



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
MONOGRAFIA JURÍDICA

JADER MATOS CAVALCANTE FILHO

ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

FORTALEZA

2011

JADER MATOS CAVALCANTE FILHO

ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

Monografia submetida ao curso de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito constitucional.

Orientadora: Raquel Coelho Lenz Cesar.

FORTALEZA

2011

JADER MATOS CAVALCANTE FILHO

ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

Monografia submetida ao curso de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito. Área de concentração: Direito constitucional.

Aprovada em: ____/____/_____.

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Dra. Raquel Coelho Lenz Cesar (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará - UFC

Prof. Francisco de Araújo de Macedo Filho
Universidade Federal do Ceará - UFC

Prof. Dimas Macedo
Universidade Federal do Ceará - UFC

*Aos meus pais, Jader e Cecília,
pelo amor incondicional e empenho dedicado
à minha formação acadêmica;*

Às minhas avós, Ivete e Mozica.

AGRADECIMENTOS

À Deus.

À professora Raquel Coelho Lenz Cesar, pela orientação desse trabalho monográfico.

Aos professores Dimas Macedo e Francisco de Araújo Macedo Filho, pela disponibilidade e atenção para a participação na Banca.

À Fernanda, companheira presente e dedicada.

Aos meus amigos, por todas as alegrias e tristezas compartilhadas.

RESUMO

Trata da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro. Inicialmente, o Brasil, influenciado pelo constitucionalismo norte-americano, adotou, em sua Constituição de 1891, exclusivamente, o sistema difuso de fiscalização constitucional de leis e atos normativos. Com o advento da Emenda Constitucional nº 16, de 1965, à Constituição de 1946, foi introduzido o controle concentrado de constitucionalidade, idealizado por Hans Kelsen e desenvolvido na Europa continental, passando, dessa maneira, a coexistirem os sistemas difuso e concentrado. A partir da promulgação da Carta de 1988, houve um fortalecimento do controle concentrado, devido à ampliação dos legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade. Por meio da Emenda Constitucional 45/04 foi introduzido os institutos da súmula vinculante e do requisito da repercussão geral para a apreciação do recurso extraordinário, o que ocasionou o surgimento da teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, e junto com ela a tese da mutação constitucional do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, desenvolvida por Gilmar Mendes.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade. Repercussão geral. Súmula vinculante. Abstrativização do controle difuso.

ABSTRACT

It's about the abstrativization of the diffuse control of constitutionality in the Brazilian legal system. Initially, Brazil, influenced by American constitutionalism, adopted in its 1891 Constitution, only the diffuse system of constitutional review of laws and normative acts. With the advent of the 16th Constitutional Amendment to the Constitution of 1946, in the year 1965, it was introduced the concentrated control of constitutionality, designed by Hans Kelsen and developed in continental Europe, starting, by that change, to coexist the diffuse and concentrated systems of judicial review. The promulgation of the constitution of 1988, there was a strengthening of concentrated control, due to the expansion of the legitimate to propose the direct action of unconstitutionality. Through the 45th Constitutional Amendment, in 2004, it was introduced the institutes of binding precedent and the requirement of general repercussion for the assessment of the extraordinary appeal, which led to the emergence of the theory of the abstrativization of the diffuse control of constitutionality, and with it, the thesis of constitutional mutation of article 52, section X, of the Federal Constitution, developed by Gilmar Mendes.

Keywords: Judicial review, General repercussion. Binding precedent. Abstrativization control diffuse.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES ACERCA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	12
1.1 Rigidez constitucional	12
1.2 Supremacia constitucional.....	14
1.3 O Fenômeno da inconstitucionalidade	17
1.3.1 Teorias da anulabilidade e da nulidade dos atos normativos.....	18
1.3.1.1 Plano da existência	18
1.3.1.2 Plano da validade.....	18
1.3.1.3 Plano da eficácia.....	19
1.3.1.4 Teoria da anulabilidade da norma inconstitucional.....	19
1.3.1.5 Teoria da nulidade da norma inconstitucional.....	20
1.4 Espécies de inconstitucionalidade	23
1.4.1 Inconstitucionalidade formal e inconstitucionalidade material	23
1.4.2 Inconstitucionalidade por ação e inconstitucionalidade por omissão.....	23
1.5 Tipos de controle de constitucionalidade	25
1.5.1 Quanto à natureza do órgão de controle	25
1.5.2 Quanto ao momento do controle	26
1.5.3 Quanto à forma de controle	27
1.5.4 Quanto ao órgão jurisdicional.....	28
1.5.4.1 Controle difuso	28
1.5.4.2 Controle concentrado.....	30
2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO.....	31
2.1 O controle de constitucionalidade na Constituição de 1824.....	31
2.2 O controle de constitucionalidade na Constituição de 1891.....	31
2.3 O controle de constitucionalidade na Constituição de 1934.....	32
2.4 O controle de constitucionalidade na Constituição de 1937.....	35
2.5 O controle de constitucionalidade na Constituição de 1946.....	36
2.6 O controle de constitucionalidade na Constituição de 1967/69	38
2.7 O controle de constitucionalidade na Constituição de 1988.....	39

3 ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE	43
3.1 Repercussão geral	43
3.3 Súmula vinculante	47
3.2 O papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade e a mutação constitucional do art. 52, inc. X.....	51
CONSIDERAÇÕES FINAIS	55
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	57

INTRODUÇÃO

A partir da Constituição de 1891, inicia-se, no Brasil, o controle de constitucionalidade de normas, que, à época, era realizado, exclusivamente, na forma difusa. Nesse sistema, é conferido a qualquer Juiz ou Tribunal (desde que respeitado sua competência) o poder de julgar a arguição de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo suscitada de forma incidental em um processo, cujos efeitos ficam restritos apenas as partes litigantes (*inter partes*).

No decorrer da evolução histórica do processo de jurisdição constitucional brasileiro, surge o sistema concentrado de fiscalização constitucional das normas idealizado por Hans Kelsen, que confere a um único órgão integrante do Poder Judiciário a competência para aferir a inconstitucionalidade de uma norma, suscitada, desta vez, não mais de forma incidental em um processo, mas sim de maneira principal, tendo os seus efeitos um alcance *erga omnes*.

Mesmo coexistindo de forma harmônica no ordenamento jurídico pátrio, havia uma prevalência do sistema difuso sobre o concentrado, já que este só poderia ser proposto pelo Procurador-Geral da República. Ocorre que, com o advento da Constituição de 1988, houve uma ampliação do número de legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade, o que resultou em aumento significativo da participação do sistema concentrado na atividade de fiscalização de constitucionalidade das leis, no que foi reforçado pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, também conhecida com Emenda da Reforma do Judiciário.

Juntamente com essa Emenda, criou-se o instituto da repercussão geral no recurso extraordinário e da súmula vinculante. O primeiro instituto condiciona o conhecimento do recurso extraordinário à demonstração de que a causa possui relevante apelo social, econômico, político ou jurídico a ser analisado pelo Supremo Tribunal Federal. Apreciam-se, assim, somente os recursos que possuem matéria de natureza transcendente.

No que se refere ao instituto da súmula vinculante, este visa uniformizar entendimento jurisprudencial acerca de determinadas matérias constitucionais, nas quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública.

Por meio desses dois institutos promoveu-se uma redução da quantidade de processos que chegavam ao Supremo Tribunal cuja repercussão das decisões não ultrapassava a esfera individual das partes litigantes. Em outras palavras, passou-se a atribuir, ainda que de

maneira tímida, efeito vinculante e *erga omnes* as decisões referentes a matéria constitucional oriundas de casos concretos.

É nesse ambiente que se desenvolveu a teoria da abstrativização do controle difuso, a qual é bastante sedutora, pois confere a decisão de inconstitucionalidade proferida em sede de controle difuso efeito *erga omnes* e vinculante, além de promover uma redução do número de processos que chegam ao Supremo Tribunal Federal com questões constitucionais idênticas. O tema, portanto, merece um estudo mais aprofundado, sem pretensões, contudo, de esgotar a matéria.

Assim, inicia-se o primeiro capítulo abordando a importância dos princípios da supremacia e da rigidez constitucional para a existência de um controle de constitucionalidade de normas. Posteriormente, é realizada uma análise do fenômeno da inconstitucionalidade e das teorias da anulabilidade (desenvolvida por Hans Kelsen) e da nulidade (desenvolvida pela jurisdição norte-americana) das normas inconstitucionais. Seguindo a apresentação de conceitos preliminares acerca do instituto do controle de constitucionalidade, necessário se faz uma abordagem de algumas formas de inconstitucionalidades e das modalidades de controle de constitucionalidade, dando ênfase a modalidade jurisdicional e suas espécies: difusa e concentrada.

No capítulo posterior, há uma análise do desenvolvimento histórico do controle de constitucionalidade no direito brasileiro, a fim de apresentar o surgimento das bases em que se fundamenta a teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade.

Por fim, o capítulo terceiro, no qual é realizado o desenvolvimento do presente tema monográfico, com seus fundamentos e suas repercussões práticas, finalizando com a apresentação da teoria da mutação constitucional do art. 52, inc. X da Constituição Federal, tese defendida pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Ferreira Mendes e corroborada pelo Ministro Eros Grau.

1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES ACERCA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Para uma melhor compreensão acerca do tema do presente trabalho monográfico, necessário se faz realizar a apresentação de alguns conceitos básicos sobre controle de constitucionalidade.

1.1 Rigidez constitucional

As constantes mudanças ocorridas na sociedade repercutem de forma contundente sobre as normas que regulam as relações sociais. É bastante comum a ocorrência de situações em que determinadas normas deixam de atender ao fim para o qual foram criadas; ou de casos em que é necessária a criação de leis para reger fatos novos surgidos na sociedade.

Isso acontece devido às intensas mutações pelas quais passam a sociedade em seu processo evolutivo, e, sendo a Constituição a Lei Maior de um Estado, aquela que define a organização estatal e os fundamentos que regem as relações sociais, buscou-se, através de um processo de reforma constitucional, criar meios para promover uma adequação da Constituição aos novos anseios sociais.

A forma como esse processo de modificação do texto constitucional se dá varia conforme o ordenamento jurídico de cada Estado. Assim, os doutrinadores classificaram as Constituições em rígidas ou flexíveis, tendo como parâmetro a mutabilidade das Constituições. Essa divisão não quer dizer, todavia, que, conforme afirma Celso Ribeiro Bastos¹, haja Constituições imutáveis.

Assim, tem-se que rígida é aquela Constituição em que o processo de reforma constitucional obedece a limites temporais, circunstanciais e de conteúdo mais rígidos, caracterizando-se como um processo mais solene e dificultoso se comparado àquele ocorrido na criação e revogação das leis infraconstitucionais.

Busca-se, desta forma, garantir uma maior proteção ao texto constitucional, conferindo maior estabilidade e segurança jurídica às normas constitucionais, já que estas, por estarem em um nível hierárquico superior, não podem ser modificadas ou violadas por normas infraconstitucionais.

¹BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002. p. 71.

Já nas constituições flexíveis, o processo de reforma não se diferencia daquele necessário para criação e alteração das normas infraconstitucionais, encontrando-se, portanto, as normas constitucionais e infraconstitucionais em um mesmo patamar formal.

Destarte, tem-se que, em caso de conflito de normas constitucionais e infraconstitucionais ocorridos em Constituições rígidas, as antinomias são solucionadas pelo critério hierárquico, ou seja, a norma superior prevalece frente a norma hierarquicamente inferior. Já nas Constituições flexíveis adota-se o critério cronológico, no qual a norma anterior é revogada pela posterior ante a incompatibilidade existente.

Acerca do tema, leciona Paulo Bonavides:

As Constituições rígidas, sendo Constituições em sentido formal, demandam um processo especial de revisão. Esse processo lhes confere estabilidade ou rigidez bem superior àquela que as leis ordinárias desfrutam. Daqui procede pois a supremacia incontestável da lei constitucional sobre as demais regras de direito vigente num determinado ordenamento. Compõe-se assim uma hierarquia jurídica, que se estende da norma constitucional às normas inferiores (leis, decretos-leis, regulamentos etc.), e a que corresponde por igual uma hierarquia de órgãos.²

No caso brasileiro, assim como em grande parte dos Estados Modernos, adotou-se uma Constituição rígida, de modo que, para realizar uma revisão do texto constitucional, deve o constituinte reformador obedecer critérios mais rígidos em comparação aos critérios utilizados para a criação de leis ordinárias.

Ao realizar uma análise comparativa do procedimento de criação de emendas constitucionais com aquele necessário para a produção de normas jurídicas infraconstitucionais no direito brasileiro, verifica-se que aquele é distinto e mais dificultoso, uma vez que, dentre outros fatores, o quorum de votação estabelecido é de 3/5 dos membros de cada Casa, além de não haver a fase de deliberação do Poder Executivo.

Ademais, a Constituição brasileira estabelece limitações quanto ao conteúdo a ser abordado nas emendas constitucionais, não podendo ser objeto de emenda a proposta tendente a abolir “a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais” (art. 60, § 4º, incisos I ao IV).

Como forma de garantir obediência à rigidez constitucional, assevera Elival da Silva Ramos:

A melhor maneira de fazer a Constituição prevalecer sobre os atos legislativos que a contrariem é, indubitavelmente, por meio do uso de uma sanção de invalidade, que

² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 20.ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 296.

possa impedir, *ab initio* ou a partir de determinado momento, passado ou futuro, os efeitos da lei contraventora [...]³

A respeito dessa relação entre controle de constitucionalidade e rigidez constitucional, afirma Luís Roberto Barroso:

A rigidez constitucional é igualmente pressuposto do controle. Para que possa figurar como parâmetro, como paradigma de validade de outros atos normativos, a norma constitucional precisa ter um processo de elaboração diverso e mais complexo do que aquele apto a gerar normas infraconstitucionais. Se assim não fosse, inexistiria distinção formal entre a espécie normativa objeto de controle e aquela em face da qual se dá o controle. Se as leis infraconstitucionais fossem criadas da mesma maneira que as normas constitucionais, em caso de contrariedade ocorreria a revogação do ato anterior e não a inconstitucionalidade.⁴

No mesmo sentido, leciona Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

Em todo Estado onde faltar controle de constitucionalidade, a Constituição é flexível; por mais que a Constituição se queira rígida, o Poder Constituinte perdura ilimitado em mãos do legislador. Esta, na verdade, poderá modificar a seu talante as regras constitucionais, se não houver órgão destinado a resguardar a superioridade destas sobre as ordinárias. Mais ainda, órgão com bastante força para fazê-lo.⁵

Portanto, tem-se que o instituto do controle de constitucionalidade é corolário da rigidez constitucional.

1.2 Supremacia constitucional

Assim como a rigidez constitucional, a supremacia constitucional se apresenta como fundamento para o controle de constitucionalidade.

Só há que se falar em controle de constitucionalidade nos ordenamentos jurídicos em que haja uma norma parâmetro, uma lei da qual decorra todas as outras, servindo de fundamento para a existência dos demais atos jurídicos.

O princípio da supremacia constitucional confere à Constituição uma característica de norma fundamental que se encontra em um patamar acima das demais leis

³ RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade**: perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 46.

⁴ BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 2.

⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 34.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 34.

pertencentes ao mesmo ordenamento estatal, conferindo as demais espécies normativas validade, através de uma relação de adequação entre a norma parâmetro (Constituição) e a norma objeto (leis infraconstitucionais).

É através do princípio da supremacia constitucional que há a formação de um ordenamento jurídico coeso, harmônico e ordenado, baseado em uma lei maior que apresenta em seu texto o processo de produção normativa a ser seguido pelo constituinte derivado em sua atividade legislativa.

Ao tratar do ordenamento jurídico e da norma fundamental, assevera Kelsen que:

A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental – pressuposta. A norma fundamental – hipotética, nestes termos – é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora.⁶

Não é possível admitir que uma lei ordinária *lato sensu* contrarie uma Constituição que esteja albergada pelo princípio da supremacia constitucional. Caso essa contrariedade ocorra, deve o texto constitucional prover meios para solucionar a incompatibilidade apresentada. Acerca do caso, afirma Paulo Bonavides:

O órgão legislativo, ao derivar da Constituição sua competência, não pode obviamente introduzir no sistema jurídico leis contrárias às disposições constitucionais: essas leis se reputariam nulas, inaplicáveis, sem validade, inconsistentes com a ordem jurídica estabelecida.⁷

A relação entre o princípio da supremacia constitucional e o controle de constitucionalidade está explicitada no famoso voto do Juiz John Marshall no caso *Marbury vs. Madison*:

É uma proposição por demais clara para ser contestada, que a Constituição veta qualquer deliberação legislativa incompatível com ela; ou que a legislatura possa alterar a Constituição por meios ordinários. Não há meio termo entre estas alternativas. A Constituição ou é uma lei superior e predominante, e lei imutável pelas formas ordinárias; ou está no mesmo nível conjuntamente com as resoluções ordinárias da legislatura e, como as outras resoluções, é mutável quando a legislatura houver por bem modificá-la.

⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 247.

⁷ BONAVIDES, Paulo. *op. cit.*, p. 297.

Se é verdadeira a primeira parte do dilema, então não é lei a resolução incompatível com a Constituição; se a segunda parte é verdadeira, então as constituições escritas são absurdas tentativas da parte do povo para delimitar um poder por sua natureza ilimitável.

Certamente, todos quantos fabricaram constituições escritas consideraram tais instrumentos como lei fundamental e predominante da nação e, conseqüentemente, a teoria de todo o governo, organizado por uma constituição escrita, deve ser que é nula toda a resolução legislativa com ela incompatível.⁸

Desta forma, pode-se perceber a intensa relação existente entre o princípio da supremacia constitucional e o instituto do controle de constitucionalidade, já que este é indispensável à garantia da Constituição como norma fundamental, assim como a supremacia constitucional confere validade ao controle de constitucionalidade.

Por fim, necessário se faz ressaltar a distinção existente entre supremacia material e supremacia formal da constituição.

Sob o aspecto da supremacia formal, considera-se norma constitucional aquela que segue rito solene de elaboração normativa e que não necessita tratar de matérias tipicamente constitucionais para serem consideradas como tal.

Quanto ao aspecto material da supremacia da constituição, tem-se que, para ser considerada constitucional, uma norma precisa necessariamente tratar de matéria tipicamente constitucional, a exemplo dos direitos fundamentais, das normas de organização do Estado e de separação dos Poderes.

Isso não quer dizer, todavia, que as matérias tipicamente constitucionais não sejam tratadas também em Constituições dotadas de supremacia formal.

A supremacia material é característica das constituições flexíveis, enquanto a supremacia formal é adotada em constituições rígidas.

Nesse sentido, assevera Uadi Lammêgo Bulos:

As constituições flexíveis e as histórico-costumeiras, por exemplo, possuem a supremacia material. O dever de acatamento aos seus preceitos não vem registrados num texto escrito. A *consciência constitucional*, nesse caso, deflui do fator sociológico, responsável pela estabilidade da ordem jurídica.

Já nos textos constitucionais rígidos ocorre o inverso. Neles, a consciência de que se deve acatar os seus princípios e preceitos brota de documentos solenes e cerimoniais, erigidos para esse fim.⁹

8 Decisões constitucionais de Marshall. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1903. p. 24-26 *apud* MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 16-17.

⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 57.

1.3 O Fenômeno da inconstitucionalidade

A Constituição, definida como uma lei fundamental que exige um procedimento especial para alteração de suas normas, deve possuir meios necessários que promovam sua defesa frente a leis ou atos com ela incompatíveis. A ausência desses mecanismos que garantam a prevalência constitucional esvazia por completo a idéia de superioridade da Constituição sobre os demais atos normativos.

Como pressupostos fundamentais para a existência do fenômeno da inconstitucionalidade, têm-se os princípios da supremacia constitucional e da rigidez constitucional, uma vez que somente é possível realizar uma análise de incompatibilidade entre uma norma parâmetro e uma norma objeto em sistema hierarquizado de normas.

Essa relação de incompatibilidade entre a Constituição e determinado ato é caracterizado como fenômeno de inconstitucionalidade. No entanto, essa definição em sentido amplo carece de utilidade prática para o controle de constitucionalidade, pois engloba a um só tempo os atos praticados por agentes públicos e privados, e estes são atacados por meios diferentes dos tratados no presente trabalho.

O que realmente interessa para a definição de inconstitucionalidade são as desconformidades existentes entre os atos legislativos ou os atos administrativos de caráter normativo e a Constituição. Assim, a incompatibilidade formal ou material entre a lei ou ato normativo e a Constituição é definida como inconstitucionalidade.

Assim define André Ramos Tavares o fenômeno de inconstitucionalidade:

[...] a inconstitucionalidade é um fenômeno atrelado à estrutura hierárquica do sistema jurídico, verificada na relação entre a Lei Maior e as demais leis existentes dentro de um sistema, na medida em que estas não se curvem aos padrões previamente estabelecidos por aquela, vinculando-os, seja no seu aspecto formal, seja no material.¹⁰

No mesmo sentido assevera Elival da Silva Ramos:

O vício de inconstitucionalidade corresponde a essa desconformidade estática (relativa ao conteúdo) ou dinâmica (relativa ao processo de formação), de caráter vertical (hierárquico), entre a lei e a Constituição, resolvida, sempre, em favor das normas de grau superior, que funcionam como fundamento de validade das inferiores.¹¹

¹⁰ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 5.ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 186.

¹¹ RAMOS, Elival da Silva. *op. cit.*, p. 63.

Com a definição do que é o fenômeno da inconstitucionalidade, surge um questionamento: a declaração inconstitucionalidade de uma lei afeta no seu plano de existência, eficácia ou validade, ou todos ao mesmo tempo?

A resposta para tal indagação será dada a seguir.

1.3.1 Teorias da anulabilidade e da nulidade dos atos normativos

Antes de adentrar diretamente na análise das teorias da anulabilidade e da nulidade dos atos normativos, necessário se faz realizar um exame acerca dos planos de existência, validade e eficácia das normas jurídicas, pois de fundamental importância é a compreensão desses conceitos para o entendimento das referidas teorias.

1.3.1.1 Plano da existência

Diz-se que uma norma torna-se existente no mundo jurídico quando os elementos necessários para sua constituição estiverem presentes, quais sejam agente, objeto e forma. Caso esses componentes não estejam presentes, ou mesmo presentes estejam deficientes, a norma jurídica é tida por inexistente.

Assim leciona Luís Roberto Barroso:

A ausência, deficiência ou insuficiência dos elementos que constituem pressupostos materiais de incidência da norma impedem o ingresso do ato no mundo jurídico. Será, por via de consequência, um ato inexistente, do qual o Direito só se ocupará para repeli-lo adequadamente, se necessário. Seria inexistente, por exemplo, uma “lei” que não houvesse resultado de aprovação da casa legislativa, por ausente a manifestação de vontade apta a fazê-la ingressar no mundo jurídico.¹²

1.3.1.2 Plano da validade

Foi dito acima que uma norma para ser considerada existente necessita dos elementos: agente, objeto e forma.

No que se refere ao plano de validade normativa, além desses requisitos é necessário que o agente seja competente para produzir a norma, que a forma em que fora

¹² BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 13.

produzida a norma seja a adequada para atingir os fins almejados, e que o objeto regulado pela norma seja lícito e possível. Deve, portanto, a norma preencher os requisitos estabelecidos no ordenamento jurídico para ser considerada válida.

Assim, tem-se que, caso uma norma não preencha os requisitos acima expostos, isso afetará seu plano de validade, tornando-a inválida no ordenamento jurídico.

1.3.1.3 Plano da eficácia

Uma norma jurídica é criada visando regulamentar determinada situação fática, relações jurídicas, comportamentos, e quando ela alcança o objetivo esperado pelo legislador ao criá-la, fala-se que esta norma é eficaz.

Norma eficaz é aquela com capacidade para produzir efeitos, podendo estes serem mais ou menos intensos.

Nesse sentido, a doutrina de Luís Roberto Barroso:

A eficácia dos atos jurídicos consiste em sua aptidão para a produção de efeitos, para a irradiação das conseqüências que lhe são próprias. Eficaz é o ato idôneo para atingir a finalidade para a qual foi gerado. Tratando-se de uma norma, a eficácia jurídica designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, seu sentido típico, que é o de regular situações nela indicadas. Eficácia diz respeito, assim, à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma.¹³

1.3.1.4 Teoria da anulabilidade da norma inconstitucional

Segundo a teoria da anulabilidade da norma inconstitucional desenvolvida por Hans Kelsen, aquela norma que esteja em desconformidade com a Constituição (inconstitucional, portanto) produz efeitos desde a sua entrada em vigor no ordenamento jurídico, mesmo estando atingida pelo vício da inconstitucional. Os efeitos somente deixarão de serem produzidos quando houver uma sentença que reconheça o referido vício.

Com efeito, percebe-se que a sanção de inconstitucionalidade afeta a norma em seu plano de eficácia, diferentemente da teoria da nulidade da norma inconstitucional. Essa sanção possui natureza constitutiva e efeitos *ex nunc*.

Para Kelsen não há margem para sanção de nulidade da norma inconstitucional, mas sim de anulabilidade:

¹³ BARROSO, Luis Roberto. *op. cit.*, p. 14.

[...] resulta que, dentro de uma ordem jurídica não pode haver algo como a nulidade, que uma norma pertencente a uma ordem jurídica não pode ser nula mas apenas pode ser anulável. Mas esta anulabilidade prevista pela ordem jurídica pode ter diferentes graus. Uma norma jurídica em regra somente é anulada com efeitos para o futuro, por forma que os efeitos já produzidos que deixa para trás permanecem intocados. Mas também pode ser anulada com efeito retroativo, por forma tal que os efeitos jurídicos que ela deixou para trás de si sejam destruídos: tal, por exemplo, anulação de uma lei penal, acompanhada da anulação de todas as decisões judiciais proferidas com base nela; ou de uma lei civil, acompanhada da anulação de todos os negócios jurídicos celebrados e decisões jurisdicionais proferidas com fundamento nessa lei. Porém, a lei foi válida até a sua anulação. Ela não era nula desde o início. Não é, portanto, correto o que se afirma quando a decisão anulatória da lei é designada “declaração de nulidade”, quando o órgão que anula a lei declara na sua decisão essa lei como “nula desde o início” (ex tunc). A sua decisão não tem caráter simplesmente declarativo, mas constitutivo. O sentido do ato pelo qual uma norma é destruída, quer dizer, pela qual a sua validade é anulada, é, tal como o sentido de um ato pelo qual uma norma é criada, uma norma.¹⁴

Pode-se afirmar que a sanção que reconhece a inconstitucionalidade age como se fosse uma lei posterior que revoga o ato legislativo anterior.¹⁵ Atua, portanto, o órgão competente de declarar a inconstitucionalidade de lei como um legislador negativo.¹⁶

1.3.1.5 Teoria da nulidade da norma inconstitucional

A teoria da nulidade da norma inconstitucional tem origem no direito norte-americano e foi primeiramente aplicada no caso *Marbury vs. Madison*.

Segundo essa doutrina, uma lei que apresente desconformidade com a Constituição será considerada inconstitucional e, por conseguinte, inválida e os efeitos dela decorrentes serão ineficazes. Com efeito, nota-se que, nesse caso, o ato legislativo é nulo (*null and void*) de pleno direito e os efeitos do controle de constitucionalidade são retroativos.

A lei tida por inconstitucional apresenta um vício congênito de validade ou por ter descumprido alguma regra procedimental para sua formação ou por estar em desconformidade com alguma regra material insculpida no texto constitucional. De qualquer forma, esse vício afeta o plano de validade da norma e, por decorrência lógica, sua eficácia, já que uma norma inválida, segundo a teoria da nulidade da norma inconstitucional, em tese, não produz efeitos.

A tese da nulidade da norma inconstitucional baseia-se no princípio da supremacia da constituição, uma vez que, por estar a Constituição em uma posição hierárquica superior no ordenamento jurídico, as demais leis devem guardar consonância com

¹⁴ Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 306-307.

¹⁵ Capelletti, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Fabris, 1984. p. 118.

¹⁶ Barroso, Luis Roberto. *op. cit.*, p. 19.

ela, não se admitindo, em nenhum momento uma incompatibilidade. Aceitar que as normas mesmo incompatíveis com a Constituição e, por conseguinte, inválidas produzam efeitos seria a negação da Constituição como a lei fundamental. Nessa toada, assevera Luis Roberto Barroso:

A lógica do raciocínio é irrefutável. Se a Constituição é a lei suprema, admitir a aplicação de uma lei com ela incompatível é violar sua supremacia. Se uma lei inconstitucional puder reger dada situação e produzir efeitos regulares e válidos, isso representaria a negativa da vigência da Constituição naquele mesmo período, em relação àquela matéria. A teoria constitucional não poderia conviver com essa contradição sem sacrificar o postulado sobre o qual se assenta. Daí por que a inconstitucionalidade deve ser tida como uma forma de nulidade conceito que denuncia o vício de origem e a impossibilidade de convalidação do ato.¹⁷

Como decorrência dessa idéia de que a inconstitucionalidade do ato normativo o afeta no seu plano de validade e, conseqüentemente, no plano da eficácia, a decisão proferida em sede de controle de constitucionalidade terá natureza meramente declaratória, não havendo necessidade de um ato posterior de invalidação norma. A lei já “nasceu morta”, o vício de inconstitucionalidade a acompanha desde o seu “nascimento”. Com efeito, a referida decisão apenas declarará a inconstitucionalidade da norma, em outras palavras, não possui natureza constitutiva a sentença, uma vez que o vício de inconstitucionalidade da lei não surgiu a partir da decisão, mas sim desde a sua criação pelo legislador infraconstitucional.

Vale destacar também que a decisão declaratória de inconstitucionalidade retroagirá no tempo para atingir todos aqueles atos praticados sob o império da lei inconstitucional e torná-los inválidos. Assim, a declaração de inconstitucionalidade possui efeitos *ex tunc*.

Por ter sofrido intensa influência do constitucionalismo americano no início da era republicana, o Brasil adotou a teoria da nulidade da norma inconstitucional em sua Carta Constitucional de 1891, e, desde então, é a teoria predominante no meio doutrinário e jurisprudencial brasileiro¹⁸. Nesse sentido, cabe transcrever trecho do voto do Ministro Celso de Mello na Questão de Ordem na ADI 652/MA:

O repúdio ao ato inconstitucional decorre, em essência, do princípio que, fundado na necessidade de preservar a unidade da ordem jurídica nacional, consagra a supremacia da Constituição. Esse postulado fundamental de nosso ordenamento normativo impõe que preceitos revestidos de menor grau de positividade jurídica

¹⁷ BARROSO, Luis Roberto. *op. cit.*, p. 16.

¹⁸ *Ibidem*, p. 20.

guardem, necessariamente, revelação de conformidade vertical com as regras inscritas na Carta Política, sob pena de ineficácia e de conseqüente inaplicabilidade. Atos inconstitucionais são, por isso mesmo, nulos e destituídos, em conseqüência, de qualquer carga de eficácia jurídica.¹⁹

Além do Brasil, essa teoria é a mais adotada em grande parte dos Estados²⁰, até mesmo na Alemanha que sofre intensa influência do pensamento kelsiano.

Apesar de sua predominância em grande parte dos ordenamentos jurídicos mundiais, a teoria da nulidade da norma inconstitucional vem sofrendo certa mitigação. No âmbito do ordenamento pátrio, em diversos entendimentos jurisprudenciais já é possível encontrar uma aplicação da teoria da nulidade com certo temperamento.

Há casos em que os efeitos produzidos pela norma inconstitucional não podem ser simplesmente considerados inválidos e ter sua ineficácia *ab initio* declarada. Necessário se faz analisar cada caso concreto e, conforme a situação, atenuar ou até mesmo suprimir, através de uma ponderação com os princípios da boa-fé, justiça e segurança jurídica, a aplicação da teoria da nulidade.

Esse é o entendimento de Lúcio Bittencourt que afirma:

[...] essa doutrina da *ineficácia ab initio* da lei inconstitucional não pode ser entendida em termos absolutos, pois que os efeitos *de fato* que a norma produziu não podem ser suprimidos, sumariamente, por simples obra de um decreto jurídico. [...] E os Tribunais têm que encontrar meios – e os têm encontrado – para salvar certos efeitos de fato que a inconstitucionalidade não pode alcançar.²¹

Além do entendimento doutrinário e jurisprudencial que já admitem e aplicam a teoria da nulidade com certa flexibilidade, o legislador ordinário adotou, no artigo 27 da Lei nº 9.868/99, a mitigação desse princípio, ficando conhecida como técnica da modulação dos efeitos da decisão, a saber:

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.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de ordem na ação direta de inconstitucionalidade nº 652. Relator: Ministro Celso de Mello. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Governador do Estado do Maranhão e Assembléia Legislativa do Estado do Maranhão. Brasília, 2 de abril de 1992. **Diário da Justiça**, 2 de abril de 1993.

²⁰ BARROSO, Luis Roberto. *op. cit.*, p. 16.

²¹ BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional das leis**. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. p. 148-149.

Destarte, visando garantir a segurança jurídica de situações já concretizadas é que se vem admitindo a mitigação da teoria da nulidade da norma inconstitucional.

1.4 Espécies de inconstitucionalidade

A questão da inconstitucionalidade da norma jurídica pode ser aferida de diversas maneiras. Esse tópico irá abordar apenas alguns dos mais relevantes tipos de inconstitucionalidades apontados pela doutrina.

1.4.1 Inconstitucionalidade formal e inconstitucionalidade material

A inconstitucionalidade formal se verifica quando uma lei ou ato normativo não segue as regras procedimentais adequadas para sua formação.

Esse vício apresentado pela norma pode ser abordado sob dois aspectos: a) inobservância das regras procedimentais no âmbito do processo legislativo; ou b) violação às regras concernentes à competência legislativa.

Para um melhor entendimento acerca da inconstitucionalidade formal, necessário se faz apresentar alguns exemplos a título de ilustração. A primeira possibilidade de ocorrência desse vício seria no caso de, por exemplo, algum Estado da Federação legislar sobre direito civil, matéria esta afeta à competência da União. Outro caso seria aquele em que o vício formal recai sobre alguma etapa do processo legislativo, como quando um parlamentar apresenta projeto de lei de iniciativa do Presidente da República; ou quando uma determinada matéria é regulamentada por meio de uma espécie normativa diferente daquela exigida pela Constituição.

Acerca da inconstitucionalidade material, esta ocorre quando houver uma incompatibilidade de conteúdo entre uma lei ou ato normativo e a Constituição. Em outras palavras, quando uma lei estiver em conflito com os princípios insculpidos na Constituição, verificar-se-á a inconstitucionalidade material.

1.4.2 Inconstitucionalidade por ação e inconstitucionalidade por omissão

A inconstitucionalidade por ação pressupõe uma atitude positiva do legislador, em outras palavras, o Poder Legislativo produz uma norma jurídica que esteja em incompatibilidade material ou formal com a constituição.

Para José Afonso da Silva, a inconstitucionalidade por ação:

Ocorre com a produção de atos legislativos ou administrativos que contrariem normas ou princípios da constituição. O fundamento dessa inconstitucionalidade está no fato de que do princípio da supremacia da constituição resulta o da compatibilidade vertical das normas da ordenação jurídica de um país, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior, que é a constituição. As que não forem compatíveis com elas são inválidas, pois a incompatibilidade vertical resolve-se em favor das normas de grau mais elevado, que funcionam como fundamento de validade das inferiores.²²

A idéia de inconstitucionalidade por omissão parte do pressuposto de que algumas normas constitucionais necessitam de uma lei infraconstitucional para que possam produzir seus efeitos, são as chamadas normas de eficácia limitada ou declaratórias de princípios institutivos, segundo a tradicional classificação de normas elaborada por José Afonso da Silva.²³

Caso o legislador infraconstitucional não elabore a norma jurídica prevista pela Constituição e necessária para sua efetivação, configurar-se-á uma atitude omissiva por parte do legislador, caracterizando, assim, uma inconstitucionalidade por omissão.

Sobre o tema, leciona Gilmar Ferreira Mendes:

A omissão legislativa inconstitucional pressupõe a inobservância de um dever constitucional de legislar, que resulta tanto de comandos explícitos da Lei Magna como de decisões fundamentais da Constituição identificadas no processo de interpretação.²⁴

Essa forma de inconstitucionalidade é recente, tendo sua origem reconhecida em meados do século XX, diferentemente da inconstitucionalidade por ação que sempre esteve vinculada à idéia de controle de constitucionalidade. Por ser um tema recente, a

²² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 47.

²³ José Afonso da Silva afirma que “são, pois, normas constitucionais de princípio institutivo aquelas através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei”. (SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3.ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 126).

²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1076.

inconstitucionalidade por omissão ainda necessita de um estudo mais aprofundado. No direito brasileiro, o controle de constitucionalidade por omissão por ser realizado mediante o instituto do Mandado de Injunção, previsto no art. 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal, e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, baseada no art. 103, § 2º, CF.

1.5 Tipos de controle de constitucionalidade

No âmbito do instituto do controle de constitucionalidade existem diversas modalidades em que este pode ser classificado. Essa classificação varia de acordo com o parâmetro utilizado.

1.5.1 Quanto à natureza do órgão de controle

De acordo com a natureza do órgão competente para aferir a constitucionalidade da lei ou ato normativo, o controle de constitucionalidade pode ser classificado como político ou judiciário.

O controle político de constitucionalidade tem origem na experiência constitucional francesa (por isso também é chamado de modelo de controle francês) e possui essa definição, pois o órgão competente para exercer o controle de constitucionalidade não tem natureza judiciária, mas sim política.

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

A criação desse órgão funda-se principalmente na alegação de que a interpretação da Constituição deve ser reservada a órgão com sensibilidade política, porque a Constituição, mais do que simples lei, é um plano de vida cujo sentido não permanece estático nem pode ser hieraticamente considerado.²⁵

A criação desse modelo de controle de constitucionalidade pelos franceses decorre de razões históricas, devido às frequentes interferências arbitrárias realizadas pelo Poder Judiciário sobre os demais Poderes. Somando-se às razões históricas, estão as de ordem ideológica, baseadas na doutrina de Montesquieu, segundo a qual a entrega da função fiscalizadora da constitucionalidade das leis a um órgão do Poder Judiciário feriria o princípio

²⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 34.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 37.

da separação dos poderes, uma vez que o judiciário estaria se imiscuindo em matéria de competência do Poder Legislativo.²⁶

Já o modelo jurisdicional de controle de constitucionalidade, como se pode deduzir, é aquele em que a verificação de inconstitucionalidade da norma é realizada por um órgão de natureza jurídica. Sua origem reporta o direito norte-americano no caso *Marbury vs Madison*.²⁷

De acordo com esse modelo o órgão competente para exercer o controle de constitucionalidade é o Poder Judiciário.

No Brasil, é adotado o modelo jurisdicional do controle de constitucionalidade. No entanto, existem algumas manifestações do controle político no direito brasileiro, como se pode notar no juízo de constitucionalidade que o Presidente da República realiza ao vetar uma lei que entender inconstitucional (art. 66, § 1º, CF/88), ou, também, nas Casas Legislativas através de suas Comissões de Constituição e Justiça.

1.5.2 Quanto ao momento do controle

O momento em que o controle de constitucionalidade é exercido também é um parâmetro para sua classificação. Quando a aferição de inconstitucionalidade da lei é realizada antes que ela entre em vigor, diz-se que se trata de um controle preventivo de constitucionalidade. Desse modo, impede-se que a lei declarada inconstitucional venha a produzir seus efeitos.

Sobre o tema, afirma Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

Sem dúvida, grande vantagem haveria em impedir-se de modo absoluto a entrada em vigor de ato inconstitucional. Todavia, a experiência revela que toda tentativa de organizar um controle preventivo tem por efeito politizar o órgão incumbido de tal controle, que passa a apreciar a matéria segundo o que entende ser a conveniência pública e não segundo a sua concordância com a lei fundamental. Isso é mais grave ainda no que concerne à lei, que se considera, na democracia representativa, expressão da vontade geral, pois vem dar a um órgão normalmente de origem não popular uma influência decisiva na elaboração das leis.²⁸

²⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Fabris, 1984. p. 96-97.

²⁷ BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional das leis**. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. p. 12-13.

²⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *op. cit.*, p. 36-37.

Quanto ao controle repressivo, esse ao contrário do preventivo é realizado quando a lei ou o ato normativo já se encontra em vigor, produzindo os seus efeitos.

O modelo repressivo de controle de constitucionalidade é o mais utilizado no direito pátrio, sendo realizado, precipuamente, pelo Poder Judiciário. Todavia, é possível encontrar também espécies de controle preventivo, como, por exemplo, nas Comissões de Constituição e Justiça das Casas Legislativas que realizam o controle antes de o projeto de lei entrar em vigor, ou quando o Presidente da República veta uma lei por considerá-la inconstitucional.

Percebe-se, portanto, uma nítida relação entre o controle preventivo e o controle político de constitucionalidade. Nesse sentido, leciona Mauro Cappelletti:

Não se pode, porém, omitir uma alusão ao fato de que, em certos Países, em lugar de um controle jurisdicional – ou, talvez, ao lado dele – existe um controle exercido por órgãos que podemos chamar *políticos*, mas não, *judiciários*. Usualmente nesses sistemas o controle, ao invés de ser posterior à elaboração e promulgação da lei, é *preventivo*, vale dizer, ocorre antes que a lei entre em vigor [...]²⁹

1.5.3 Quanto à forma de controle

No modelo incidental de controle, a inconstitucionalidade de uma lei torna-se apenas um incidente processual e não o objeto principal da lide. Sua constatação é decorrência lógica da solução de um litígio, apresentando-se apenas como uma questão prejudicial.

Acerca do tema, leciona Luis Roberto Barroso:

O controle incidental é por vezes referido, também, como controle por *via de exceção ou defesa*, porque normalmente a inconstitucionalidade era invocada pela parte demandada, para escusar-se do cumprimento da norma que reputava inválida. Todavia, a inconstitucionalidade pode ser suscitada não apenas como tese de defesa, mas também como fundamento da pretensão do autor, o que se tornou mais freqüente com a ampliação das ações de natureza constitucional, inclusive e notadamente pelo emprego do mandado de segurança, tanto individual e coletivo.³⁰

Manoel Gonçalves Ferreira Filho apresenta desvantagens do modelo incidental de inconstitucionalidade ao afirmar que:

O inconveniente do controle incidental é o mesmo do controle difuso: a possibilidade de juízes apreciarem diferentemente a validade de uma lei, com a

²⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *op. cit.*, p. 26.

³⁰ BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 50.

consequência de ser aplicada a uns e não a outros; a incerteza quanto ao direito até a decisão final do Tribunal mais alto, ou especializado.³¹

No que tange ao controle por via principal ou ação direta, a aferição de inconstitucionalidade, diferentemente do controle incidental, é o objeto principal da lide, portanto, não decorre de um caso concreto, mas sim da própria inconstitucionalidade da lei.

O ensinamento de Luis Roberto Barroso sobre o tema é bastante elucidativo:

A ação direta é veiculada através de um processo objetivo, no qual não há lide em sentido técnico, nem partes. Devido ao seu caráter institucional – e não de defesa de interesses -, a legitimação para suscitar o controle por via principal, isto é, para propor ação direta de inconstitucionalidade, é limitada determinados órgãos e entidades. Em seu âmbito, como regra, será objeto de debate a norma existente e seu alegado contraste com a Constituição.³²

1.5.4 Quanto ao órgão jurisdicional

Quanto ao critério do órgão judicial competente para apreciação da inconstitucionalidade, o modelo jurisdicional de controle de constitucionalidade subdivide-se em controle difuso e controle concentrado.

1.5.4.1 Controle difuso

Inicia-se a análise do sistema difuso sob o seu aspecto subjetivo, definindo, desta forma, quais os órgãos competentes para exercer a atividade de fiscalização constitucional.

Nesse sentido, tem-se que, no controle difuso, o reconhecimento da inconstitucionalidade pode ser exercido por qualquer juiz em qualquer grau de jurisdição, desde que respeitado sua competência para tanto. O controle difuso é também conhecido como sistema americano de controle de constitucionalidade, pois foi desenvolvido inicialmente pela jurisprudência norte-americana no famoso caso *Marbury vs. Madison*.

A lógica do sistema difuso de fiscalização constitucional é brilhantemente exposta por Mauro Cappelletti:

A função de todos os juízes é a de interpretar as leis, a fim de aplicá-las aos casos concretos de vez em vez submetidos a seu julgamento;
Uma das regras mais óbvias da interpretação das leis é aquela segundo a qual, quando duas disposições legislativas estejam em contraste entre si, o juiz deve aplicar a prevalente;

³¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *op. cit.*, p. 38-39.

³² BARROSO, Luis Roberto. *op. cit.*, p. 50.

Tratando-se de disposições de igual força normativa, a prevalente será indicada pelos usuais, tradicionais critérios “lex posterior derogat legi priori”, lex specialis derogat legi generali”, etc.;

Mas, evidentemente, estes critérios não valem mais – e vale, ao contrário, em seu lugar, o óbvio critério “lex superior derogat legi inferiori” – quando o contraste seja entre disposições de diversa força normativa: a norma constitucional, quando a Constituição seja “rígida” e não “flexível”, prevalece sempre sobre a norma ordinária contrastante [...]

Logo, conclui-se que qualquer juiz, encontrado-se no dever de decidir um caso em que seja “relevante” uma norma legislativa ordinária contrastante com a norma constitucional, *deve não aplicar a primeira e aplicar, ao invés, a segunda*.³³

Esse poder conferido conferindo a qualquer órgão do Poder Judiciário para julgar a constitucionalidade de uma lei impedindo a sua aplicabilidade foi responsável por promover uma ruptura do sistema americano com a tradição inglesa da soberania do Parlamento.³⁴

Quanto ao aspecto instrumental ou modal (forma como a inconstitucionalidade é arguida), tem-se que, em sede de controle difuso, a questão de inconstitucionalidade é suscitada de forma incidental no processo. Em outras palavras, a arguição de inconstitucionalidade não faz parte da causa principal de um processo, mas sim de um incidente processual relevante para a solução do caso concreto. O magistrado só se manifestará a respeito da inconstitucionalidade de uma norma quando esta for necessária para a resolução do litígio. Assim, tem-se que o mesmo órgão competente para decidir o caso concreto será também competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade arguida.³⁵ Conclui-se, portanto, que “as características da difusão e da inconstitucionalidade trabalham juntas no sistema-tipo estadunidense”.³⁶

Por fim, no que concerne ao aspecto dos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade de uma norma, verifica-se que, no sistema difuso de inconstitucionalidade, a lei, por ser inconstitucional, é nula de pleno direito (*null and void*), configurando, assim, a ineficácia e invalidade da norma desde a sua criação. A decisão judicial, portanto, apresenta natureza meramente declaratória, retroagindo para negar qualquer efeito advindo a norma inconstitucional (eficácia *ex tunc*).

Outra característica relacionada à decisão que atribui a pecha de inconstitucionalidade à norma é que esta produzirá apenas efeito às partes integrantes do processo (efeito *inter partes*).

³³ CAPPELLETTI, Mauro. *op. cit.*, p. 75-76.

³⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 898.

³⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *op. cit.*, p. 103.

³⁶ RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade: perspectivas de evolução**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 117.

Acerca do efeito *inter partes*, elucidativa é a análise de Elival da Silva Ramos:

A resolução da questão de inconstitucionalidade integra a motivação do julgado e, portanto, mantém-se alheia aos comandos contidos em seu dispositivo, afetando as partes do feito unicamente no que tange à aplicação ou não da lei impugnada no específico caso *sub judice*, o que significa que, em tese, uma lei afastada em um caso poderia vir a ser aplicada em outro, ainda que entre as mesmas partes.³⁷

1.5.4.2 Controle concentrado

O controle concentrado³⁸ (desenvolvido por Hans Kelsen), no que concerne ao aspecto subjetivo, diferencia-se do controle difuso, pois naquele o poder para aferir a constitucionalidade de uma determinada lei é concentrado em único órgão judiciário superior ou Corte Constitucional (criada exclusivamente para realizar essa tarefa), daí essa denominação.

Quanto ao critério modal ou instrumental, o controle concentrado é desvinculado do caso concreto (como ocorre no sistema difuso), ou seja, a análise da pecha de inconstitucionalidade da norma não é aferida via incidental, mas sim via principal, mediante ação própria para tal fim.

Já no que se refere ao aspecto dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, esta possui natureza constitutiva, de forma a anular (cassar) a norma que se encontra em desacordo com a constituição. Infere-se, portanto, que, até a pronúncia da inconstitucionalidade da norma, esta é válida e eficaz, bem os seus efeitos advindos dela (eficácia *ex nunc*). Ademais, os efeitos da decisão de inconstitucionalidade operam-se contra todos (*erga omnes*).

O Brasil adota um modelo misto de controle judicial de constitucionalidade, ou seja, tanto o modelo concentrado quanto o difuso estão presentes no ordenamento jurídico pátrio. O sistema difuso, instituído no Brasil desde a promulgação da Constituição 1891, é exercido por qualquer instância do judiciário brasileiro, enquanto o sistema concentrado, que ingressou na jurisdição pátria através da Emenda Constitucional n. 16, de 6 de dezembro de 1965, e ganhou maior destaque com a promulgação da Constituição Federal de 1988, é exercido exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal.

³⁷ RAMOS, Elival da Silva. *op. cit.*, p. 117.

³⁸ Também conhecido como sistema austríaco de controle de constitucionalidade, pois foi posto em prática originariamente pela Constituição austríaca de 1º de outubro de 1920.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO

Importante para o desenvolvimento do tema abstrativização do controle difuso de constitucionalidade é análise da evolução do controle de constitucionalidade brasileiro, no qual se demonstrará a mitigação do controle difuso e a ascensão do controle concentrado.

2.1 O controle de constitucionalidade na Constituição de 1824

Iniciando a evolução histórica do controle de constitucionalidade no direito pátrio, importante registrar que, na Constituição Imperial de 1824, não houve adoção de nenhuma modalidade de controle de constitucionalidade semelhante aos verificados na atualidade. Essa ausência decorre, principalmente, da forte influência sofrida do sistema constitucional francês que pregava a primazia da lei e a consagração da soberania do Parlamento, o que resultava em uma verdadeira aversão ao controle jurisdicional de constitucionalidade.

Desta forma, verifica-se que ao Poder Legislativo foram outorgadas, além da função legiferante, as atribuições de interpretar, suspender e revogar as leis, bem como promover a guarda da Constituição. Nesse sentido, o texto original da Constituição Imperial:

Art. 15. É da attribuição da Assembléa Geral
[...]
VIII. Fazer Leis, interpretal-as, suspendel-as, e rovogal-as.
IX. Velar na guarda da Constituição, e promover o bem geral da Nação.

Importante mencionar, também, que, juntamente com a Carta Magna de 1824, houve a instituição do Poder Moderador, que dentre outras atribuições, delegava privativamente ao Imperador a “manutenção da independência, equilíbrio, e harmonia dos demais Poderes”.³⁹ Evitava-se, assim, qualquer tipo de interferência de um Poder sobre outro.

Conclui-se, portanto, que não havia, na Constituição de 1824, campo fértil para o desenvolvimento de um controle de constitucionalidade de normas.⁴⁰

2.2 O controle de constitucionalidade na Constituição de 1891

³⁹ Trecho do artigo 98 da Constituição 1824.

⁴⁰ BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional das leis**. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. p. 28.

Diferentemente da Constituição Imperial, a Constituição de 1891 sofreu forte influência do constitucionalismo norte-americano. Em decorrência dessa influência, surge o controle jurisdicional de constitucionalidade em sua modalidade difusa no ordenamento jurídico brasileiro.

É com a Constituição de 1891 que se inicia o regime republicano no país e juntamente com ele o sistema do *judicial review*. Sistema esse desenvolvido pela jurisprudência americana no famoso caso *Marbury vs. Madison*, e que confere aos órgãos judiciais, através do controle de constitucionalidade das leis, a guarda da supremacia da constituição. Com efeito, ao se constatar a contrariedade de uma norma legal com a Constituição, aquela deve ser invalidada.

Apesar de o artigo 59, § 1º, “a” e “b”⁴¹ suscitar dúvidas acerca da adoção do modelo de difuso pela Constituição de 1891, estas foram totalmente dirimidas com o advento da Lei n. 221, de 22/11/1894, que em seu artigo 13, § 10, afirma que “os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição”.

Impende informar que não só o controle jurisdicional de constitucionalidade foi albergado pela Constituição de 1891, também o controle político exercido pelo Presidente da República foi regulamentado, conforme expressa disposição do § 1º do artigo 37:

Art 37 - O projeto de lei adotado em uma das Câmaras será submetido à outra, e esta, se o aprovar, enviá-lo-á ao Poder Executivo, que, aquiescendo, o sancionará e promulgará.

§ 1º - Se, porém, o Presidente da República o julgar inconstitucional ou contrário aos interesses da Nação, negará sua sanção, dentro de dez dias úteis, daquele em que recebeu o projeto, devolvendo-o nesse mesmo, prazo à Câmara, onde ele se houver iniciado, com os motivos da recusa.

2.3 O controle de constitucionalidade na Constituição de 1934

⁴¹ Art 59 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

[...]

§ 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

- a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;
- b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.

A Constituição de 1934 manteve a tendência inaugurada com a Constituição anterior de um controle jurisdicional de constitucionalidade baseado no modelo norte-americano, que se caracterizava pela difusão desse controle perante os órgãos judiciários.

Todavia, mesmo tendo sido breve a sua vigência, foi responsável por introduzir mudanças significativas no sistema de fiscalização jurisdicional de constitucionalidade das leis. Mudanças essas que repercutiram nas Constituições seguintes.

É na Constituição de 1934 que pela primeira vez se instituiu a cláusula de reserva de plenário, herdada da jurisprudência americana que a denominava de regra do *full bench*. No entanto, no direito pátrio, essa regra ganhou um contorno diferenciado do empregado pelo direito estadunidense. O objetivo da regra do *full bench* era que as deliberações em plenário acerca de controvérsias constitucionais só pudessem ser realizadas com a presença da integralidade dos seus membros, evitando-se, assim, uma mudança de entendimento ocasionada pela simples variação de composição do pleno.⁴²

Diverso foi o sentido adotado pelo constituinte de 1934. Dispunha o artigo 179 que “só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público”. O que se nota nesse artigo é o condicionamento da eficácia da decisão que declara a inconstitucionalidade da lei a uma votação por maioria absoluta. Com efeito, não se exigia o comparecimento da totalidade dos membros do tribunal.

Nesse sentido, afirmava Lúcio Bittencourt:

A constituição não determina o número de juízes que devem estar presentes, nem exige o comparecimento da totalidade destes, mas, apenas, o condicionamento da eficácia jurídica da declaração de inconstitucionalidade ao pronunciamento da maioria dos membros do tribunal.⁴³

Mesmo promovendo uma mudança de sentido na regra do *full bench*, a cláusula de reserva de plenário conferiu maior segurança jurídica às decisões declaratórias de inconstitucionalidades, pois se evitava constantes mudanças de entendimento dos tribunais.

Além da cláusula de reserva de plenário, a Carta de 1934 também foi responsável de, pela primeira vez, conferir poder ao Senado Federal para suspender a execução das leis ou

⁴² RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade**: perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 191.

⁴³ BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *op. cit.*, p. 43.

atos normativos declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. Esta competência estava prevista no artigo 91, inciso IV.⁴⁴

Uma leitura desatenta desse artigo poderia fazer com que o interprete pensasse que as decisões proferidas por qualquer tribunal seriam passíveis de suspensão pelo Senado Federal. No entanto, a análise do artigo 91, inciso IV deveria ser feita em conjunto com o artigo 96⁴⁵, a fim de se chegar a real intenção do constituinte de 1934, que era a de que somente as decisões emanadas do Supremo Tribunal Federal ensejariam a suspensão da lei ou ato normativo promovida pelo Senado.

Como a decisão definitiva proferida pelo Tribunal Excelso confere apenas efeito *inter partes*, a suspensão senatorial tem o condão de expandi-las, proporcionando um efeito *erga omnes*.

Estas foram as principais inovações que a Constituição de 1934 promoveu no controle difuso de constitucionalidade.

Por fim, cabe mencionar que foi nessa Constituição que surgiu o primeiro indício de uma adoção da modalidade concentrada de controle de constitucionalidade no direito brasileiro, caracterizada pela representação interventiva ou declaração de inconstitucionalidade para evitar a intervenção federal. Essa representação competia exclusivamente ao Procurador Geral da República, que submetia a lei que decretava da intervenção federal à apreciação de sua constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.⁴⁶

Ademais, necessário se faz mencionar que a própria Assembléia Nacional Constituinte, através de proposta apresentada pelo Deputado Federal, Nilo Alvarenga, buscou instituir uma Corte de Justiça Constitucional, que teria a incumbência de realizar o controle de constitucionalidade das leis. Referida proposta não vingou, mas demonstra a intenção do

⁴⁴ Art 91 – Compete ao Senado Federal:

[...]

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;

⁴⁵ Art 96 - Quando a Corte Suprema declarar inconstitucional qualquer dispositivo de lei ou ato governamental, o Procurado Geral da República comunicará a decisão ao Senado Federal para os fins do art. 91, nº IV, e bem assim à autoridade legislativa ou executiva, de que tenha emanado a lei ou o ato.

⁴⁶ Art 12 - A União não intervirá em negócios peculiares aos Estados, salvo:

[...]

§ 2º - Ocorrendo o primeiro caso do nº V, a intervenção só se efetuará depois que a Corte Suprema, mediante provocação do Procurador-Geral da República, tomar conhecimento da lei que a tenha decretado e lhe declarar a constitucionalidade.

constituinte de 1934 em transformar o controle de constitucionalidade de difuso em concentrado.⁴⁷

2.4 O controle de constitucionalidade na Constituição de 1937

A Constituição outorgada pelo então Presidente Getúlio Vargas em 10 de novembro de 1937 possuía uma feição marcadamente autoritária, conferindo ao chefe do Poder Executivo um protagonismo exarcebando nas atribuições estatais em comparação aos demais Poderes.

A principal intenção do elaborador do texto constitucional, Francisco Campos, Ministro da Justiça do governo de Getúlio, era promover a manutenção da ordem pública e da segurança do Estado, o que acabou por resultar em restrições às liberdades públicas.

Além dessa feição autoritária, promoveu, conforme defendido por diversos doutrinadores⁴⁸, incontestável retrocesso ao sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, uma vez que, em seu artigo 96, parágrafo único, previu:

Art. 96 – [...]

Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.

Representava o referido instituto uma modalidade de revisão constitucional, uma vez que conferia a lei confirmada pelo Parlamento status de emenda constitucional.⁴⁹

A reação do Poder Judiciário foi intensa quando o Presidente Getúlio Vargas, ao editar o Decreto-Lei n. 1.564, de 5 de setembro de 1939, tornou sem efeito a decisão declaratória de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal, confirmando lei que instituía imposto de renda sobre vencimentos pagos pelos governos estaduais e municipais, a qual tinha sido declarada inconstitucional.

Impende suscitar que a novidade surgida com a Constituição anterior de submeter à apreciação do Supremo Tribunal Federal a constitucionalidade da lei interventiva, como condição de eficácia para a efetivação da intervenção federal, foi suprimida. Além da representação interventiva, também foi retirada do ordenamento pátrio a competência do

⁴⁷ RAMOS, Elival da Silva. *op. cit.*, p. 193.

⁴⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002. p. 192.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 646.

Conselho Federal, sucessor do Senado Federal, para suspender a lei ou ato normativo declarado inconstitucional pela Excelsa Corte.

2.5 O controle de constitucionalidade na Constituição de 1946

A Constituição de 1946, criada sob o novo regime democrático surgido após o fim do Estado Novo, buscou retomar as linhas adotadas nas Constituições de 1891 e 1934.

Nesse sentido, o artigo 101, inciso III, disciplinou a apreciação do Recurso Extraordinário pelo STF:

Art 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

[...]

III - julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juízes:

- a) quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal;
- b) quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada;
- c) quando se contestar a validade de lei ou ato de governo local em face desta Constituição ou de lei federal, e a decisão recorrida julgar válida a lei ou o ato;
- d) quando na decisão recorrida a interpretação da lei federal invocada for diversa da que lhe haja dado qualquer dos outros Tribunais ou o próprio Supremo Tribunal Federal.

No artigo 200, manteve o princípio da cláusula de reserva de plenário, afirmando que “só pelo voto da maioria absoluta dos seus membros poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Poder Público”.

Quanto à atribuição do Senado Federal referente à suspensão, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, esta foi regulamentada pelo artigo 64, restabelecendo, assim, referida competência ao órgão legislativo, a qual tinha sido suspensa pela Constituição anterior.

O instituto da representação interventiva, criada pela Constituição de 1934 e suprimida na Constituição de 1937, retornou na nova Carta, embora um pouco modificado.

Previa o parágrafo único do artigo 8º que “o ato argüido de inconstitucionalidade será submetido pelo Procurador-Geral da República ao exame do Supremo Tribunal Federal, e, se este a declarar, será decretada a intervenção”. Tal ato referia-se à lei estadual violadora dos princípios constantes no inciso VII do artigo 7º.⁵⁰

⁵⁰ Art 7º - O Governo federal não intervirá nos Estados salvo para:
[...]

O que se vê, portanto, é que, diferentemente do texto constitucional de 1934, a análise da inconstitucionalidade não era mais aferida sobre a lei federal que decretava a intervenção, mas sim sobre a própria lei violadora dos princípios constitucionais inserido no inciso VII do artigo 7º.

Nesse sentido, Elival da Silva Ramos:

A sistemática foi, portanto, aprimorada pela Carta de 46, pois a verificação de constitucionalidade passou a dizer respeito ao ato estadual contraventor, previamente à decretação da intervenção por lei federal, enquanto sob o regime de 34 tal verificação tinha por objeto a própria lei interventiva, previamente à sua implementação pelo Presidente da República. É evidente que, também à luz da disciplina pretérita, o que se examinava, judicialmente, era a compatibilidade do ato estadual com a Constituição Federal, no entanto, uma vez afirmada, acarretava a inconstitucionalidade da lei de intervenção, gerando óbvio constrangimento ao Congresso Nacional.⁵¹

O instituto da representação interventiva foi o grande precursor, no Brasil, do controle de constitucionalidade concentrado que foi instituído com a Emenda Constitucional nº 16 de 1965.

Com essa Emenda houve a instituição do controle abstrato de constitucionalidade de leis federais e estaduais a cargo do Supremo Tribunal Federal. Competia ao Procurador Geral da República, assim como na representação interventiva, a iniciativa de ingressar com a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, conforme expressa disposição do artigo 101, inciso I, alínea K, da Constituição de 1946.

A própria denominação da ação direta de inconstitucionalidade demonstra a influência exercida pelo instituto da representação interventiva, todavia, aquele instituto teve o seu objeto ampliado, na medida em que se passou a analisar também o vício de inconstitucionalidade de leis e atos normativos federais, além de utilizar como parâmetro para a fiscalização constitucional todo o texto constitucional, não ficando restrito aos princípios elencados no artigo 7º, inciso VII.

VII - assegurar a observância dos seguintes 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.

⁵¹ RAMOS, Elival da Silva. *op. cit.*, p. 206.

Com efeito, leis e atos normativos federais e estaduais passaram a ter sua constitucionalidade avaliada de modo abstrato, com base em quaisquer normas da Constituição Federal.

A introdução do modelo abstrato de controle de constitucionalidade não representou o fim o sistema difuso. Este continuou predominando no ordenamento jurídico brasileiro, mas, a partir da Emenda Constitucional 16/65, começou a perder seu papel predominante na atividade fiscalização da compatibilidade vertical de leis e atos normativos no ordenamento pátrio.

Impende mencionar que referida Emenda acrescentou ao artigo 124 o inciso XIII que facultou aos Estados, mediante lei, “estabelecer processo, de competência originária do Tribunal de Justiça, para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato de Município, em conflito com a Constituição do Estado”. Assim, as leis municipais seriam objetos de controle abstrato, tendo como parâmetro a própria Constituição do Estado ao qual o município pertencia.

2.6 O controle de constitucionalidade na Constituição de 1967/69

O período de vigência da Constituição de 1967/69 não resultou em significativas modificações no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro em relação à Carta precedente.

Assim, manteve-se a predominância do modelo difuso de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, temperado pelo modelo concentrado realizado pela representação de inconstitucionalidade de competência do Procurador Geral da República.

A competência atribuída ao Senado para suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo STF em sede de controle difuso (artigo 45, inciso IV) continuou, assim como o instituto da cláusula de reserva de plenário (artigo 111).

Quanto à representação interventiva, houve uma modificação no sentido de ampliar os casos passíveis de intervenção federal. Desse modo, além da violação aos princípios constantes no artigo 10, inciso VII, a União poderia intervir nos Estados com objetivo “prover à execução de lei federal” (artigo 10, inciso VI, primeira parte). No que tange a competência para suspender o ato estadual violador, esta foi deslocada do Congresso Nacional para o Presidente da República (artigo 11, § 2º). Ainda acerca do instituto da intervenção, a Emenda Constitucional nº 1/69 inovou ao conferir aos Estados a competência

para intervir nos Municípios, tendo como pressuposto a declaração de inconstitucionalidade de lei municipal violadora dos princípios indicados na Constituição Estadual.

A novidade criada pela Emenda Constitucional nº 16/65, que facultava aos Estados a instituição de ação direta de inconstitucionalidade contra lei municipal que violasse a Constituição Estadual, de competência exclusiva do Tribunal de Justiça, foi retirada.

Com Emenda Constitucional nº 7/77, possibilitou-se a concessão do “pedido de medida cautelar nas representações oferecidas pelo Procurador-Geral da República” (artigo 119, inciso I, alínea p).

Mesmo não proporcionando modificações relevantes no sistema de fiscalização da constitucionalidade das normas, a Constituição de 1967/69, no período em que esteve vigendo, foi motivo de questionamentos importantes que serviram para o amadurecimento do controle concentrado de constitucionalidade e que influenciaram o constituinte de 1988.

Nesse sentido, ganhou destaque a discussão em torno da competência exclusiva conferida ao Procurador-Geral da República para interpor ação direta de inconstitucionalidade. Argumentava-se que, por ser o cargo de Procurador-Geral de livre nomeação e exoneração pelo Presidente da República (sem a prévia aprovação do Senado), não poderia o Procurador-Geral exercer de forma plena e independente a função de legitimado único para propor ADI, o que era agravado pelo fato de, à época, a maioria das leis e atos normativos serem elaboradas diretamente pelo próprio Poder Executivo.

Foi nesse ambiente que surgiu o questionamento acerca da obrigatoriedade de o Procurador-Geral submeter ao Supremo Tribunal Federal a apreciação da inconstitucionalidade de leis quando fosse instado por terceiros.

No entanto, na Rcl. 849, formulada pelo MDB (partido de oposição ao Regime Militar) contra ato do Procurador-Geral da República que se recusou a interpor arguição de inconstitucionalidade em face do Decreto-lei 1.077 (instituiu a cesura prévia de livros, jornais e periódicos), a Corte Suprema, em voto do Ministro Adalício Nogueira, entendeu ser discricionária a atuação do Procurador Geral, no que foi, posteriormente, ratificado em diversos julgados.⁵²

2.7 O controle de constitucionalidade na Constituição de 1988

⁵² MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1095.

O questionamento iniciado na Constituição precedente acerca da competência exclusiva destinada ao Procurador-Geral para propor representação de inconstitucionalidade só resultou em modificação com o advento da Constituição de 1988, tendo em vista que foi nesta que ocorreu uma ampliação dessa legitimação, a qual não ficou mais restrita ao PGR.

Nesse sentido, veja-se a redação original do artigo 103, da Constituição de 1988:

Art. 103. Podem propor a ação de inconstitucionalidade:
 I - o Presidente da República;
 II - a Mesa do Senado Federal;
 III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
 IV a Mesa de Assembléia Legislativa;
 V - o Governador de Estado;
 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.

Essa ampliação da legitimação para a propositura da ADI gerou divergência doutrinária sobre qual sistema de controle de constitucionalidade predominava no ordenamento jurídico brasileiro a partir da promulgação da Carta Magna de 1988.

Segundo Gilmar Ferreira Mendes:

A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade difuso ou incidental, ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para a 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.⁵³

Em sentido contrário, entende Elival da Silva Ramos:

O impacto do alargamento da legitimação para agir em sede de ação direta de inconstitucionalidade, relativamente ao nosso sistema de fiscalização jurisdicional, foi tamanho que, para alguns autores, a característica dominante já não se situaria no controle difuso-incidental e sim no controle em via principal, gerador de decisões com efeito *erga omnes*, o que nos parece exagero.⁵⁴

A representação interventiva, instituída pela primeira vez no ordenamento jurídico pátrio com a Carta de 1934, permaneceu, embora com modificações pontuais, representadas

⁵³ MARTINS, Ives Gandra da Silva, MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 77.

⁵⁴ RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade**: perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 232.

estas pela diminuição da quantidade de princípios constitucionais sensíveis⁵⁵ e pelo acréscimo do princípio da “aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde” (art. 34, inc. VII, “e”).

Através da Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993, foi introduzido no sistema de fiscalização constitucional brasileiro a ação declaratória de constitucionalidade. Compete ao Supremo Tribunal Federal apreciar essa ação, que, inicialmente, só poderia ser proposta pelo Presidente da República, Mesa do Senado Federal e da Câmara dos Deputados e Procurador-Geral da República. Com EC nº 45/04, ampliou-se os legitimados para a propositura da ADC, acrescentando-se aos já existentes a Mesa das Assembleias Legislativas ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, os Governadores de Estado ou do Distrito Federal, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. De modo que os legitimados para propor ADC ficaram sendo os mesmos da ADI. Quanto ao objeto discutido em ADC, este ficou limitado apenas à lei federal. Buscou-se, através dessa ação, conferir à lei presunção absoluta de constitucionalidade, evitando, assim, posteriores questionamentos acerca de sua constitucionalidade.⁵⁶

Estabeleceu a Carta de 88, em seu art. 125, § 2º, a possibilidade de os Estados instituírem “representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão”.

Inovou o constituinte de 88 ao estabelecer pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro uma ação genérica de inconstitucionalidade por omissão de leis ou atos normativos. De acordo com o § 2º, do artigo 103, “declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão

⁵⁵ Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

[...]

VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:

- a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático;
- b) direitos da pessoa humana;
- c) autonomia municipal;
- d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta.
- e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

⁵⁶ DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. Aspectos processuais da ADIN e da ADC. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). **Ações constitucionais**. 4.ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 420.

administrativo, para fazê-lo em trinta dias". Os legitimados para a sua propositura perante o Supremo Tribunal Federal (órgão competente para apreciá-la) são os mesmos da ADI. A criação desse instituto, juntamente com o Mandado de Injunção, demonstra uma preocupação do constituinte com a efetivação da Constituição.⁵⁷

Outra novidade criada pela Constituição Cidadã no sistema concentrado de controle foi a arguição de descumprimento de preceito fundamental, prevista no art. 102, § 2º, cujo processo e julgamento foram regulamentados pela Lei nº 9.882/99. Antes da promulgação dessa lei, o STF entendia que a ADPF não poderia ser aplicada, conforme se percebe em trecho do acórdão abaixo:

O § 1º do art. 102 da Constituição Federal de 1988 é bastante claro, ao dispor: "a arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei". Vale dizer, enquanto não houver lei, estabelecendo a forma pela qual será apreciada a arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente da Constituição, o S.T.F. não pode apreciá-la. Até porque sua função precípua é de guarda da Constituição (art. 102, "caput"). E é esta que exige Lei para que sua missão seja exercida em casos como esse. Em outras palavras: trata-se de competência cujo exercício ainda depende de Lei. Também não compete ao S.T.F. elaborar Lei a respeito, pois essa é missão do Poder Legislativo (arts. 48 e seguintes da C.F.).⁵⁸

Acerca do novo instituto, assevera Luis Roberto Barroso:

A ADPF vem inserir-se no já complexo sistema brasileiro de controle de constitucionalidade sob o signo da singularidade, não sendo possível identificar proximidade imediata com outras figuras existentes no direito comparado, como o recurso de amparo do direito espanhol, o recurso constitucional do direito alemão ou o *writ of certiorari* do direito norte-americano.⁵⁹

Essa arguição possui como legitimados para propô-la os mesmos da ação direta de inconstitucionalidade, e a competência para sua apreciação é conferida ao STF. Ademais, a decisão em sede de ADPF possui eficácia *erga omnes* e efeito viculante.

A criação da arguição supriu as lacunas existentes no controle concentrado, já que, conforme entendimento do STF, a ação direta de inconstitucionalidade não pode invalidar normas de direito municipal, bem como de direito pré-constitucional.

⁵⁷ RAMOS, Elival da Silva. *op. cit.*, p. 233.

⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental em petição nº 1140-7/TO. Relator: Ministro Sydney Sanches. Agravante: Joaquim de Lima Quinta. Brasília, 2 de maio de 1996. **Diário da Justiça**, 2 de abril de 1993.

⁵⁹ BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 260.

3 ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

Demonstrados os aspectos gerais sobre o fenômeno da inconstitucionalidade e dos sistemas de controle de constitucionalidade, bem como a evolução do controle de constitucionalidade no direito brasileiro, passa-se, agora, para a análise da tendência existente tanto na jurisprudência quanto em sede legislativa de uma abstrativização do controle difuso de constitucionalidade.

Busca-se através da teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade uma equiparação deste com controle concentrado de normas, conferido à decisão proferida em sede de controle difuso eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

Essa tendência reflete um anseio da sociedade que necessita de um sistema de fiscalização de constitucionalidade das leis nos moldes do controle abstrato, já que é este que, segundo Elival da Silva Ramos, “se ajusta às necessidades que a democracia social impõe ao tratamento da complexa relação de compatibilidade entre a atividade legislativa e os seus parâmetros constitucionais”.⁶⁰ E continua:

Se a inequívoca opção pela social-democracia, assumida pelo constituinte de 1988, deve ser preservada na evolução do nosso constitucionalismo, como nos parece ser o caso, já que, malgrado o avanço do chamado neoliberalismo, registra-se um autêntico consenso quanto às linhas gerais de nosso sistema político, não se trata apenas de uma tendência do controle de constitucionalidade brasileiro, mas da evidência de que suas inúmeras e graves disfunções estão a demandar o passo seguinte: o abandono da matriz estadunidense e o completo alinhamento à fiscalização de padrão europeu.⁶¹

Realizadas essas considerações introdutórias, passa-se a análise detalhada dos precedentes legislativos e jurisprudenciais da tendência existente no ordenamento jurídico brasileiro da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade.

3.1 Repercussão geral

Após fracassadas tentativas de diminuir quantidade excessiva de recursos extraordinários que chegavam a Corte Suprema, foi criado pela Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, o instituto da repercussão geral, previsto no artigo 102, § 3º, da Constituição Federal, que assim dispõe:

⁶⁰ RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade**: perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 385.

⁶¹ *Ibidem*, p. 385.

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

[...]

§ 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.

A criação do instituto da repercussão geral visa promover uma seleção das causas de relevante apelo social, econômico, político ou jurídico a serem analisadas pelo STF, ultrapassando, assim, os meros interesses individuais oriundos do caso concreto. Como consequência dessa seleção, evita-se uma inviabilização dos trabalhos da Corte, que poderá realizar julgamentos de melhor qualidade técnica, tendo em vista a redução de processos sem relevância abstrata.

O desenvolvimento de um instituto responsável por promover uma seleção das causas constitucionais mais significativas que discutam matérias de relevância transcendente, evitando, assim, que cheguem a Corte Constitucional uma quantidade excessiva de processos capazes de inviabilizar suas atividades, não é recente no direito comparado. Nesse sentido, assevera Uadi Lammêgo Bulos:

Aliás, a discricionariedade para o nosso Pretório Excelso avaliar se um tema é, ou não, relevante é antiga no panorama do constitucionalismo mundial. Que o diga a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, com suas competências recursais facultativas, vigorando o procedimento de pré-triagem, pelo qual se faz uma lista de exame dos casos de real necessidade de julgamento.

Pelo menos quatro juízes analisam, de antemão, se o recurso deve ou não ser admitido, a chamada regra dos quatro.

Desse modo, a imensa quantidade de cases que chegam dos tribunais federais e estaduais à Corte Suprema norte-americana é reduzida, evitando-se uma pleora infundável de matérias que não se sabe quando serão, sequer, apreciadas.⁶²

Com o fito de disciplinar o novel instituto constitucional foi promulgada a Lei nº 11.418, em 19 de dezembro de 2006, que acrescentou os artigos 543-A e 543-B à Seção do Código de Processo Civil que trata do recurso extraordinário.

Analisando os artigos supramencionados, percebe-se que foi instituído um novo requisito para admissibilidade do recurso extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal. Assim, para ter seu apelo recursal apreciado, o recorrente terá que demonstrar não só a

⁶² BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1088.

violação a uma das situações previstas no art. 102, inc. III, da CF/88⁶³, como, também, a repercussão geral das questões constitucionais versadas no caso.

O Código de Processo Civil, em seu art. 543-A, § 1º, considera repercussão geral as “questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”. Conferiu-se, portanto, à questão recorrida um efeito transcendente, já que a decisão proferida em sede de recurso extraordinário não fica adstrita apenas a interesses meramente individuais. Impende mencionar que, segundo entendimento firmado pelo STF⁶⁴, até mesmo em causas penais objeto de recurso extraordinário deve-se demonstrar a existência de repercussão geral.

⁶³ 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.

⁶⁴ I. Questão de ordem. Recurso extraordinário, em matéria criminal e a exigência constitucional da repercussão geral. 1. **O requisito constitucional da repercussão geral (CF, art. 102, § 3º, red. EC 45/2004), com a regulamentação da L. 11.418/06 e as normas regimentais necessárias à sua execução, aplica-se aos recursos extraordinários em geral, e, em consequência, às causas criminais.** 2. Os recursos ordinários criminais de um modo geral, e, em particular o recurso extraordinário criminal e o agravo de instrumento da decisão que obsta o seu processamento, possuem um regime jurídico dotado de certas peculiaridades - referentes a requisitos formais ligados a prazos, formas de intimação e outros - que, no entanto, não afetam substancialmente a disciplina constitucional reservada a todos os recursos extraordinários (CF, art. 102, III). 3. A partir da EC 45, de 30 de dezembro de 2004 - que incluiu o § 3º no art. 102 da Constituição -, passou a integrar o núcleo comum da disciplina constitucional do recurso extraordinário a exigência da repercussão geral da questão constitucional. 4. Não tem maior relevo a circunstância de a L. 11.418/06, que regulamentou esse dispositivo, ter alterado apenas texto do Código de Processo Civil, tendo em vista o caráter geral das normas nele inseridas. 5. Cuida-se de situação substancialmente diversa entre a L. 11.418/06 e a L. 8.950/94 que, quando editada, estava em vigor norma anterior que cuidava dos recursos extraordinários em geral, qual seja a L. 8.038/90, donde não haver óbice, na espécie, à aplicação subsidiária ou por analogia do Código de Processo Civil. 6. Nem há falar em uma imanente repercussão geral de todo recurso extraordinário em matéria criminal, porque em jogo, de regra, a liberdade de locomoção: o RE busca preservar a autoridade e a uniformidade da inteligência da Constituição, o que se reforça com a necessidade de repercussão geral das questões constitucionais nele versadas, assim entendidas aquelas que "ultrapassem os interesses subjetivos da causa" (C.Pr.Civil, art. 543-A, § 1º, incluído pela L. 11.418/06). 7. Para obviar a ameaça ou lesão à liberdade de locomoção - por remotas que sejam -, há sempre a garantia constitucional do habeas corpus (CF, art. 5º, LXVIII). II. Recurso extraordinário: repercussão geral: juízo de admissibilidade: competência. 1. Inclui-se no âmbito do juízo de admissibilidade - seja na origem, seja no Supremo Tribunal - verificar se o recorrente, em preliminar do recurso extraordinário, desenvolveu fundamentação especificamente voltada para a demonstração, no caso concreto, da existência de repercussão geral (C.Pr.Civil, art. 543-A, § 2º; RISTF, art. 327). 2. Cuida-se de requisito formal, ônus do recorrente, que, se dele não se desincumbir, impede a análise da efetiva existência da repercussão geral, esta sim sujeita "à apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal" (Art. 543-A, § 2º). III. Recurso extraordinário: exigência de demonstração, na petição do RE, da repercussão geral da questão constitucional: termo inicial. 1. A determinação expressa de aplicação da L. 11.418/06 (art. 4º) aos recursos interpostos a partir do primeiro dia de sua vigência não significa a sua plena eficácia. Tanto que ficou a cargo do Supremo Tribunal Federal a tarefa de estabelecer, em seu Regimento Interno, as normas necessárias à execução da mesma lei (art. 3º). 2. As alterações regimentais, imprescindíveis à execução da L. 11.418/06, somente entraram em vigor no dia 03.05.07 - data da publicação da Emenda Regimental nº 21, de 30.04.2007. 3. No artigo 327 do RISTF foi inserida norma específica tratando da necessidade da preliminar sobre a repercussão geral, ficando estabelecida a possibilidade de, no Supremo Tribunal, a Presidência ou o Relator sorteado negarem seguimento aos recursos que não apresentem aquela preliminar, que deve ser "formal e fundamentada". 4. Assim sendo, a exigência da

Não houve especificação, por parte da norma infraconstitucional, do que venha a ser “questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico”. Coube, assim, ao próprio Supremo Tribunal promover essa definição⁶⁵. Todavia, segundo expressa previsão do § 3º do art. 543-A, quando “o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal”, sempre haverá repercussão geral, não cabendo, portanto, uma análise subjetiva da presença desse requisito, o que vem a reforçar a força vinculativa das decisões do STF.

Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha estabelecem alguns parâmetros sobre a definição do instituto da repercussão geral:

[...] o legislador valeu-se, corretamente, de conceitos jurídicos indeterminados para a aferição da repercussão geral. É possível vislumbrar, porém, alguns parâmetros para a definição do que seja “repercussão geral”: i) questões constitucionais que sirvam a demandas múltiplas, como aquelas relacionadas a questões previdenciárias ou tributárias. Em que diversos demandantes fazem pedidos semelhantes, baseados na mesma tese jurídica. Por conta disso, é possível pressupor que, em causas coletivas que versem sobre temas constitucionais, haverá a tal “repercussão geral” que se exigem para o cabimento do recurso extraordinário; ii) questões que, em razão de sua magnitude constitucional, devem ser examinadas pelo STF em controle difuso de constitucionalidade, como aquelas que dizem respeito à correta interpretação/aplicação dos direitos fundamentais, que traduzem um conjunto de valores básicos que servem de esteio a toda ordem jurídica – dimensão objetiva dos direitos fundamentais.⁶⁶

O recorrente deverá demonstrar a existência de repercussão geral em preliminar do recurso extraordinário (art. 543-A, § 2º, CPC), cabendo ao plenário do STF analisar a matéria, que só poderá recusar mediante o voto de dois terços de seus membros (art. 102, § 3º, CF/88). Percebe-se, assim, que há uma presunção pela existência de repercussão geral, pois, para haver sua admissibilidade, necessita-se, apenas, de quatro votos favoráveis nesse sentido (art. 543-A, § 4º, CPC).

A decisão que não reconhece a repercussão geral valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, vinculando, assim, os demais

demonstração formal e fundamentada, no recurso extraordinário, da repercussão geral das questões constitucionais discutidas só incide quando a intimação do acórdão recorrido tenha ocorrido a partir de 03 de maio de 2007, data da publicação da Emenda Regimental n. 21, de 30 de abril de 2007.

(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de ordem em agravo de instrumento nº 664.567-2/RS. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Agravante: Orlando Duarte Alves. Agravado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Brasília, 18 de junho de 2007. **Diário da Justiça**, 6 de setembro de 2007).

⁶⁵ BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 105.

⁶⁶ DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil**: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 6.ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 324.

órgãos do Tribunal. Todavia, referido entendimento pode ser revisto, conforme Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Essa vinculação, segundo Didier, demonstra uma “tendência de transformação do recurso extraordinário em instrumento do controle difuso e abstrato de constitucionalidade das leis”.⁶⁷

Porém, é na análise da repercussão geral por amostragem que se revela com mais evidência a abstrativização do recurso extraordinário. Essa possibilidade está regulamentada no artigo 543-B do CPC. Impõe-se a transcrição do referido artigo para uma melhor compreensão:

Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.
§ 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.
§ 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.
§ 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.
§ 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.
§ 5º O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral.

Assim, percebe-se que a criação desse instituto revela a tendência existente no ordenamento jurídico constitucional brasileiro no sentido de ampliar os efeitos das decisões proferidas em sede de concreto de constitucionalidade. Buscando-se, através da repercussão geral, submeter ao STF apenas aquelas causas de relevância constitucional premente, evitando discussões sobre matérias que orbitam apenas na esfera individual das partes litigantes.

3.3 Súmula vinculante

A súmula vinculante, introduzida no ordenamento jurídico pátrio pela Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, e regulada pela Lei nº 11.417/06, está prevista na Constituição em seu artigo 103-A, o qual afirma que:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre

⁶⁷ *Ibidem*, p. 325.

matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Com a criação do instituto da súmula vinculante, buscou o constituinte reformador, diminuir a quantidade excessiva de processos com questionamentos de natureza constitucionais idênticos que chegavam ao Supremo Tribunal Federal, ocasionando uma sobrecarga em suas atividades. Outro objetivo não menos importante é a busca da uniformização do entendimento jurisprudencial acerca de determinadas matérias constitucionais, tendo em vista a existência de diversas decisões judiciais conflitantes relacionadas ao mesmo tema, o que geravam certa insegurança jurídica.

Essas previsões encontram-se na própria norma constitucional, na parte final do artigo 103, § 1º:

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave **insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica**.

Infere-se do mesmo dispositivo que, através da súmula vinculante, é conferido à Corte Suprema a competência para realizar a interpretação de normas constitucionais ou de leis infraconstitucionais, tendo como parâmetro a própria Constituição; aferir a constitucionalidade de lei e ato normativo provenientes de qualquer ente da federação (União, Estados e Municípios); bem como determinar se uma lei ou ato normativo continua vigente ou eficaz ante a Constituição. Com efeito, a súmula tem como objetivos a interpretação, a validade e a eficácia de norma, a fim de dirimir a insegurança jurídica e a multiplicação de processos com matérias idênticas.

A respeito da importância da súmula, leciona Carlos Augusto da Silva:

A introdução da súmula vinculante tem o condão de racionalizar o funcionamento do aparelho judicial, minorando os perversos efeitos da avalanche de causas que invadem os pretórios de todo o país.

O Supremo Tribunal é o guardião da Constituição. A Constituição é aquilo que o Supremo diz que ela é. Nesse sentido, as decisões consolidadas do Supremo acerca da interpretação de algum dispositivo constitucional merecem o devido prestígio. De nada adiantaria um juiz de primeiro grau ter a “liberdade” de conceder a interpretação a determinado dispositivo constitucional como melhor lhe a prouver, se a posição consolidada do mais alto tribunal brasileiro, a quem compete dar a derradeira palavra sobre o sentido das normas constitucionais, for diversa. Imaginemos a controvérsia sobre a (in)constitucionalidade de uma lei tributária. Poderá haver milhões de ações aforadas por todo o território nacional acerca da

pendenga. Se o Supremo firmar posicionamento sobre a constitucionalidade do tributo, as decisões contrárias proferidas por juízes inferiores apenas contribuirão para o desprestígio do Poder Judiciário em relação à sociedade, gerando incerteza jurídica e dispêndio desnecessário de tempo e recurso.⁶⁸

Para haver a edição de uma súmula vinculante, é necessário o preenchimento de determinados requisitos. Requisitos esses que se dividem em formais e materiais. Sob o aspecto formal tem-se que, “sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade” (artigo 103-A, § 2º), tendo a Lei nº 11.417/06 acrescentado ao referido rol o Defensor Público-Geral da União, os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares. Os Municípios também podem propô-la de forma incidental em processos em que sejam parte. Além desses legitimados, pode o STF desencadear o procedimento sumular de ofício. Em todos os casos, a súmula só poderá ser editada mediante voto favorável de dois terços dos membros integrantes da Suprema Corte.

Já sob o aspecto material, é necessária a existência de reiteradas decisões em matéria constitucional, a fim proporcionar a edição de súmula. Com esse requisito, o objeto sumulado tem que ser proveniente de intensas e repetidas decisões do Supremo Tribunal, contribuindo, assim, para o amadurecimento da matéria. Outro requisito de ordem material é a controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, que acarreta, desta forma, uma insegurança jurídica, com uma intensa multiplicação de processos com questões idênticas.

Apesar de existir algumas semelhanças entre a súmula vinculante e as ações de controle abstrato de constitucionalidade, aquela só poderá ser editada após reiteradas decisões sobre matéria constitucional alegada de forma incidental em casos concretos, requisito esse dispensável no processo de elaboração de ADI's.

Sobre o tema, leciona Gilmar Ferreira Mendes:

Esses requisitos acabam por definir o próprio conteúdo das súmulas vinculantes. Em regra, elas serão formuladas a partir das questões processuais de massa ou

⁶⁸ SILVA, Carlos Augusto. **O processo civil com estratégia de poder**: reflexo da judicialização da política no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 149.

homogêneas, envolvendo matérias previdenciárias, administrativas, tributárias ou até mesmo processuais, suscetíveis de uniformização e padronização.⁶⁹

A súmula, como afirma o próprio texto constitucional em seu artigo 103-A, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04, após sua publicação na imprensa oficial, tem efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Criou-se, pois, um precedente vinculativo, que deverá ser aplicado em todos os casos semelhantes àqueles que originaram a súmula. Impende mencionar que o caráter vinculante já existia no direito brasileiro, uma vez que surgiu com a criação da ação declaratória de constitucionalidade, através da Emenda Constitucional nº 3/93.

Juntamente com a súmula vinculante, foi criado também pela EC 45/04 o instrumento da reclamação constitucional, como forma de preservar e garantir a autoridade das decisões proferidas pelo Pretório Excelso (art. 102, inc. I, I). Assim, caso determinado ato administrativo ou decisão judicial contrarie súmula vinculante ou a aplique indevidamente, caberá reclamação, que, julgada procedente pelo Supremo Tribunal Federal, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula (art. 103-A, § 3º).

A fim de evitar o surgimento de situações em que o entendimento sumulado não seja mais eficaz – pois aquela regulamentação tratada na súmula deixou de ter aplicação, devido às constantes transformações sofridas pela sociedade – e impedir o enrijecimento da jurisprudência, que não se beneficiaria de uma evolução interpretativa, criou-se a possibilidade de revisão ou cancelamento da súmula, desde que esta proposta seja votada por 2/3 dos membros do STF, conforme expressa previsão do artigo 103-A, caput, e § 2º.

Quanto à possibilidade de revisão e cancelamento da súmula, posiciona-se Gilmar Mendes:

À evidência, não procede o argumento de que a súmula vinculante impede mudanças que ocorrem por demanda da sociedade e do próprio sistema jurídico, uma vez que a previsão constitucional da revisão e revogação dos seus enunciados. Ademais, a revisão da súmula propicia ao eventual requerente maiores oportunidades de superação do entendimento consolidado do que o sistema de recursos em massa, que são respondidos, também, pelas fórmulas massificadas existentes hoje nos tribunais.⁷⁰

⁶⁹ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1011.

⁷⁰ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *op. cit.*, p. 233.

Assim, por conferir eficácia geral e efeito vinculante a entendimento consolidado em reiteradas pronúncias do STF sobre matérias constitucionais proferidas, em regra, em sede de controle difuso de constitucionalidade, afirma-se que a criação da súmula vinculante confirmou a tendência existente no direito pátrio de abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, equiparando-o, por conseguinte, ao controle concentrado e aproximando os efeitos do controle concreto (*inter partes*) aos do abstrato (*erga omnes*).

Sob esse prisma, afirma-se que a previsão contida no artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, está perdendo sua eficácia, pois, através da edição de súmula vinculante, é conferido efeito vinculativo ao precedente oriundo de reiteradas decisões que declaram a inconstitucionalidade de determinada lei, sem que esta tenha tido sua execução suspensa pelo Senado Federal.

3.2 O papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade e a mutação constitucional do art. 52, inc. X

Conforme visto anteriormente, a competência conferida ao Senado Federal para suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal foi instituída primeiramente na Constituição de 1934, cujo artigo 91, inciso IV dispunha:

Art 91 - Compete ao Senado Federal:

[...]

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;

O Brasil, influenciado pelo constitucionalismo norte-americano, adotou, em sua Carta de 1891 (no que foi repetido pelas demais), o controle difuso como modelo de fiscalização jurisdicional de constitucionalidade das leis.

Ocorre que esse modelo, característico de Estados que adotam a regra do *stare decisis*, cujas decisões dos Tribunais Superiores, mesmo sendo proferidas em casos concretos, possuem força vinculante, gerou certo inconveniente no Brasil, pois, por ser este filiado ao *civil law*⁷¹, não conferia às decisões proferidas em sede de controle difuso efeito vinculante. Assim, foi adotado o modelo americano de jurisdição constitucional sem conferir, contudo, às decisões força vinculante.

⁷¹ Sistema jurídico que possui como principal fonte do direito a lei.

Este fato gerava diversas decisões contraditórias e, conseqüentemente, insegurança jurídica, pois em um mesmo caso ora se julgava uma lei inconstitucional, ora constitucional, não havendo, portanto, qualquer uniformização quanto à situação constitucional da lei.

Como forma de solucionar esse inconveniente, foi conferido ao Senado Federal o poder de suspender a execução de lei declarada inconstitucional em sede de controle difuso, atribuído, assim, efeito *erga omnes* à decisão que antes só possuía efeito *inter partes*.

Nesse sentido, assevera Elival da Silva Ramos:

Com as resoluções senatoriais, suspensivas da execução de leis ou atos normativos, declarados inconstitucionais, incidental e concretamente, pelo Supremo Tribunal Federal, procurou-se obviar o notório inconveniente da disparidade das decisões que o sistema de controle de constitucionalidade de matriz estadunidense provoca em ordenamentos filiados ao civil law, desconhecedores da regra do *stare decisis*, sem abalar, entretanto, as vigas-mestras do modelo.⁷²

A respeito da vinculação do Senado à decisão da Corte Superior, questiona-se a possibilidade daquele realizar um juízo de conveniência e oportunidade referente à suspensão da execução da lei declarada inconstitucional. Assentou-se o entendimento de que, em homenagem ao princípio da separação dos poderes, o Senado não está vinculado à decisão do Supremo Tribunal que declara incidentalmente a inconstitucionalidade de lei, sendo, portanto, discricionária sua atuação, além de não estar sujeita a prazo.

Todavia, no tocante ao mérito da decisão do STF, não pode o Senado Federal realizar um ponderação no sentido de ampliar ou restringir a abrangência do julgado. Está, portanto, a resolução senatorial totalmente adstrita à decisão de inconstitucionalidade, apesar da redação “no todo ou em parte” do próprio art. 52, inc. X, da Constituição Federal⁷³ suscitar dúvida. Assim, a interpretação do dispositivo deve ser realizada no seguinte sentido: se a decisão do STF for pela a parcialidade da inconstitucionalidade da lei, deve o Senado suspender de forma parcial; já se a inconstitucionalidade for total, a suspensão tem que seguir o mesmo entendimento.⁷⁴

⁷² RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade**: perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 195.

⁷³ 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;

⁷⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 522.

Quanto aos efeitos temporais, apesar da decisão incidental de inconstitucionalidade possuir efeitos *inter partes* e *ex tunc*, a Resolução do Senado que suspende a execução da lei possui efeito *erga omnes* e *ex nunc*.

Acerca do papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade difuso, importante se faz apresentar a tese da mutação constitucional do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, defendida por Gilmar Ferreira Mendes, o qual afirma que, devido às diversas alterações sofridas no processo de controle de constitucionalidade pátrio, não teria mais o Senado o poder de suspender a execução da lei declarada inconstitucional, cabendo-lhe, somente, o papel de conferir publicidade à decisão proferida pelo Supremo Tribunal.

Em defesa da tese, Gilmar Mendes argumenta que não há mais sentido em se conferir ao Senado o poder de ampliar *erga omnes* os efeitos da decisão do STF que declara inconstitucional lei em sede de controle difuso, tendo em vista a mitigação sofrida por essa modalidade de controle em razão da ampliação do controle abstrato de normas no direito pátrio. E indaga que, se em sede de ADI, cuja eficácia é vinculante, pode haver a suspensão liminar da execução da norma questionada (art. 10 da Lei nº 9.868/99), “por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão-somente para as partes?”⁷⁵

Acrescenta também que o instituto da suspensão de execução de lei pelo Senado não pode conferir eficácia geral às decisões de interpretação conforme à Constituição, pois, nesses casos, não há propriamente uma declaração de inconstitucionalidade da lei, mas sim uma afirmação no sentido de que determinada interpretação de uma norma é constitucional; bem como nos casos de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto.

A tese de mutação constitucional do inciso X do artigo 52 encontra-se em discussão no Supremo Tribunal Federal, através da Reclamação Constitucional nº 4.335/AC (que tem como relator o próprio Ministro Gilmar Mendes). Referida reclamação fora ajuizada pela Defensoria Pública da União, contra decisão de juiz do Acre que negara a eficácia *erga omnes* à decisão do Supremo Tribunal, que declarara a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, o qual veda a progressão de regime nos casos de crimes hediondos.

Como fundamento para a negativa da decisão do STF, o juiz alegou o fato de que a decisão que declarou a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos, proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade no HC nº 82.959/SP, não teve a sua eficácia estendida *erga omnes* mediante Resolução do Senado.

⁷⁵ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *op. cit.*, p. 1131.

O Ministro Gilmar Mendes julgou procedente a reclamação para considerar a atuação do Senado como simples forma de conferir publicidade ao julgado do STF, confirmando, portanto, a mutação constitucional do inc. X do art. 52, no que foi acompanhado pelo Ministro Eros Grau.

Para melhor compreensão do entendimento supra, transcreve-se, abaixo, parte do voto do Ministro Eros Grau:

A mutação constitucional é 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 norma 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, que substitui o primeiro.

Daí que a mutação constitucional não se dá simplesmente pelo fato de um intérprete extrair de um mesmo texto norma diversa da produzida por um outro intérprete. Isso se verifica diuturnamente, a cada instante, em razão de ser, a interpretação, uma prudência. Na mutação constitucional há mais. Nela não apenas a norma é outra, mas o próprio enunciado normativo é alterado.

O exemplo que no caso se colhe é extremamente rico. Aqui passamos em verdade de um texto “*compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal*” a outro texto “*compete privativamente ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo*”.⁷⁶

Os Ministros Joaquim Barbosa e Sepúlveda Pertence divergiram do entendimento.

Atualmente, a reclamação encontra-se suspensa, devido ao pedido de vistas do Ministro Ricardo Lewandowski. Portanto, não há ainda um posicionamento do Supremo Tribunal sobre o tema.

⁷⁶ Disponível em <http://www.jurisciencia.com/pecas/reclamacao-4335-5-acre-voto-vista-do-ministro-eros-grau/82/>

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil adota um controle misto de fiscalização de constitucionalidade das leis, ou seja, o controle de constitucionalidade, no ordenamento pátrio, é realizado tanto de forma difusa como de forma concentrada.

Todavia, nem sempre foi assim. Inicialmente, com a Constituição de 1891, o único sistema adotado era o difuso, devido à forte influência sofrida do constitucionalismo norte-americano. Esse sistema adveio de construção jurisprudencial da Suprema Corte norte-americana, mais precisamente, no caso *Marbury versus Madison*, no qual ficou assentado que a norma que esteja em desacordo com a Constituição será considerada inválida, tendo em vista o princípio da supremacia constitucional. Nesse sistema, o questionamento referente à constitucionalidade de determinada lei é suscitado de forma incidental em um processo, como consequência, qualquer Juiz ou Tribunal é competente para proferir a decisão de inconstitucionalidade, a qual possui apenas eficácia *inter partes*.

Com a Emenda Constitucional 16/65 à Constituição de 1946, foi introduzido, na jurisdição constitucional brasileira, o sistema concentrado de controle de constitucionalidade. Diferentemente do anterior, esse sistema confere apenas a um único órgão o poder para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de uma norma, e sua decisão, oriunda de uma ação própria, terá eficácia *erga omnes*.

Com o advento da Constituição de 1988 e, posteriormente, com a Emenda Constitucional nº 45, o sistema concentrado ganhou maior participação jurisdição constitucional pátria, devido ao aumento do número de legitimados para proporem ação direta de inconstitucionalidade. Juntamente com essa emenda, surgem os institutos da repercussão geral no recurso extraordinário e da súmula vinculante.

Por meio da repercussão geral, o recurso extraordinário só pode ser apreciado se for demonstrada a relevância social, econômica, política ou jurídica da matéria constitucional, e presume-se a sua presença quando a decisão recorrida contrariar súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal.

Quanto ao instituto da súmula vinculante, esta será criada com o objetivo de uniformizar entendimento sobre matéria que haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública.

Percebe-se, portanto, que esses institutos criados pelo legislador infraconstitucional visam conferir maior segurança jurídica às decisões de matérias constitucionais, evitando, assim, a ocorrência de decisões contraditórias sobre um mesmo

tema constitucional. Outra consequência advinda da adoção desses institutos é a redução da quantidade de processos que chegam ao Supremo Tribunal Federal com matérias idênticas e sem nenhuma repercussão para além das partes litigantes, pois criam meios de seleção das causas jurídicas de maior relevância.

Esses institutos concederam características do controle concentrado ao controle difuso, no que resultou na teoria da abstrativização do controle difuso.

Com base nessa teoria, Gilmar Ferreira Mendes, Ministro do Supremo Tribunal Federal, seguido pelo também Ministro Eros Grau, desenvolveu a tese da mutação constitucional do art. 52 inc. X, da Constituição Federal, o qual confere a competência ao Senado Federal para suspender a execução de lei declarada inconstitucional em sede de controle difuso pelo STF.

Segundo essa tese, com as modificações implementadas no controle difuso, principalmente, pela criação dos institutos da repercussão geral e da súmula vinculante, e no controle concentrado, através da expansão do número de legitimados para propor ação direta de inconstitucionalidade, a decisão proferida pelo STF em sede de controle difuso já possui eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, não se fazendo mais necessário, por conseguinte, a atribuição conferida ao Senado para suspender a execução da lei declarada inconstitucional, ficando esta Casa Legislativa somente com a atribuição de dar publicidade a decisão de inconstitucionalidade.

Por mais sedutora que seja a teoria da abstrativização, não é possível contrariar a literalidade da norma constitucional, a qual é bastante clara ao afirmar que “compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”. O referido dispositivo não dá margem para interpretação no sentido de que esse ato do Senado é apenas para conferir publicidade à decisão do STF que declara uma lei inconstitucional. Portanto, se faz necessário uma reforma constitucional para alterar o referido dispositivo constitucional, a fim de dar o sentido proposto pelo Ministro Gilmar Mendes.

Nessa esteira, apesar de o ordenamento jurídico se encaminhar para uma abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, esta só se tornará completa com a reforma do dispositivo constitucional que condiciona a eficácia *erga omnes* da decisão de inconstitucionalidade proferida em sede de controle difuso à suspensão da execução da lei pelo Senado, conferido, assim, uma total abstrativização do controle difuso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.
- BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional das leis**. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 20.ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Fabris, 1984.
- DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. Aspectos processuais da ADIN e da ADC. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). **Ações constitucionais**. 4.ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2009.
- _____. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil**: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 6.ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2008.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 34.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva, MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.
- RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade**: perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SILVA, Carlos Augusto. **O processo civil com estratégia de poder**: reflexo da judicialização da política no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3.ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 26.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 5.ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.