

**UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE  
FACULDADE DE DIREITO**

**CAROLINA VICENTINI DE SIQUEIRA**

**ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE**

**Monografia**

**São Paulo  
2020**

**CAROLINA VICENTINI DE SIQUEIRA**

**ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie como parte dos requisitos necessários à obtenção do título de bacharel em direito.

Orientadora: Professora Doutora Ana Flávia  
Messa

**São Paulo**

**2020**

**CAROLINA VICENTINI DE SIQUEIRA**

**ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie como parte dos requisitos necessários à obtenção do título de bacharel em direito.

Aprovada em: \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof.<sup>a</sup> Dra. Ana Flávia Messa (Orientadora)

---

Examinador(a):

---

Examinador(a):

**São Paulo**

**2020**

Á minha família, por seu apoio incondicional nesta jornada. Pai, seu excepcional incentivo me deu forças para seguir. Mãe, sua dedicação e zelo permitiram meu avanço, mesmo nos momentos mais difíceis.

## RESUMO

O presente trabalho visa analisar a Teoria da Abstrativização no Controle Difuso de Constitucionalidade sob a ótica da Constituição Federal de 1988. Considerando os precedentes judiciais, tal teoria permite que o Supremo Tribunal Federal tenha poder de conferir, por si só, eficácia *erga omnes* às suas decisões proferidas no bojo do controle difuso, deixando de restringir seus efeitos apenas às partes envolvidas no litígio. Nesse sentido, a participação do Senado Federal, prevista no art. 52, X da Constituição Federal de 1988, seria tão somente para atribuir publicidade a decisão definitiva de inconstitucionalidade, de tal modo que a redação do referido artigo sofreu mutação constitucional. O presente estudo aborda desde os principais aspectos e regras procedimentais do controle de constitucionalidade brasileiro, em especial o controle difuso e os efeitos de sua decisão, até o debate doutrinário acerca das consequências da aplicação da teoria no direito brasileiro, tendo em vista a tendência da valorização dos precedentes judiciais no texto do Código de Processo Civil vigente.

**Palavras-Chaves:** Controle de Constitucionalidade; Controle Difuso; Teoria da Abstrativização; Senado Federal; Mutação Constitucional.

## ABSTRACT

This paper aims at analyzing the Abstractiveness Theory in the Difuse Control of Constitutionality from the perspective of the Federal Constitution of 1988. Considering the judicial precedents, such theory allows the supreme court to provide efficacy *erga omnes* to your decisions under diffuse control, without limiting its effects to the parties involved in the litigation only. Given this, the sole purpose of the participation of the Federal Senate, foreseen on article 52, X of the 1988 Federal Constitution, would be to assign publicity to the decision, in a way that the wording of such article would have been subject to constitutional change. Therefore, the following study covers the main aspects and procedural rules of the Brazilian constitutional control, in specific the diffuse control and the impact of its decisions on various instances including the doctrinal debate on the consequences of the application of the theory, in view of the tendency of judicial precedentes valorization contained in the valide procedure civil code

**Key-Word:** Constitucional Review; Difuse Control; Abstractiveness Theory; Federal Senate; Constitucional Mutation.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
<b>2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE .....</b>	<b>9</b>
2.1 Pressupostos do Controle de Constitucionalidade.....	9
2.2 Relação entre inconstitucionalidade e constitucionalidade .....	13
2.3 Formas de Controle .....	14
2.4 Modelos de Controle.....	16
2.5 Controle de Constitucionalidade Brasileiro na Constituição de 1988 .....	17
<b>3 CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE .....</b>	<b>20</b>
3.1 Conceito .....	20
3.2 Da arguição de Inconstitucionalidade e a Cláusula de reserva de plenário.....	21
3.3 Atuação do Supremo Tribunal Federal.....	26
3.4 Efeitos da decisão no controle difuso de constitucionalidade .....	30
3.5 Papel do Senado Federal.....	32
<b>4 ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE</b>	<b>38</b>
4.1 Mutação Constituição do art. 52, X da CFRB/88 .....	39
4.2 Aplicação na Jurisprudência .....	48
4.3 Novo entendimento do Supremo Tribunal Federal.....	54
4.4 Valorização dos Precedentes Judiciais .....	59
4.4.1 Repercussão Geral .....	61
<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>63</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>66</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O controle de constitucionalidade, como uma faceta da jurisdição constitucional, visa garantir a estabilidade e segurança do ordenamento jurídico através da defesa da supremacia da Constituição. O modelo de controle de constitucionalidade brasileiro conjuga as técnicas de controle difuso e concentrado, oriundas, respectivamente, do modelo estadunidense e austríaco. Tal excelência permite que todos os órgãos do Poder Judiciário exerçam o poder fiscalizatório da validade das leis e atos normativos.

Destarte, o presente trabalho, após tecer uma breve explicação sobre o instituto do controle de constitucionalidade, com ênfase no modelo Brasileiro, seus pressupostos de existência, características e classificações, foca no controle repressivo judicial difuso ou concreto, sendo este o que permite a análise da constitucionalidade das leis e atos normativos por qualquer órgão do Poder Judiciário e em qualquer instância, no bojo de um caso concreto onde a aludida inconstitucionalidade for suscitada por alguma das partes.

Neste controle, o efeito da decisão ficará restrita aos litigantes do processo, assim a norma continuará válida e produzindo seus efeitos perante terceiros, uma vez não foi retirada do ordenamento jurídico, tendo apenas fulminado a relação jurídica construída com base nessa lei, agora, declarada inconstitucional.

Á vista disso, quanto ao efeito *inter partes* da decisão proferida no âmbito do controle difuso, há a possibilidade de ampliação do mesmo quando esta for pronunciada pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, o órgão máximo, teria que seguir a regra prevista no art. 52, X da Constituição Federal de 1988, comunicando o Senado Federal da sua decisão definitiva acerca da inconstitucionalidade para que este, querendo, exerça sua competência privativa de editar uma resolução suspendendo, em âmbito nacional, a execução da referida lei.

Assim, o poder judiciário e o legislativo atuam em conjunto na execução do controle de constitucionalidade, onde o Senado Federal participaria para conceder efeito *erga omnes* à decisão proferida pelo órgão jurisdicional sendo esta, uma atuação discricionária, em respeito a separação dos poderes presente no Estado Democrático de Direito Brasileiro.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal, de forma não pacificada, vem atribuindo efeito *erga omnes*, independentemente da edição de resolução suspensiva pelo Senado. Tal atitude, chamada de Teoria da Abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, foi discutida no julgamento da reclamação 4335 do Acre sendo defendida pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros grau. Os mesmos afirmam que tal artigo teria sofrido mutação constitucional, aonde a participação do Senado Federal seria apenas para conferir publicidade à decisão, considerando



que o efeito *erga omnes* é concedido tão somente pelo fato da decisão ter sido proferida pela Suprema Corte, dada as mudanças do contexto social e normativo que a Constituição de 1988 se insere, em especial com a valorização do modelo de controle concentrado e dos precedentes judiciais.

Embora apresentada neste julgamento, somente três anos depois, tal teoria foi novamente discutida e aplicada de maneira incidental no julgamento de duas ações diretas de inconstitucionalidade. Porém tal teoria sofre objeções doutrinárias quanto ao fato de se tornar uma realidade no cenário jurídico brasileiro, considerando as consequências da aproximação das duas técnicas de controle de constitucionalidade, quais sejam, concentrado e difuso.

A partir dessas considerações, o objetivo do presente trabalho é explorar se a Teoria da Abstrativização se tornou uma realidade para a suprema corte, por meio da mutação do referido comando constitucional, explorando os aludidos benefícios e prejuízos que tal disposição trará ao controle de constitucionalidade brasileiro, através da análise dos julgamentos mencionados, tendo em vista a valorização dos precedentes judiciais com o advento do Novo Código de Processo Civil de 2015.

## 2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

### 2.1 Pressupostos do Controle de Constitucionalidade

Para a análise do controle de constitucionalidade é necessário, de início, entender quais institutos atuam como pressupostos para a existência de tal controle. Assim, imperioso mencionar o princípio da Supremacia Constitucional, a existência de uma constituição rígida, bem como escrita e, por fim, a presença de um órgão controlador. Nas palavras de Alexandre de Moraes “a ideia de controle de constitucionalidade está ligada à Supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico e, também, à de rigidez constitucional e proteção dos direitos fundamentais.”<sup>1</sup>

O pressuposto da supremacia constitucional revela o grau de superioridade das normas constitucionais no ordenamento jurídico<sup>2</sup>, por conseguinte deduz que haja um escalonamento entre as normas jurídicas, onde a Constituição ocupa seu maior nível hierárquico e será o parâmetro para a edição de todas as demais leis internas daquele País. Dessa forma, nenhuma lei ou ato normativo poderá subsistir se estiver em desconformidade com a Constituição. Uadi Lammêgo Bulos acentua sobre o tema em sua obra:

A ideia do princípio da supremacia constitucional advém da constatação de que a constituição é soberana dentro do ordenamento. Por isso, todas as demais leis e atos normativos a ela devem se adequar-se. É que o ordenamento se compõe de normas jurídicas situadas em planos distintos formando em escalonamento de diferentes níveis. E, no nível mais elevado do Direito Positivo está a constituição, que é o parâmetro, a lei fundamental do Estado, a rainha de todas as leis e atos normativos (*Lex Legum*) (lei das leis). Consequência disso: sendo a constituição a lei máxima, a lei das leis, o fundamento último de validade de toda e qualquer disposição normativa, não se admitem transgressões à sua magnitude.<sup>3</sup>

Tal princípio, ao lado de outros como a presunção da constitucionalidade das leis, interpretação conforme a constituição, unidade da constituição, razoabilidade, proporcionalidade e efetividade, possuem natureza instrumental, ou seja, são princípios específicos de interpretação constitucional, os quais ordenam a atividade interpretativa, a aplicação da constituição e o contraste entre normas infraconstitucionais e constitucionais.

---

<sup>1</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 35ª Ed, São Paulo, Grupo GEN, 2019, pg. 763

<sup>2</sup> V. José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 2015, p. 47: “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 jurídicas.”

<sup>3</sup> BULOS, Lammêgo, U. **Curso de direito Constitucional**, 11ª Ed, São Paulo, Saraiva, 2018, pg.128

Na prática brasileira, no momento de entrada de uma nova carta magna, todas as normas anteriores com ela contrastantes ficam revogadas e a normas editadas posteriormente à sua vigência, se contravierem os seus termos, devem ser declaradas nulas<sup>4</sup>, através do mecanismo do controle de constitucionalidade.

A título de elucidação, a supremacia constitucional pode ser analisada sob dois aspectos. A supremacia formal, que se apoia na rigidez constitucional, ou seja, no processo mais elaborado e difícil de alteração do texto constitucional em relação todas as demais as leis, sendo, inclusive, considerado um pressuposto de existência para o controle de constitucionalidade. Nessa perspectiva é de Uadi Lammêgo Bulos a afirmação: “(...) é da essência da rigidez a supremacia formal das constituições. Do contrário, seria impossível distinguir as leis comuns das leis constitucionais.”<sup>5</sup>. E a supremacia material ou substancial, sendo a que decorre de uma consciência constitucional, a qual origina uma imposição de acatamento, por parte do poder público e particulares, às condutas previstas no texto maior.

Á vista disso, relevante citar a relação da supremacia e da força normativa da constituição. Tal princípio é considerado a energia vital que confere eficácia social à uma determinada constituição. Assim como o princípio da supremacia, a força normativa é um vetor implícito no texto constitucional e se relacionam na medida que é, através desta força, que as normas supremas do Estado se concretizam e regulam as relações sociais, políticas e econômicas, de acordo com a já mencionada consciência constitucional, considerada a particularidade da supremacia material.<sup>6</sup>

Nessa acepção, é razoável admitir a inevitabilidade de se instituir meios de garantir a defesa desta supremacia. Esta será realizada, majoritariamente, através de um dos aspectos da jurisdição constitucional, o controle de constitucionalidade e, neste ponto, vale frisar os ensinamentos de Luis Roberto Barroso:

As locuções jurisdição constitucional e controle de constitucionalidade não são sinônimas, embora sejam frequentemente utilizadas de maneira intercambiável. Trata-se, na verdade, de uma relação entre gênero e espécie. Jurisdição constitucional designa a aplicação da Constituição por Juízes e tribunais. Essa aplicação poderá ser direta, quando a norma constitucional discipline, ela própria, determinada situação da vida. Ou indireta, quando a Constituição sirva de referência para atribuição de sentido a uma norma infraconstitucional ou de parâmetro para sua validade. Neste último caso estar-se-á diante do controle de constitucionalidade, que é, portanto, uma das formas do exercício da jurisdição constitucional.<sup>7</sup>

---

<sup>4</sup> BARROSO. Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**, 7º Ed, São Paulo, Saraiva, 2008 pg. 165.

<sup>5</sup> BULOS, Lammêgo, U. **Curso de direito Constitucional**, 11ª Ed, São Paulo, Saraiva, 2018, pg.131

<sup>6</sup> Ibidem, pg.133

<sup>7</sup> BARROSO. Luis Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro** 8ªed. São Paulo, Saraiva, 2019, pag. 25

Sobre o controle de constitucionalidade como mecanismo de defesa, Uadi Lammêgo Bulos acrescenta:

O pré requisito para a existência do controle de constitucionalidade é a necessidade de preservar a supremacia material e formal, das constituições. É o escalonamento normativo que irá situar a posição hierarquia dos atos jurídicos, funcionando como parâmetro de fiscalização. (supremacia formal).<sup>8</sup>

E continua:

A constituição, mesmo dotada de supremacia, não está imune a abusos e violações, tanto por parte do legislador ordinário como das autoridades públicas em geral. É exatamente aí que reside a razão de ser do controle de constitucionalidade: proteger a cara magna. Não basta as normas constitucionais serem hierárquica e formalmente superiores às leis em geral. É necessário um instrumento para ser acionado nos casos de violação à ordem supremo do Estado. Esse instrumento é o controle de constitucionalidade.<sup>9</sup>

Além disso, dada sua magnitude, tal princípio possui seus reflexos na ordem jurídica, os quais Uadi Lammêgo Bulos ensina que são sentidos pela observância de diversos princípios contidos no ordenamento e mencionados no decorrer deste tópico, sendo eles a necessidade de adequação e simetria de todos e quaisquer atos, inclusive os privados com a constituição, dado que é a lei máxima do Estado; O princípio da hierarquia reforça a ideia de que os atos públicos e privados submetem-se à gradação do ordenamento jurídico em suas diversas camadas, onde no topo, conforme mencionado, está o texto maior. Ademais, o princípio da força normativa da constituição bem como da rigidez constitucional e a da defesa da constituição, consoante ao citado, atuam ao lado do princípio da razoabilidade, o qual por sua vez determina que os atos públicos e privados devem ser praticados com base nos fins instituídos na constituição, priorizando a lógica, justiça e prudência.

Nesse íterim, conexo a estrutura principiológica da supremacia, se faz a rigidez constitucional<sup>10</sup>. Tal pressuposto se perfaz no grau maior de dificuldade da reforma do texto constitucional em comparação as demais normas de níveis hierarquicamente inferiores

---

<sup>8</sup> BULOS, Lammêgo, U. **Curso de direito Constitucional**, 11ª Ed. São Paulo, Saraiva, 2018, pg.187

<sup>9</sup> Idem.

<sup>10</sup> V. José Afonso da Silva, **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 2015, p. 44: “A estabilidade das constituições não deve ser absoluta, não pode significar imutabilidade. Não há constituição imutável diante da realidade social cambiante, pois não é ela apenas um instrumento de ordem, mas deverá sê-lo, também, de progresso social. Deve-se assegurar certa estabilidade constitucional, certa permanência e durabilidade das instituições, mas sem prejuízo da constante, tanto quanto possível, perfeita adaptação das constituições às exigências do progresso, da evolução e do bem-estar social”

garantindo assim, a estabilidade constitucional. José Afonso da Silva é claro ao afirmar que da rigidez emana, como primordial consequência, o princípio da supremacia da constituição.<sup>11</sup>

Assim, para que a Constituição possa atuar como parâmetro de validade de outros atos normativos, a norma constitucional precisa ter um processo de elaboração mais complexo do que aquele que constituiu as demais normas. Caso contrário, se as leis infraconstitucionais fossem criadas da mesma maneira que as normas constitucionais, em caso de incompatibilidade, ocorreria a revogação do ato e não a inconstitucionalidade. Simão Calil pontua que se não há controle das normas constitucionais, não há rigidez, porque sua alteração se dará de qualquer forma. O doutrinador conclui que:

A relação entre controle de constitucionalidade a constituição rígida é de grau elevado na medida em que no Estado onde inexistir o controle, a constituição será flexível, por mais que se denomine rígida, pois o poder constituinte ilimitado estará nas mãos do legislador ordinário.<sup>12</sup>

Complementando o pressuposto da rigidez, a constituição deverá ser escrita, ou seja, contida em um documento solene, para assim ser portadora de clareza e exatidão, figuras importantes para uma Estado Democrático de Direito.

No que pese afirmar que nem toda constituição escrita é rígida, toda constituição rígida será escrita.<sup>13</sup> André Ramos Tavares assevera que constituições escritas permitem que sejam impostos procedimentos mais específicos do que àqueles próprios das demais leis, especialmente quanto às normas sobre modificação constitucional.<sup>14</sup>

Por fim, há a necessidade da existência de um órgão controlador, que será considerado guardião da Constituição, exercendo, portanto, o controle de constitucionalidade, o qual assegura os preceitos constitucionais.

Cada ordenamento constitucional é livre para outorgar a competência ao órgão que entenda ser conveniente. Assim, a depender da escolha do legislador, poderá ter os denominados sistemas de controle judicial, controle político ou controle misto de constitucionalidade.

No caso brasileiro, adota-se o sistema misto, tendo o constituinte originário, contudo, estabelecido que cabe ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da constituição.<sup>15</sup>

---

<sup>11</sup> AFONSO SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38º Ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2015. Pg. 47

<sup>12</sup> SIMÃO, Calil. **Elementos do Sistema de controle de constitucionalidade**, 3º Ed. São Paulo, Saraiva, 2014 Pg. 110

<sup>13</sup> Ibidem, pg. 99

<sup>14</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**, 17º Ed. São Paulo, Saraiva, 2018, pg. 174

<sup>15</sup> Prevê o art. 102 da CRFB/88: Art. 102 – Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição (...).”

## 2.2 Relação entre inconstitucionalidade e constitucionalidade

Passado a análise dos pressupostos para a existência de um controle de constitucionalidade, se faz necessário a análise da inconstitucionalidade, *per si*. A mesma é considerada um fenômeno atrelado à estrutura hierárquica do sistema jurídico e verificado na relação entre a Lei Maior e as demais leis existentes no ordenamento. Assim, a inconstitucionalidade legislativa pode ser definida como a relação que se estabelece, entre uma Constituição vigente e uma lei, editada sob sua vigência, que lhe é hierarquicamente inferior, cujos termos, contudo, são incompatíveis, formal ou materialmente.<sup>16</sup>

Tal violação surtirá efeitos (sanção) que serão regulados pelo próprio sistema e é na inconstitucionalidade como sanção, onde serão analisados os mecanismos aptos a eliminar tal perturbação no ordenamento jurídico, tal como o controle de constitucionalidade.

Nesse mesmo raciocínio, a inconstitucionalidade e constitucionalidade perfazem um conceito de relação de desconformidade e conformidade. Assim, a desconformidade se insere no comportamento inconstitucional da norma, em relação aos ditames da Constituição vigente, esse comportamento é considerado um vício incidente no plano de validade das normas.

Desta forma, uma lei que contrarie a Constituição, seja por qualquer vício, no que pese ser existente, ou seja, ter ingressado no mundo jurídico, terá sobre si a pena da nulidade, sendo considerada inválida por desconformidade aos requisitos estabelecidos no Texto Maior, tal fato, conseqüentemente afetará o próximo plano, da eficácia e, desse modo, a norma não terá aplicabilidade.

Em suma, inconstitucionalidade é toda manifestação que ofende, no todo ou em parte, a Constituição e por isso devem ser fulminados do ordenamento jurídico.<sup>17</sup>

Com efeito, se a Constituição representa o fundamento de validade de toda e qualquer manifestação dos órgãos constituídos do Estado, o desrespeito aos seus termos implica nulidade do ato ou conduta destoantes de seus comandos<sup>18</sup>. Assim o ato inconstitucional é ato nulo de pleno direito e no que pese preencher o plano da existência, os efeitos de tal declaração serão retroativos. Luis Roberto Barroso elucida:

Corolário natural a teoria da nulidade é que a decisão que reconhece a inconstitucionalidade tem caráter declaratório – e não constitutivo –, limitando-se a

---

<sup>16</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**, 17º Ed. São Paulo, Saraiva, 2018, pg. 314

<sup>17</sup> PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional esquematizado**. 14 Ed. São Paulo, Grupo Gen. 2015, Pg.777

<sup>18</sup> *Ibidem*, pg. 778

reconhecer uma situação preexistente. Como consequência, seus efeitos se produzem retroativamente, colhendo a lei desde o momento de sua entrada no mundo jurídico.<sup>19</sup>

Pode-se dizer, portanto, que a lei inconstitucional nasce morta. E disso resulta que nunca foi válida e nem apta a produzir efeitos, devendo as partes, em regra, retornarem ao *status quo*

No Brasil, a teoria da nulidade foi amplamente acolhida desde o início da República. É de Ruy Barbosa a afirmação: “toda medida legislativa, ou executiva, que desrespeitar precedentes constitucionais, é, de sua essência, nula.”<sup>20</sup>

Tal entendimento prevalece até os dias de hoje, porém não mais de forma absoluta, tendo em vista a possibilidade de modulação dos efeitos temporais, em nome da segurança jurídica ou/e excepcional interesse público.

### 2.3 Formas de Controle

O controle de constitucionalidade sofre várias classificações, sob determinados critérios. A doutrina contemporânea à Constituição de 1988, divide as formas de controle quanto a natureza do órgão de controle e quanto ao momento de controle.

Quanto a natureza do órgão de controle, segundo apontado no presente trabalho, é de escolha do legislador constituinte, o qual poderá definir se o órgão encarregado do poder fiscalizatório de validade das leis será político, judicial ou até mesmo ambos.

A expressão, controle político, sugere o exercício da fiscalização de constitucionalidade por órgão dessa natureza, assim está comumente associado ao Poder legislativo e Executivo, ou até mesmo, à um órgão especial criado exclusivamente para este fim, instituto oriundo da França.<sup>21</sup> Por seu turno, controle judicial, logicamente, é desempenhado pelos órgãos do Poder Judiciário como um todo.

Ademais, poderá a Constituição outorgar a competência fiscalizatória à órgãos políticos e judiciais, consubstanciando no denominado sistema misto, adotado pelo Brasil. Todavia, no ordenamento jurídico brasileiro, o controle será exercido majoritariamente pelo Poder Judiciário, ficando o Poder Legislativo e Executivo com um campo de atuação menor e principalmente no âmbito do controle preventivo

<sup>19</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 8ªed. São Paulo, Saraiva, 2019, pag. 38

<sup>20</sup> Ibidem p. 40. Apud. Ruy Barbosa. **Os actos inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a justiça federal**, 1893, p. 47

<sup>21</sup> V. BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 8ªed. São Paulo, Saraiva, 2019, pag. 64

Quanto ao momento de realização do controle, encontra-se o controle preventivo e repressivo, sendo este pautado no ingresso ou não da lei ou ato normativo no ordenamento jurídico. Assim, o preventivo é aquele cuja intenção é impedir que tal norma, evitada de inconstitucionalidade, ingresse no mundo jurídico. Por outro lado, o repressivo atua no momento em que a norma já adentrou neste, sendo necessário, então, a sua expurgação.

Nota-se que, o Brasil, por ser adotante de um sistema misto, ou seja, órgãos políticos e judiciais possuem competência para o exercício do controle de constitucionalidade, os três poderes poderão atuar no âmbito preventivo e repressivo, contudo, cada um terá uma carga de participação diferente em cada controle.

Á visto disso, o controle preventivo, conforme explanado, é realizado majoritariamente pelo Poder Legislativo, através do processo legislativo, mais especificamente na atuação das Comissões de Constituição e Justiça, as quais tem caráter permanente<sup>22</sup>. E pelo poder executivo, alicerçado no veto jurídico<sup>23</sup>, tudo nos termos e limites estabelecidos pela Constituição de 1988. Isto posto, percebe-se que ambos os citados poderes, no exercício fiscalizatório da validade das leis, atuam dentro de sua função típica.

A título de preciosismo, o poder judiciário também poderá participar do controle de constitucionalidade preventivo, porém de forma restrita, atuando somente na hipótese de parlamentar impetrar mandado de segurança alegando inconstitucionalidade formal, ou seja, a inobservância do processo legislativo constitucional, o qual reflete em vícios de iniciativa, quórum de aprovação, ou, até mesmo, a deliberação cujo teor tende a abolir qualquer um dos institutos previstos no art. 60, §4º da Constituição.<sup>24</sup>

Por fim, no controle repressivo, o Poder Judiciário ganha posição de destaque, através da utilização dos modelos de controle difuso e concentrado. Vale frisar, contudo, que conforme explanado, o Poder Legislativo e Executivo, embora de forma mínima, também atuam nesta forma de controle, seja pela sustação dos atos do executivo que exorbitem os limites da

---

<sup>22</sup> Nos termos do art. 58, §2º, inciso I da CRFB/88 – Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação. §2º Às comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe: I- discutir e votar projeto de lei que dispensar, na forma do regimento, a competência do Plenário, salvo se houver recurso de um décimo dos membros da Casa;

<sup>23</sup> Nos termos do art. 66, §º da CFRB/88 - Art. 66. A casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. §1º Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.

<sup>24</sup> Nos termos do art. 60, §4º da CRFB/88 – Art. 60, §4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I- forma federativa de Estado; II- o voto direto, secreto, universal e periódico; III- a separação dos Poderes; IV- os direitos e garantias individuais.



delegação legislativa ou do poder regulamentar ou pela rejeição de medida provisória considerada inconstitucional<sup>25</sup>, seja pela recusa, motivada e pública, de cumprimento de determinada lei, por parte do Chefe do Executivo, sendo necessário, portanto, o ajuizamento de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade para impugnar o ato combatido.

Verifica-se então, a diversidade de possibilidades, presentes no ordenamento jurídico brasileiro, dado o sistema misto adotado, aonde a fiscalização preventiva e repressiva, coexistem nos três poderes em harmonia, o que reforça a segurança e precisão do modelo de controle de constitucionalidade brasileiro.

## 2.4 Modelos de Controle

Nesse diapasão, os ordenamentos jurídicos constitucionais preveem dois modelos distintos de controle repressivo judicial, denominados difuso e concreto, de origem norte-americana, e concentrado e abstrato, de origem austríaca.

A importância do estudo desses modelos consiste no fato de que o controle de constitucionalidade empregado no ordenamento jurídico nacional ostenta características do modelo europeu e do modelo estadunidense, motivo pelo qual é chamado de modelo misto ou híbrido.

O modelo concentrado ou abstrato teve sua origem na Áustria, em 1920, sob influência do jurista Hans Kelsen. Para Kelsen a fiscalização da validade das leis representava tarefa autônoma, que não deveria ser conferida a todos os membros do Poder Judiciário, mas somente a uma Corte Constitucional que deveria desempenhar com exclusividade tal função.<sup>26</sup>

Assim, o exercício do controle de constitucionalidade fica concentrado a um único órgão do Poder Judiciário, cuja função precípua será a anulação genérica (abstrata) de lei incompatível com as normas constitucionais, restando nítido, portanto, o caráter objetivo deste modelo de controle repressivo judicial.

---

<sup>25</sup> Nos termos do art. 49, V da CRFB/88 – Art. 49. É de competência exclusiva do Congresso Nacional; V- sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa. Nos termos do art. 62 caput, §5º da CRFB/88 – Art. 62– Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República, poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional; §5º A deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais

<sup>26</sup> PAULO, Vicente, ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 14 ed. São Paulo, Grupo GEN, 2015, pg. 792

Uma vez que a declaração de inconstitucionalidade é feita em tese, o que se busca não é garantia de direitos subjetivos liberando alguém do cumprimento de uma lei inconstitucional, mas sim extirpar do sistema jurídico a lei ou ato inconstitucional.<sup>27</sup>

No Brasil, tal controle abstrato é de competência originária do Supremo Tribunal Federal, quando o parâmetro for a constituição federal e de competência do Tribunal de Justiça Estadual, quando o parâmetro for a constituição estadual.

O exercício é feito por meio de ações especiais, denominadas ações diretas de inconstitucionalidade.<sup>28</sup> Conforme mencionado, como o órgão encarregado estará exercendo o controle em face de uma norma em tese, ou seja, de maneira abstrata não se preocupará em saber sobre quem ou sobre o que a norma irá incidir, desta forma, os efeitos da decisão vincularão a todos, melhor dizendo, terão efeitos *erga omnes*, vinculantes e *ex tunc*.

Por outro lado, o modelo difuso ou concreto, oriundo dos Estados Unidos, traz a ideia de que o poder fiscalizatório é outorgado para todos os órgãos do Poder Judiciário. Vale dizer que todo e qualquer juiz ou tribunal poderá declarar a inconstitucionalidade da norma, sob o âmbito de análise de um caso concreto.

Portanto, diferentemente do concentrado, o processo aqui se traduz subjetivo, ficando restrito a análise da lei perante um caso concreto e os efeitos da declaração com eficácia *inter partes*. O presente estudo foca neste tipo de controle repressivo judicial, o qual será aprofundado mais adiante.

## 2.5 Controle de Constitucionalidade Brasileiro na Constituição de 1988

Controlar a constitucionalidade significa verificar a compatibilidade de uma lei ou ato normativo com a constituição, analisando seus requisitos formais e materiais.<sup>29</sup> Uadi Lammêgo Bulos afirma que: “Enquanto a inconstitucionalidade é a doença que contamina o comportamento desconforme à constituição o controle é o remédio que visa estabelecer o estado de higidez constitucional.”<sup>30</sup>

---

<sup>27</sup> PAULO, Vicente, ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 14 ed. São Paulo, Grupo Gen, 2015, pg. 836

<sup>28</sup> Prevê o art. 102, I alínea A da CRFB/88: Art. 102 - Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar originariamente a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal

<sup>29</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 35º Ed, São Paulo, Grupo GEN, 2019, pg. 475

<sup>30</sup> BULOS, Lammêgo, U. **Curso de direito Constitucional**, 11ª Ed, São Paulo, Saraiva, 2018, pg.187

No Brasil, o bloco de constitucionalidade que pode ser entendido como conjunto de regras, princípios, valores constitucionais, dispositivos do ADCT, emendas constitucionais, tratados internacionais com status constitucional, serve como parâmetro para o controle de constitucionalidade, restando nítido a função orientativa da hierarquia normativa brasileira.

Vale frisar que, o Supremo Tribunal Federal demarcou que o parâmetro deve ser das normas constitucionais vigentes, contemporâneas ao bloco de constitucionalidade da Constituição de 1988.<sup>31</sup>

Ademais, um dos fundamentos do controle de constitucionalidade é a proteção dos direitos fundamentais, os quais foram alcançados após anos de elaboração e evolução por parte do poder constituinte originário e que devem ser preservados das ingerências estritamente políticas que ferem o instituto democrático.

Logo, não só assegura direitos, como também é instrumento limitador dos poderes do Estado, o que concretiza o processo democrático no País. Alexandre de Moraes esclarece:

O controle de constitucionalidade configura-se, portanto, como garantia de supremacia dos direitos fundamentais previstos na constituição que, além de configurarem limites ao poder do Estado, são também uma parte da legitimação do próprio Estado, determinando seus deveres e tornando possível o processo democrático em um Estado de Direito.<sup>32</sup>

A constituição de 1988 amplia significativamente os mecanismos de proteção judicial, e assim também, o controle de constitucionalidade.<sup>33</sup>

Da análise do cenário constitucional Brasileiro, Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino elucidam que, inicialmente, fora adotado o controle judicial difuso, o qual fora evoluindo, aos poucos, para um sistema misto que combina o modelo difuso, por via incidental, com o critério concentrado, por via de ação direta.<sup>34</sup>

Assim, pode-se afirmar que a Carta de Outubro manteve o controle difuso, conferindo a todos os órgãos do Poder Judiciário competência para, diante de um caso concreto, reconhecer a inconstitucionalidade das leis, como também manteve controle abstrato, pelo qual é possível, mediante ação direta, resolver uma controvérsia constitucional, de forma genérica, sendo este, inclusive, enfatizado no novo texto constitucional.

---

<sup>31</sup> BULOS, Lammêgo, U. **Curso de direito Constitucional**, 11ª Ed, São Paulo, Saraiva, 2018, pg.188

<sup>32</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 35º Ed, São Paulo, Grupo GEN, 2019, pg. 764

<sup>33</sup> GONET, M.G.F.B. P. Série IDP - Linha Doutrina - **Curso de direito constitucional**. 15º. Ed. São Paulo, 2020. Pg. 1267.

<sup>34</sup> PAULO, Vicente, ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 14 ed. São Paulo, Grupo GEN, 2015, pg. 799

Portanto, é possível apontar que a Constituição Federal de 1988 trouxe alterações, sobretudo sobre a fiscalização abstrata, verificadas pela criação de novas ações distintas na via direta, a possibilidade de concessão de efeitos pro futuro, ou seja, resguardar os efeitos já produzidos pela lei entre o início de sua vigência até a data que entender ser conveniente para seu encerramento, dado o reconhecimento de excepcional interesse público ou necessidade de segurança jurídica<sup>35</sup> e a ampliação do rol dos legitimados à proposituras de ações diretas de inconstitucionalidade, contido nos incisos do artigo 103 do Texto Maior<sup>36</sup>. Os doutrinadores, então, concluem sobre o tema:

“Essa ampla legitimação – aliada à maior celeridade do modelo abstrato, dotado inclusive da possibilidade de suspensão imediata da eficácia do ato normativo impugnado, mediante pedido de cautelar – faz com que praticamente todas as relevantes questões constitucionais atuais sejam solucionadas em ações diretas propostas perante o Supremo Tribunal Federal.”<sup>37</sup>

Por fim, há o advento da emenda Constitucional 45, publicada em dezembro de 2014, a qual trouxe importantes aperfeiçoamentos, tais como a criação da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal e a exigência do requisito da repercussão geral das questões constitucionais discutidas para a admissibilidade do recurso extraordinário.

Pode-se concluir, então, em vista das alterações realizadas pelo constituinte de 1988, que o controle difuso foi atenuado e o controle concentrado valorizado, havendo assim uma inversão do cenário vigente nas constituições passadas, na medida que o controle constitucionalidade das leis passou a ser exercido, de forma majoritária, pelo Supremo Tribunal Federal, através do modelo concentrado de controle de constitucionalidade.<sup>38</sup>

No que pese tal modelo, a presente monografia foca no controle repressivo judicial difuso, o qual será detalhado no capítulo a seguir.

---

<sup>35</sup> Prevê o art. 27 da lei 9.868/99 – Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

<sup>36</sup> Prevê o art. 103, I ao IX da CRFB/88: Art. 103 – Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade a ação declaratória de constitucionalidade: I- o Presidente da República; II- a Mesa do Senado Federal; III- a Mesa da Câmara dos Deputados; IV- a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V- o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI- o Procurador-Geral da República; VII- o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII- partido político com representação no Congresso Nacional; IX- confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

<sup>37</sup> PAULO, Vicente, ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 14 ed. Rio de Janeiro Forense, São Paulo Método, 2015, pg. 800

<sup>38</sup> BULOS, Lammêgo, U. **Curso de direito Constitucional**, 11ª Ed, São Paulo, Saraiva, 2018, pg.204

### 3 CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

#### 3.1 Conceito

O controle de constitucionalidade difuso, de origem norte-americana, consolidou-se no século XIX, com o famoso caso de *Willian Marbury versus James Madison*. De notório teor político, John Marshall, *Chief Justice*, da Suprema Corte estadunidense apresentou as bases do controle difuso, sendo elas:

Qualquer juiz pode averiguar a alegação de inconstitucionalidade, diante do caso concreto e a fiscalização da constitucionalidade é necessária quando, no curso de qualquer ação judicial, uma das partes pretende aplicar a lei, mas a outra defende-se dessa pretensão, alegando, no caso concreto, a inconstitucionalidade do referido diploma normativo.<sup>39</sup>

A partir de então, foi difundida para os mais diversos ordenamentos constitucionais a ideia de que os membros do Poder Judiciário, juízes e tribunais, só devem aplicar aos casos a eles submetidos as leis que considerem compatíveis com a Constituição.<sup>40</sup>

Vale mencionar que antes disso, a justiça do Estado de New Jersey já havia declarado que leis contrárias à constituição se reputavam nulas. Então, na realidade, a decisão de Marshall resultou do amadurecimento de séculos, no que tange o respeito incondicional às normas constitucionais.<sup>41</sup>

Este tipo de controle, também chamado de desconcentrado, subjetivo, aberto, concreto, descentralizado ou incidental, permite que todo e qualquer juiz ou tribunal possa declarar uma lei inconstitucional, desde que haja um caso concreto e essa inconstitucionalidade seja uma matéria incidental no processo.

Dessa forma, qualquer uma das partes, no curso de qualquer processo, pode suscitar o problema da inconstitucionalidade como questão prejudicial, cabendo ao juiz ou tribunal decidi-la, pois só assim a questão principal poderá ser resolvida. Não obstante esteja em sede de controle difuso, a análise do incidente de constitucionalidade é realizada de modo abstrato tendo em vista que é efetuada em cima da norma em si.

Acerca do tema, Alexandre de Moraes desenvolve:

O controle difuso caracteriza-se, principalmente, pelo fato de ser exercitável somente perante um caso concreto a ser decidido pelo Poder Judiciário. Assim, posto um litígio

---

<sup>39</sup> BULOS, Lammêgo, U. **Curso de direito Constitucional**, 11ª Ed, São Paulo, Saraiva, 2018, pg.195

<sup>40</sup> PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional esquematizado**. 14 Ed. São Paulo, Grupo GEN, 2015, Pg.791

<sup>41</sup> BULOS, Lammêgo, U. **Curso de direito Constitucional**, 11ª Ed, São Paulo, Saraiva, 2018, pg.193

em juízo, o Poder Judiciário deverá solucioná-lo e para tanto, incidentalmente, deverá analisar a constitucionalidade ou não da lei ou do ato normativo. A declaração de inconstitucionalidade é necessária para o deslinde do caso concreto, não sendo, pois, objeto principal da ação.<sup>42</sup>

Por sua vez, Pedro Lenza reverbera as características desse controle:

O controle difuso, repressivo ou posterior, é também chamado pela via de exceção ou defesa, ou de controle aberto, sendo realizado por qualquer juízo ou tribunal do Poder Judiciário. Quando dizemos qualquer juízo ou tribunal, devem ser observadas é claro, as regras de competência processual, a serem estudadas no processo civil. O controle difuso verifica-se em um caso concreto, e a declaração de inconstitucionalidade dá-se de forma incidental (*incidenter tantum*), prejudicialmente ao exame de mérito. Pedese algo ao juízo, fundamentando-se na inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, ou seja, a alegação de inconstitucionalidade será a *causa de pedir processual*”<sup>43</sup>

No que tange a iniciativa, explica Luis Roberto Barroso:

A arguição incidental, originalmente, era reconhecida como argumento de defesa deduzido pelo réu, por isso também é denominada controle por “via de defesa” ou por “via de exceção”. Contudo, atualmente não existem maiores restrições quanto à legitimidade para sua propositura, podendo ser suscitada pelo Juiz de ofício, Ministério Público, terceiros intervenientes, autor, réu e assim por diante.<sup>44</sup>

Ante ao exposto, compreende-se que o objetivo da parte em suscitar a inconstitucionalidade da lei, de maneira incidental, é de se esquivar da obrigação alegando que o fundamento da mesma recai sobre lei ou ato normativo incompatível com o texto Maior

Vale mencionar, que a lei ou ato normativo atacado não é retirado do ordenamento jurídico, permanecendo válido e produzindo seus efeitos perante terceiros, tendo em vista os efeitos *inter partes* da decisão proferida nessa modalidade de controle, assunto que será aprofundado mais adiante.

### 3.2 Da arguição de Inconstitucionalidade e a Cláusula de reserva de plenário

Conforme explicado no item anterior, qualquer juiz ou tribunal poderá declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, visto que se trata de uma atribuição inerente à função jurisdicional.

No primeiro grau, o juiz singular exercerá o controle repressivo incidental, a partir do momento em que, reconhecendo a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, irá deixar de

<sup>42</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 35º Ed, São Paulo, Grupo GEN, 2019, pg. 475

<sup>43</sup> LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2020, pag. 295

<sup>44</sup> PADILHA, Rodrigo, **Direito Constitucional**, 6º ed. São Paulo. Grupo GEN, 2019, pg. 166

aplicá-la ao caso concreto em análise, devendo apenas motivar sua decisão, por força do art. 93 IX da CRFB/88<sup>45</sup>.

Alexandre de Moraes define o conceito da arguição de inconstitucionalidade:

A arguição de inconstitucionalidade, hipótese de controle de constitucionalidade incidental, não é propriamente uma ação, e, sim, um incidente processual que será arguido perante qualquer juízo, instância ou Tribunal e atuará como prejudicial de mérito obrigando o magistrado a analisar a questão constitucional incidente para, só então, alcançar o mérito. Como o incidente não faz parte o pleito principal; seu objetivo é usar a inconstitucionalidade como meio para proteger direitos subjetivos, atuando como questão prejudicial de mérito.<sup>46</sup>

Assim como os juízes singulares, os tribunais também poderão exercer tal controle em seus processos, ocorre que, para eles, aplica-se a regra chamada de cláusula de reserva de plenário (*full bench* ou *full court*), ou seja, os Tribunais só poderão declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo pelo voto da maioria absoluta dos membros do seu respectivo órgão de cúpula, conhecidos como órgão especial ou plenário.<sup>47</sup>

Flávio Martins e Júnior Nunes, esclarecem:

A intenção do mencionado artigo da Constituição é evitar que qualquer órgão fracionário de um Tribunal (câmara ou turma), bem como julgador, isoladamente declare a lei inconstitucional. Trata-se de uma cláusula de garantia, de proteção do princípio da presunção de constitucionalidade das leis.<sup>48</sup>

Além de garantir o princípio da presunção de constitucionalidade das leis, visto que tais órgãos são revestidos de tanto, trata-se de verdadeira regra procedimental, prevista na legislação constitucional, vejamos:

Art. 97 Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.<sup>49</sup>

Por sua vez, o Código de Processo Civil de 2015 disciplina o procedimento de aplicação da cláusula de reserva de plenário, em seus artigos 948 e 949, observa-se:

<sup>45</sup> Prevê o art. 93 da CRFB/88: -IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

<sup>46</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 35º Ed, São Paulo, Grupo GEN, 2019, pg. 163

<sup>47</sup> Nos termos do art. 93, XI da CRFB/88: art. 93, XI - nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por antiguidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno.

<sup>48</sup> Nunes, J.F.M. A. **Curso de direito constitucional**. 4 ed. São Paulo, Saraiva, 2020. Pg. 495

<sup>49</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)

Art. 948. Arguida, em controle difuso, a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, após ouvir o Ministério Público e as partes, submeterá a questão à turma ou à câmara à qual competir o conhecimento do processo.

Art. 949. Se a arguição for:

I - rejeitada, prosseguirá o julgamento;

II - acolhida, a questão será submetida ao plenário do tribunal ou ao seu órgão especial, onde houver.<sup>50</sup>

Dessa forma, os órgãos fracionários (turmas e câmaras) do tribunal deverão suspender o processo e submeter a arguição de inconstitucionalidade suscitada para o plenário ou órgão especial. Estes, por sua vez, por um quórum de maioria absoluta, poderão declarar a norma ou ato normativo inconstitucional ou não.

Após o julgamento da questão incidental de inconstitucionalidade, o órgão fracionário, vinculado à decisão, seja em que sentido for, julgará a questão principal de mérito, que se encontrava suspensa até a decisão final do incidente suscitado.

Vale mencionar que o Código de Processo Civil de 2015 trouxe em seu último artigo<sup>51</sup>, dentro do capítulo que disciplina o tema, a possibilidade de, antes da realização do julgamento do incidente, as Pessoas Jurídicas de Direito Público responsáveis pela edição do ato questionado, bem como os legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade, previstos no rol do art. 103 da CRFB/88<sup>52</sup>, manifestarem-se no incidente de inconstitucionalidade se assim o requererem.

Ao final, existe a possibilidade do relator admitir a presença de *amicus curiae*, caso entenda necessário dado a complexidade da causa, todo esse procedimento deve ser tido como uma forma nítida de garantir os consagrados princípios democráticos da ampla defesa e contraditório nos processos judiciais.

Destarte, não só o órgão fracionário preventivo para julgar o caso concreto que ficará vinculado a decisão proferida pelo órgão de cúpula, como também os demais órgãos daquele

---

<sup>50</sup> Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)

<sup>51</sup> Prevê o art. 950, §§1º ao 3º do CPC/15: Art. 950. Remetida cópia do acórdão a todos os juízes, o presidente do tribunal designará a sessão de julgamento. § 1º As pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade se assim o requererem, observados os prazos e as condições previstos no regimento interno do tribunal. § 2º A parte legitimada à propositura das ações previstas no art. 103 da Constituição Federal poderá manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação, no prazo previsto pelo regimento interno, sendo-lhe assegurado o direito de apresentar memoriais ou de requerer a juntada de documentos. § 3º Considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, o relator poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

<sup>52</sup> Prevê o art. 103 da CRFB/88: art. 103 - Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.



tribunal, vale dizer que a vinculação da decisão se irradia por todo a jurisdição do Tribunal em que tiver sido proferida a decisão, gerando um verdadeiro precedente obrigatório. Assim elabora Uadi Lammego Bulos:

Os efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade de atos estaduais, distritais e municipais prolatadas pelos Tribunais de Justiça, restringem-se ao território dos Estados-Membros e Distrito Federal e os efeitos das decisões de inconstitucionalidade dos Tribunais Regionais Federais proferidas, no caso concreto, resumem-se às partes envolvidas na demanda, valendo, somente, no território submetido à sua jurisdição.<sup>53</sup>

A importância da cláusula de reserva de plenário, se dá pelo fato de ser considerada como verdadeira condição de eficácia jurídica da declaração de inconstitucionalidade dos atos do Poder Público<sup>54</sup>, sua inobservância acarreta nulidade absoluta da decisão judicial.

Cumprido destacar que a suprema corte possui a sua jurisprudência firme no sentido dessa competência ser destinada ao plenário ou órgão especial:

(...) nenhum órgão fracionário, de qualquer tribunal, dispõe de competência, no sistema jurídico brasileiro, para declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos emanados do Poder Público. Essa magna prerrogativa jurisdicional foi atribuída em grau de absoluta exclusividade, ao Plenário dos Tribunais ou, onde houver, ao respectivo Órgão Especial<sup>55</sup>

Nesse assunto, há de se mencionar o teor da súmula vinculante nº 10<sup>56</sup> que reafirma a sua magnitude, ao instituir que a decisão de órgão fracionário que não declara a inconstitucionalidade da lei, mas afasta sua incidência naquele caso concreto, viola referida cláusula.

Assim, toda e qualquer questão suscitada sobre inconstitucionalidade da letra da lei ou ato normativo com a sua consequente aplicação ou não ao caso concreto deve, obrigatoriamente, ser julgada perante o órgão de cúpula do tribunal.

No que pese sua dimensão, com o escopo de fornecer maior celeridade processual junto com uma maior valorização dos precedentes judiciais, conforme elucidado acima, o Código de Processo Civil de 2015, acrescentou o parágrafo único ao artigo 949 o qual dispensa a submissão da inconstitucionalidade para julgamento no órgão especial ou plenário, toda vez

---

<sup>53</sup> BULOS, Lammêgo, U. **Curso de direito Constitucional**, 11ª Ed, São Paulo, Saraiva, 2018, pg.388

<sup>54</sup> BITTENCOURT, Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. 2º Ed. Forense, 1968, P.43-46

<sup>55</sup> STF, RE 192.920/RS, Rel. Min. Celso de Mello, Data de Julgamento: 08/08/1995, DJE 01/09/1995, PP - 27366)

<sup>56</sup> Prevê a súmula vinculante 10/STF: “Viola cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>

que já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.<sup>57</sup>

Tal mitigação da cláusula de reserva de plenário, é conferida em outras situações, conforme Pedro Lenza elenca em sua renomada obra:

Se o tribunal mantiver a constitucionalidade do ato normativo, ou seja, não afastar sua presunção de validade (o art. 97 determina a observância do *full bench* para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público; nos casos de normas pré-constitucionais, porque a análise do direito editado no ordenamento jurídico anterior em relação à nova Constituição não se funda na teoria da inconstitucionalidade, mas, como já estudado, em sua recepção o revogação; quando o Tribunal utiliza a técnica da interpretação conforme a Constituição, pois não haverá declaração de inconstitucionalidade e nas hipóteses de decisão em sede de medida cautelar, já que não se trata de decisão definitiva<sup>58</sup>

Portanto, nota-se que a utilização da cláusula de reserva de plenário será usada tão somente para a declaração de inconstitucionalidade realizada pelos tribunais. Nessa continuidade, esclarece Alexandre de Moraes:

A cláusula de reserva de plenário não veda a possibilidade de o juiz monocrático declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, mas, sim, determina uma regra especial aos tribunais para garantir de maior segurança jurídica. Além disso, não se aplica para a declaração de constitucionalidade dos órgãos fracionários dos tribunais.<sup>59</sup>

Nesse deslinde, é acertado dizer que a decisão daquele caso concreto, em trâmite perante um Tribunal, onde há uma arguição de inconstitucionalidade, será dividida em duas etapas. Assim, Luis Roberto Barro elucida:

No controle incidenta realizado perante o tribunal, opera-se a cisão funcional da competência, pela qual o pleno (ou órgão especial) decide a questão constitucional e órgão fracionário julga o caso concreto, fundada na premissa estabelecida no julgamento da questão prejudicial. Da decisão do pleno ou do órgão especial não caberá recurso. A impugnação, inclusiva da decisão relativa à questão constitucional, deverá ser feita quando da interposição de recurso contra acórdão que vier a julgar o caso concreto, solucionado a lide.<sup>60</sup>

Nesse mesmo sentido, Rodrigo Padilha leciona:

Assim, segundo o art. 97, um órgão analisará o incidente (plenário ou órgão especial) e outro órgão analisará o mérito da ação, ou seja, o pedido (órgão fracionário – Câmara, Grupo ou Turma). Como no mesmo processo há dois órgãos distintos, mas com mesma hierarquia, competentes para analisar diferentes questões, o que ocorre

<sup>57</sup> Prevê o art. 949, parágrafo 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.

<sup>58</sup> LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 24 ed. São Paulo, Saraiva, 2020, pag. 298

<sup>59</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 35º ed. São Paulo, Grupo GEN, 2019, pag. 777

<sup>60</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 8ªed. São Paulo, Saraiva, 2019, pag. 142

em razão da competência funcional de cada um, o art. 97 gera a chamada cisão funcional de competência no plano horizontal.<sup>61</sup>

Pela existência de uma verdadeira cisão funcional de competência, no âmbito dos tribunais, a decisão que julga a inconstitucionalidade suscitada, proferida pelo órgão especial ou plenário, não comporta a interposição de recurso. Tal impedimento é consolidada na súmula Nº 513 do Supremo Tribunal Federal, notemos:

A decisão que enseja a interposição de recurso ordinário ou extraordinário não é do plenário, que resolve o incidente de inconstitucionalidade, mas a do órgão (Câmaras, Grupo ou turmas) que completa o julgamento do feito<sup>62</sup>

Assim, caso a parte queira, poderá desafiar o acórdão que completa o julgamento do feito, proferido pelo órgão fracionário, através da interposição de um Recurso Extraordinário, Ordinário ou Especial, conforme o caso.

### 3.3 Atuação do Supremo Tribunal Federal

Para o Supremo Tribunal Federal poder atuar no controle difuso, como órgão revisor das decisões incidentais proferidas por órgãos inferiores do Poder Judiciário, precisará da interposição de um Recurso Ordinário ou Recurso Extraordinário. Não obstante as hipóteses de julgamento do Recurso Ordinário previstos na Constituição Federal de 1988<sup>63</sup>, o controle concreto na suprema corte é, habitualmente, exercido através do Recurso Extraordinário.

Dessa maneira, a magna carta estabelece a competência para o Supremo Tribunal Federal julgar, mediante Recurso Extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

(...)

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.<sup>64</sup>

<sup>61</sup> PADILHA, Rodrigo, **Direito Constitucional**, 6º ed. São Paulo. Grupo GEN, 2019, pg. 166

<sup>62</sup> Súmula nº 513 do Supremo Tribunal Federal, disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_501\\_600](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_501_600)

<sup>63</sup> Prevê o artigo 102, II: art. 102, II - julgar, em recurso ordinário: a) o habeas corpus, o mandado de segurança, o habeas data e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão; b) o crime político;

<sup>64</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)

Por conseguinte, a função do recurso extraordinário é permitir que a suprema corte, guardiã da legislação constitucional, dê a última palavra sobre determinada interpretação constitucional podendo reavaliar uma decisão proferida por um Tribunal inferior. Nas palavras de André Ramos Tavares:

Realmente, o recurso extraordinário, no Brasil, é de maneira mais ampla, a possibilidade de haver controle concreto-difuso da constitucionalidade, exercitável por qualquer magistrado, em qualquer instância jurisdicional, só contribui para a excelência do modelo brasileiro.<sup>65</sup>

Conforme mencionado, a regra procedimental da cláusula de reserva de plenário, aplica-se aos tribunais no que se refere o julgamento de uma arguição de inconstitucionalidade. Todavia, para o Supremo Tribunal Federal, de acordo com o art. 9, III de seu regimento interno, é de competência das turmas o julgamento do Recurso Extraordinário, sendo que será só será remetido ao Plenário para julgamento, se ocorridas umas hipóteses elencadas no art. 11 do referido diploma.

Assim, o encaminhamento ao órgão de cúpula não depende de requerimento das partes, e sim, do preenchimento das hipóteses ali discriminadas.<sup>66</sup> Ressalva-se, a desnecessidade de ser levar a julgamento perante o Plenário da Suprema corte, em caso de já haver pronunciamento deste, sobre a inconstitucionalidade ou não daquela determinada norma.

No que se refere suas particularidades, cumpre destacar que, no Recurso Extraordinário, por força da súmula 279 do Supremo Tribunal Federal<sup>67</sup>, não há reexames de provas nem discussão de fatos, ou seja, discutem-se tão somente as questões de direito constitucionais que, frisa-se, já tenha sido pré-questionadas na origem, isto é, na decisão recorrida, conforme súmula 282<sup>68</sup> da referida corte.

Em virtude dessas considerações, impede evidenciar os ensinamentos de Luis Roberto Barroso:

Como já assinalado, não se trata aqui de um “terceiro grau” de jurisdição, no qual possa haver rediscussão dos fatos e reexame de prova. Cuida-se, tão somente, da reapreciação de questões de direito – em princípio, apenas de direito constitucional-

---

<sup>65</sup> TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Esquemático**. 10º ed. São Paulo, Saraiva, 2012. Pg.362

<sup>66</sup> Nesse sentido, destaca-se o precedente da 2ª turma do STF: “O STF exerce, por excelência, o controle difuso de constitucionalidade, quando do julgamento do recurso extraordinário, tendo os seus colegiados fracionários competência regimental para fazê-lo sem ofensa ao art. 97 da CF”; (RE 361.826-ED, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 02.03.2010, 2ª Turma, , DJE de 19.03.2010). LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 24 ed. São Paulo, Saraiva, 2020, pag. 299

<sup>67</sup> Prevê a súmula nº 279/STF: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.” Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_201\\_300](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_201_300)

<sup>68</sup> Prevê a súmula nº 282/STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, não decisão recorrida, a questão federal suscitada.” Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_201\\_300](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_201_300)

que hajam sido discutidas e apreciadas na instância de origem, vale dizer, que tenham sido objeto de *prequestionamento*. Isso significa que a questão constitucional deverá figurar na decisão recorrida, ainda que não tenha ocorrido menção expressa aos dispositivos constitucionais pertinentes. A ofensa a Constituição, como regra, deverá ter sido direta e frontal, e não indireta ou reflexa, como sucede nos casos em que um determinado ato normativo viole antes a lei.<sup>69</sup>

Nesse deslinde, através da Emenda Constitucional 45/2004, a demonstração da repercussão geral<sup>70</sup> das questões constitucionais passou a ser obrigatória. Assim, prevê o parágrafo 3º do artigo 102 da CRFB/88, adicionado pela referida emenda:

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.<sup>71</sup>

Pela análise da legislação, é de se notar que tais imposições trazidas e mencionadas acima, atuam como verdadeiros pressupostos de admissibilidade do recurso, de tal maneira que o artigo 1.030 inciso I, alínea A<sup>72</sup> é claro ao afirmar que, a inovação trazida pela emenda constitucional 45/2004, qual seja, repercussão geral, quando não evidenciada pela Suprema Corte, é causa de juízo de admissibilidade negativo.

Registra-se que repercussão geral, como pressuposto de admissibilidade do Recurso Extraordinário, foi regulada pela lei 11.418/2006, cujo texto afirma, assim como o Código de Processo Civil de 2015 em seu artigo 1.035, parágrafo 3º, inciso I<sup>73</sup>, ser desnecessária sua demonstração em casos onde há evidente afronta a texto de súmula ou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, já que nesse caso ela é presumida.

Por fim, cumpre assinalar que a decisão que nega a repercussão geral é irrecorrível<sup>74</sup> e sempre será firmada por dois terços dos membros, ou seja, oito ministros da suprema corte. Em

<sup>69</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 8ªed. São Paulo, Saraiva, 2019, pag. 150/151

<sup>70</sup> Assim prevê o artigo 1.035, parágrafo 1º: art. 1.035 § 1º - Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo.

<sup>71</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)

<sup>72</sup> Nos termos do art. 1.030, inciso I, alínea a: Art. 1.030, I, alínea a - Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá: I – negar seguimento: a) a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral;

<sup>73</sup> Nos termos do art. 1.035, § 3, inciso I: Art. 1.035, §3, inciso I: Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar acórdão que: I – contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal

<sup>74</sup> Nos termos do artigo 1.035 do CPC/15: Art. 1035 - O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo.

virtude dessas considerações, impede os ensinamentos de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino:

Note-se, portanto, que os órgãos fracionários do Supremo Tribunal Federal (Primeira e Segunda Turmas) também poderão decidir pela existência da repercussão geral, desde que mediante decisão de quatro votos (cada Turma é composta por cinco Ministros). Assim, se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, quatro votos, o recurso extraordinário será admitido, ficando dispensa a sua remessa ao Plenário. Importante ressaltar que a recusa ao recurso extraordinário, pela inexistência de repercussão geral, somente poderá ser decidida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, por dois terços dos seus membros (oito ministros). Vale dizer, as Turmas não dispõem de competência para recusar o recurso extraordinário, em razão da inexistência da repercussão geral; elas somente poderão decidir, se for o caso, pela existência da repercussão geral, mediante o mínimo de quatro votos, situação em que o recurso extraordinário será admitido sem a necessidade de manifestação do Plenário.<sup>75</sup>

Negada a existência de repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos que versem sobre matéria idêntica, os quais serão indeferidos liminarmente, tudo nos termos do Regimento Interno da suprema corte. Por outro lado, reconhecida a existência da repercussão geral com o conseqüente julgamento do Recurso, tal tese será de observância obrigatória para todos os demais órgãos do Poder Judiciário, fazendo coisa julgada material, conforme elucida Luis Roberto Barroso:

A questão prejudicial, todavia, diferentemente do que previa o CPC/73, integrará a coisa julgada se observadas as condições previstas no art. 503, §1º, do CPC/15. Entre elas figura a exigência de que o juiz seja competente, em razão da matéria e da pessoa, para decidir o assunto como questão principal. No controle difuso, contudo, somente o Supremo Tribunal Federal detém competência para decidir sobre a constitucionalidade de ato à luz da Constituição Federal como questão principal. Portanto, não há que se falar em *auctoritas rei iudicata* em relação à questão constitucional apreciada pelas demais instâncias. Entretanto, quando a declaração de inconstitucionalidade é proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito de um recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, a tese firmada pelo Tribunal será de observância obrigatória para todos os demais órgãos do Judiciário. Eventual descumprimento dará ensejo a reclamação, nos termos do art. 988, §5º, II do CPC/15. Portanto, a tese firmada em repercussão geral, pelo STF, produzirá efeitos gerais – para além do processo em que foi proferida – ainda que firmada no âmbito do controle difuso. Tais efeitos, são, todavia, mais restritos do que aqueles produzidos pelas súmulas vinculantes ou pelas decisões proferidas em ações diretas, que vinculam não apenas o Judiciário, mas também a Administração Pública.<sup>76</sup>

Tal inovação normativa, contribuiu para o processo de objetivação do Recurso Extraordinário, o que vai de encontro com o cenário jurídico brasileiro atual de valorização dos

<sup>75</sup> PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional esquematizado**. 14 Ed. Rio de Janeiro, Forense, Método. 2015

<sup>76</sup> BARROSO, Luís Roberto, **O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro**, 8º Ed. São Paulo, Saraiva, 2019 pg. 176.

precedentes judiciais, contribuindo então à expansividade das decisões do Supremo. Referidas considerações serão detalhadas mais adiante.

### 3.4 Efeitos da decisão no controle difuso de constitucionalidade

Conforme mencionado anteriormente, a decisão proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade possui, em regra, eficácia *inter partes*, ou seja, a declaração de inconstitucionalidade limita-se às partes do processo. Dessa forma, a lei ou ato normativo continuarão validos e produzirão seus efeitos normalmente para terceiros, já que o ato normativo não é retirado do ordenamento jurídico.

Nesse deslinde, independentemente do órgão julgador que tenha emanado a decisão, qual seja, juiz singular, tribunal de segundo grau ou o próprio Supremo Tribunal Federal, por intermédio do Recurso Extraordinário, os efeitos da decisão serão os mesmos, tendo em vista que, o que se busca na via incidental é a não aplicação da lei ou ato normativo na relação contida no caso concreto.

Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino ensinam:

A decisão no controle concreto não dispõe de força vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública, ainda quando proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Significa dizer que a decisão proferida no caso concreto determinado não obriga a Administração e os demais órgãos do Poder Judiciário a decidirem outros casos no mesmo sentido. Nada impede, portanto, que seja declarada judicialmente a inconstitucionalidade da lei em certo caso concreto e que a Administração Pública, ou outro órgão do Poder Judiciário, continue a aplicar a mesma lei a outras pessoas que não integravam a lide em que foi reconhecida a sua inconstitucionalidade. Em qualquer caso, a norma declarada inconstitucional no controle concreto continua a vigor, com toda sua força obrigatória, em relação a terceiros que não tenham sido parte na ação. Todas as pessoas que desejarem ver a si estendidos os efeitos da inconstitucionalidade já declarada em caso idêntico deverão postular sua pretensão perante órgãos judiciais, em ações distintas.<sup>77</sup>

Ademais, em respeito à regra da nulidade, se a lei ou o ato normativo é inconstitucional, há a existência de um vício congênito, ou seja, de nascimento, assim, em respeito a essa premissa, a declaração de inconstitucionalidade também produz, em regra, efeitos *ex tunc* (frisa-se, somente para as partes), retroagindo para atingir a lei desde a sua edição, tornando-a nula de pleno direito, isto é, nunca foi apta a produzir efeitos válidos assim fulminará a relação jurídica construída com base nessa lei, agora, declarada inconstitucional.

---

<sup>77</sup> PAULO, Vicente, ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 14 ed. São Paulo, Grupo GEN, 2015, pg. 825.

Luis Roberto Barroso elenca em sua obra:

Quando do estudo do fenômeno da inconstitucionalidade (v. supra), ficou assentado que a corrente amplamente dominante no Direito brasileiro é a que situa a inconstitucionalidade no campo da nulidade. Lei inconstitucional é lei nula. Consequência natural e necessária dessa premissa é a de que a decisão que reconhece a inconstitucionalidade é de natureza declaratória, limitando-se a reconhecer um vício preexistente. Diante disso, a pronuncia de nulidade da norma deve colhê-la desde seu nascimento, impedindo-se que produza efeitos válidos. Aplicando-se a teoria da inconstitucionalidade como nulidade ao controle incidental difuso, parece fora de dúvida que o juiz, ao decidir a lide, após reconhecer determinada norma inconstitucional, deve dar a essa conclusão eficácia retroativa. De fato, corolário da supremacia da constituição é que a norma inconstitucional não deva gerar direitos ou obrigações legitimamente exigíveis.<sup>78</sup>

Contudo, tais regras apresentam exceções. No tocante ao efeito temporal, o Supremo Tribunal Federal tem admitido a modulação dos efeitos da decisão também no controle difuso<sup>79</sup>, aplicando por analogia, o art. 27 da Lei n. 9.868/99, vejamos:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de 2/3 de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de sua trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.<sup>80</sup>

Portanto, quando evidenciada uma afronta à segurança jurídica ou um excepcional interesse social, o órgão jurisdicional poderá restringir os efeitos da declaração (efeito *ex nunc*) ou decidir que ela só tenha eficácia em determinado momento que entender oportuno, seja após o trânsito em julgado ou em outro. (efeito prospectivo, *pro futuro* ou *a posteriori*)

Nesse deslinde, há precedentes da suprema corte evidenciando a modulação dos efeitos temporais da declaração incidental de inconstitucionalidade, como consequência da ponderação com outros bens jurídicos que seriam afetados caso permanecesse a regra do efeito *ex tunc*.

---

<sup>78</sup> BARROSO, Luís Roberto, **O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro**, 8º Ed. São Paulo, Saraiva, 2019 pg. 177.

<sup>79</sup> A modulação dos efeitos em sede de controle difuso teve sua primeira aparição no julgamento do RE 197.917, onde o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade do antigo critério para fixação da composição máxima das câmaras Municipais em 25.03.2004, mas concedeu o início da eficácia de sua decisão para um momento futuro, de forma a atingir somente a legislatura seguinte. A corte entendeu estar diante de “situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria grave ameaça a todo sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos *pro futuro* à declaração incidental de inconstitucionalidade, valendo apenas para as eleições seguintes.” (RE 197.917, Rel. Min Maurício Correia, j. 06.06.2002, Pleno, DJ de 07.05.2004)

<sup>80</sup> Lei nº 9868/99. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm)

V. Art. 927, §3º CPC/15: Art. 927, §3º - Os juízes e os tribunais observarão: § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. Os artigos 525, §§ 12º e 13º e 535 §§5º e 6º do CPC/15 também trazem redação semelhante.



Entretanto, possibilidade de ponderar valores e bens jurídicos não dependeria de previsão legal, já que evidencia a própria utilização do princípio da razoabilidade.

Por sua vez, quando o Supremo Tribunal Federal (e somente ele) proferir uma decisão no bojo do controle difuso de constitucionalidade, o efeito *inter partes* poderá ser ampliado pela suprema corte, isto significa, passará a se revestir-se de efeitos *erga omnes*, atingindo assim terceiros alheios àquele litígio.

Para tanto, a suprema corte poderá editar uma súmula vinculante sobre o tema ou comunicar o Senado Federal para que, querendo, edite uma resolução suspendendo, em âmbito nacional, a execução da lei declarada inconstitucional, ou, no que pese não ter consenso na doutrina, aplicar a chamada teoria da Abstrativização do controle difuso de constitucionalidade.

### 3.5 Papel do Senado Federal

Como visto, o meio mais comum para o Supremo Tribunal Federal atuar no controle difuso de constitucionalidade é através da interposição de um Recurso Extraordinário. Assim, deliberada pela maioria absoluta do tribunal e proferida de forma definitiva, a decisão declaratória de inconstitucionalidade, nos termos do art. 178 do regimento interno da Suprema Corte<sup>81</sup>, será comunicada ao órgão ou autoridade interessada, bem como, depois do trânsito em julgado, ao Senado Federal.

Assim, o órgão legislativo poderá editar uma resolução suspendendo, em âmbito nacional, total ou parcialmente a execução da referida lei, com o fim de evitar a propositura de demandas semelhantes, ou seja, que questionem a validade daquela mesma lei ou ato normativo.

Nesse deslinde, a Constituição Federal de 1988, outorga tal competência privativa, ao órgão legislativo, em seu artigo 52, X, *in verbis*:

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal  
(...)

X - Suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;<sup>82</sup>

---

<sup>81</sup> Assim prevê o art. 178 do RISTF: Art. 178. Declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade, na forma prevista nos arts. 176 e 177, far-se-á a comunicação, logo após a decisão, à autoridade ou órgão interessado, bem como, depois do trânsito em julgado, ao Senado Federal, para os efeitos do art. 42, VII, da Constituição. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>

<sup>82</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)

Regulamentado o assunto, o regimento interno do Senado Federal, em seu artigo 386<sup>83</sup> estabelece que o Senado conhecerá da declaração, proferida em decisão definitiva de inconstitucionalidade total ou parcial, do Supremo Tribunal Federal, mediante: a) comunicação do Presidente do Tribunal; b) representação do Procurador-Geral da República; c) projeto de resolução de iniciativa da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.

Finalizando o procedimento, o artigo 387<sup>84</sup>, determina que a comunicação, representação e o projeto deverão ser instruídos com o texto da lei cuja execução se deva suspender, do acórdão da Suprema Corte, do parecer do Procurador-Geral da República, e o artigo 388<sup>85</sup>, conclui prevendo que, após a leitura em plenário, a comunicação ou representação será encaminhada à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, que formulará projeto de Resolução suspendendo a execução da lei, no todo ou em parte.

A amplitude do referido artigo, atingirá normas federais, estaduais, distritais e municipais que forem declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, de modo incidental, no controle difuso de constitucionalidade.

Vale apontar, que em se tratando de norma municipal, a corte deverá remeter essa declaração à Assembleia Legislativa para que esta suspenda a execução da lei, nitidamente nos casos em que a Constituição Estadual confira tal competência ao órgão legislativo.

Ademais, o papel do Senado Federal, embora haja divergências doutrinárias<sup>86</sup>, a Suprema corte e o Senado Federal, admitem que tal função se perfaz discricionário dada sua natureza essencialmente política, por conseguinte o órgão não está obrigado a suspender a execução da lei declarada inconstitucional pela Suprema Corte, podendo julgar pela oportunidade e conveniência de realizar tal ato.

---

<sup>83</sup>Nos termos do Art. 386 do Regimento Interno do Senado Federal; Art. 386 - O Senado conhecerá da declaração, proferida em decisão definitiva pelo Supremo Tribunal Federal, de inconstitucionalidade total ou parcial de lei mediante: I - comunicação do Presidente do Tribunal; II - representação do Procurador-Geral da República; III - projeto de resolução de iniciativa da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.

<sup>84</sup> Nos termos do art. 387 do Regimento Interno do Senado Federal: Art. 387 - A comunicação, a representação e o projeto a que se refere o art. 386 deverão ser instruídos com o texto da lei cuja execução se deva suspender, do acórdão do Supremo Tribunal Federal, do parecer do Procurador-Geral da República e da versão do registro taquigráfico do julgamento.

<sup>85</sup> Nos termos do art. 388 do Regimento Interno do Senado Federal: Art. 388 - Lida em plenário, a comunicação ou representação será encaminhada à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, que formulará projeto de resolução suspendendo a execução da lei, no todo ou em parte.

<sup>86</sup> No sentido de que a atividade senatorial é discricionária: Paulo Brossard, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Themístocles Cavalcanti, Nogueira da Silva, Elival da Silva Ramos e Celso de Mello Filho. Por outro lado, no sentido de a atuação ser vinculada: Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Celso Bastos, Michel Temer, Lúcio Bittencourt e Alfredo Buzaid.

Assim, não há que se falar em prazo certo para o Senado Federal se manifestar, tampouco em sanção em caso de eventual recusa.<sup>87</sup> Caso houvesse tal obrigatoriedade e imposições, estaríamos diante de verdadeira afronta ao princípio da separação dos poderes, basilar para a estrutura do Estado Democrático de Direito.<sup>88</sup>

Corroborando com os ensinamentos de Pedro Lenza, Paulo Vicente e Marcelo Alexandrino, importante destacar as palavras do Ministro Alexandre de Moraes:

Ocorre que tanto o Supremo Tribunal Federal, quanto o Senado Federal, entendem que esse não está obrigado a proceder à edição da resolução suspensiva do ato estatal cuja inconstitucionalidade, em caráter irreversível, foi declarada *in concreto* pelo Supremo Tribunal; sendo, pois, ato discricionário do Poder Legislativo classificado como deliberação essencialmente político, de alcance normativo.(...) Dessa forma, ao Senado Federal não só cumpre examinar o aspecto formal da decisão declaratória da inconstitucionalidade, mas também indagar da conveniência dessa suspensão<sup>89</sup>

Ainda em relação a temática, torna-se necessário apresentar os ensinamentos de Paulo Brossard:

Tudo está a indicar que o Senado é o juiz exclusivo do momento em que convém exercer a competência, a ele e só a ele atribuída, de suspender lei ou decreto declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. No exercício dessa competência cabe-lhe proceder com equilíbrio e isenção, assim para os indivíduos, como parte a ordem jurídica.<sup>90</sup>

Nesse ínterim, uma vez editada a resolução, repita-se, discricionariamente, não se admite a sua posterior revogação pelo próprio Senado Federal, com o objetivo de se reestabelecer a eficácia da norma declarada inconstitucional no controle difuso, pois terá exaurido sua competência constitucional. Em caso de necessidade, o órgão legislativo precisará editar um novo ato, tendo em vista a irrevogabilidade da resolução suspensiva.

Além disso, no que pese o nítido caráter político do papel do Senado Federal, no âmbito do exercício do controle difuso de constitucionalidade, o mesmo, escolhendo exercer a competência, será obrigado a editar tal ato nos exatos termos da decisão definitiva proferida pela Suprema Corte.

<sup>87</sup> PAULO, Vicente, ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 14 ed. São Paulo, Grupo GEN, 2015. Pg.827

<sup>88</sup> LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 24 ed. São Paulo, Saraiva, 2020, pag. 307: “Deve-se, pois, entender que o Senado Federal não está obrigado a suspender a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Trata-se de discricionariedade política, tendo o Senado Federal total liberdade para cumprir o art. 52, X da CR/88. Caso contrário, estaríamos diante de afronta ao princípio da separação de poderes.

<sup>89</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 35º ed. São Paulo, Grupo GEN, 2019, pg. 778

<sup>90</sup> BROSSARD, Paulo. **O senado e as leis inconstitucionais**. Revista de informação legislativa, v.13, n. 50, p. 50/55, abr./jun 1976, pg.64. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181304>

A expressão “no todo ou em parte” enfatiza tal imposição, sendo que, no caso da decisão declarar a inconstitucionalidade da lei no todo, a resolução suspensiva, necessariamente, suspenderá a execução da lei no todo, em igual sentido será quando a decisão entender ser caso de inconstitucionalidade de parte da lei, não podendo o Senado suspender menos ou mais do que o decidido pelo guardião da Constituição.

Concluindo sobre o tema, Paulo Vicente e Marcelo Alexandrino elucidam:

Em qualquer hipótese, temos que, enquanto a declaração de inconstitucionalidade é de competência do Supremo Tribunal Federal, a suspensão geral da aplicação é do Senado Federal. Integram-se, Supremo Tribunal Federal e Senado, para execução de uma tarefa constitucional comum, pertinente ao controle de constitucionalidade das leis e atos normativos em geral. Sem a declaração do Tribunal Maior, o Senado não pode atuar, pois não lhe é dado suspender a execução da lei não declarada inconstitucional, mas tão só ampliar a eficácia da decisão da Corte Máxima.<sup>91</sup>

Por fim, importante mencionar o debate doutrinário travado quanto a eficácia temporal da resolução suspensiva. A esse respeito formaram-se duas correntes. A que entende que a resolução senatorial não retroage, ou seja, produz efeitos *ex nunc*, sendo assim só começa a vigorar a partir do dia que é publicada na Imprensa oficial, resultando que, todos os comportamentos praticados sob a égide do ato inconstitucional ficam preservados. Pedro Lenza elucidada que “suspender a execução de algo” significa a suspensão a partir de dado momento, não operando retroativamente.<sup>92</sup>

No que pese respeitar tal entendimento, entendemos ser o mais acertado a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal bem como do Senado Federal, aonde a eficácia perfaz-se *ex tunc*, desconstituindo todas as relações jurídicas formadas sob a égide do ato declarado inconstitucional pelo Supremo.<sup>93</sup>

A eficácia *ex nunc* confronta de forma grosseira com a teoria da nulidade da lei inconstitucional, na medida em que, se esta nunca foi capaz de produzir efeitos válidos, não parece razoável admitir tal efeito, sendo coerente, a atribuição de efeito *ex tunc* a resolução senatorial.

---

<sup>91</sup> PAULO, Vicente, ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 14 ed. São Paulo, Grupo GEN, 2015, pg. 827

<sup>92</sup> LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 24 ed. São Paulo, Saraiva, 2020, pag. 306

<sup>93</sup> V. BULOS, Lammêgo, U. **Curso de direito Constitucional**, 11ª Ed, São Paulo, Saraiva, 2018, pg.228: “O Supremo Tribunal Federal tem seguido esta diretriz muito antes do advento da Carta de 1988: a “suspensão da lei por inconstitucionalidade torna sem efeito todos os atos praticados sob o império da lei inconstitucional” (STF, RMS 17.976, Rel. Min. Amaral Santos, RDAD 105;11). Também compartilhou desse entendimento o Senado Federal: “A suspensão por declaração de inconstitucionalidade vale por fulminar, desde o instante do nascimento, a lei ou decreto inconstitucional, o que importa manifestar que essa lei ou decreto não existiu, não produziu efeitos válidos” (Senador Accioly Filho, Declaração de inconstitucionalidade de lei ou decreto. Suspensão de execução do ato inconstitucional pelo Senado Federal. Extensão da competência. Efeitos. Parecer n. 154 de 1971, RIL, 12 (48): 265-270).”

Nesse sentido, o autor e ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Teori Zavascki, faz a distinção entre o instituto da suspensão da norma e a sua revogação, afirmando o seguinte:

A norma revogadora deixa de incidir a partir de sua revogação, mas incidiu validamente sobre os suportes fáticos ocorridos durante sua vigência. Isso significa que, mesmo depois da sua revogação, a norma pode e deve ser aplicada pelo juiz, pelo administrador público e por quem mais tenha de apreciar controvérsias sobre fatos jurídicos anteriores. No caso de suspensão por inconstitucionalidade, as consequências são diferentes. A norma inconstitucional é nula desde a origem e, como tal, nunca teve aptidão para operar o fenômeno da incidência. É que a norma nunca incidiu.<sup>94</sup>

Além disso, em prol do princípio da igualdade, os terceiros que se encontram em situação jurídica semelhantes, também deveriam receber o mesmo efeito retroativo que as partes do processo o qual a foi proferida a declaração. Neste sentido, até para evitar a possível propositura de diversas demandas em busca da aplicação dos mesmos efeitos retroativos em seus processos, o efeito *ex tunc* se impõe certo.

Entendemos ainda, que não só pelo evidente confronto com a teoria da nulidade e a preservação do princípio da igualdade, há de se mencionar o fato de já existir a modulação temporal dos efeitos, o qual permite que seja conferido efeito *ex nunc* ou *pro futuro*, em casos de excepcional interesse público e segurança jurídica. Assim, tal incongruência com a teoria da nulidade, fica “admitida” apenas nos casos onde há a necessidade de ponderação com outros bens jurídicos e não na situação de atuação discricionária do Poder Legislativo.

Concluindo sobre o tema, Paulo Vicente e Marcelo Alexandrino elucidam:

Em qualquer hipótese, temos que, enquanto a declaração de inconstitucionalidade é de competência do Supremo Tribunal Federal, a suspensão geral da aplicação é do Senado Federal. Integram-se, Supremo Tribunal Federal e Senado, para execução de uma tarefa constitucional comum, pertinente ao controle de constitucionalidade das leis e atos normativos em geral. Sem a declaração do Tribunal Maior, o Senado não pode atuar, pois não lhe é dado suspender a execução da lei não declarada inconstitucional, mas tão só ampliar a eficácia da decisão da Corte Máxima.<sup>95</sup>

Portanto, o papel tradicional do Senado Federal, previsto na Constituição de 1988, é de ampliar os efeitos de uma decisão definitiva de inconstitucionalidade, proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no bojo de um caso concreto, a qual, inicialmente, alcançavam exclusivamente as partes do processo.

Trata-se, então, de uma cooperação entre os dois poderes no que diz respeito ao exercício do controle de constitucionalidade de leis e atos normativos no geral. Contudo, tal

---

<sup>94</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pág. 32/33.

<sup>95</sup> PAULO, Vicente, ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 14 ed. São Paulo, Grupo GEN, 2015, pg. 827

coadjuvação tem sido reavaliada na atual jurisprudência e doutrina, dada a mudança normativa do ordenamento pátrio, o que motiva na tese de que ocorreu mutação constitucional do comando constitucional, originando a chamada Teoria da Abstrativização do controle difuso.

#### 4 ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

No capítulo anterior, ao analisar o controle difuso de constitucionalidade, destacamos que os efeitos da decisão declaratória, ficam restritos as partes envolvidas no litígio.

Dessa forma, diferentemente do controle abstrato, através do qual as normas deixam de produzir efeitos a toda coletividade, no controle incidental é possível que uma lei ou ato normativo seja considerado inconstitucional em determinado caso, deixando-a de ser aplicada naquela relação jurídica, sem, contudo, ter sido retirada do ordenamento jurídico e assim continuar válida perante terceiros.

Assim, o efeito *erga omnes* da decisão foi previsto somente para o controle concentrado e para a súmula vinculante, nos termos da emenda constitucional 45/2004, e, em se tratando de controle difuso, nos termos do art. 52, X do Texto Maior, somente após atuação discricionária e política do Senado Federal na edição de resolução suspensiva, assim, não havendo a suspensão da lei pelo Senado Federal, a lei continua válida e eficaz, só se tornando nula no caso concreto, em razão da sua não aplicação.

Ocorre que, a participação do Senado Federal para a extensão dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade incidental vem passando por grandes mudanças de tal modo que há um movimento de aproximação entre este modelo e o abstrato.

Por conseguinte, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle difuso, teria os mesmos efeitos da decisão proferida no modelo concentrado, isto é, portariam de eficácia *erga omnes*, sem, contudo, precisar da atuação do Senado Federal para conferir tal efeito,

É justamente esse processo de equiparação dos efeitos da decisão nos diferentes modelos de controle de constitucionalidade exercidos no ordenamento jurídico pátrio que trata a Teoria da Abstrativização.

Segundo esta teoria, o inciso X do art. 52 da CRFB/88 teria sofrido mutação constitucional, limitando a participação do órgão legislativo federal, no exercício do controle judicial repressivo de normas, tão somente para a atribuição de publicidade à decisão definitiva de inconstitucionalidade incidental proferida pelo Suprema corte.

A respeito da aproximação dos dois controles, relevante observar as palavras de Alessandra Aparecido Calvoso Gomes Pignatari

Até bem pouco tempo atrás, seria possível afirmar que, sob a ótica da eficácia subjetiva das decisões, o controle incidental, difuso e concreto se associa exclusivamente a efeitos *inter partes*, ao passo que, na fiscalização principal,

concentrada e abstrata, os efeitos se consagram *erga omnes*. Esse cenário apresenta alterações, não mais sendo possível adotar rigidez tal ordem de ideias.<sup>96</sup>

Nessa perspectiva, é possível observar na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o posicionamento de que a atuação do Senado Federal seria para conferir mero efeito de publicidade à declaração de inconstitucionalidade.

Diante do exposto, o presente capítulo dará ênfase as argumentações doutrinárias a respeito do fenômeno da mutação constitucional do referido artigo, assim como analisará os precedentes judiciais mais significativos acerca do tema, para verificar se tal teoria passa a ser uma realidade para o Supremo, tendo em vista a mudança do contexto normativo brasileiro a que se insere o modelo de controle de constitucionalidade repressivo judicial, com valorização dos precedentes judiciais por meio do advento do Novo Código de Processo Civil de 2015.

#### **4.1 Mutação Constituição do art. 52, X da CFRB/88**

As Constituições, não obstante terem vocação de permanência, não podem ser eternas e nem possuir pretensão de ser imutáveis, à vista disso, todas as cartas políticas preveem mecanismos institucionais para sua própria alteração e adaptação a novas realidades.<sup>97</sup>

Com efeito, a modificação da Constituição se dá pela via formal, através da reforma constitucional (elaboração de reformas ou emendas constitucionais), cujo procedimento se perfaz rígido e dificultoso, bem como encontra-se previsto na própria Carta, conforme já abordado. E pela via informal, através da atuação do poder constituinte difuso, manifestado por intermédio das mutações constitucionais.

Desta forma, a mutação constitucional consiste em uma alteração do significado de determinada norma da Constituição sem observância dos mecanismos constitucionais previstos para as emendas e revisões (via formal) e sem que tenha havido qualquer modificação do seu texto. Trata-se, portanto, de alteração substancial na compreensão de seu conteúdo e alcance.<sup>98</sup>

Tal alteração, tem como base a mudança da realidade social na qual a Constituição vigente está inserida. Sobre o tema, Uadi Lammêgo Bulos esclarece:

O caráter dinâmico da ordem jurídica propicia o redimensionamento da realidade normativa, em que as constituições, sem revisões ou emendas, assumem significados

---

<sup>96</sup> PIGNATARI, A.A.C.G. **Eficácia subjetiva das decisões judiciais no controle difuso-incidental de constitucionalidade**. Revista AJURIS, Ano XXXIX, n.125, março/212, p.46

<sup>97</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 9º Ed. São Paulo, Saraiva, 2019 pg. 138

<sup>98</sup> PAULO, Vicente, ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 14 ed. São Paulo, Grupo GEN, 2015, pg. 661.



novos, expressando uma temporalidade própria, caracterizado por um renovar, um refazer de soluções normativas que nem sempre surgem de reformas constitucionais.<sup>99</sup>

Convém destacar, que a previsão da atuação do Senado Federal, contido no art. 52, X, do Texto Maior, surgiu na Constituição Brasileira de 1934<sup>100</sup>. À época, o controle de constitucionalidade era fundamentalmente difuso e o princípio da separação dos poderes era fortemente resguardado, onde o órgão responsável pela criação das leis deveria ser o mesmo com a atribuição de retirá-las do ordenamento jurídico, restando nítido que o objetivo do dispositivo era impedir e ingerência de um Poder em outro.<sup>101</sup>

O ministro Gilmar Mendes Ferreira, principal defensor da tese da mutação constitucional do referido artigo, argumenta, em relevante artigo doutrinário,<sup>102</sup> que, com o advento da Carta de 1988, houve uma mudança de compreensão do referido comando constitucional, dado a alteração da realidade social e normativa a qual se insere.

De início, o jurista reverbera ter sido imprescindível à época, a atribuição ao Senado Federal a competência de suspender a execução de ato declarado inconstitucional, pois dessa forma emprestou-se eficácia *erga omnes* às decisões proferidas em sede de controle difuso, modelo predominante naquele período histórico.

Dessa forma, percebe-se que havia uma forte defesa da separação de poderes, segundo o qual somente em casos excepcionais o Supremo poderia retirar do ordenamento lei tida como inconstitucional, sem a edição de resolução senatorial. Por essa razão, entende o Ministro que o artigo 52, X da Constituição Federal se justificava à época, já que as decisões se restringiam em declarar a inconstitucionalidade de norma dentro de um caso concreto.

Nesse sentido, Luis Roberto Barroso afirma:

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

---

<sup>99</sup> BULOS, Lammêgo, U. **Curso de direito Constitucional**, 11ª Ed, São Paulo, Saraiva, 2018, pg.435

<sup>100</sup> Previa a Constituição Brasileira de 1934: Art. 91, IV - suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário; Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)

<sup>101</sup> V. BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro**, 8º Ed. São Paulo, Saraiva, 2019 pg. 182: “A razão histórica – e técnica – da intervenção do Senado é singelamente identificável. No direito norte-americano, de onde se transplantara o modelo de controle incidental e difuso, as decisões dos tribunais são vinculantes para os demais órgãos judiciais sujeitos à sua competência revisional. Isso é válido inclusive, e especialmente, para os julgados da Suprema Corte. Desse modo, o juízo de inconstitucionalidade por ela formulado, embora relativo a um caso concreto, produz efeitos gerais. Não assim, porém, o caso brasileiro, onde a tradição romano-germânica vigorante não atribuía eficácia vinculantes às decisões judiciais, nem mesmo às do Supremo Tribunal. Desse modo, a outorga ao Senado Federal de competência para suspender a execução da lei inconstitucional teve por motivação atribuir eficácia geral, em face de todos, *erga omnes*, à decisão proferida no caso concreto, cujos efeitos se irradiavam, ordinariamente, apenas em relação às partes do processo.

<sup>102</sup> MENDES, G.F. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional**, Brasília, Revista de Informação Legislativa, v. 41, n. 162, p. 149-168, abr./jun. 2004). Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/953>

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 lógica razoável em sua manutenção.<sup>103</sup>

Essa situação vai ao encontro, com o já mencionado na presente monografia, sobre a ênfase que o controle difuso e incidental possuía antes do advento da Carta de 1988, sendo que a única forma de ser movida uma ação direta de inconstitucionalidade era por intermédio do Procurador-Geral da República.

Nesse raciocínio, essencial se faz as palavras de Fábio Leite:

Compreende-se que o receio de se atribuir um poder excessivo ao Judiciário tenha motivado o constituinte de 1934 a criar e a de 1946 a manter tal atribuição àquela casa de representação federativa, assegurando assim a possibilidade de se conferir eficácia *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF, sem o “risco” de se estar conferindo tamanho poder ao Judiciário. No entanto, a partir do momento em que se criou a fiscalização abstrata, tal justificativa perdeu a razão de ser.<sup>104</sup>

Em vista disso, Gilmar Mendes argumenta que papel do Senado Federal se sustenta unicamente numa visão histórica ultrapassada da separação dos poderes do Estado, oriunda da Constituição de 1934, e permanecida de maneira, equívoca, no texto da atual constituição vigente.

Para tanto, afirma que a exigência que a eficácia geral da declaração de inconstitucionalidade proferida pela Suprema Corte fique a depender da atuação discricionária do Senado Federal, perdeu grande parte de seu significado com a priorização do controle concentrado e abstrato na Constituição de 1988.

A redução do protagonismo do controle incidental de normas, se deu pelo fato da Constituição de 1988 ampliar, de forma marcante, o rol de legitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade (art. 103 da CRFB/88), a qual outorga a legitimidade a diferentes órgãos da sociedade, possibilitando a submissão, praticamente de qualquer questão constitucional ao Supremo Tribunal, mediante processo de controle abstrato de normas, fortalecendo tal controle no ordenamento jurídico. “Assim, se continuarmos a ter um modelo misto de controle de constitucionalidade, a ênfase passou a residir não mais no sistema difuso, mas no perfil concentrado.<sup>105</sup>”

<sup>103</sup> BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro**, 8º Ed. São Paulo, Saraiva, 2019 pg. 184

<sup>104</sup> LEITE, F.C. **ADIN e ADC e ambivalência possível: uma proposta**. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, v.10, renovar, 2008, p.19

<sup>105</sup> MENDES, G.F. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional**, Brasília, Revista de Informação Legislativa, v. 41, n. 162, p. 149-168, abr./jun. 2004). Pg. 159. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/953>

Evidencia, também, que há um reforço do sistema concentrado pois, seu caráter célere, objetivo, dotado inclusive da possibilidade de suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante concessão de medida cautelar<sup>106</sup>, evita a multiplicidade de processos, que inevitavelmente acaba por estrangular máquina pública judiciária, operando em seu descrédito, situação que vai ao encontro da tão desejada eficiência da atividade jurisdicional.

Destarte, o jurista pontua diversos aspectos jurídicos-procedimentais que passaram a inserir na realidade jurídica brasileira, os quais consubstanciaram para uma mutação constitucional no referido artigo com a consequente alteração do papel do Senado Federal no âmbito do controle difuso de constitucionalidade.

Argumenta nesse sentido, a admissão da pronuncia de inconstitucionalidade no controle incidental, com efeito *ex nunc*, ou seja, quando há o exercício da modulação de efeitos, cuja necessidade já vem sendo reconhecida, não só nos demais tribunais, como também na Corte, debilita a atuação do Senado Federal, já que essa ‘decisão de calibragem’ dos efeitos, antes exercida pela resolução senatorial, fica, agora, a cargo do órgão jurisdicional.

Ademais, enaltece, fortemente, o entendimento jurisprudencial que diz respeito à desnecessidade de utilização do procedimento previsto no art. 97 da Constituição, isto é, a regra procedimental da cláusula de reserva de plenário, na hipótese de já existir um pronunciamento sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade daquela lei, pela Suprema Corte.

Á vista disto, reforça a tese ao demonstrar alguns julgados onde é evidenciado que, a decisão declaratória em ambas as direções, aplica-se aos novos feitos, submetidos às Turmas, sem que isso ofenda referido artigo, tendo em vista estar em perfeita consonância com o princípio da economia, e celeridade processual bem como a segurança jurídica, os quais facilitam a racionalização e desburocratização do Poder Judiciário.

Consoante ao exposto, Gilmar Mendes conclui:

É possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídica e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988. Valendo-nos dos subsídios da doutrina constitucional a propósito da mutação constitucional, poder-se-ia cogitar de uma autêntica reforma da Constituição sem expressa modificação do texto.(...) Em verdade, a aplicação que o Supremo Tribunal Federal vem conferindo ao disposto no art. 52, X, CF, indica que o referido instituto mereceu uma significativa reinterpretação a partir da Constituição de 1988. É possível que a configuração emprestada ao controle abstrato pela nova

---

<sup>106</sup> Nos termos do art. 10 da lei 9.868/99 – Art. 10 - Salvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, observado o disposto no art. 22, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciarem-se no prazo de cinco dias.

Constituição, com ênfase no modelo abstrato, tenha sido decisiva para a mudança verificada uma vez que as decisões com eficácia *ergam omnes* passaram a se generalizar.<sup>107</sup>

Para Uadi Lammêgo Bulos<sup>108</sup>, tal teoria merecia aplausos dado que serviria para concretizar os princípios da supremacia constitucional, da força normativa da constituição, da celeridade e efetividade processuais.

O doutrinador afirma ser desnecessário uma base legislativa para ser invocado, justificando na ideia de que as decisões do Supremo Tribunal Federal devem ser obedecidas e levadas às últimas consequências, sob pena de se burlar o seu posto de guarda da Constituição, nos termos do art. 102, caput.<sup>109</sup>

Seguindo tal raciocínio, elenca que seria perfeitamente cabível o uso das reclamações em caso desrespeito aos seus vereditos, inclusive aquelas proferidas em sede de controle difuso de normas.

Na mesma linha, entende Teori Albino Zavascki<sup>110</sup> acerca da transcendência, com caráter vinculante, da decisão sobre a constitucionalidade da lei em sede de controle difuso. E Lucio Bittencourt assevera sobre a incongruência do comando com a teoria da nulidade da lei inconstitucional, adotada pelo Brasil, *in verbis*:

Dizer que o Senado ‘suspenda a execução’ da lei inconstitucional é, possivelmente, improbidade técnica, uma vez que o ato, sendo inexistente ou ineficaz, não pode ter suspensão sua execução<sup>111</sup>

Nesse momento, convém salientar, duas outras inovações introduzidas no ordenamento jurídico pátrio que vai de encontro com as bases de apoio apresentadas à tese mutação constitucional do art. 52, X.

Conforme visto, o reforço do controle abstrato na Carta de 1988, colabora para a tão almejada celeridade processual e a efetiva prestação jurisdicional. Dessa forma, as inovações trazidas com a emenda constitucional nº 45/04, quais sejam, súmulas vinculantes e repercussão

---

<sup>107</sup> MENDES, G.F. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional**, Brasília, Revista de Informação Legislativa, v. 41, n. 162, p. 149-168, abr./jun. 2004). Pg. 165. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/953>

<sup>108</sup> BULOS, Lammêgo, U. **Curso de direito Constitucional**, 11ª Ed, São Paulo, Saraiva, 2018, pg.350

<sup>109</sup> Assim prevê o art. 102, caput da CFRB/88: Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...)

<sup>110</sup> T.A. Zavascki. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, p. 135-136. APUD. LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 24 ed. São Paulo, Saraiva, 2020, pag. 308.

<sup>111</sup> BITTENCOURT, C. A. Lúcio. O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis, 1997, pg. 145-146, APUD MENDES, G.F. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional**, Brasília, Revista de Informação Legislativa, v. 41, n. 162, p. 149-168, abr./jun. 2004). Pg. 159. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/953>

geral do Recurso Extraordinário, igualmente favorecem o processo de objetivação do controle de constitucionalidade, na medida que fortalecem o precedente normativo.

Frisa-se que as súmulas vinculantes são de competência do Supremo Tribunal Federal e representam outra hipótese de transformação no ordenamento jurídico brasileiro em que os precedentes judiciais ganham força normativa vez que a repetição de decisões sobre determinada matéria em casos concretos, acarretará em entendimento sumulado com eficácia *erga omnes*.

A força das súmulas vinculantes limita a atuação dos Magistrados e Administradores públicos, retirando sua liberdade ao passo que os obriga acatar o seu teor. Em igual sentido, evita a proliferação de demandas idênticas, ao passo de vincular também os administrados.

Alexandre de Moraes afirma que tal instituto reforça o desuso da aplicação do art. 52, X da Constituição Federal, *in verbis*:

Não mais necessária a aplicação do art. 52, X da Constituição Federal – cuja efetividade, até hoje, sempre foi reduzidíssima, - pois declarando incidentalmente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, o próprio Supremo Tribunal Federal poderá editar Súmula sobre a validade, a interpretação e a eficácia dessas normas, evitando que a questão controvertida continue a acarretar insegurança jurídica e multiplicidade de processos sobre a questão idêntica.<sup>112</sup>

No mesmo raciocínio, a repercussão geral, atuando como pressuposto para admissibilidade do Recurso Extraordinário, na Suprema Corte, se acatado valerá como precedente para todos demais órgãos do Poder Judiciário e caso não reconhecido naquele assunto, as demandas similares serão automaticamente extintas, conforme explanado anteriormente na presente monografia. Nítido, então, a expansividade dos efeitos da decisão do Suprema corte.

Em contramão ao exposto, parte da doutrina se opõem ao entendimento de mutação constitucional, ao afirmar que a participação do Senado Federal no controle difuso continua sendo fundamental, vez que representa um exercício democrático. Com base nisso, o jurista Lênio Streck salienta:

Mas o modelo de participação democrática no controle difuso também se dá, de forma indireta pela *atribuição constitucional deixado ao Senado Federal*. Excluir a competência do Senado Federal – ou conferir-lhe apenas um caráter de tornar público o entendimento do Supremo Tribunal Federal – significa reduzir as atribuições do Senado Federal à de uma secretaria de divulgação intra-legislativa das decisões do Supremo Tribunal Federal; *significa, por fim, retirar do processo de controle difuso qualquer possibilidade de chancela dos representantes do povo deste referido*

---

<sup>112</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 35ª ed. São Paulo, Grupo GEN, 2019, pg. 781

*processo*. O que não parece ser sequer sugerido pela Constituição da República de 1988.<sup>113</sup>

Na visão dessa corrente, a mudança de interpretação do dispositivo constitucional implicaria violações a princípios constitucionais, como o devido processo legal, ampla defesa e a separação dos poderes, na medida em que “assim se pretende atingir aqueles que não tiverem garantido o seu direito constitucional de participação nos processos de tomadas da decisão que o afetará.”<sup>114</sup>

Tal atribuição não deveria ser retirado do rol das competências constitucionalmente previstas ao Poder Legislativo, já que acarretaria exorbitar o exercício da jurisdição constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, alterando a semântica do texto constitucional. Estaria, portanto, a Suprema corte, legislando, através da realização de emendas constitucionais, de forma antidemocrática.

Ratificando esse pensamento, Lênio Streck, expõe:

Ora, um tribunal não pode mudar a constituição; um tribunal não pode inventar o direito; este não é seu legítimo papel como poder jurisdicional, numa democracia. A atividade jurisdicional, mesmo a das cortes constitucionais, não é legislativa, muito menos constituinte.<sup>115</sup>

O jurista conclui afirmando que se a Constituição “elabora tão precioso processo de diferenciação entre controle concentrado e controle difuso, não há como se imaginar que os efeitos do controle concentrado sejam extensivos ao controle difuso, de forma automática.”<sup>116</sup> No entanto, entendemos que tais críticas não se encontram guaridas.

Primeiro porque o próprio Código de Processo civil estabelece a possibilidade de que aqueles que possam ser afetados pela decisão – tomada em sede de recurso extraordinário – participem do processo, através do instrumento processual denominado *amicus curiae*, previsto no artigo 323, §3º<sup>117</sup> do regimento interno do Supremo Tribunal Federal.

Em segundo, a Constituição Federal de 1988 não impõe óbice algum ao processo de objetivação, pelo contrário, tal tendência só amplia, dado a valorização dos precedentes

---

<sup>113</sup> STRECK, L.L.; OLIVEIRA, M.A.C..L, BARRETO, M.M.A. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso**. Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi, 2008, 19:10, pg. 50

<sup>114</sup> STRECK, L.L.; OLIVEIRA, M.A.C..L, BARRETO, M.M.A. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso**. Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi, 2008, 19:10, pg. 51.

<sup>115</sup> Ibidem, pg. 61

<sup>116</sup> Ibidem, pg. 51

<sup>117</sup> Prevê o art. 323, §3º do RISTF: Art. 323, §3º -Mediante decisão irrecorrível, poderá o(a) Relator(a) admitir de ofício ou a requerimento, em prazo que fixar, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, sobre a questão da repercussão geral.

judiciais no cenário normativo atual, com sua conseqüente possibilidade de tornar mais efetivos diversos princípios constitucionais, explícitos ou implícitos, tal como a duração razoável do processo<sup>118</sup>, eficiência da administração pública<sup>119</sup> e segurança jurídica.

Em entendimento intermediário, Uadi Lammêgo Bulos, no que pese concordar com a tendência da Abstrativização do controle difuso, argumenta que o referido comando constitucional não sofreu mutação, mas sim um lento processo desuso. *In verbis*:

Na realidade, o que aconteceu com o art. 52, X, da Constituição de 1988 foi sua inadequabilidade em face das transformações do fato social cambiante, acarretando-lhe desuso, e não mutação constitucional. Desuso é a não aplicação ou desobediência a uma norma, sem que haja criação de outro que se lhe oponha, em virtude de sua inadequabilidade social. Mas nem todo desuso acarreta mutação constitucional. O art. 52, X, do Texto de 1988, por exemplo, não sofreu qualquer mutação constitucional, embora esteja passando por um lento e gradual processo de desuso, haja vista sua inadequabilidade social, algo que, a nosso sentir, não constitui uma verdadeira reforma da Constituição sem expressa mudança do texto.<sup>120</sup>

Não obstante tal entendimento, o próprio doutrinador exemplifica que não haveria necessidade da mutação, tendo em vista que, atualmente, o papel do Senado se encontra superado e apresenta caráter meramente figurativo, destinando-se a dar publicidade à decisão do Supremo.

Pode-se concluir a partir daí que, diante das alterações normativas sofridas no ordenamento brasileiro, tal comando constitucional deve ser interpretado de forma diferente dada a nova realidade social em que insere não tendo, contudo, sofrido alteração de seu texto, restando nítido, portanto, uma autêntica mutação constitucional, nos exatos termos de sua definição.

Nesse raciocínio, Anna Cândida da Cunha Ferraz elucida o fenômeno da mutação constitucional:

(...) consiste na alteração, não da letra ou do texto expresso, mas do significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais, através ora da interpretação judicial, ora dos costumes, ora das leis, alterações essas que, em geral, se processam lentamente, e só se tornam claramente perceptíveis quando se compara com o entendimento atribuído às cláusulas constitucionais em momentos diferentes, cronologicamente afastados um do outro, ou em épocas distintas e diante de circunstâncias diversas.<sup>121</sup>

<sup>118</sup> Prevê o art. 5, LXXVII da CRFB/88: Art.5. LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

<sup>119</sup> Prevê o art. 37 da CRFB/88: Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte.

<sup>120</sup> BULOS, Lammêgo, U. **Curso de direito Constitucional**, 11ª Ed, São Paulo, Saraiva, 2018, pg.233

<sup>121</sup> FERRAZ, A.C.C. **Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**. 2º Ed. São Paulo: EDIFIEO, 2015, p.9

Conforme exposto, ainda que haja controvérsias a respeito do tema, fato é que há, atualmente, há uma Abstrativização do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro.

Tecida a análise, parece-nos adequado concordar com a tese da mutação constitucional da função do Senado, dado que poder constituinte originário modificou de forma ampla o sistema de controle de constitucionalidade, estabelecendo o papel de guardião da Constituição, precipuamente, à Suprema Corte, reforçando o princípio da força normativa e supremacia da Constituição e integridade e coerência da jurisprudência dos tribunais, com sua consequentemente aplicação uniforme.

Notório, admitirmos, portanto, que tal realidade que passou a orientar a atividade jurisdicional brasileira, inevitavelmente, nos leva a uma aproximação dos dois modelos de controle de constitucionalidade.

Não só pela ênfase dada ao controle concentrado, através da criação de novas ações próprias de inconstitucionalidade e ampliação do rol de legitimados, como também e, principalmente, da criação do cenário da valorização dos precedentes judiciais.

Tal cenário é contemplado através da necessidade de observância do entendimento do plenário do Supremo Tribunal acerca da constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo, afastando, assim, utilização da cláusula de reserva de plenário, quando do julgamento de divergências constitucionais semelhantes, e do surgimento dos institutos da súmula vinculante e repercussão geral do Recurso Extraordinário, bem como outros dispositivos surgidos com o advento do Novo Código de Processo Civil de 2015.

Por conseguinte, há de se frisar que realidade brasileira atual se comporta diferente daquela da criação da competência do Senado, dado que a sua justificativa em persistir se perfaz por razões históricas ultrapassadas, tendo em vista que a democracia e a separação dos poderes se encontram mais fortalecidos em comparação com a fragilidade e juvenilidade que o regime democrático brasileiro e a separação dos poderes se encontravam à época.

Outrossim, a teoria da mutação constitucional do referido artigo, parece adequar-se com a teoria da nulidade da lei inconstitucional, adotado pelo ordenamento pátrio. Dado que, se previsto o Supremo Tribunal Federal como guardião do texto constitucional, sendo ele eleito para fornecer a “palavra final” sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo, orientando toda a aplicação e interpretação constitucional (haja visto a ênfase ao caráter vinculante de suas decisões em outros institutos), nada mais acertado que a atuação política do Senado, neste âmbito, fique limitado à conferir publicidade a tal declaração, sem que isso configure uma



afronta ao princípio de separação de poderes ou fira a essência de um Estado Democrático de Direito.

A teoria da mutação constitucional, ao se basear em um reforço na unidade de interpretação constitucional, valoriza a segurança jurídica e se adequa aos princípios da celeridade processual e efetividade da atividade jurisdicional nacional, institutos tão almejados pelo Poder Judiciário.

Na jurisprudência do Supremo, em relevante precedente, a tese foi defendida pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, todavia, foi rechaçada pelos demais ministros, motivo pelo qual não fora de fato praticada. A análise a seguir explicita o contexto de seu julgamento bem como tece considerações acerca dos votos favoráveis e contrários à tese.

## 4.2 Aplicação na Jurisprudência

O julgamento da Reclamação 4335/AC<sup>122</sup> é considerado paradigmático no que tange a possibilidade dos efeitos em sede de controle difuso, dado o impacto do entendimento do Ministro Gilmar Mendes, que o art. 52, X teria sofrido mutação constitucional.

A supracitada Reclamação foi ajuizado perante o Supremo Tribunal Federal pela Defensoria Pública da União em razão da negativa de concessão de progresso de regime proferido pelo Juiz da Vara de Execuções da Comarca de Rio Branco – AC. Segundo a defesa, o magistrado teria descumprido decisão emanada pelo Egrégio Tribunal no Habeas Corpus nº 82.959.

No julgamento do referido Habeas Corpus, a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade do art.2, §1º da lei 8.072/90, o qual vedava a progressão de regimes em crimes hediondos, considerando a violação aos princípios constitucionais da individualização da pena e da progressão de regime.<sup>123</sup>

---

<sup>122</sup> STF – Rcl. 4335 AC, Relator: Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 20/03/2014, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 22.10.2014.

<sup>123</sup> PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. (STF - HC: 82959 SP, Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 23/02/2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 01-09-2006 PP-00018 EMENT VOL-02245-03 PP-00510)

Ocorre que, tal declaração sobreveio no bojo de um caso concreto. Sendo assim, o magistrado entendeu que os efeitos da tal declaração ficariam restritas às partes, e para que o dispositivo fosse considerado inconstitucional para toda a coletividade seria imperativo a atuação do Senado Federal, nos termos do art. 52, X da Constituição Federal 1988.<sup>124</sup>

Assim, percebe-se que Reclamação interposta pela Defensoria Pública da União, foi motivada pelo entendimento que o juiz *a quo* proferiu decisão conflitante quando da decisão do Supremo Tribunal Federal naquele caso concreto. Recaindo, dessa maneira, a discussão acerca da necessidade ou não da atuação do Senado em suspender a execução da lei declarada inconstitucional *incidenter tantum*, para que tal declaração de inconstitucionalidade tenha efeitos gerais e vinculantes.

O julgamento restou caracterizado pela defesa da tese da mutação constitucionais pelos Ministros Gilmar Mendes (relator) e Eros Grau, tendo os demais ministros proferidos críticas à essa nova interpretação constitucional, levando ao não reconhecimento da Abstrativização.

Nesse ínterim, na mesma linha defendida em seu artigo publicado, demonstrado neste trabalho, o ministro defende a tese, reiterando o novo contexto social, democrático e normativo a que se insere a regra constitucional, dado a ênfase que o controle concentrado possui atualmente com a Constituição de 1988.

Enfatiza a ressignificação do papel da decisão do Supremo Tribunal Federal, em controle difuso. Para ele: “ a formula relativa à suspensão de execução de lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade”, tendo em vista que “não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo”, mas, “a própria decisão da Corte contém essa força normativa.”

Destaca, ainda, que o Brasil, possuidor de um sistema *Civil Law*, na tentativa de suprir a ausência do postulado do *stare decisis*<sup>125</sup>, para conferir eficácia geral às decisões judiciais, atribuiu ao Senado Federal tal possibilidade, Assim explica:

Embora a doutrina pátria reiterasse os ensinamentos teóricos e jurisprudências americanos, no sentido da inexistência jurídica ou da ampla ineficácia da lei declarada inconstitucional. Não se indicava a razão ou o fundamento desse efeito amplo. Diversamente, a não-aplicação da lei, no direito norte-americano constitui a expressão do *stare decisis*, que empresta efeitos vinculantes às decisões das Cortes Superiores.

---

<sup>124</sup> STF – Rcl. 4335 AC, Relator: Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 20/03/2014, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 22.10.2014. PG. 6-7.

<sup>125</sup>Oriunda dos países adotantes do common law, permite uma aplicação coerente do Direito, vez que, a partir do momento que é questão é suscitada no Poder Judiciário, sua decisão criará um precedente que julgará qualquer temática semelhante de forma similar.

Daí, ter-se adotado, em 1934, a suspensão de execução pelo Senado como mecanismo destinado a outorgar generalidade à declaração de inconstitucionalidade.<sup>126</sup>”

Todavia, aponta que tal dispositivo apresenta problemáticas, as quais são apontados por Marcelo Novelino:

Quando da introdução no sistema constitucional brasileiro do modelo norte-americano no início da República, Rui Barbosa defendeu também a adoção do *stares decisis*, o que acabou não ocorrendo. A introdução do controle difuso em sistemas de *civil law*, sem a respectiva introdução de mecanismos jurídicos que imponham o respeito ao precedente, acaba por permitir que o dispositivo legal seja aplicado por alguns juízes e deixe de ser observado por outros que o considere inconstitucional, violando princípios básicos como da isonomia e da segurança jurídica.<sup>127</sup>”

Assim, há controvérsias quanto ao seu enquadramento jurídico, dado o entendimento de que a resolução suspenderia a norma inconstitucional, constituindo assim efeitos *ex nunc*, os quais confrontam com a Teoria da Nulidade da lei inconstitucional, adotada pelo Brasil, além da resolução suspensiva possuir caráter discricionário, ou seja, facultativo.

Conforme já mencionado e defendido na presente monografia, na medida em que a doutrina e jurisprudência entendiam que a lei inconstitucional era *ipso jure* nula, deveriam ter defendido, de forma coerente, que o ato da suspensão a ser praticado pelo Senado destinava-se exclusivamente a conferir publicidade à decisão da Suprema corte, dado que a lei inconstitucional nunca foi apta a gerar relações jurídicas válidas.<sup>128</sup>

Ademais, pontua como argumento de que a atuação do Senado ficaria restrita aos casos de declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, sendo impossível que o mesmo atue em casos de não-recepção ou, ainda, em casos onde haja a utilização das técnicas de interpretação conforme a Constituição, haja vista a inexistência a rigor de uma declaração de inconstitucionalidade.

De tal modo, seria mais adequado ampliar os efeitos conferidos à decisão de modo abarcar tais situações. Cabe neste ponto, realizar uma ressalva no sentido de que tal argumento não se sustenta, haja vista que tal conflito entre Constituição e direito pré-constitucional foi identificado em sete resoluções senatorias<sup>129</sup>, sendo cabível a interpretação extensiva da expressão “lei declarada inconstitucional”, de modo abarcar tais situações. Em igual sentido,

<sup>126</sup> STF – Rcl. 4335 AC, Relator: Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 20/03/2014, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 22.10.2014. PG. 15

<sup>127</sup> NOVELINO, M. **Manual de Direito Constitucional**, Volume único, 9º Ed. Grupo Gen, 2014 Pg. 280-281

<sup>128</sup> MENDES, G.F. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional**, Brasília, Revista de Informação Legislativa, v. 41, n. 162, p. 149-168, abr./jun. 2004). Pg. 159. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/953>

<sup>129</sup> RSF nº 16/1964, 23, 25, 48, 58 e 101/1965 e 24/1966.

abrangeria a utilização das técnicas de interpretação conforme constitucional, dada a edição da Resolução nº 52, em 2005, *in verbis*:

Art.1. É parcialmente suspensa, sem redução do texto, a execução do art. 11 da Medida Provisória Federal nº 2.225-45, de 4 de junho de 2001, ficando excluído do seu alcance as hipóteses em que o servidor se recuse, explícita ou tacitamente, a aceitar o parcelamento previsto no dispositivo, em virtude de declaração de inconstitucionalidade em decisões definitiva do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Recurso Extraordinário nº 401.436-0- Goiás.<sup>130</sup>

Em raciocínio seguinte, aponta a inercia do Senado em exercer sua competência. Tal situação é verificada após a análise realizada por Fábio Leite, onde constatou-se que nos anos de 1988 e 2006 o Senado Federal aprovou setenta resoluções suspendo a execuções de leis declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, em controle difuso. Número, de fato, ínfimo, perto da potencialidade inicialmente desejada para o dispositivo.<sup>131</sup>

Por fim, critica a eficácia *inter partes* da declaração incidental de inconstitucionalidade ações coletivas, alegando que para tanto, é necessária uma força de compreensão ampliada ou do uso de figura de linguagem. Assim, lança o seguinte questionamento:

Como sustentar que uma decisão proferida numa ação coletiva, numa ação civil pública ou em mandado de segurança coletiva, que declare a inconstitucionalidade de uma lei determinada, terá eficácia apenas entre as partes?<sup>132</sup>

Complementado tal assunto, elenca em seu voto que a Suprema Corte, em decisão unanime, em 2003, julgou prejudicada a ação direta de inconstitucionalidade nº 1.919 (relatora Min. Ellen Gracie), proposta contra o provimento nº 556/97, editado pelo Conselho Superior da Magistratura Paulista, o qual determinava a destruição dos autos físicos arquivados há mais de cinco anos.

A decisão de prejudicialidade decorre pelo “reconhecimento de eficácia *erga omnes* à declaração de ilegitimidade do ato normativo proferido em mandado de segurança coletivo, no Superior Tribunal de Justiça<sup>133</sup>”. Dessa forma, por conta da decisão proferida nesses processos

<sup>130</sup> Resolução Senado nº 52 de 2005. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Congresso/ResSF52-05.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Congresso/ResSF52-05.htm)

<sup>131</sup> LEITE, Fábio. Carvalho. **Mitos e equívocos sobre a participação do senado no controle de constitucionalidade**. Revista Direito, Estado e Sociedade. Rio e janeiro. Pontifícia Universidade Católica m. 52, 2018, p.28. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/1055/505>

<sup>132</sup> STF – Rcl. 4335 AC, Relator: Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 20/03/2014, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 22.10.2014. PG. 45

<sup>133</sup> MENDES, G.F. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional**, Brasília, Revista de Informação Legislativa, v. 41, n. 162, p. 149-168, abr./jun. 2004). Pg. 159. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/953>

terem eficácia geral e vinculante, nos termos do art. 16 da lei 7.347/85<sup>134</sup>, afigura-se difícil justificar a necessidade de participação do Senado Federal.

As indagações e apontamentos levantados pelo Ministro ao longo de seu voto, chega à conclusão de que haveria ocorrido uma autentica mutação constitucional do art. 52, X da Constituição de 1988, julgando pela procedência da reclamação, dada a equiparação dos efeitos da decisão no controle difuso e concentrado, pelo Supremo Tribunal Federal.

Em semelhante sentido, sustenta o voto do Ministro Eros Grau, onde realiza a análise do voto do ministro para entender se o mesmo não extrapolou os limites da elasticidade que é conferida aos intérpretes da constituição, durante sua função de interpretar.

Assim concluir que, no caso em análise, a hipótese é sim de mutação constitucional, sendo esta a que condiciona a interpretação do texto da lei com a realidade social a qual está inserida, em suas palavras reverbera:

A mutação constitucional é a transformação de sentido do enunciado da constituição sem que o próprio texto seja alterado em sua redação, vale dizer, na sua dimensão constitucional textual. Quando ela se dá, o intérprete extrai do texto normal diversa daquelas que nele se encontravam originariamente involucradas, em estado de potência. Há, então, mais do que interpretação, esta concebida como processo que opera a transformação de texto em norma. Na mutação constitucional caminhamos não de um texto a uma norma, porém de um texto a outro texto, substituíu o primeiro.<sup>135</sup>”

Por fim, afirma que o dispositivo se tornou obsoleto, motivo pelo qual sua leitura deveria deve se dar de outra forma, de modo a se enquadrar à sistemática do ordenamento jurídico contemporâneo, entendimento partilhado na presente Monografia. Assim conclui:

Obsoleto o texto que afirma ser 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, no todo ou em parte. Por decisão definitiva do Supremo.<sup>136</sup>

Apesar dos votos favoráveis expostos acima, parte dos demais Ministros, no que pese terem julgado procedente a reclamação, se basearam na edição de súmula vinculante sobre o Tema, no decorrer do processo e a outra parte, concedera de ofício o Habeas Corpus, julgando improcedente a Reclamação.

---

<sup>134</sup> Assim prevê o art. 16 da lei 7.347/85: Art.16 - A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

<sup>135</sup> STF – Rcl. 4335 AC, Relator: Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 20/03/2014, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 22.10.2014. PG. 72

<sup>136</sup> Idem.

Neste contexto, os Ministros Teoria Zavascki, Luis Roberto Barroso, Rosa Weber e Celso de Mello, reconheceram fato superveniente, qual seja, a Súmula Vinculante 26/2009<sup>137</sup> e por isto a reclamação se enquadrava na hipótese do art. 462 do CPC/73, atual art. 493 do CPC/15<sup>138</sup>, tendo entendido, então, pela sua procedência, não admitindo, porém, a Teoria da mutação constitucional, apresentada pelo Min. Gilmar Mendes e defendida pelo Min. Eros Grau.

De forma breve, o Ministro Teori Zavascki, com concordância do Ministro Luis Roberto Barro, embora admitisse a expansividade das decisões do Supremo, ainda que tomadas em processos subjetivos, isto não seria suficiente para fundamentar o cabimento da Reclamação, sob pena de transformar a Suprema Corte em órgão recursal, com supressão das demais instâncias. Pontua em seu voto:

É que, considerando o vastíssimo elenco de decisões da Corte Suprema com eficácia expansiva, e a tendência de universalização dessa eficácia, a admissão incondicional de reclamação em caso de descumprimento de qualquer delas, transformará o Supremo Tribunal Federal em verdadeira Corte Executiva, suprimindo instâncias locais e atraindo competências próprias das instâncias ordinárias. Em outras palavras, não se pode estabelecer sinonímia entre força expansiva e eficácia vinculante *erga omnes* a ponto de criar uma necessária relação de mútua dependência entre decisão com forças expansiva e cabimento da reclamação.<sup>139</sup>

Por suas vezes, os Ministros Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, não obstante também não acatarem a Tese de Mutação Constitucional, reconhecendo assim, a necessidade de atuação do Senado Federal, nos termos do art. 52,X da Constituição Federal, para conferir eficácia *erga omnes* à declaração definitiva de inconstitucionalidade, julgou improcedente a reclamação, dada sua origem, porém como haviam reconhecido a inconstitucionalidade da vedação da progressão de regime para crimes hediondos, concederam Habeas Corpus de ofício.

Em breve síntese, os argumentos dos votos contrários se assemelham aos tecidos, no presente estudo, no que diz respeito a não cabimento da mutação constitucional, na medida em que afirmam ser uma afronta à separação dos poderes, estabelecida como *clausula pétrea*. “O

---

<sup>137</sup> Confira-se a redação da Súmula Vinculante 26: “Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico. Disponível em:

<sup>138</sup> Assim prevê o art. 493 do CPC/15. Art. 493 - Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz toma-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão.

<sup>139</sup> STF – Rcl. 4335 AC, Relator: Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 20/03/2014, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 22.10.2014. PG. 168

fortalecimento do STF, no entanto, não se deu em detrimento das competências dos demais poderes, em especial daquela conferida ao Senado Federal no art. 52, X da Carta em vigor.”<sup>140</sup>

Diante dos votos contrários, há de se considerar que tal decisão foi proferida na vigência do Código de Processo de 1973 e, assim, não foi levado em consideração as novas normas introduzidas com o novo cenário jurídico criado a partir do Código de Processo de 2015.

Assim, tal teoria voltou a ser discutida, agora com base na nova realidade normativa, no âmbito de um controle concentrado, cujo o entendimento acima exposto, fora substancialmente alterado, tornando-se a Abstrativização uma possível nova realidade para o Supremo Tribunal Federal.

### **4.3 Novo entendimento do Supremo Tribunal Federal**

As ADI 3.406 e 3.470, foram ajuizados pela Confederação Nacional dos Trabalhadores de Indústria (CTNI) em face da lei estadual nº 3.579/01 do Rio de Janeiro, a qual proibia a extração de amianto/asbesto e disciplinava sua progressiva substituição em toda extensão do Estado. A título de elucidação, a ADI nº 3.470 foi ajuizado dois meses após a primeira, e por possuir o mesmo objeto desta, foi distribuída por prevenção.

Por conseguinte, argumentaram que tal lei estadual feria os princípios da livre iniciativa e exorbitava os limites da competência suplementar do ente federativo, dado o evidente confronto com o art. 2 da lei federal nº 9.055/95<sup>141</sup>, a qual permitia o uso controlado da substância. Assim, a questão residia no fato de determinar se houve invasão da competência federal (normas gerais), no âmbito das competências concorrentes entre os entes, estipuladas na Constituição Federal de 1988.

Ocorre que, em julgamento anterior, a Suprema Corte já havia declarado, incidentalmente, a inconstitucionalidade do referido dispositivo da lei federal, em ação direta de inconstitucionalidade, ADI nº 3.937, cujo objeto era uma lei estadual de São Paulo<sup>142</sup>.

Sobre tal situação convém explicar que a declaração de inconstitucionalidade do determinado dispositivo da lei federal, ocorreu no âmbito do controle concentrado. Desta forma, é como se estivéssemos diante do procedimento de cisão previsto para o controle difuso, onde

---

<sup>140</sup> Ibidem, pg. 121-122

<sup>141</sup> Lei nº 9.055/1995: “Art. 2º O asbesto/amianto da variedade crisólita (asbesto branco), do grupo dos minerais serpentinas, e as demais fibras, naturais ou artificiais de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim, serão extraídas, industrializadas, utilizadas e comercializadas em consonância com as disposições desta lei.

<sup>142</sup> STF – ADI. 3.937, Relator: Min. Cármen Lúcia, Data de Julgamento: 24.08.2017, Tribunal Pleno, Data de publicação: 01.02.2019

a questão de ordem suscitada precisa ser resolvida para a questão principal sofrer seu julgamento.

A diferença reside no fato desta questão de ordem ser suscitada, não no controle difuso, mas sim em determinada Ação direta de inconstitucionalidade, no controle concentrado. À vista disso, os efeitos dessa declaração incidental, no controle difuso, inicialmente, tiveram seus efeitos restringidos às partes daquele processo.

Ademais, quando do julgamento das duas ações diretas de inconstitucionalidade mencionadas anteriormente, em 29 de novembro de 2017, o plenário do Supremo Tribunal Federal indeferiu os pedidos requeridos, entendendo que a norma estadual do Rio de Janeiro não excedia os limites da competência suplementar dos Estados, no tocante a esta matéria.

Tal entendimento, se baseou no fato da Suprema Corte, não só ter reafirmado a inconstitucionalidade do art. 2 da lei federal, como também ter concedido, neste segundo momento, eficácia vinculante e *erga omnes* a esta declaração incidental de inconstitucionalidade do dispositivo da lei federal, o qual permitia a produção controlada da substância, no âmbito do controle concentrado.

Assim, a declaração de inconstitucionalidade se deu incidentalmente em um processo de controle concentrado, o qual possuía como objeto a lei estadual do Rio de Janeiro. Contudo, para apreciar o pedido da ação direta, a corte precisou analisar a constitucionalidade da lei federal, que, no entanto, não era objeto da ação. Em outras palavras, a declaração de inconstitucionalidade se deu incidentalmente, como questão prejudicial, apesar de interna ao processo objetivo de controle de constitucionalidade.

Tal pronuncia de nulidade incidental com efeito *erga omnes* e vinculante gerou ampla discussão na corte, tendo, ao final, por 7x2, o Supremo Tribunal Federal entendido ter ocorrido a mutação constitucional do art. 52, X da Constituição Federal, sustentando que o papel do Senado Federal seria apenas para conferir publicidade à decisão do Supremo.

Cumprido ressaltar que os acórdãos das referidas ADI ainda não foram publicados, razão pelo qual as informações tecidas a seguir, acerca dos votos dos Ministros, serão retiradas do Informativo nº 886/STF<sup>143</sup> e da transmissão do julgamento disponibilizado, na íntegra, pelo Supremo, em sua página virtual.

Inicialmente pontua -se que os Ministros Ricardo Lewandowski e Roberto Barroso não se manifestaram tendo em vista sua ausência e impedimento, respectivamente.

---

<sup>143</sup> Informativo nº 886/STF. Disponível em:  
<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo886.htm>



Além disso, observa-se do julgamento que, não obstante, a inconstitucionalidade ter sido declarada de modo incidental no âmbito do controle concreto, o julgamento, por maioria absoluta, não fez distinção entre processo objetivo e subjetivo, propondo, de modo geral, a tese de mutação constitucional do art. 52, X da Constituição Federal.

Ademais, o ministro Gilmar Mendes, conforme esperado, por ser defensor da tese de mutação constitucional de longa data, reforçou seus argumentos quando do julgamento da reclamação nº 4335, adicionando ao seu entendimento que o art. 535, §5º, introduzido pelo Novo Código de Processo Civil de 2015<sup>144</sup>, o reforça.

O ministro Celso de Mello, modificando seu entendimento anterior, considerou estar diante de verdadeira mutação constitucional que expande os poderes do STF em tema de jurisdição constitucional. Para ele, o que se propõe é uma interpretação que confira ao Senado Federal a possibilidade de simplesmente, mediante publicação, divulgar a decisão do STF. Mas a eficácia vinculante resulta da decisão da Corte.

No mesmo sentido, a ministra Cármen Lúcia, afirmou que a Corte está caminhando para uma inovação da jurisprudência no sentido de não ser mais declarado inconstitucional cada ato normativo, mas a própria matéria que nele se contém.

O ministro Dias Toffoli, por sua vez, sustentou a eficácia geral plena, para todo o território nacional, da decisão tomada incidentalmente, evitando que a Suprema Corte, tenha que aguardar eventual atuação política do Senado Federal e seja forçado a agir burocraticamente, em vários processos o que já foi decidido.”

Por sua vez, o ministro Edson Fachin concluiu que a declaração de inconstitucionalidade, ainda que incidental, opera uma preclusão consumativa da matéria. Isso evita que se caia numa dimensão semicircular progressiva e sem fim.

Conclui o ministro Luiz Fux, o qual afirma a proposta de equivalência entre o controle difuso e o controle concentrado, sustentando, então, que o art. 52, X da Constituição Federal apenas permitiria a chancela formal do Senado Federal, que não poderia alterar a essência da declaração de inconstitucionalidade pela Suprema corte.

Em sentido contrário, o Ministro Marco Aurélio, não admitiu a tese da mutação constitucional do papel do Senado, previsto no art. 52, X da Constituição Federal, reafirmando seu entendimento anterior, de que a tal atuação do Supremo viola a independência e harmonia

---

<sup>144</sup> Prevê o artigo 535, §5º do CPC/15: Art. 535, §5º - Para efeito do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.”

entre os poderes. Havendo, para tanto, a necessidade de verdadeiro processo de reforma constitucional, através da aprovação de emenda constitucional.

Nesse raciocínio, o Ministro Alexandre de Moraes sustentou que a perspectiva de mutação constitucional do art. 52, X, não foi formalmente votada por não ter sido levantada como questão de ordem.

Em continuidade, afirma que não admite a proposta de mutação constitucional, pois as hipóteses de efeito vinculante foram revistas pela EC nº 45, que introduziu os institutos da Súmula Vinculante e Repercussão Geral ao Recurso Extraordinário. Não poderia então o Supremo, alterar sentido do referido artigo, pois entende que o órgão jurisdicional estaria legislando e assim, interferindo na separação dos poderes, em conformidade com o entendimento do ministro Marco Aurélio.

Tal entendimento é partilhado pelo Doutrinador Pedro Lenza, o qual elenca em sua obra:

Para declaração de inconstitucionalidade incidental de lei ou ato normativo produza efeitos vinculantes e *erga omnes* independentemente de resolução do Senado Federal, partindo do pressuposto de que, de fato, houve mutação constitucional do art. 52, X, entendemos que o STF tem 3 medidas a fazer: a) formalmente deliberar sobre a questão, destacando-a como questão prejudicial; b) alcançar o quórum mínimo de 6 ministros (art. 97, CF/88) no sentido da inconstitucionalidade; c) fazer integrar a questão resolvida na emenda do acórdão, deliberando sobre os efeitos e podendo, se acharem conveniente, inclusive modular os efeitos da decisão, observando o quórum de 2/3, previsto no art. 27 da lei 9.869/99.<sup>145</sup>”

Ainda em relação às críticas à teoria, João Paulo Aguiar Santos<sup>146</sup>, apresenta-as ao afirmar que a mesma limitaria a competência constitucionalmente atribuída aos demais órgãos jurisdicionais que passariam a ficar vinculados às decisões proferidas pelo STF em sede de controle difuso, situação não prevista no texto da Constituição.

Além disso, reduziria a relevância do dispositivo que estipula o rol dos legitimados para propositura das ações próprias do controle concentrado, ao permitir a origem subjetiva da controvérsia constitucional e por fim, conforme corroborado por outros autores, violaria a literalidade do comando constitucional.

Dadas tais considerações sobre o julgamento, a Suprema Corte, adotou, a antiga tese defendida pelo Ministro Gilmar Mendes. Assim, convém analisar se a partir desse julgamento, a teoria da Abstrativização do controle difuso, passou a ser uma realidade plausível para o Supremo Tribunal Federal.

---

<sup>145</sup> LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 24 ed. São Paulo, Saraiva, 2020, pag. 320.

<sup>146</sup> SANTOS, J.P.A. Interpretação Constitucional aberta e controle de constitucionalidade: Reflexões acerca da “Abstrativização do controle concentrado” APUD. NOVELINO, M. **Manual de Direito Constitucional**, Volume único, 9º Ed. Grupo Gen, 2014 Pg. 280-281.

É razoável admitir, entretanto, que inobstante tal posicionamento, e todos os avanços no campo doutrinário da objetivação e da jurisprudência defensiva do Tribunal, não há como afirmar com absoluta maestria que tal julgamento, obrigatoriamente, originará caráter vinculante para as próximas demandas decididas em sede de controle difuso ou concentrado.

Contudo, fato inegável é que a tendência da expansividade das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal se fortalece a cada dia, dado as mudanças no atual cenário jurídico brasileiro.

Nesse sentido, a argumentação de que a tese mutacional, fere a separação dos poderes, não se perfaz dado o diferente contexto histórico que a carta de 1988 se insere. Além disso, a mudança do contexto normativo, especialmente no que tange a ênfase fornecida ao controle concentrado e valorização dos precedentes judiciais, configuram, por definição, autêntica mutação constitucional, além de estar em harmonia com a teoria da nulidade da lei inconstitucional, adotada pelo Brasil.

O posto fornecido pelo constituinte originário, de Guardiã da Constituição, ao Supremo Tribunal Federal, faz com que tais declarações de inconstitucionalidade, seja em sede de controle difuso ou concentrado, possuam elevada força normativa antes não configurada, ao menos nesta intensidade.

Tal fato, que culmina na aproximação dos dois modelos de controle de constitucionalidade, não permite admitir, que a decisão proferida pelo guardião da constituição, apenas por ter sido declarada no bojo de um caso concreto, tivesse seus efeitos *inter partes*.

Inclusive, conforme mencionado pelo Ministro Dias Toffoli, a Abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, evitaria o processo burocrático que a Suprema Corte enfrentaria para dirimir controvérsias constitucionais, as quais já tenha se pronunciado.

A utilização do Senado Federal, como forma a suprir a ausência de efeitos gerais às decisões judiciais, dado a utilização do sistema *civil law* pelo Brasil, é incongruente com as demais regras do ordenamento jurídico Brasileiro. Tanto é, que há uma forte vertente em direção a valorização do instituto dos *stares decisis*, com a conseqüente supressão do comando constitucional.

Ademais, ao contrário do alegado, consistente em afirmar que a Abstrativização do controle difuso causaria a inutilização das súmulas vinculantes. Entendemos que referido instituto reforça tal teoria. Desta forma, as súmulas vinculantes, operariam ao lado das declarações de inconstitucionalidade, sejam elas incidentais ou não, pelo Supremo Tribunal, resguardando e fornecendo o imperioso efeito *erga omnes* e vinculante das decisões definitivas de inconstitucionalidade proferidas pela Suprema Corte, enaltecendo assim a força normativa da Constituição.

Ademais, o argumento de que a admissão da tese mutacional com a consequente objetivação do controle difuso, transformaria a corte em órgão recursal, dado o aumento do número de reclamações, não parece adequar-se, dado as novas normas introduzidas pelo Código de Processo Civil de 2015, onde, inclusive, é admitida a Reclamação para preservar a autoridade das decisões dos tribunais.<sup>147</sup>

Fato é que, para que se opere uma coerente aproximação dos dois modelos de controle de constitucionalidade, há de admitir a interposição de reclamações, em face das declarações de inconstitucionalidades, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle difuso.

Todavia, o aludido aumento dos números de reclamações, restaria ínfimo dado a multiplicidade de processos semelhantes, na hipótese de permanência do efeito *inter partes* da decisão no âmbito do controle difuso, pela Suprema Corte.

Não só fica evidenciada a continuidade da sobrecarga do poder judiciário, para o litigante significaria um longo prazo de espera processual, o qual poderia ser evitado, considerando que o próprio interprete final da Constituição, já teria decidido sobre a controvérsia constitucional, o que acarretaria o eventual êxito de sua demanda de forma mais célere, por meio da Reclamação.

Assim, não operaria uma supressão de instâncias, dado que a ampliação se opera somente no caso de processo subjetivo alcançar o âmbito da suprema corte. E sim, a construção de um cenário jurídico e processual de celeridade efetividade da prestação jurisdicional ao cidadão, tão almejados pelo Poder Judiciário.

Tais apontamentos, conforme mencionado, foram fortemente fortalecidos com cenário de valorização dos precedentes judiciais. O tópico a seguir analisará as principais inovações neste sentido, que mais uma vez, reforçam a ideia da expansividade das decisões proferidas pelo Supremo.

#### **4.4 Valorização dos Precedentes Judiciais**

Consoante ao exposto no presente trabalho, o cenário jurídico brasileiro sofreu consideráveis mudanças normativas, desde a entrada em vigor da Constituição de 1988 até o advento do Novo Código de Processo Civil de 2015.

---

<sup>147</sup> Prevê o artigo 988 caput e II do CPC/15: Art. 988 - Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: (...) II- garantir autoridade das decisões do tribunal.

Assim, a maior mudança, se perfaz na valorização dos precedentes judiciais, melhor dizendo, a aproximação com o instituo do *Stares Decisis*, norte americano, típico dos países adotando da *common law*, o qual, conforme mencionado, é utilizado no direito para se referir à doutrina segunda a qual as decisões de um órgão judicial criam precedentes, regras para julgamento futuro, vinculam futuras decisões.

Tal percepção é reconhecida através de diversos dispositivos do Código de Processo, entre eles pode-se destacar o já mencionado, art. 525, §12º, *in verbis*:

Art.525. Transcorrido o prazo previsto no art. 523 sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação.

(...)

§12. Para efeito do disposto no inciso III do § 1º deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, **em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.** (grifo nosso)<sup>148</sup>

Tal artigo, nos termos que reverbera Gilmar Mendes, configura o nítido o teor de expansividade das decisões do controle difuso, dado que a declaração de inconstitucionalidade proferido no bojo de um caso concreto, atingirá terceiros, no que tange a exigibilidade do título judicial em que se funda a relação.

Em igual sentido, o já mencionado art. 988, II garante a interposição de reclamação para preservação da autoridade das decisões dos tribunais, o art. 1.030, I, alínea a e b<sup>149</sup>, os quais negam seguimento ao Recurso Extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecida a existência de repercussão geral ou que contrarie acórdão que esteja em conformidade com o entendimento do Supremo Tribunal exarado no regime de repercussão geral.

Assim, fica evidente a vontade do legislador de preservar o entendimento da Suprema corte, fornecendo um caráter de expansividade às suas decisões, dado que as demais

<sup>148</sup> Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)

<sup>149</sup> Prevê o art. 1.030, I, alínea a e b: Art. 1.030 - Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá: I- negar seguimento: a) a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral; b) a recurso extraordinário ou a recurso especial interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos.

controvérsias serão decididas em conformidade com o que o intérprete final do texto constitucional, assim definiu.

Nesse raciocínio, opera o art. 949, parágrafo único<sup>150</sup>, o qual dispensa a apreciação pelo plenário (cláusula de reserva de plenário), quando já houver pronunciamento deste acerca da inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo, por parte do Pleno do Supremo Corte. Assim, tal entendimento, vinculará as demais instâncias.

Tais inovações vão de encontro com o disposto no art. 926<sup>151</sup>, o qual inovou ao prever que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

Evidente, portanto, um aumento da vinculação dos juízes e do Tribunal, com o consequente reforço ao instituto da Reclamação, mesmo que as decisões tiverem sido proferidas no bojo de um caso concreto.

#### 4.4.1 Repercussão Geral

Outro relevante ponto a se destacar é a exigência da repercussão geral para admissibilidade do Recurso Extraordinário, dado que ele é o instrumento de maior relevância desse controle.

Deste modo, evidencia-se que a exigência de repercussão geral como requisitos de admissibilidade do recurso extraordinário, bem como a conferência de poder vinculante à decisão de inconstitucionalidade proferida no recurso extraordinário dotado de repercussão geral, agrega ao controle difuso, elementos característicos do controle concentrado, o qual sustenta seu processo de Abstrativização.

Luiz Manoel Gomes Junior, na mesma linha de raciocínio, acrescenta que tal instituto assegura o papel conferido ao Supremo Tribunal Federal de guardião do Texto Maior do Estado:

A repercussão geral consubstancia instrumento de filtragem colocado à admissibilidade dos recursos extraordinários dirigidos ao Supremo tribunal Federal, na tentativa – absolutamente legítima<sup>13</sup>, de reconduzi-lo ao seu lugar e à sua verdadeira função, de Corte Constitucional responsável pela preservação da Constituição Federal.<sup>152</sup>

---

<sup>150</sup> Prevê o art. 949, parágrafo único: Art. 949, Parágrafo 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.

<sup>151</sup> Prevê o art. 926 do CPC/15: Art. 926-Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

<sup>152</sup> GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. **A repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário**. Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil. Porto Alegre: Síntese, v. 6., n. 34, mar./abr., 2005, p. 13. Disponível em: <http://www.dominipublico.gov.br/download/teste/arqs/cp106922.pdf>

Assim, quando o pleno do Supremo Tribunal Federal exige a repercussão como requisito de sua admissibilidade, adjudica determinada objetividade ao julgamento, afirmando que a decisão sobre a lei, antes restrita as partes, agora será dotada com repercussão geral atingindo terceiros. Assim, é possível entender que se aplica a teoria dos motivos determinantes.

Em suma, tal teoria é aquela por meio da qual se confere eficácia geral aos motivos em que se basearem a decisão, vinculante o poder judiciário e o executivo, em outras palavras, amplia-se a eficácia geral, antes fornecida apenas à parte do dispositivo de declarava a inconstitucionalidade.<sup>153</sup> Tal teoria é aplicada em sede de controle concentrado, todavia, conforme explanado, nada obsta a sua aplicação na seara do controle difuso.

Resta claro que, a aplicação da teoria dos motivos determinantes às decisões em recurso extraordinário, reforça em grau máximo o processo de objetivação do controle difuso de constitucionalidade, sendo inclusive, elemento de acesso à justiça qualificada.

Tal acesso à justiça é fortalecido na medida em que aproxima o cidadão comum do procedimento processual constitucional objetivo, na medida que, embora haja a aproximação dos institutos de controle concreto/difuso, a legitimidade para o incidental processual mantém-se com aquelas que integram a relação judicial em questão, dado que continua nascendo de forma subjetiva, o que revela a importância do acesso ao cidadão comum ao Supremo.

Portanto, todo o processo de qualificação do acesso à justiça, em especial no Supremo Tribunal Federal por meio do Recurso Extraordinário, implementa em grau máximo os princípios da soberania popular e da cidadania possibilitando a guarda da Constituição Federal.

Embora, não ser tão abrangente igual a súmula vinculante, vinculando apenas o Poder Judiciário, tal instituto, ao excluir o elemento da subjetividade como característica fundamental do controle difuso e do Recurso Extraordinário, conferindo eficácia vinculante e *erga omnes*, aos demais órgãos do Poder Judiciário, evidencia a expansividade das decisões do Supremo Tribunal Federal com o conseqüente reforço na teoria da Abstrativização do controle difuso.

---

<sup>153</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: RT, 2001. p. 135-136.

## 5 CONCLUSÃO

O controle de constitucionalidade é um tema complexo que abrange diversas modalidades de exercício e classificações sendo, contudo, essencial para um Estado Democrático de Direito. Sua essencialidade se perfaz por ser um verdadeiro meio de defesa à supremacia da constituição, garantindo sua estabilidade bem como a harmonia do ordenamento jurídico

O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, definido como misto, adota as técnicas do modelo concentrado e difuso. Por sua vez, o modelo difuso, encontra sua particularidade, no que tange o efeito *inter partes* da declaração de inconstitucionalidade e na possibilidade desse incidente ser suscitado por qualquer cidadão, na qualidade de agente processual, no bojo de um caso concreto e ser analisado sob jurisdição de qualquer órgão do Poder Judiciário.

Quando tal arguição de inconstitucionalidade, se encontrar sob análise do Supremo Tribunal Federal, através da interposição de um Recurso Extraordinário, surge a necessidade de uma atuação conjunta com o Senado Federal para atribuição de eficácia *erga omnes* à decisão, se igualando assim, os efeitos da decisão de ambos os modelos de controle de constitucionalidade.

Contudo, essa performance conjunta dos dois poderes, originária na Constituição de 1934, não mais se adequa a realidade a qual está inserida, dado as significativas mudanças sociais e normativas ocorridas. Daí surge a necessidade de releitura de certos comandos constitucionais, oriundos de constituições passadas e mantidos quando da promulgação da Carta de 1988.

A comunicação ao Senado Federal, nos termos do art. 52, X da Constituição Federal, para conferir eficácia *erga omnes* e vinculante à decisão definitiva de inconstitucionalidade proferida pela Suprema Corte se mantém por questões históricas ultrapassadas da defesa da separação de poderes por conta de uma jovem democracia. Tal cenário não se sustenta nos dias de hoje, dado o amadurecimento deste regime de governo, e, principalmente, do papel de guardião da Constituição, fornecido ao Supremo Tribunal Federal.

Quanto ao contexto normativo, a Constituição Federal de 1988 rebalanceou o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, ao prestigiar o controle concentrado em detrimento do controle difuso, antes predominante.

Tal rebalanceamento consuma-se na criação de novos tipos de ações próprias de inconstitucionalidade e no aumento do número de legitimados à sua propositura, agora



partilhados para os demais setores da sociedade. Tal acréscimo fez com que praticamente todas as controvérsias constitucionais fossem interpostas e discutidas perante a Suprema Corte, a qual, frisa-se passou a exercer a função precípua de guarda do texto constitucional.

À visto disso, é incongruente a situação de uma decisão de inconstitucionalidade de lei, proferida pelo órgão, cuja função precípua é da guarda da constituição, necessitar da atuação do Senado Federal, para ter eficácia *erga omnes*, em outras palavras, tal eficácia fique a depender da atuação discricionária de um órgão de natureza eminentemente política.

A permissão que foi dada à suprema corte de suspender liminarmente a execução da norma, em medida cautelar, a desnecessidade de observância da regra da clausula de reserva de plenário, para as arguições suscitadas em tribunais, quando já houver pronunciamento do plenário destes ou do Supremo Tribunal Federal sobre a questão controversa e, por fim, a possibilidade de modulação dos efeitos da declaração, pelo próprio órgão jurisdicional, contribuem a releitura do comando constitucional previsto no art. 52, X da Constituição Federal.

Ademais, a mutação constitucional, assim entendida como uma reforma informal do texto constitucional, a fim de adequá-lo com a nova realidade social e normativa a qual se insere, para conferir à participação do Senado Federal, papel de publicidade da decisão definitiva de inconstitucionalidade, além de não representar uma afronta ao princípio de separação de poderes, se adequa com a teoria da nulidade da norma inconstitucional, adotada pelo Brasil bem como com a valorização do instituto do *stare decisis*.

Dado que a lei é inconstitucional, nunca foi apta a produzir validamente seus efeitos, a declaração, portanto, possui efeitos *ex tunc*. Sendo estes, alterados, somente na hipótese de modulação dos efeitos temporais, diante da indispensabilidade de ponderação com outros bens jurídicos e não da atuação discricionário do Poder Legislativo.

Por fim, o julgamento da paradigmática reclamação ocorreu sob a base legal do Código de Processo Civil de 1973, tendo a teoria da Abstrativização do controle difuso rechaçada. Posteriormente, quando do julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade, percebe-se que houve substancial mudança normativa principalmente por conta do advento do Novo Código de Processo Civil de 2015.

Tal código, ao valorizar os precedentes judiciais e prezar pela uniformidade das jurisprudências, reforça a aproximação dos dois modelos de controle de constitucionalidade. Em igual sentido, o surgimento das súmulas vinculantes e do pressuposto de repercussão geral, para admissibilidade do recurso extraordinário, fortalece a objetivação do controle difuso.

A eficácia *erga omnes* e vinculante das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito do controle difuso atuam ao lado das Súmulas Vinculantes, sendo mais

um meio para o processo de expansividade das decisões da Suprema corte, dado que interpretações divergentes, enfraquecem a força normativa da Constituição.

O instituto da reclamação, passaria a ser aceito em face do descumprimento das decisões emanadas pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito do controle difuso, para uma efetiva equiparação conferida aos dois modelos de controle repressivo judicial, no que tange os efeitos de sua decisão proferida pela Suprema Corte.

Contudo, o aumento do número de reclamações, conforme defendido, representaria uma ampliação da efetividade e celeridade processual aos litigantes, na medida em que tendo órgão máximo do Poder Judiciário, guardião da constituição, já decidido sobre a inconstitucionalidade, não precisaria a parte, então, percorrer o longo caminho processual para ter sua pretensão obtida.

Nessa mesma linha, a necessidade de demonstração de repercussão geral para a admissibilidade do recurso extraordinário, com a declaração de inconstitucionalidade proferida neste âmbito, possuidora de força vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário, reafirma o cenário encaminhado para uma consolidação da teoria da Abstrativização do controle difuso de constitucionalidade brasileiro, além de demonstrar um acesso à justiça qualificada, pelo cidadão, na medida que a origem de tal incidente continua subjetivo.

Ante ao exposto, conclui-se que o Supremo Tribunal Federal, com a função primordial de guardião da Constituição Federal do Brasil, desempenha seu papel por meio dos instrumentos processuais de controle concentrado de constitucionalidade e dos institutos de procedimento de controle difuso de constitucionalidade.

Ambos os sistemas visam resguardar a Constituição Federal traçando uma linha uniforme de interpretação de seu texto, repudiando leis ou atos públicos contrários ao que determina a Lei Maior do Estado, tendo a teoria da Abstrativização do controle difuso, um dos meios para tanto.

## REFERÊNCIAS

AFONSO SILVA, J. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 38º Ed. São Paulo, Malheiros, 2015.

BARROSO, L.B. **Interpretação e Aplicação da Constituição**, 7º Ed. São Paulo, Saraiva, 2008.

BARROSO, L.R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**, 9º Ed. São Paulo. Saraiva, 2019.

BARROSO, L.R. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, 8º Ed. São Paulo, Saraiva, 2019.

BITTENCOURT, L. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. 2º Ed. Rio de Janeiro, Revista Forense, 1968.

BRASIL, **Constituição, 1988**. Constituição: República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 9 de set. 2020.

BRASIL, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília-DF, 17 de março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)> Acesso em: 10 de set. 2020

BRASIL, Lei nº 9.055, de 1 de junho de 1995. Regula a extração e comercialização de Asbesto/amianto, **Diário Oficial da União**, Brasília-DF, 01 de junho de 1995. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19055.htm#:~:text=Disciplina%20a%20extra%C3%A7%C3%A3o%2C%20industrializa%C3%A7%C3%A3o%2C%20utiliza%C3%A7%C3%A3o,fim%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19055.htm#:~:text=Disciplina%20a%20extra%C3%A7%C3%A3o%2C%20industrializa%C3%A7%C3%A3o%2C%20utiliza%C3%A7%C3%A3o,fim%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias).

BRASIL, Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Regula a Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação declaratória de Constitucionalidade, **Diário Oficial da União**, Brasília-DF, 10 novembro de 1999, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm)> Acesso em: 15 de set. 2020

BRASIL, **Regimento Interno do Senado Federal**, Brasília, 2020. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/documents/12427/45868/RISF+2018+Volume+1.pdf/cd5769c8-46c5-4c8a-9af7-99be436b89c4>> Acesso em: 13 de Set. 2020.

BRASIL, **Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>> Acesso em: 10 de set. 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.937, Relator: Min. Cármen Lúcia, Julgado em 24.08.2017, Tribunal pleno, **Diário de Justiça Eletrônico**: 01.02.2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **Informativo nº 886**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo886.htm>> Acesso em 26 de Set. 2020

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Reclamação nº 4335, Relator: Min. Gilmar Mendes, Julgado em 20/03/2014, Tribunal Pleno, **Diário de Justiça Eletrônico**: 22.10.2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 192.920/RS, Rel. Min. Celso de Mello, Data de Julgamento: 08.08.1995, **Diário de Justiça Eletrônico**: 01.09.1995.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 197.917, Rel. Min. Maurício Correia, j. 06.06;2002, Pleno **Diário de Justiça Eletrônico**: 07.05.2004.

BROSSARD, P. **O senado e as leis inconstitucionais**, Revista de Informação Legislativa, v. 13, n. 50 p.50-55, abr./jun 1976. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181304>> Acesso em 30 de set. 2020

BULOS, L.U. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 11º Ed. São Paulo, Saraiva, 2018.

de MORAES, A. **Direito Constitucional**, 35º Ed. São Paulo, Grupo GEN, 2019.

FERRAZ, A.C.C. **Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**. 2º Ed. São Paulo: EDIFIEO, 2015. Disponível em: [http://www.unifio.br/pdfs/e-Book%20Processos%20Informais%20de%20Mudan%C3%A7a%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o\\_01-09-2015.pdf](http://www.unifio.br/pdfs/e-Book%20Processos%20Informais%20de%20Mudan%C3%A7a%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o_01-09-2015.pdf) Acesso em: 21 de set. 2020

GOMES JÚNIOR, L.M. **A repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário**. Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil. Porto Alegre: Síntese, v. 6., n. 34, mar./abr., 2005, Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp106922.pdf>> Acesso em: 30 de set 2020

GONET, M.G.F.B. P. Série IDP - Linha Doutrina - **Curso de direito constitucional**. 15º Ed. São Paulo, 2020.

LEITE, F.C. **ADIN e ADC e ambivalência possível: uma proposta**. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, v. 10, renovar, 2008.

LEITE, Fábio. Carvalho. **Mitos e equívocos sobre a participação do senado no controle de constitucionalidade**. Revista Direito, Estado e Sociedade. Rio e janeiro. 2018, Disponível em: <<https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/1055/505>> Acesso em: 20 de set. 2020

LENZA, P. **Direito Constitucional Esquematizado**, 24º Ed. São Paulo, Saraiva, 2020.

MENDES, G.F. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional**, Brasília, Revista de Informação Legislativa, v. 41, n. 162, p. 149-168, abr./jun. 2004). Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/953>> Acesso em: 15 de set 2020

NOVELINO, M. **Manual de Direito Constitucional**, Volume único, 9º Ed. Grupo Gen, 2014.

NUNES, J.F.M.A. **Curso de direito Constitucional**, 4º Ed. São Paulo, Saraiva, 2020.

PADILHA, R. **Direito Constitucional**, 6º Ed. Grupo Gen, São Paulo, 2019.

PAULO, V. ALEXANDRINO, M. **Direito Constitucional descomplicado**, 14º Ed. Grupo Gen, São Paulo, 2015.

PIGNATARI, A.A.C.G. **Eficácia subjetiva das decisões judiciais no controle difuso-incidental de constitucionalidade**. Revista AJURIS, Ano XXXIX, n. 125, março/2012.

SIMÃO, C. **Elementos do Sistema de controle de constitucionalidade**, 3º Ed. São Paulo. Saraiva, 2014.

STRECK, L.L.; OLIVEIRA, M.A.C..L, BARRETO, M.M.A. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso**. Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi, 2008, 19:10. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/72/72>> Acesso em 20 de set. 2020

TAVARES, A.R. **Curso de Direito Constitucional**, 17º Ed. São Paulo, Saraiva, 2018.

TAVARES, A.R. **Direito Constitucional Esquematizado**, 10º Ed. São Paulo, Saraiva, 2012

ZAVASCKI, T.A. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**, 3º Ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014.



**COORDENADORIA DE TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO (TCC)**

---

**TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

Eu, Carolina Vicentini de Siqueira

Aluna, regularmente matriculada, no Curso de Direito, na disciplina do TCC da 10ª etapa, com matrícula sob nº 31607152, Matutino, Turma 10A11

tendo realizado o TCC com o título: **ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE**

sob a orientação do(a) professor(a): Professora Doutora Ana Flávia Messa

declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 22 de Outubro de 2020

*Carolina V. de Siqueira*  
Assinatura do discente