processualistas-civis-carta-de-vitoria>>. Acesso em 17 jul 2018

BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 22 jul 2018

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 828106**. Rel. Teori Albino Zavascki. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7161058/recurso-especial-resp-828106-sp-2006-0069092-0/inteiro-teor-12885789?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 20 jun 2018

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3345**. Rel. Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/adi3345.pdf>>. Acesso em: 17 jun 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3937**. Rel. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2544561>>. Acesso em: 15 jun. 2018

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. Regimental na Reclamação Constitucional n. 13486**. Rel. Rosa Weber. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25342299/agreg-na-reclamacao-rcl-13486-mg-stf/inteiro-teor-159437745?ref=juris-tabs#>>. Acesso em: 16 jul 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 82.959-7**. Rel. Marco Aurélio. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14734072/habeas-corporus-hc-82959-sp?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 17 jun 2018

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Info n. 886**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo886.htm>>. Acesso em: 15 jun 2018

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação Constitucional n. 10.604**. Rel. Ayres Britto. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15923341/reclamacao-rcl-10604-df-stf>>. Acesso em 16 jul 2018

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação Constitucional n. 2986**. Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24987020/reclamacao-rcl-2986-se-stf>>. Acesso em: 16 jul 2018

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação Constitucional n. 3345**. Rel. Gilmar Mendes. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25342563/reclamacao-rcl-4335-ac-stf?ref=serp>>. Acesso em: 17 jun 2018

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Mandado de Segurança n. 17976**. Rel. Amaral Santos. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14557723/recurso-em-mandado-de-seguranca-rms-17976-sp?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 05 jul 2018

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 197.917**. Rel. Maurício Corrêa. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14747926/recurso-extraordinario-re-197917-sp?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 17 jun 2018

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 228.844**. Rel. Maurício Corrêa. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14757454/recurso-extraordinario-re-228844-sp-stf?ref=serp>>. Acesso em: 28 jul 2018

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Pará. **Apelação n. 2012.3.016657-7**. Rel. Vera Araújo de Souza. Disponível em: <<https://tj-pa.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/344225992/apelacao-apl-33708320118140028-belem/inteiro-teor-344226054>>. Acesso em: 19 jul 2018

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

BUZUID, Alfredo. **Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1958.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. São Paulo: Almedina, 2003.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Principais julgados do STF e do STJ comentados**. Salvador: Juspodivm, 2018.

CONTINENTINO, Marcelo. **O que resta ao Senado no controle difuso da constitucionalidade das leis?** In: Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-out-11/observatorio-constitucional-resta-senado-controle-difuso-constitucionalidade-leis-brasil>>. Acesso em: 20 jun 2018

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: teoria e prática**. 9 ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **O princípio do “stare decisis” e a decisão do Supremo Tribunal Federal no controle difuso de constitucionalidade**. In: Brasil jurídico. Disponível em: <<https://www.brasiljuridico.com.br/artigos/o-principio-do-stare-decisis-e-a-decisao-do-supremotribunal-federal-no-controle-difuso-de-constitucionalidade.-por-dirley-da-cunha-junior.>>. Acesso em: 17 jun. 2018

DIDIER JÚNIOR, Fredie. O Recurso Extraordinário e a transformação do Controle Difuso de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. **Revista do CEPEJ** – Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, n. 8, p.41-55, jul./dez., 2007

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. v.2. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança das constituições**. 2 ed. Osasco: EdiFIEO, 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 38 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Controle de constitucionalidade e seus efeitos**. 4 ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARTINS, R. M.; PEREIRA, M. de. O.; BISPO, J. C. dos. S.; SIMPLÍCIO, E. de. A. **A teoria da transcendência dos motivos determinantes e o controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro**. Rev. Ciênc. Juríd. Soc. UNIPAR. Umuarama. v. 14, n. 1, p. 45-53, jan./jun. 2011. Disponível em <<http://revistas.unipar.br/index.php/juridica/article/view/4129>>. Acesso em: 19 jul. 2018

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 4 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

NETO, João Moraes. **Teoria da transcendência dos motivos determinantes**. 2011. Monografia (Bacharelado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio De Janeiro, Rio de Janeiro.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Caderno de Direito Constitucional - Direito Constitucional Módulo V - Controle de Constitucionalidade**. Porto Alegre: EMAGIS, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Estado de Direito e Jurisdição Constitucional – 2002/2010**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional**. In: Senado Federal. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/953>>. Acesso em 15 jun. 2018

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

NUNES, Castro. **Teoria e prática do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 1943.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro – Aspectos Constitucionais e Processuais**. São Paulo: Malheiros, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

STRECK, Lênio; OLIVEIRA, Marcelo; LIMA, Martonio. **A nova perspectiva do STF sobre controle difuso**. In: Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2007-ago-03/perspectiva_stf_controle_difuso>. Acesso em: 05 jul. 2018

ZAVASCKI, Teori Albino. **Ação rescisória em matéria constitucional.** Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15335-15336-1-PB.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2018

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional.** Disponível em: <<https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/2521/000275909.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2018