

FUNDAMENTOS PARA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE¹

*Monique da Mota Albuquerque
Bacharelado em Direito pelo Cesmac*

RESUMO: *O trabalho enfoca a análise, a partir de um viés crítico, da tendência jurisprudencial acerca da admissibilidade de concessão de efeitos abstratos às decisões proferidas em sede de controle concreto de constitucionalidade. A análise de alguns precedentes demonstra que a nossa Suprema Corte, de forma não pacificada, vem atribuindo efeito vinculante e erga omnes, independentemente da edição de resolução suspensiva do ato normativo declarado inconstitucional, proferida pelo Senado Federal, nos termos do artigo 52, inciso X da Constituição Federal de 1988. Portanto, a nova ótica do Supremo Tribunal Federal sobre a extensão dos efeitos da coisa julgada em sede de controle concreto, sem a atuação do Senado Federal, ensejou dúvidas acerca da possibilidade ou não de mutação constitucional. Assim, a relevância do estudo é o seu caráter inovador, bem como as controvérsias que o cercam.*

PALAVRAS CHAVES: *Controle de constitucionalidade, Supremo Tribunal Federal, Abstrativização.*

ABSTRACT: *Assuming a critical stance, the work herein focuses on the analysis of jurisprudential patterns with regard to accepting the granting of abstract effects to rulings in cases of concrete control of constitutionality. Assessing previous cases has shown that our Supreme Court, rather controversially, has been ascribing erga omnes and binding effect, regardless of the resolution taken to suspend a legal norm rendered unconstitutional by the Federal Senate in accordance with article 52, clause 10, of the Federal Constitution of 1988. Therefore, this new posture of the Federal Supreme Court regarding the binding effect of its decisions in cases of concrete control, without the participation of the Senate, has cast doubt on the possibility, or not, of a constitutional change. The relevance of this study is its novelty, as well as its controversial nature.*

KEYWORDS: *Constitutionality Control, Supreme Federal Court, Abstractiveness.*

INTRODUÇÃO

Institui-se no Brasil o que se pode denominar “modelo híbrido” de controle jurisdicional de constitucionalidade das normas, de modo a misturar os elementos do sistema concreto ou difuso, cujo berço é o sistema norte americano jurídico de normas, e do sistema concentrado ou abstrato, de inspiração Kelseniana.

Com o advento da República, consagrou-se o controle concreto de constitucionalidade e, com a evolução constitucional, chegou-se ao modelo atual, no qual as decisões judiciais

¹Este artigo é resultado de uma pesquisa desenvolvida no Programa Semente de Iniciação Científica, do Centro Universitário Cesmac.

ordinárias que reconhecem a inconstitucionalidade da norma apenas produzem eficácia entre as partes do processo (efeito *inter partes*). O mesmo se aplica a uma decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nesse tipo de controle, em sede de recurso extraordinário. Contudo, apesar da norma ser declarada inconstitucional, a sua vigência não é afetada, permanecendo no ordenamento jurídico e aplicável a outros casos concretos. Para que essa norma seja expulsa em definitivo do ordenamento, é necessária a edição de uma resolução suspensiva pelo Senado Federal, após decisão definitiva de mérito do Pretório Excelso pela inconstitucionalidade, conforme os termos literais do art. 52, inciso X, da Constituição da Republica Federativa do Brasil. Dessa forma, sem a participação do Senado Federal, a norma invalidada por via do controle concreto não será banida do sistema jurídico positivo.

Por outro lado, no modelo abstrato, ocorre o inverso, o Supremo Tribunal Federal atua como legislador negativo. Isso que dizer que, com as decisões judiciais de inconstitucionalidade, a norma inválida é expulsa automaticamente do ordenamento, sem a necessidade de participação do órgão legislativo, pois não há sentido eliminar do ordenamento o que já não existe mais juridicamente. Portanto, essas decisões possuem efeito vinculante em relação ao Poder Judiciário e a todos os entes federativos e produz eficácia contra todos (*erga omnes*), exceto ao Poder Legislativo.

Pois bem, diante da nova feição com que se apresenta o controle de constitucionalidade no país, destaca-se nesta oportunidade a discussão acerca dos fundamentos que legitimam a constitucionalidade das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, que estende a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante para o controle concreto de constitucionalidade e a polêmica acerca da desnecessidade da edição da resolução suspensiva pelo Senado Federal.

O presente estudo busca abordar a moderna tendência com que se apresenta o controle de constitucionalidade no país, e os fundamentos que a legitimam, destacando-se a discussão acerca da possibilidade de aproximação da eficácia da decisão proferida em sede de controle concreto de constitucionalidade àquela tradicionalmente atribuída ao controle de abstrato.

A doutrina clássica atribui a decisão do controle concreto de constitucionalidade a eficácia *inter partes*, sem vinculação. Entretanto, o surgimento de uma corrente neoclássica visa implementar uma abstrativização legislativa e judicial da análise concreta, atribuindo-se a esta a eficácia e efeitos próprios do modelo abstrato, *erga omnes* e vinculante, ultrapassando o

limite da coisa julgada, após o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, sem a participação do Senado Federal, dissentindo os termos da Constituição Federal.

Compreendem-se as incongruências mais acentuadas entre a orientação dominante na legislação processual e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. De um lado, é visto sob uma nova óptica doutrinária; em outro plano, observam-se a doutrina ortodoxa em face dos textos literais da Constituição Federal.

Motiva-se a escolha do tema em razão de seu caráter inovador, hodierno, bem como em decorrência das controvérsias que o cercam, propondo mudanças da clássica diferenciação existente entre os efeitos e eficácia da decisão do controle de constitucionalidade concreto e abstrato. Para além, emerge a possibilidade de mutação constitucional por meio de interpretação judicial desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal, em virtude de uma eventual evolução na situação de fato sobre a qual incide a norma.

No presente estudo, analisam-se, a partir de um viés crítico, os fundamentos jurídicos que legitimam a problemática alusiva. Com isso, almeja-se indagar se é possível ocorrer à mutação constitucional por intermédio da interpretação judicial desenvolvida pelo Supremo. Em outros termos, entende-se que a Constituição não possui um dono, mas sim vários intérpretes. Sob essa óptica, busca-se alcançar novos elementos na discussão, tentando contribuir para este profícuo debate.

MÉTODOS E METODOLOGIA

Os primeiros dados coletados destinam-se a evolução histórica do controle de constitucionalidade no Brasil e seus precedentes normativos. As informações foram obtidas por meio de consultas à doutrina, revistas e sites especializados na área jurídica, por intermédio de visitas a bibliotecas e acesso à internet.

Como ponto de partida da pesquisa, procedeu-se uma revisão bibliográfica cujo escopo buscou entender o sentido e alcance da norma constitucional vigente, no que tange ao controle de constitucionalidade no Brasil, por meio do método dedutivo, uma vez que revela grande importância do estudo histórico e conceitual do controle de constitucionalidade no país, assumindo um papel fundamental nesta pesquisa.

Dessa forma, foi realizada, uma análise teórica geral dos referidos conceitos, para que, ao longo de todo o trabalho, estivessem determinadas as bases conceituais a partir das quais é possível discorrer sem dúvidas incidentes sobre o tema, bem como se procedeu a um estudo

comparativo entre elementos dos sistemas concreto e abstrato, tendo como premissa de análise a visualização do papel de cada tipo de controle no cenário jurídico brasileiro, além da análise dos pontos favoráveis e desfavoráveis de cada instituto.

A partir da segunda parte da pesquisa, realizou-se uma investigação da casuística no sentido de sistematizar o entendimento em casos que já foram efetivados a abstrativização pela Suprema Corte. Com o intuito de colher dados empíricos relativos às lides de controle concreto, via recurso extraordinário. Após a análise dos acórdãos e juntada todas as informações necessárias, os elementos foram interpretados e analisados sob a ótica jurídico-social, a fim de responder as questões ligadas à pesquisa, quais sejam: se há legitimidade nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal que estende a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante para o controle concreto de constitucionalidade; a possibilidade de mutação constitucional sobre o preceito do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal; e demonstrar o papel do Senado Federal no atual modelo de controle concreto de constitucionalidade. A coleta de dados foi feita por intermédio do site do Supremo Tribunal Federal.

No final da pesquisa, foi realizado o estudo de doutrina especializada, a fim de suprir a divergência dos precedentes da Suprema Corte.

Aliado à análise doutrinária e jurisprudencial, obteve-se maior entendimento acerca da questão suscitada, de modo a poder trazer à baila novos entendimentos e interpretações no que tange ao material pesquisado, por meio da definição do instituto em comento, e da possibilidade de mutação constitucional ante uma releitura do artigo 52, inciso X da Constituição Federal, visando a determinar os critérios adotados pelo Pretório Excelso nas demandas concretas nas quais foram concedidos efeitos abstratos.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

HISTÓRICO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

A Constituição de 1824 não contemplava qualquer sistema assemelhado aos modelos atuais de controle de constitucionalidade. Sob a influência do direito francês, ensejou a outorga ao Poder Legislativo a competência de “fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las”, bem como, “velar na guarda da Constituição”.

O regime republicano trouxe nova feição ao ordenamento jurídico pátrio, uma vez que, sob a influência de Ruy Barbosa, foi implantado o controle concreto de constitucionalidade com a Carta Republicana de 1891, cujo berço é norte-americano. Assim, todo órgão

jurisdicional adquiriu competência para declarar, nos litígios em exame, inconstitucionalidade de alguma norma, sendo que os efeitos dessa decisão ficavam circunscritos às partes do processo, ou seja, *inter partes*. Dessa forma, consolidou-se definitivamente o modelo difuso de constitucionalidade, consagrado já na chamada Constituição Provisória de 1890, vide art.58, §1º, *a e b*.

Todavia, embora tenha sido a *judicial review* norte-americana a fonte primária de inspiração para a criação do controle concreto na Constituição de 1981, não foi introduzido no Brasil um instituto equivalente ao mecanismo do precedente obrigatório, ou seja, *stare decisis*, pelo qual as demais instâncias judiciais devem seguir a orientação firmada pela Suprema Corte norte-americana.

Por outro lado, em razão da ausência do *stare decisis*, trouxe ao direito brasileiro a não vinculação das decisões, ou seja, todas as decisões sobre a legitimidade de normas valeriam apenas para um único caso, inclusive as proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, órgão máximo da jurisdição constitucional. Desse modo, vislumbra-se a situação em que uma mesma norma é inválida para uns e permanece válida para outros, na hipótese de outros juízes entenderem que a norma é constitucional.

Para resolver essa problemática, foi criada, pela Constituição de 1934, a competência do Senado para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional pelo STF. Porém, a criação dessa competência para o Senado também revela uma opção política do constituinte em não atribuir força obrigatória geral às decisões do STF em controle concreto, o que se explica pela concepção prevalecente, à época, a respeito da separação dos poderes e pelo receio de se estabelecer um *governo de juízes*.

Segundo Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1980, p. 169), a atribuição dessa competência ao Senado Federal tinha como objetivo reduzir o trabalho do Judiciário, “evitando tivesse de se pronunciar, repetidas vezes, em cada caso que fosse chamado a julgar, por estar o texto, a seu ver, inquinado de vício de inconstitucionalidade, portanto, sem eficácia.”

Na Constituição de 1934, o constituinte criou a ação direta de inconstitucionalidade interventiva, também conhecida por representação interventiva, instituto que visava à proteção aos princípios consagrados no art. 7º, I, da supracitada Lei Maior, com legitimidade ativa exclusiva do Procurador-Geral da República. Atribui-se, ao Supremo Tribunal Federal, o poder de efetivar a intervenção, desde que conhecesse a constitucionalidade da lei interventiva

federal. Para além, criou-se a cláusula de reserva de plenário, por meio da qual passou a exigir que a decisão de declaração de inconstitucionalidade de uma norma estivesse condicionada a maioria absoluta dos membros do tribunal, com o intuito de assegurar que tais decisões acerca da inconstitucionalidade das leis fossem oriundas de julgamentos mais seguros e amadurecidos.

A Constituição de 1937 traduz um inequívoco retrocesso ao sistema de controle constitucional brasileiro, autoritariamente imposta ao povo, manteve o modelo concreto-difuso inaugurado em 1891. Por outro lado, pretendeu enfraquecer a supremacia do Poder Judiciário no exercício do controle da constitucionalidade das leis, possibilitando, ao Chefe do Poder Executivo, tornar sem efeito a decisão de inconstitucionalidade da norma proferida pela Suprema Corte, mediante submissão da lei novamente ao Congresso Nacional para que fosse confirmada pelo voto de dois terços de cada uma das Casas Legislativas. Ora, como na época não funcionava o Poder Legislativo, que não foi convocado, cabia ao próprio Presidente da República exercer, mediante simples decreto-lei, essa faculdade.

A Constituição de 1946 restaura a pureza da doutrina norte-americana da supremacia do Poder Judiciário em face do controle de constitucionalidade. Definitivamente, recuperada a democracia usurpada pelo regime autoritário anterior, foi mantido o modelo concreto-difuso de 1891 e reinscridas as inovações trazidas pela Constituição de 1934. Portanto, o Poder Judiciário reconquistou a supremacia, cabendo a ele a última palavra em questões de natureza constitucional.

No tocante à representação interventiva, a Constituição de 1946 conferiu-lhe novas definições, ou seja, para efeitos de intervenção federal, o Procurador-Geral da República deveria submeter ao exame da Suprema Corte a representação de inconstitucionalidade nas hipóteses de violação dos princípios: a) forma republicana representativa; b) independência e harmonia dos Poderes; c) temporariedade das funções eletivas, limitada a duração destas à das funções federais correspondentes; d) proibição da reeleição de Governadores e Prefeitos para o período imediato; e) autonomia municipal; f) prestação de contas da Administração; g) garantias do Poder Judiciário. A representação interventiva tinha como objetivo verificar eventual violação de deveres constitucionalmente impostos aos entes federados, configurando uma modalidade diferenciada de resolução de conflitos federativos.

Apenas em 1965, com o advento da emenda constitucional nº16 à Constituição de 1946, foi criada a representação de inconstitucionalidade, atualmente denominada de ação

direta de inconstitucionalidade, desse modo, inaugurou-se no Brasil o controle concentrado ou abstrato de normas a ser realizado apenas pelo Supremo Tribunal Federal. Entretanto, mesmo com a implantação desse novo modelo, na prática ainda predominava o controle concreto, visto que o único legitimado ativo para propor essa ação era o Procurador Geral da República, tornando a utilização do controle abstrato ineficaz.

Destaca-se que nesse período já se encontrava perfeitamente definido um modelo híbrido ou eclético de controle judicial de constitucionalidade, que combinava os sistemas concreto-difuso, de competência de todos os juízes e tribunais nos casos concretos sujeitos às suas apreciações, e abstrato-concentrado, de competência exclusiva da Suprema Corte das leis e atos normativos estaduais e federais em face da Constituição Federal e dos Tribunais de Justiça das Leis e atos normativos municipais em face das Constituições Estaduais. O sistema abstrato-concentrado, como já é sabido, encontrava-se limitado em face do monopólio do único legitimado ativo para a propositura da ação, e às ações diretas de inconstitucionalidade por ação (representação genérica) e de inconstitucionalidade interativa (representação interativa).

A Constituição do Brasil de 1967 manteve o sistema anteriormente implantado pelas Constituições passadas, trazendo apenas pequenas alterações que logo foram extintas pela Constituição de 1988.

Todavia, as mudanças mais importantes introduzidas pelo constituinte foram observadas na representação para fins de intervenção, cujas hipóteses de ajuizamento pelo Procurador Geral da República foram ampliadas, passando a assegurar a incidência dos princípios sensíveis e a execução de lei federal.

Ao mesmo passo, à representação de inconstitucionalidade, instrumento do controle abstrato-concentrado, foi alterado pela Emenda Constitucional nº 7/77, que instituiu a representação para fins de interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual, de competência do Procurador Geral da República de provocar o pronunciamento do Pretório Excelso.

Com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o constituinte aperfeiçoou o sistema judicial de controle de constitucionalidade, mantendo a combinação do método concreto-difuso, e ampliando o método abstrato-concentrado, com a instituição: a) da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ao lado da já existente ação direta de inconstitucionalidade por ação (atualmente disciplinada pela Lei nº 9.868/99), ampliando a

legitimidade ativa para a propositura destas ações, ou seja, quebrando o monopólio outorgado ao Procurador Geral da República; b) da ação declaratória de constitucionalidade, com a previsão de efeito vinculante das decisões de mérito, em face da EC nº 03/93, com disciplina na Lei nº 9.868/99; c) da arguição de descumprimento de preceito fundamental (Lei nº 9.882/99) e, d) mantendo, ademais, a ação direta de inconstitucionalidade interventiva.

Em suma, tendo em vista os novos preceitos constitucionais elencados pela Carta Magna de 1988, o controle de constitucionalidade no Brasil compreende: a) o controle concreto-difuso, provocando por via de exceção ou defesa, em um caso concreto, perante qualquer juízo ou tribunal, gerando efeitos *inter partes*, *ex tunc* e, quando declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal via recurso extraordinário, é facultado ao Senado Federal editar a suspensão da execução da norma inconstitucional, gerando efeitos *erga omnes* e *ex nunc*, vide art. 52, inciso X da Constituição Federal; b) controle abstrato-concentrado, provocado pelos legitimados previstos no art. 103 da Carta Magna, por via das ações constitucionais, perante o Supremo Tribunal Federal, gerando efeitos *erga omnes* e *ex nunc*, com a possibilidade de modulação temporal conforme dispõe o art. 27, Lei nº 9868/99.

Segundo o Ministro Gilmar Ferreira Mendes (2007, p. 208):

A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso, ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art.103), permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas.

Partindo desse raciocínio, enfatiza o autor que a Constituição de 1988 deu maior ênfase ao modelo concentrado e arremata:

A ampla legitimação, a presteza e celeridade desse modelo processual, dotado inclusive da possibilidade de suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido de cautelar, faz com que as grandes questões constitucionais sejam solvidas, na sua maioria, mediante a utilização da ação direta, típico instrumento do controle concentrado. (MENDES, 2007, p. 209).

Portanto, parece quase intuitivo que o primeiro fundamento a favor da mutação constitucional em tela parte da constatação de que, a partir da Constituição de 1988, houve uma significativa expansão dos mecanismos de controle abstrato de normas. Por consequência, acabou o constituinte por restringir, de maneira radial, a utilização da via concreta. Essa nova realidade demanda uma reapreciação da competência do Senado no controle concreto de constitucionalidade.

O FENÔMENO DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE NAS DECISÕES PROFERIDAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Nos últimos anos, várias alterações legislativas e jurisprudenciais têm provocado uma reviravolta no modo como o controle concreto de constitucionalidade é operado no direito pátrio. As novas mudanças têm se caracterizado pela aproximação cada vez maior entre os modelos concreto e abstrato. Trata-se de uma tendência também conhecida como *objetivação*, *dessubjetivação* ou abstrativização do controle concreto.

Segundo Clarissa Teixeira Paiva (2008, p. 49): “talvez a experiência brasileira de convivência entre as duas formas de controle, consagradas no direito internacional, tenha caminhado para um estágio evolutivo de aperfeiçoamento em que se procura privilegiar o melhor que cada sistema tem a oferecer.”

Há várias razões apontadas pela doutrina especializada no sentido de justificar a abstrativização, a primeira e mais enérgica, como já explanado anteriormente, é a expansão dos mecanismos de controle abstrato de normas inseridas pela Carta Magna de 1988. Como derivação da premissa inicial, a doutrina apresenta outras, dentre elas: firmar o papel do Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional no Brasil e não como instância recursal; diminuir o volume de processos em tramitação no STF por meio da atribuição de efeitos gerais a qualquer decisão em controle de constitucionalidade proferida pelo Pleno; criar de barreiras de contenção de recursos, implicando que o STF só deverá analisar questões relevantes para a ordem constitucional cuja solução extrapole o interesse subjetivo das partes.

ABSTRATIVIZAÇÃO NA VIA DIFUS

O precedente que trouxe à tona a polêmica da Abstrativização no controle concreto de constitucionalidade foi o *Habeas Corpus* nº 8.959. Nele, o Pretório Excelso modificou o entendimento em relação à progressão de regime nos crimes hediondos, afirmando que o regime integralmente fechado, previsto na Lei § 1º do artigo 2º da Lei federal nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), violaria o princípio da individualização da pena, declarando a sua inconstitucionalidade.

Em face de tal precedente, a Defensoria Pública da União ingressou com a Reclamação Constitucional nº 4335/AC, em face da decisão do Juiz de Direito da Vara de

Execuções Penais da Comarca de Rio Branco/AC, que indeferiu a progressão de regime a dez condenados. Alegou o reclamante a patente ofensa ao precedente jurisprudencial do Supremo, enquanto o Juiz *a quo*, por seu turno, sustentava que a decisão proferida em sede de controle concreto de constitucionalidade possui efeito *inter partes*, dependendo da resolução do Senado Federal para concessão do efeito *erga omnes*.

A reclamação está pendente de julgamento e, se a decisão for de acordo com a nova concepção que está sendo formada, trará consideráveis mudanças ao controle de constitucionalidade brasileiro.

Recentemente, outro precedente foi aberto no julgamento do Recurso Extraordinário nº 197.917-8, de março de 2004, no qual o Supremo Tribunal Federal definiu a orientação de que se aplica também ao controle concreto as disposições constantes na Lei nº 9.868/1999, relativas à modulação temporal dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade. O Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou Ação Civil Pública visando discutir a inconstitucionalidade do art. 6º da Lei Orgânica Municipal de Mira-Estrela, que teria fixado o número de vereadores em afronta ao art. 29, IV, da Constituição Federal. O Superior Tribunal Federal, em sua composição plenária, definiu que o número de vereadores dos municípios de Mira Estrela era superior ao que a Carta Magna admitia, declarando a lei inconstitucional com efeito *erga omnes*, além disso adotou o entendimento no sentido de modular os efeitos da decisão, de forma que a nulidade da lei só surtiria efeito *para o futuro*.

Dessa forma, buscou-se evitar que a declaração de inconstitucionalidade do número de vereadores implicasse no reconhecimento da inconstitucionalidade de todas as leis aprovadas pela Câmara de Vereadores do Município durante o período de sua composição irregular, gerando uma enorme insegurança jurídica. Portanto, o STF admitiu a manutenção do número de vereadores até o término do mandato, indicando que, nas próximas eleições, deveria ser adotado o número de vereadores compatíveis com a ordem constitucional vigente no país.

Aderbal Amorim (2010, p. 32) identifica outros casos concretos em que Abstrativização foi aplicado pelo Pretório Excelso, *in verbis*:

Outros exemplos do crescente ativismo do Supremo Tribunal Federal – para alguns, a “a judicialização da política”; para outros, “a supremacia”. Para nós, resposta a um verdadeiro estado de necessidade ocasionado pela omissão legislativa: a proibição do uso de cigarro em avião, a liberação da pesquisa com células-tronco, a vedação de nepotismo na Administração pública, a gratuidade de remédios contra vírus da Aids, a união homoafetiva, a fixação de número de vereadores, o aborto dos anencefálicos, a fidelidade partidária, a criação de novos municípios, o exercício de atividade

profissional proibida por Portarias reservadas da Aeronáutica, que o constituinte prometera restabelecer em 12 meses, a proibição de importação de pneus usados.

Destarte, a partir da análise dos casos acima mencionados, verifica-se o novo rumo criado pelo Supremo Tribunal Federal para o moderno controle de constitucionalidade brasileiro.

REINTERPRETAÇÃO DO PAPEL DO SENADO FEDERAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A POSSIBILIDADE DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO PRECEITO DO ART. 52, X, CF/88

Como se sabe, o sistema de controle concreto de constitucionalidade é exercido no âmbito do caso concreto, tendo, portanto, natureza subjetiva. Em regra, os efeitos das decisões valem apenas para as partes que litigaram em juízo, ou seja, *inter partes*. Para os demais atingidos pela norma, ela continua gozando de presunção de constitucionalidade, isto é, continua produzindo efeitos.

A Constituição de 1934 introduziu, no direito brasileiro, uma possibilidade de que a decisão proferida em um caso concreto tivesse a sua eficácia ampliada, oportunidade em que teria eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. Este instituto foi preservado pelo ordenamento constitucional vigente e, no art. 52, X da CF/88, permite a ampliação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, prevendo que poderá o Senado Federal suspender a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Superior Tribunal Federal.

A cláusula que atribui ao Senado Federal a competência para suspender a execução de qualquer lei ou ato declarado inconstitucional pelo Pretório Excelso faz parte da tradição constitucional brasileira, cujo berço é de uma formulação eminentemente política.

Na época de elaboração, o supracitado instituto foi alvo de diversas críticas. Nesse sentido, Aldemário Araújo Castro (apud MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, p. 1116) cita que, na Assembleia Constituinte de 1934, o deputado Godofredo Vianna apresentou com o seguinte teor:

Sempre que o Supremo Tribunal declarar, em mais de um arresto, a inconstitucionalidade de uma lei, esta será considerada como inexistente. O Procurador-Geral da República fará publicar a última decisão no órgão oficial da União e no Estado, a fim de que comece a obrigar nos prazos estabelecidos pela lei civil.

A Emenda proposta não foi acatada, permanecendo a regra da suspensão pelo Senado do ato declarado inconstitucional pelo Superior Tribunal até os dias atuais.

Atualmente, as precedentes jurisprudências do Superior Tribunal Federal apontam pela aproximação cada vez maior entre os modelos concreto e abstrato de constitucionalidade. Isso significa dizer que a Suprema Corte concede efeitos *erga omnes*, as decisões proferidas em sede de controle concreto, dispensando o instituto da suspensão de execução da lei declarada inconstitucional editado pelo Senado Federal, tendo este apenas o papel de tornar pública a decisão proferida pela Corte Maior.

Nesse sentido, Carlos Alberto Lúcio Bittencourt (1997) posiciona-se sobre a não discricionariedade do Senado de emitir a resolução suspendendo lei declarada inconstitucional, e segue a orientação de que o ato do Senado não é optativo: “[...] deve ser baixado sempre que se verificar a hipótese prevista na Constituição: decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.” Para o autor:

Se o Senado não agir, nem por isso ficará afetada a eficácia da decisão, a qual continuará a produzir todos os seus efeitos regulares, que, de fato, independem da colaboração de qualquer dos outros poderes. O objetivo do art. 45, n.º IV da Constituição é apenas tornar pública a decisão do tribunal, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos. (BITTENCOURT, 1997, p. 145).

Bittencourt entende que a decisão que reconhece a inconstitucionalidade de uma norma no caso concreto tem efeito direto, válida apenas para as partes que participaram do processo. Contudo, há o chamado efeito indireto ou colateral da sentença declaratória de inconstitucionalidade, estendendo-se os efeitos da decisão a situações jurídicas idênticas. Sustenta seu argumento, sob a justificção da posição que tem em vista a eficácia natural da sentença, que por sua natureza de ato de autoridade, de Estado, seria obrigatória e imperativa.

Luiz Roberto Barroso (2012, p. 111) segue a mesma linha traçada por Bittencourt, defendendo que:

[...] essa competência atribuída ao Senado tornou-se um anacronismo. Uma decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, seja em controle incidental ou em ação direta, deve ter o mesmo alcance e produzir os mesmos efeitos. Respeitada a razão histórica da previsão constitucional, quando de sua instituição em 1934, já não há lógica razoável em sua manutenção.

Logo, de acordo com o entendimento da doutrina especializada, o Senado Federal limitar-se-ia, apenas, a dar publicidade à decisão proferida pelo STF. Contudo, é importante observar que tal conclusão contraria a literalidade do dispositivo constitucional e, desta feita, a doutrina, e pleiteia pela necessidade de uma mutação constitucional sobre o preceito do art. 52, X, da Constituição Federal.

É cediço que a mutação constitucional é compreendida como uma alteração no sentido atribuído ao texto constitucional, isto é, uma modificação no seu significado. Em outros termos, muda-se o conteúdo do enunciado constitucional, mas sem alterar sua redação.

No mesmo sentido, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, no julgamento da Reclamação nº 4335/AC, asseverou:

[...] possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão de completa reformulação do sentido jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do artigo 52, X, da Constituição Federal. Valendo-nos dos subsídios da doutrina constitucional a propósito da mutação constitucional, poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica reforma da Constituição sem expressa modificação do texto.

Tal posição, contudo, não é unânime na doutrina. Nesse toar, é o entendimento lecionando por Jonatas Vieira de Lima (Internet):

A tendência de abstração em sede de controle difuso de constitucionalidade traz algumas consequências que muitas vezes não são percebidas quando se faz uma análise meramente perfunctória do tema, senão vejamos. A primeira consequência que vemos é a inevitável usurpação da competência do Senado Federal, prevista no art. 52, X da CF/88, por parte do Supremo Tribunal Federal. Ora, se a Constituição da República de 1988 teve o cuidado de dividir a competência para os atos que culminarão com a declaração de inconstitucionalidade com efeito "*erga omnes*", estabelecendo que ao STF cabe apreciar a inconstitucionalidade incidentalmente, e ao Senado, por ato discricionário, suspender a execução da norma tida como inconstitucional, queria o constituinte que ao menos dois poderes (legislativo e judiciário) participassem do ato.

Compartilha do mesmo entendimento os doutrinadores Lenio Luiz Streck, Marcelo Andrade Catoni de Oliveira e Martoni Mont'Alverne Barreto Lima (Internet). Para esses autores, considerar desnecessária a participação do Senado Federal é reduzir a participação democrática no âmbito do controle concreto de constitucionalidade, o qual se dar de forma indireta pela atribuição conferida ao órgão legiferante pela Constituição Federal. Assim:

[...] 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 processo*, o que não parece ser sugerido pela Constituição da República de 1988. (grifos no original).

Corroborando o exposto, Alexandre de Moraes (2010), em referência a J.J. Gomes Canotilho, a respeito da máxima efetividade e da força normativa da Constituição, entende que “[...] à norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe conceda

e entre as interpretações possíveis, deve ser adotada aquela que garanta maior eficácia, aplicabilidade e permanência das normas constitucionais.”

Nesse passo, entende-se que o caso em tela busca adequar o conteúdo da Constituição Federal com a nova realidade social. A mutação constitucional e a reinterpretação do papel do Senado Federal visam, ao enquadramento da letra da lei, a evolução histórica do controle de constitucionalidade do país, sem suprimir a competência e importância do órgão legiferante no cenário jurídico brasileiro, mas garantido ao jurisdicionando uma prestação da tutela jurisdicional mais célere e isonômica.

CONCLUSÃO

Com o estudo histórico e social do controle de constitucionalidade brasileiro, conclui-se que a exigência de que a eficácia geral da declaração de inconstitucionalidade proferida pela Suprema Corte fique à mercê da faculdade do Senado Federal. Sendo introduzida no ordenamento jurídico brasileiro com a Constituição de 1934 e preservada na Constituição de 1988, perdeu grande parte do seu significado com a aplicação do controle abstrato de normas, sofrendo um processo de obsolescência.

A extensão conferida ao controle abstrato e a possibilidade de que suspenda liminarmente a eficácia do ato normativo questionado, com eficácia geral, contribuíram, bastante, para que a crença sobre o instituto em comento fosse quebrada, pois se inspirava em uma concepção de separação de poderes, hoje não mais necessário e inevitavelmente ultrapassado. Se há a possibilidade do Supremo Tribunal Federal, em uma ação direta de inconstitucionalidade, suspender liminarmente a eficácia de uma lei, ou até mesmo de uma Emenda Constitucional, poderia também, em face do controle concreto, conferir eficácia *erga omnes*. Evita-se, assim, que o direito de muitos pereça ante a inconstitucionalidade de uma norma e a demora da edição da suspensão da execução da lei pelo Senado Federal.

Para tanto, a única dedução lógica plausível leva a acreditar que o instituto da suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão de índole eminentemente histórica e política, visto que a criação dessa competência para o Senado foi opção política do constituinte, em 1934, de não atribuir força obrigatória geral às decisões do STF em controle concreto, o que se explica pela concepção prevalecente, à época, a respeito da separação dos poderes e pelo receio de se estabelecer um *governo de juízes*.

Assim, parece quase intuitivo entender que, atualmente, o instituto de suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Deste modo, se o

Superior Tribunal Federal em sede de controle concreto chegar à conclusão, de modo definitivo, que a lei é inconstitucional, esta decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso.

Atualmente, não é mais a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém força normativa para tanto. Isso é evidente pelas orientações implícitas nas diversas decisões judiciais e legislativas analisadas. Assim, o Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, uma vez que não se cuida de uma decisão substantiva, mas de simples dever de publicação, e a não publicação não terá o condão de impedir que a decisão do Supremo assuma a sua real eficácia e os cidadãos terão seu direito assegurado com maior celeridade.

A solução da releitura do art. 52, X, da Constituição Federal, resolve de forma superior uma das mais tormentosas questões da jurisdição constitucional brasileira. Superam-se, dessa forma, as incongruências mais acentuadas entre a jurisprudência do Superior Tribunal Federal e a orientação dominante da legislação processual, de um lado e, de outro, a visão doutrinária ortodoxa e ultrapassada do preceito constitucional supracitado.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Aderbal Torres de. **O novo recurso extraordinário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BITTENCOURT, Carlos Alberto. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. 2. ed. atual. por José Aguiar Dias. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

BRASIL, Constituição (1998). **Constituição da Republica Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1998. 46. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1891**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 mar. 2013.

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1924**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 mar. 2013.

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1934**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 mar. 2013.

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1937**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 mar. 2013.

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1945**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 mar. 2013.

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 mar. 2013.

BRASIL. **lei nº 9.882**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 mar. 2013.

BRASIL. **lei n.º 8.072/90**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 mar. 2013.

BRASIL.. **Habeas Corpus nº 8.959, 14/05/2013**. Segunda Turma. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 mar. 2013.

BRASIL.. **Habeas Corpus nº 112.693, 14/05/2013**. Segunda Turma. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 mar. 2013.

LIMA, Jonatas Vieira de. A tendência de abstração do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro, Teresina, ano 11, n. 1320, 11 fev. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9485>>. Acesso em 16 de maio de 2013.

MELLO. Oswaldo Aranha. **A Teoria das Constituições rígidas**. 2. ed. São Paulo: Bushtasky, 1980.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Diretos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Controle de constitucionalidade incidental. **Repertório IOB de Jurisprudência**, n. 24, p.603-606, dez. 1997.

_____. Controle incidental e aplicação do art.27 da lei nº 9.868/1999. **Repertório IOB de Jurisprudência**, n.12/2005, p. 454-458, 2ª quinzena de junho de 2005.

_____. Controle incidental de normas no direito brasileiro. **Revista Arquivos do Ministério da Justiça**, v.49, n.188, p.37-75, jul./dez. 1996.

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 25. ed. São Paulo, São Paulo: Atlas, 2010.

PAIVA, Clarissa Teixeira. Repercussão Geral dos Recursos Extraordinários e a Objetivação do Controle Concreto de Constitucionalidade. **Revista da Advocacia-Geral da União**, Brasília, ano VII, n. 17, jul./set.2008.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional.

Disponível em:
<<http://www.anamatra.org.br/geral/ArtigoconjuntoLenioMarceloMartoniovers%C3%A3ofinal4dejulho.doc>>. Acesso em: 20 maio 2013.

.