

UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS
Faculdade de Direito de Alagoas

JOSÉ DJALMA SOARES DE SOUZA JUNIOR

**A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE:
uma análise sobre a competência do senado no controle concreto**

MACEIÓ

2020

JOSÉ DJALMA SOARES DE SOUZA JUNIOR

**A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE:
uma análise sobre a competência do senado no controle concreto**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito de Alagoas como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Thiago Rodrigues de Pontes Bonfim

Assinatura do Orientador

MACEIÓ

2020

Catlogação na fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico

Bibliotecário: Marcelino de Carvalho Freitas Neto – CRB-4 – 1767

S729a Souza Júnior, José Djalma Soares de.
A abstrativização do controle difuso de constitucionalidade : uma análise sobre a competência do Senado no controle concreto / José Djalma Soares de Souza Júnior. – 2020.
73 f.

Orientador: Thiago Rodrigues de Pontes Bonfim.
Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso em Direito) – Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de Direito de Alagoas. Maceió, 2021.

Bibliografia: f. 70-73.

1. Controle da constitucionalidade. 2. Teoria da abstrativização - Controle difuso de constitucionalidade. 3. Suspensão senatorial. I. Título.

CDU: 342.4

FOLHA DE APROVAÇÃO

JOSÉ DJALMA SOARES DE SOUZA JUNIOR

A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE: uma análise sobre a competência do senado no controle concreto

Esta monografia de conclusão de curso de graduação em Direito, apresentada à Faculdade de Direito de Alagoas (FDA/UFAL) como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, obteve a devida aprovação perante a presente banca examinadora.

Orientador: Prof. Me. Thiago Rodrigues de Pontes Bonfim

Assinatura do Orientador

Banca Examinadora:

Presidente

Membro

Coordenador(a) do NPE

MACEIÓ

2020

Dedico este trabalho a Aline Ferreira Lopes e Joaquim Lopes de Souza, meus amados, pelo constante suporte, compreensão e amor.

Aos meus pais Djalma, Dora e irmãos, Julita e Diego, por toda ajuda em minha caminhada.

Ao Prof. Me. Thiago Rodrigues de Pontes Bonfim, pela inspiração e excelente orientação.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a minha esposa, Aline Ferreira, pelo companheirismo e amor necessários para que superássemos momentos difíceis que enfrentamos no decorrer não só da produção desse trabalho, como durante todo o decorrer do curso. Sua dedicação e apoio foram essenciais. Incontáveis foram as vezes que pensamos em trancar o curso, dado o cansaço e exaustão de nossa rotina diária.

A meus familiares pelo apoio essencial à produção deste trabalho acadêmico.

A todos os professores da Faculdade de Direito de Alagoas que me guiaram por todo esse caminho. Cada um tem uma partícula especial de contribuição neste trabalho. Sou grato a todos por terem me ensinado preciosas lições de cidadania no início da graduação, mostrando na prática, com muita paciência e sabedoria, que o papel do educador vai além da transmissão de conhecimentos técnicos ao seu alunado e que sua atuação é capaz de esculpir valores essenciais à construção do indivíduo como cidadão.

Ao prof. Me. Thiago Rodrigues de Pontes Bonfim, por ter me apresentado importantes ensinamentos jurídicos em suas aulas, sem os quais o desenvolvimento deste estudo não teria sido possível.

Aos meus colegas de turma, pelo companheirismo no decorrer de toda a graduação.

Aos meus colegas de trabalho, servidores da Justiça Federal, que me permitiram ter acesso à aplicação prática do direito, fundamental para a compreensão jurídica de alguns aspectos desenvolvidos neste trabalho.

A todos vocês, meus sinceros agradecimentos.

RESUMO

Este trabalho analisa a teoria da abstrativização do controle difuso com enfoque na competência constitucional do Senado Federal em suspender a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Para tanto, visita-se a historicidade do instituto do controle de constitucionalidade, desde sua concepção moderna até sua consolidação na democracia brasileira dos dias atuais. Dado que a doutrina brasileira sempre trabalhou com uma separação estanque entre controle concentrado e difuso, muito embora o controle de constitucionalidade pátrio seja misto, questiona-se a viabilidade e (in)constitucionalidade de se admitir eficácia vinculante e *erga omnes* para as decisões em sede de controle concreto, baseando-se na superação do entendimento tradicional do instituto da suspensão senatorial. Este estudo, fundamentado em pesquisa doutrinária e jurisprudencial, apresenta os atuais caminhos para que uma declaração incidental de inconstitucionalidade no âmbito do Supremo Tribunal seja dotada de efeitos *erga omnes* e vinculantes, caracterizando a teoria da abstrativização do controle difuso como gênero, analisando suas espécies, seus reflexos sobre o papel do Senado no controle difuso e sua (im)possibilidade frente aos limites ao fenômeno da mutação constitucional.

Palavras-chave: controle de constitucionalidade, teoria da abstrativização do controle difuso, suspensão senatorial, mutação constitucional.

ABSTRACT

This paper analyzes the theory of abstraction of diffuse control focusing on the constitutional competence of the Federal Senate to suspend the execution of a law declared unconstitutional by a final decision of the Supreme Federal Court. To this end, we visit the historicity of the constitutionality control institute, from its modern conception to its consolidation in Brazilian democracy today. Given that Brazilian doctrine has always worked with a tight separation between concentrated and diffuse control, even though the control of national constitutionality is mixed, the viability and (in)constitutionality of admitting binding efficacy and ERGA OMNES are questioned for decisions in matters of concrete control, based on overcoming the traditional understanding of the institute of senatorial suspension. This study, based on doctrinal and jurisprudential research, presents the current paths for an incidental declaration of unconstitutionality in the scope of the Supreme Court to be endowed with ERGA OMNES and binding effects, characterizing the theory of abstraction of diffuse control as a gender, analyzing its species, its reflections on the role of the Senate in diffuse control and its (im)possibility in view of the limits to the phenomenon of constitutional mutation.

Key-words: *constitutionality control, diffuse control abstraction theory, senatorial suspension, constitutional mutation.*

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
CPC	Código de Processo Civil
CFRB	Constituição Federal da República Federativa do Brasil
HC	<i>Habeas Corpus</i>
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: CONCEITOS INICIAIS, ANTECEDENTES HISTÓRICOS E CLASSIFICAÇÕES.....	14
1.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS.....	14
1.1.1 O sistema de controle de constitucionalidade norte-americano.....	15
1.1.2 O sistema de controle de constitucionalidade austríaco ou europeu continental.....	17
1.2 CONCEITOS INICIAIS.....	18
1.2.1 Classificação: um ponto de partida.....	19
1.2.2 Sistemas e vias de controle judicial.....	20
1.2.3 Nulidade x anulabilidade.....	23
1.3 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL.....	26
1.3.1 Constituição de 1824.....	26
1.3.2 Constituição de 1891.....	26
1.3.3 Constituição de 1934.....	27
1.3.4 Constituição de 1937.....	28
1.3.5 Constituição de 1946.....	29
1.3.6 Constituição de 1967.....	30
1.3.7 Constituição de 1988.....	30
2. O PAPEL DO SENADO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO.....	33
2.1 ASPECTOS INTRODUTÓRIOS.....	33
2.1.1 Aspectos procedimentais.....	35
2.1.2 Discricionariedade, amplitude e efeitos da manifestação do Senado por meio da resolução.....	36
2.2 A ABSTRIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO.....	38
2.2.1 A teoria da transcendência dos motivos determinantes.....	40
2.2.2 A súmula vinculante.....	42
2.2.3 Repercussão Geral.....	45
2.2.4 Declaração incidental com efeitos <i>erga omnes</i> : caminhos possíveis.....	46

CAPÍTULO 3 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO PAPEL DO SENADO FEDERAL NO CONTROLE DIFUSO E UMA ANÁLISE SOBRE A JURISPRUDÊNCIA DO STF.....	48
3.1 ASPECTOS INTRODUTÓRIOS DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	48
3.2 ELEMENTOS HISTÓRICOS E CONTEMPORÂNEOS PARA SUPERAÇÃO DA FÓRMULA DO SENADO.....	50
3.3 ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO STF.....	55
3.3.1 Reclamação nº 4.335/AC.....	56
3.3.2 ADI nº 3.406 e ADI nº 3.470/RJ, mutação constitucional do art. 52, X da CF/88.....	58
CONCLUSÃO.....	66
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	70

INTRODUÇÃO

Este trabalho analisa objetivamente o fenômeno da abstrativização do controle difuso no direito brasileiro, tendo por enfoque a releitura do art. 52, X da CF/88, que, para parcela da doutrina e da jurisprudência, sofreu uma mutação constitucional. O tema escolhido, invariavelmente, deve ser analisado tendo em conta as linhas de oposição e similitude entre o controle de constitucionalidade abstrato e difuso, os quais constituem as duas espécies de controle de constitucionalidade no direito brasileiro.

Os assuntos aqui abordados são de extrema relevância jurídica e social, visto que perpassam pelas balizas da efetividade das decisões judiciais frente ao princípio da separação de poderes. Além do mais, o tema é recentíssimo, uma vez que a mais importante decisão do STF sobre o tema, do final de 2017, ainda está sendo depurada pela doutrina pátria. Há também importantes aplicações práticas, visto que repercute diretamente na possibilidade de enxugamento do número de processos que chegam ao STF.

A problemática aqui enfrentada também nos permite analisar uma inegável interdisciplinaridade entre o direito constitucional e o direito processual civil, principalmente em cotejo com as recentes disposições normativas trazidas pelo novo CPC (Código de Processo Civil) de 2015, que, em linhas gerais, visou assegurar a observância dos precedentes dos Tribunais, particularmente do STF (Supremo Tribunal Federal). Mas o problema não se resume a disposições legais. Aqui foi analisada a própria influência da doutrina do *stare decisis*, que remonta à tradição jurídica da *common law*, por força da qual juízes e tribunais devem seguir a regra de direito fixada em decisões judiciais anteriores, frente ao nosso sistema construído sob os alicerces da *civil law*.

Inicialmente, é importante destacar que a metodologia utilizada neste trabalho foi consubstanciada na pesquisa bibliográfica de livros e artigos jurídicos, bem como no exame da jurisprudência, a qual busca conhecer e analisar historicamente o tema proposto. A análise a que se propõe este estudo não está apenas no plano teórico, mas caminha pelas decisões judiciais que têm sido proferidas pelos STF, as quais trazem impacto prático no universo jurídico.

De um modo geral, a proposta deste trabalho é analisar como se deu a formação do controle de constitucionalidade misto na realidade brasileira, como a doutrina e a jurisprudência conseguiram, sob muito esforço, dotar esse sistema de certa logicidade e como se vislumbra um caminho de aproximação entre tais sistemas, principalmente de uma possível sobreposição do controle abstrato sobre o difuso.

No primeiro capítulo, a historicidade destes institutos jurídicos foi objeto de exame. Ali, foram abordados os aspectos circundantes ao momento histórico em que ambas as modalidades de controle de constitucionalidade foram abrigadas pelo direito brasileiro, mais do que isso, foram colocados em revista os modelos estrangeiros que, respectivamente, serviram-lhe de fundamento. Essa análise é essencial para uma melhor compreensão da origem, da construção e da consolidação do controle de constitucionalidade misto que hoje vigora em nosso país. O ponto nevrálgico é a forma como o Brasil, por influência norte-americana, adotou o controle difuso de constitucionalidade, sem a respectiva figura do *stare decisis*, o que ocasionou a multiplicação de processos, a disparidade de decisões e a morosidade processual. É importante ressaltar que não é objetivo deste trabalho analisar profunda e detalhadamente os aspectos históricos envolvidos no tema, mas sim situar historicamente o leitor no assunto. Uma análise histórica aprofundada extrapolaria os limites do trabalho e deixaria pouco espaço para a discussão do assunto central. Além disso, no decorrer do capítulo primeiro, realiza-se uma explanação sobre como todas as Constituições brasileiras trataram o tema do controle de constitucionalidade. São apresentadas, ainda, as ideias centrais dos sistemas e das vias de controle judicial e a tão importante dualidade entre a teoria da nulidade x anulabilidade.

O segundo capítulo aborda o papel clássico do Senado no controle de constitucionalidade, ou seja, o instituto da suspensão senatorial de atos declarados em decisão definitiva pelo STF, com enfoque em entendimentos doutrinários e jurisprudenciais já consolidados sobre o tema. Para tanto, analisou-se o procedimento, a discricionariedade, a amplitude e os efeitos da manifestação do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade. A suspensão senatorial será analisada como fenômeno genuinamente jurídico-brasileiro, sem correspondência no direito alienígena. Ademais, será analisada, desde já, a teoria da abstrativização do controle difuso, seus fundamentos e sua construção histórica, contextualizando-a como gênero, o qual engloba diversos fenômenos doutrinários, legais, e, principalmente, jurisprudenciais como espécie, como a transcendência dos motivos determinantes, a súmula vinculante e a repercussão geral. A referida abordagem desvela o novo papel do Senado Federal proposto pela teoria da abstrativização do controle difuso.

Ao final do segundo capítulo, buscou-se sintetizar os caminhos possíveis para que uma declaração incidental de inconstitucionalidade no âmbito do Supremo Tribunal gozasse de efeitos *erga omnes* e vinculantes. Tais caminhos, como será visto posteriormente, mostram-se bem mais complexos e tortuosos do que o que propõe a teoria da abstrativização do controle difuso.

No terceiro capítulo, abordamos o conceito e os limites da mutação constitucional, o instituto de alteração informal de dispositivos da Carta Magna, pertencente ao campo da hermenêutica constitucional. Não é, nem de longe, objetivo deste trabalho se aprofundar na figura da mutação constitucional, uma vez que se trata de tema deveras complexo, o qual demandaria tempo e espaços maiores para serem realizados, de modo que nos absteremos a situar o leitor sobre seus fundamentos, deixando aquela discussão para uma possível futura análise. A análise que aqui foi apresentada é de suma importância, uma vez que a mutação constitucional é condição suficiente e necessária para que a teoria da abstrativização do controle difuso possa se tornar realidade no direito brasileiro. Em seguida, analisaremos os elementos históricos e contemporâneos para superação do papel do Senado no âmbito do controle difuso, sintetizando as doutrinas favoráveis e contrárias à abstrativização do controle difuso. Por fim, analisamos as principais decisões jurisprudências da Suprema Corte que trataram da teoria da abstrativização do controle difuso. Primeiramente, debruçamo-nos sobre a Reclamação nº 4.335/AC, primeira oportunidade em que o STF enfrentou o papel do Senado no controle de constitucionalidade. Analisamos o voto dos ministros que participaram do julgamento e suas respectivas motivações, assim como percebemos que, muito embora a Reclamação tenha sido julgada procedente, isso não significou a adoção da teoria aqui estudada no âmbito do Pretório Excelso. Em seguida, analisaremos o emblemático julgamento das ADIs nº 3.406 e 3.470 ambas do Rio de Janeiro.

Ao final do terceiro capítulo, trouxemos algumas informações doutrinárias que comentam o julgamento da ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) supramencionada. Colocamos em confrontos posicionamentos que entendem que realmente o STF adotou a teoria da abstrativização do controle difuso, assim como opiniões doutrinárias contrárias, alegando o contrário, tendo em vista, principalmente, algumas incoerências no julgamento.

Ressalta-se ainda que a pretensão deste estudo é lançar luz sobre essa nova perspectiva que toma corpo no sistema jurídico brasileiro, seja no campo doutrinário, legislativo e, principalmente, jurisprudencial. Foi demonstrado que, mesmo não existindo um movimento coordenado que desemboque na referida teoria, pequenas mudanças legislativas e releituras de institutos jurídicos já existentes acabam por dar substrato à adoção da referida abstrativização.

O que se espera é que este trabalho tenha sido capaz de retratar o panorama atual da teoria da abstrativização do controle difuso, esclarecendo-se a posição do STF em relação ao referido tema. Além disso, espera-se que essa investigação científica seja relevante e proveitosa para a comunidade acadêmica, de modo que o controle de constitucionalidade no

Brasil possa ser visto como um instrumento lógico e, ao mesmo, adaptável a novas demandas sociais.

1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: CONCEITOS INICIAIS, ANTECEDENTES HISTÓRICOS E CLASSIFICAÇÕES

1.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Os institutos jurídicos sempre possuem uma origem e representam um dado momento histórico, nesse contexto, remonta à Grécia antiga o mais remoto precedente do Controle de Constitucionalidade, perfectibilizado pelo *grafe paranomom*. Na lição de Fábio Konder Comparato:

[...] Na democracia ateniense, existia um processo punitivo especial para propostas de lei ou deliberação que contraviessem aos princípios fundamentais do regime: era o *grafe paranomom*. Qualquer cidadão tinha o direito de embargar uma moção a ser votada pela assembleia do povo (*ekklesia*), alegando que ela feria a *politeia*, ou constituição da cidade. A votação era então suspensa e a questão submetida a um órgão judicial. O mesmo ocorria com decisões já tomadas pela assembleia, de natureza legislativa ou não. Se a alegação do denunciante fosse julgada procedente, o autor da moção ou do projeto de lei era condenado a uma multa, anulando-se a votação eventualmente já concluída. A pessoa condenada três vezes por esse delito perdia seus direitos cívicos.¹

Outro precedente pode ser encontrado no Livro I do Código Filipino (*Ordenações Filipinas*) em sua primeira edição de 1603, que, inclusive, vigorou no Brasil até a nossa independência. Em seu Título LVIII, estava disposta a seguinte norma:

17. E informar-se-ha *ex officio*, se há nas Cameras algumas posturas prejudiciais ao povo e ao bem commum, posto que sejam feitas com a solemnidade devida, e nos screverá ellas com seu parecer. **E achando que algumas não foram feitas, guardada a fôrma de nossas Ordenações, as declarará por nullas e mandará que se não guardem.** (grifo nosso)²

No entanto, se quisermos identificar o antecedente histórico do controle de constitucionalidade pós constitucionalismo moderno devemos nos ater à ideia de supremacia da Constituição. Para Flávio Martins Alves Nunes, “a supremacia da Constituição sobre as demais leis conduz a uma superioridade hierárquico-normativa e, com isso, o fato de que todos os atos normativos devem ser compatíveis com a Constituição, material e

¹COMPARATO, Fábio Konder. *Requiem para uma constituição*. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. esp., p. 51-63, 1998. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/comparato/comparato_requiem.html>. Acesso em: 21 ago. 2019.

²BRASIL, *Código Filipino*, ou, Ordenações e leis do Reino de Portugal: recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>>. Acesso em: 24 dez. 2019.

formalmente”³. Percebe-se, dessa forma, que há uma nítida correlação entre controle de constitucionalidade e a posição hierárquica superior da Constituição. Logo, ao encontrarmos o momento em que surgiu a ideia de supremacia da Constituição, deparar-nos-emos, fatalmente, com o antecedente do controle de constitucionalidade da maneira que o enxergamos atualmente.

1.1.1 O sistema de controle de constitucionalidade norte-americano

A supremacia da constituição é instituto que remonta ao constitucionalismo moderno que veio a reboque das revoluções burguesas do final do século XVIII. Mais precisamente, decorre do constitucionalismo norte-americano. A Constituição norte-americana de 1787 não trouxe em seu bojo nenhum dispositivo expresso que autorizasse o exercício do controle de constitucionalidade, caberia à Suprema Corte Americana, em uma decisão histórica, ao declarar uma lei inválida por ofensa à Constituição, criar o que viria a ser o modelo norte-americano de controle de constitucionalidade. No entanto, isso só foi possível pela rigidez daquela Constituição. É que o controle de constitucionalidade, como veremos mais adiante, assenta-se nesses dois pressupostos: supremacia e rigidez da Constituição.

O contexto que deu origem a essa referida decisão era eminentemente político. No final do ano 1800, Thomas Jefferson, do partido republicano, acabara de ser eleito presidente, derrotando o então atual presidente John Adams. Como um de seus últimos atos, John Adams conseguiu aprovar uma lei reorganizando o poder judiciário federal, nomeando, inclusive, novos juízes federais, assinando o ato de nomeação no último dia de seu governo. No entanto, seu secretário de Estado, John Marshall, não conseguiu entregar o ato de investidura a todos os nomeados. Frise-se que entre essas nomeações estava a do próprio John Marshall que passaria a ser o *Chief Justice* (presidente da Suprema Corte americana).

Ao assumir a presidência, Thomas Jefferson deu ordem expressa a seu então secretário, James Madison para não entregar os atos de investidura que restavam. Entre os juízes que foram nomeados e não tomaram posse estava William Marbury, que acabou impetrando o *writ of mandamus* para ver reconhecido seu direito de ser investido no cargo. Em meio a isso, o Congresso veio a revogar a referida lei que reorganizava o poder judiciário federal (*the Circuit Court Act, de 1801*), extinguindo os cargos que haviam sido criados e

³NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 536.

exonerando seus ocupantes. O Congresso, agora de maioria republicana, chegou a impedir que a Suprema Corte se reunisse, temendo que a revogação da lei fosse questionada.

Foi esse conturbado contexto político o pano de fundo do caso *Marbury v. Madison*. Em sua decisão, Marshall desenvolveu a ideia de que uma lei infraconstitucional não poderia criar uma competência originária para a Corte fora das hipóteses previstas na Constituição. Nesse caso, a Suprema Corte deveria deixar de aplicar a lei que ofendesse a Constituição. Podemos destacar o seguinte trecho da decisão de John Marshall “A fraseologia particular da Constituição dos Estados Unidos confirma e fortalece o princípio segundo o qual uma lei contrária à Constituição é nula; e que os tribunais, bem como todos os outros parlamentos, estão vinculados a esse instrumento”⁴. Além de ter um conteúdo inovador, a decisão ora analisada também foi fruto de uma mente sagaz, é que, no fim das contas, John Marshall acabou por acolher a tese do Poder Executivo, o qual, desta forma, tinha grande interesse em aceitá-la e segui-la.

A partir dessa decisão se formou todo o sistema do *judicial review*. São três os grandes fundamentos que justificam o controle judicial de constitucionalidade concebido pela Suprema Corte norte-americana: “em primeiro lugar, a supremacia da Constituição; em segundo lugar, a declaração da nulidade da lei que contrarie a Constituição; e, por fim, que o Poder Judiciário é o intérprete final da Constituição”⁵. Essa última característica é muito importante, pois que a partir dela considerou-se que a interpretação das leis era uma tarefa específica dos juízes.

É preciso lembrar que o *judicial review* é concebido sob a base do sistema da *common law*, cuja ênfase não está na produção legislativa do parlamento, mas sim no trabalho contínuo, durante séculos, de juízes aplicando as regras estabelecidas pelo costume, de forma que o julgamento do caso concreto pelos Tribunais Superiores passava a vincular as decisões de todos os órgãos de jurisdição inferiores (*stare decisis*). Nessa perspectiva, a decisão da suprema corte americana tem efeito vinculante, não por força do controle de constitucionalidade, mas sim por força do *stare decisis*. Luis Roberto Barroso esclarece que “a declaração de inconstitucionalidade em um caso concreto traz como consequência a não aplicação daquela lei a qualquer outra situação”, repercutindo na própria decisão que muito embora se refira a um caso concreto “produz efeitos gerais, em face de todos (*erga omnes*)”⁶.

⁴BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva. 2012, p. 22.

⁵BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição – fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 138.

⁶*Ibidem*.

Em arremate, Dirley da Cunha Junior traça os pontos característicos do *judicial review*:

Enfim, o modelo norte-americano da *judicial review* define-se como um controle judicial de constitucionalidade das leis e atos do poder público que qualquer juiz e tribunal, *ante um caso concreto*, pode desempenhar. É um controle judicial, pois somente os órgãos do Poder Judiciário podem realizá-lo. É um controle difuso no sentido de que todos os órgãos do Poder Judiciário podem exercê-lo, pouco importando sua natureza e grau de jurisdição. E, finalmente, é um controle incidental ou indireto (provocado por via de exceção ou de defesa), no sentido de que somente no curso de uma demanda concreta, pressupondo controvérsia, pode ser efetivado, como condição para a solução da *vexata quaestio*. Neste último sentido, diz-se também que se cuida de um controle subjetivo, pois desenvolvido em razão de um conflito de interesses intersubjetivos, cuja finalidade principal é a defesa de um direito subjetivo ou de um interesse legítimo juridicamente protegido de alguém.⁷

1.1.2 O sistema de controle de constitucionalidade austríaco ou europeu continental

Ao lado do *judicial review*, surgiu, com um intervalo de mais de um século, outro modelo clássico de controle de constitucionalidade, o modelo austríaco, consagrado na Constituição austríaca de 1920, de caráter positivista, pautava-se em uma concepção eminentemente formalista da Constituição. Em uma Europa continental com influências jurídicas, culturais, políticas e econômicas totalmente diversas da experiência norte-americana, o modelo austríaco preconizava a existência de uma corte constitucional (*Verfassungsgerichtshof*), perante a qual as questões constitucionais seriam decididas de forma abstrata (concentrada).

O modelo austríaco foi idealizado por Hans Kelsen. Em sua teoria, o instituto da supremacia da constituição atingiria seu ápice, uma vez que para ele “a Constituição representa o escalão do Direito Positivo mais elevado”⁸. No entanto, divergindo diametralmente do sistema norte-americano, o sistema concentrado tem um viés eminentemente político, não judicial, cujas decisões, em regra, não têm eficácia retroativa, por isso, diz-se que a corte constitucional detém uma competência legislativa negativa. Após o fim da Segunda Guerra Mundial, esse modelo se alastrou mundo a fora. Países da Europa,

⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. Salvador: JusPODIVM, 2010, p. 143.

⁸ NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 536.

América Latina, Ásia e África introjetaram esse ideal em suas jurisdições constitucionais e criaram tribunais constitucionais nos moldes do modelo austríaco.

Com poder de síntese, Lênio Luiz Streck assevera que:

De qualquer sorte, a característica principal do modelo de justiça constitucional concebido por Hans Kelsen consiste em atribuir a um tribunal *ad hoc* o controle da constitucionalidade das leis e atos normativos, excluindo dessa atribuição o juiz ordinário. Esse tribunal *ad hoc* não pertence ao Poder Judiciário, sendo formado, levando em conta o pioneiro exemplo da Áustria e da Alemanha, por magistrados, professores, advogados e membros do Parlamento. No fundo, a instituição de um tribunal de controle de constitucionalidade fora da estrutura do Poder Judiciário tinha o nítido objetivo de proteção do legislador, influência da Revolução Francesa.⁹

1.2 CONCEITOS INICIAIS

A ideia de Constituição como documento escrito que, além de fundar o Estado, instaura uma nova ordem jurídica, pressupõe mecanismos através dos quais se controlem os atos normativos que contrariem os preceitos previstos na “Carta Magna”. Uma vez detectado que determinado ato jurídico está em desconformidade com a Constituição, sua eficácia deve ser repelida, sob risco de perda da unidade do sistema. Essa visão de ordenamento jurídico como um sistema é bem explicitada por Luís Roberto Barroso:

[...] **Um sistema pressupõe ordem e unidade, devendo suas partes conviver de maneira harmoniosa.** A quebra dessa harmonia deverá deflagrar mecanismos de correção destinados a restabelecê-la. O controle de constitucionalidade é um desses mecanismos, provavelmente o mais importante, consistindo na verificação da compatibilidade entre uma lei ou qualquer ato normativo infraconstitucional e a Constituição. (grifo nosso)¹⁰

A existência do controle de constitucionalidade está assentada em dois pressupostos básicos: a supremacia e a rigidez constitucional. Este é representado pela existência de um processo legislativo mais complexo para aprovação das normas constitucionais, em comparação com o processo legislativo para criação das normas infraconstitucionais; aquele pressupõe a existência de um escalonamento normativo em que a Constituição ocupe seu ápice, conformando todas as normas abaixo de si. Esses são os pressupostos tradicionais do controle de constitucionalidade, para Luís Roberto Barroso, é possível, ainda, colocá-lo a serviço da defesa dos direitos fundamentais, consignando que “um dos fundamentos do

⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Forense. 2018, p.64.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva Educação. 2012, p. 12.

controle de constitucionalidade é a proteção dos direitos fundamentais, inclusive e, sobretudo, das minorias, em face de maiorias parlamentares eventuais”¹¹.

Não podemos olvidar, ainda, que, à luz do constitucionalismo moderno, a Constituição é um instrumento político-jurídico que tem como objetivo final a consagração e a defesa de um sistema de garantias e liberdades, personificadas pelos chamados direitos fundamentais. O próprio poder constituinte originário brasileiro de 1988 dotou os direitos fundamentais de uma maior estabilidade institucional, de maneira que seu núcleo duro não pode sofrer redução (proibição do retrocesso), sendo, por isso, vedada qualquer limitação ou supressão de direitos fundamentais. Não é outra a lição de Alexandre de Moraes ao dispor que “A ideia de controle de constitucionalidade está ligada à Supremacia da Constituição sobre todo ordenamento jurídico e, também, à de rigidez constitucional e proteção dos direitos fundamentais”¹².

1.2.1 Classificação: um ponto de partida

Classificar é a atividade de distribuir objetos em categorias distintas (classes) levando em consideração as semelhanças e diferenças existentes entre elas. Por conseguinte, as classificações levam em consideração as características dos elementos que compõem o conjunto analisado, de maneira que existe uma correlação entre o número de critérios utilizados e a quantidade de espécies encontradas. Para a Ciência do Direito, “as classificações são utilizadas como método para a apreensão de fenômenos normativos que se submetem a regimes jurídicos distintos”¹³.

Diversos são os critérios utilizados pela doutrina para classificar o controle de constitucionalidade, a depender do autor, uma classificação pode adquirir significados antagônicos, de maneira que, às vezes, pode, inclusive, haver conflito entre elas. Em linhas gerais, o controle de constitucionalidade pode ser classificado de inúmeras maneiras, a doutrina costuma enumerar dois critérios básicos: quanto ao órgão que exerce a fiscalização (controle judicial, político e misto) e quanto ao momento (controle preventivo e repressivo).

Controle judicial ocorre quando a fiscalização, de maneira repressiva, é feita somente por órgãos pertencentes ao Poder Judiciário. Como visto anteriormente, o sistema do *judicial review* foi criado pela doutrina norte-americana, com feição marcadamente difusa, segundo o qual todos os juízes e Tribunais têm competência para fazer o controle de constitucionalidade

¹¹ *Ibidem*, p. 18.

¹² MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2017, p. 674.

¹³ MARQUES, Márcio Severo. **Classificação constitucional dos tributos**. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 121.

repressivo. Tal sistema foi adotado por diversos países, dentre eles o Brasil, onde tais decisões, em regra, começam no Juiz de primeiro grau, passando pelos Tribunais de segunda instância e desaguando, por fim, no STF, em grau de recurso extraordinário.

Já o controle político é aquele realizado por órgãos distintos dos três poderes, que tem por incumbência específica a garantia da supremacia da Constituição. Esse sistema é de origem marcadamente francesa, pós-período revolucionário de 1789, ocasião em que a sociedade francesa, por razões “históricas e ideológicas”, acabou por nutrir “desconfiança em relação ao poder dos juízes e dos tribunais”, resultando em “um modelo rígido de separação de Poderes” e na “rejeição à fórmula do “controle judicial”¹⁴. No Brasil, o veto jurídico – aquele que tem sua fundamentação calcada na inconstitucionalidade – do executivo a projeto de lei e a rejeição de projeto de lei na CCJ (Comissão de Constituição e Justiça) representam exemplos de controle político.

O controle misto ou híbrido é uma mistura dos dois sistemas citados acima. Logo, tem-se a coexistência de ambos os controles ou de pelo menos seus pressupostos.

O controle preventivo é aquele que se opera antes da conversão do projeto de lei em lei e tem por finalidade impossibilitar que uma norma que contrarie a Constituição ingresse no ordenamento jurídico. Perceba-se que nesse caso não há a declaração de inconstitucionalidade do ato, mas sim a frustração de sua entrada no sistema jurídico de determinado Estado. Como citado acima, na realidade jurídica brasileira, as hipóteses de controle político são, ao mesmo tempo, hipóteses de controle preventivo. Há ainda uma hipótese excepcional de controle jurisdicional preventivo construído pela jurisprudência. Nesse contexto, o STF tem admitido a impetração de “mandados de segurança, requeridos por parlamentares, contra o simples processamento de propostas de emendas à Constituição cujo conteúdo viole algumas das cláusulas pétreas do art. 60, § 4º”¹⁵.

O controle repressivo se manifesta após o ingresso da lei ou ato normativo no ordenamento jurídico. Perceba-se que o fato de uma norma inconstitucional ter adentrado ao ordenamento jurídico significa, pelo menos em tese, que houve uma falha do controle preventivo de constitucionalidade. O que resta, neste caso, é extirpar a norma do sistema jurídico. No Brasil, o controle repressivo é eminentemente jurisdicional.

1.2.2 Sistemas e vias de controle judicial

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva Educação, 2012, p. 38.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva Educação, 2012, p. 40.

Como dito, anteriormente, os critérios de classificação são diversos e variam de autor para autor. No entanto, para fins deste trabalho, interessam-nos sobremaneira os sistemas e vias de controle judicial. Nas lições de Pedro Lenza¹⁶, para classificar os sistemas e vias de controle judicial, podemos partir de um critério subjetivo, dando origem ao sistema difuso e ao sistema concentrado, como também podemos enxergá-lo sob o aspecto formal, hipótese em que teremos o sistema pela via incidental (ou de exceção – caso concreto) e o sistema pela via principal (em abstrato ou direto).

O controle concentrado de constitucionalidade (europeu ou austríaco) configura-se quando uma Corte Constitucional ou um órgão jurisdicional superior tem competência originária para decidir sobre as questões constitucionais. Para Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet “referido modelo adota as ações individuais para a defesa de posições subjetivas e cria mecanismos específicos para a defesa dessas posições, como a atribuição de eficácia *ex tunc* da decisão”¹⁷. Para Luis Roberto Barroso “o controle concentrado de constitucionalidade é exercido por um único órgão ou por um número limitado de órgãos criados especificamente para esse fim ou tendo nessa atividade sua função principal”¹⁸.

Já o sistema difuso de controle possibilita que qualquer juiz ou órgão do judiciário, de qualquer instância, realize (poder-dever) o controle de constitucionalidade, desde que observadas as normas sobre competência. Tal sistema é voltado para defesa de posições subjetivas. Luis Roberto Barroso consigna que:

Assim, na modalidade de controle difuso, também chamado sistema americano, todos os órgãos judiciários, inferiores ou superiores, estaduais ou federais, têm o poder e o dever de não aplicar as leis inconstitucionais nos casos levados a seu julgamento. No Brasil, o controle difuso vem desde a primeira Constituição republicana, e subsiste até hoje sem maiores alterações. Do juiz estadual recém-concursado até o Presidente do Supremo Tribunal Federal, todos os órgãos judiciários têm o dever de recusar a aplicação às leis incompatíveis com a Constituição.¹⁹

No sistema de controle pela via incidental, o controle será exercido como questão prejudicial, ou seja, em um litígio que envolve a disputa de um bem da vida, autor ou réu alegam a inconstitucionalidade de uma norma para ver sua pretensão assegurada, enquanto o

¹⁶ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 205.

¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; GONET, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 940.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 51.

¹⁹ *Ibidem*, p. 52.

sistema de controle pela via principal o objeto da demanda é a própria (in)constitucionalidade da norma, ou seja, a análise da constitucionalidade é autônoma.

Como exemplo do controle concreto, podemos citar uma corriqueira questão enfrentada todo dia pelo judiciário brasileiro: “A” demanda contra “B” pleiteando danos materiais sob a alegação de que “B” teria violado uma norma do ordenamento jurídico e, conseqüentemente, causando prejuízo a “A”. B, em sede de contestação, confessa que realmente descumpriu a referida norma, porém, assim o fez porque ela padece de inconstitucionalidade, e entre cumprir a norma ou cumprir a Constituição, optou por cumprir a Constituição. Está-se, então, formada a questão prejudicial (alegação de inconstitucionalidade), uma vez que a questão principal é a discussão sobre o dano material (objeto do pedido do autor), mas o julgador não terá como se pronunciar sobre o pedido principal sem antes enfrentar a (in)constitucionalidade da norma.

A alegação de inconstitucionalidade não se restringe a autor e réu, na lição Bernardo Gonçalves:

(...) o incidente pode surgir (ser alegado) pelo autor, pelo réu, por um terceiro interveniente ou mesmo pelo Ministério Público. Certo é que a inconstitucionalidade da norma pode até ser reconhecida de ofício pelo magistrado. Aqui, porém, temos uma questão interessante, pois nos termos do antigo CPC o Juiz podia reconhecer a inconstitucionalidade de ofício e declará-la. Já nos termos do novo CPC de 2015, para que o magistrado declare a inconstitucionalidade de ofício deve antes ouvir as partes, nos termos do art. 10 que afirma que “o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidades de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deve decidir de ofício”.²⁰

Por uma questão lógica, teremos, pelo menos em regra, o sistema difuso sendo exercido pela via incidental, enquanto o sistema concentrado se manifesta através da via principal. No entanto, como toda boa regra jurídica, existem exceções. Neste trabalho, analisaremos, mais a frente, a ADI nº 3.470/RJ, no bojo da qual o STF declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei Federal nº 9.055/1995 (que permitia o uso do amianto). Perceba-se que, muito embora em sede de ADI, a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei Federal nº 9.099/1995 foi declarada sob exercício do controle de constitucionalidade difuso, já que essa questão não era objeto (pedido principal) da referida ADI.

²⁰ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 1451.

É este o ponto nevrálgico deste trabalho: o controle de constitucionalidade misto do Brasil, como veremos adiante, é fruto de uma longa construção legal, doutrinária e jurisprudencial, de maneira que atualmente coexistem o sistema concentrado e o sistema difuso, com características próprias e, muitas vezes, antagônicas. A abstrativização do controle concreto de constitucionalidade rompe com esse padrão, uma vez que se manifesta com a intromissão de características basilares do controle concentrado no controle difuso, de maneira que as peculiaridades deste cedem espaço às daquele. Esse fenômeno tem ocorrido de maneira paulatina, mas há uma parcela considerável da doutrina que entende que o controle de constitucionalidade no Brasil tende a se revestir de objetividade, seja em qual via seja exercido.

1.2.3 Nulidade x anulabilidade

Quando uma norma inferior colide com a Constituição, tal norma está eivada de vício em sua validade. Resta saber se o referido vício se caracteriza por uma nulidade absoluta ou por uma nulidade relativa (anulabilidade). Acrescente-se que uma parcela minoritária da doutrina entende que o ato inválido também pode ser declarado inexistente, característica que macula o ato de vício inexorável, impedindo, inclusive, sua entrada no ordenamento jurídico. No entanto, é forçoso reconhecer que se determinado ato normativo ultrapassou a etapa do controle preventivo e efetivamente passou a fazer parte do ordenamento jurídico, ainda que posteriormente seja declarado inválido, goza tal ato de uma presunção relativa de constitucionalidade.

A teoria da nulidade dispõe que o ato normativo inconstitucional tem sua invalidade abalada desde o seu nascimento e, dessa forma, é insuscetível de produzir qualquer efeito, justamente por isso a decisão que reconhece a inconstitucionalidade tem caráter meramente declaratório e, por conseguinte, a produção de seus efeitos são retroativos (*ex tunc*). Importante destacar que a teoria da nulidade tem origem no direito constitucional norte-americano, e foi acolhida pela doutrina brasileira tradicional, por ninguém menos que Rui Barbosa.²¹ Como dito anteriormente, a decisão que declara um ato normativo como nulo tem natureza declaratória, e isso ocorre pelo fato de que a invalidade do ato normativo inconstitucional se opera de pleno direito (*pleno iure*).

²¹ AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 671.

Em contraste com a teoria anteriormente descrita, tem-se a teoria da anulabilidade, idealizada por Hans Kelsen. Para a referida teoria, o ato normativo é válido e produz seus efeitos próprios até que decisão posterior declare sua inconstitucionalidade, decisão esta que terá efeito desconstitutivo (ou constitutivo negativo). Como nesse regime a decisão que declara a inconstitucionalidade fulmina o plano de eficácia do ato normativo objeto do controle, a decisão de constitucionalidade tem efeitos prospectivos (*ex nunc*).

Em resumo, a diferença entre o regime da nulidade e o regime da anulabilidade tem os seguintes traços marcantes: ato normativo nulo já nasce inválido, e eventual decisão que reconheça tal nulidade tem efeitos meramente declaratórios, enquanto ato normativo anulável é aquele que nasceu válido, e, posteriormente, teve sua invalidade declarada, de maneira que a decisão que reconheceu essa anulabilidade tem caráter constitutivo. Existe uma correlação entre o caráter da decisão que declara a nulidade do ato e a produção de seus efeitos.

Lênio Luiz Streck *et al.* esclarecem, com brilhantismo, a questão da eficácia em sede de controle concentrado e difuso, nos seguintes termos:

Observemos: tanto no controle concentrado como no difuso o Supremo Tribunal Federal decide através de *full bench*. A diferença é que, na primeira hipótese, o controle é “objetivo” (é “em tese”, como diz a doutrina, embora saibamos que não há decisões *in abstracto*); no segundo caso, o julgamento representa uma questão prejudicial de um determinado “caso jurídico”. Mas, então, há que se perguntar: se em ambos os casos o julgamento é feito em *full bench* e o *quórum* é o mesmo (mínimo de seis votos), *o que realmente diferencia as decisões?* (...) *Mas, se são iguais, porque são diferentes?* Aí é que está o problema: as decisões exsurgentes do controle difuso não possuem autonomia, *pois dependem do “socorro” do poder legislativo* para adquirir força vinculante *erga omnes*. É uma questão de cumprimento do princípio democrático e do princípio do devido processo legal. É nesse sentido que o Senado, integrante do Poder Legislativo, ao editar a resolução que suspende a execução da lei, atuará *não no plano da eficácia da lei* (essa é feita em controle concentrado pelo STF), mas sim, *no plano da vigência da lei*. Daí que, no primeiro caso – controle concentrado – o efeito pode ser *ex tunc*; no segundo caso – controle difuso – o efeito somente poderá ser *ex tunc* para aquele caso concreto e *ex nunc* após o recebimento desse *plus* eficaz de um órgão do Poder Legislativo.²²

No Brasil, jurisprudência e doutrina se posicionaram, majoritariamente, pela teoria da nulidade. Esse é inclusive o entendimento do STF: “a declaração de inconstitucionalidade

²² STRECK, Lênio Luiz; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional**. Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi, Jacarezinho, v. 1, n. 11, p. 53, Março 2009. ISSN 1676-2800. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/72>>. Acesso em: 21 out. 2019.

reveste-se, ordinariamente, de eficácia *ex tunc*, retroagindo ao momento em que editado o ato estatal reconhecido inconstitucional pelo STF”²³.

No entanto, a teoria da nulidade vem sofrendo importantes derrogações. Como exemplos, vejamos o art. 27 da Lei n. 9.868/99:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.²⁴

A norma que se depreende desse artigo é chamada pela doutrina de técnica de modulação dos efeitos. A própria exposição de motivos do projeto de lei que deu origem à citada lei 9.868/99 esclareceu que

ao lado da ortodoxa declaração de nulidade, há de se reconhecer a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, em casos excepcionais, mediante a decisão da maioria qualificada (dois terços dos votos), estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, proferindo a inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* ou *pro futuro*, especialmente naqueles casos em que a declaração da nulidade se mostre inadequada ou nas hipóteses em que a lacuna resultante da declaração de nulidade possa dar ensejo ao surgimento de uma situação ainda mais afastada da vontade constitucional.²⁵

Além de excepcionar o princípio da nulidade no que tange ao controle de constitucionalidade concentrado, a técnica de modulação dos efeitos também tem sido aplicada, analogicamente, no exercício do controle difuso. Como veremos mais adiante, essa aplicação do art. 27 da Lei n. 9.868/99 ao controle difuso é mais uma manifestação da objetivação do controle concreto.

Nas lições de Anna Candida da Cunha Ferraz:

Somente após a edição das Leis 9.868/99 e 9.882/99, e a reforma do Poder Judiciário introduzida pela EC 45/2001, é que se pode vislumbrar se não o total abandono da teoria clássica do ato inconstitucional pelo STF, pelo menos uma inegável relativização de sua admissão na jurisdição constitucional concentrada, especialmente diante da possibilidade legal e constitucional de modulação dos efeitos de uma decisão jurisdicional que declara uma lei inconstitucional. No

²³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 395.902-AgR, rel. Min. Celso de Mello. DJ: 29/02/2008. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=512051>. Acesso em: 10 jan. 2019.

²⁴ BRASIL, Lei nº 9.868/99, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm> Acesso em 15 out. 2019.

²⁵ Exposição de Motivos n. 189, de 07.04.1997, encaminhada pela Mensagem n. 396/97, ao Projeto de Lei n. 2.960/97.

controle difuso, todavia, ainda permanece, no Supremo Tribunal Federal, a tese da nulidade do ato inconstitucional (RE 93.173/2-SP).²⁶

1.3 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

1.3.1 Constituição de 1824

Não havia previsão de controle de constitucionalidade na primeira constituição brasileira. É preciso lembrar que a Constituição de 1824 dispunha que a pessoa do imperador era inviolável e sagrada, de maneira que ele não estava sujeito à responsabilidade alguma. A figura do Poder Moderador que concedia ao imperador o poder de dissolver a Câmara dos Deputados ou destituir os magistrados além de inquirar com o princípio da separação dos poderes também era refratária à ideia de controle judicial de constitucionalidade. Para Clèmerson Merlin Clève,

O Imperador, enquanto detentor do Poder Moderador, exercia uma função de coordenação; por isso, cabia a ele (art. 98) manter a ‘independência, o equilíbrio, a harmonia entre os demais poderes’. Ora, o papel constitucional atribuído ao Poder Moderador, ‘chave de toda organização política’ nos termos da Constituição, praticamente inviabilizou o exercício da função de fiscalização constitucional pelo Judiciário. Sim, porque, nos termos da Constituição de 1824, ao Imperador cabia solucionar os conflitos envolvendo os Poderes, e não ao Judiciário. Logo, o dogma da soberania do Parlamento, a previsão de um Poder Moderador e mais a influência do direito público europeu notadamente inglês e francês, sobre os homens públicos brasileiros, inclusive os operadores jurídicos, explicam a inexistência de um modelo de fiscalização jurisdicional da constitucionalidade das leis do Brasil ao tempo do império.²⁷

1.3.2 Constituição de 1891

A constituição brasileira de 1891 tinha característica marcadamente liberal, com forte inspiração norte-americana, seja no nome (Estados Unidos do Brasil), seja na adoção da Federação como forma de Estado, seja, como veremos adiante, na estruturação de um controle de constitucionalidade difuso. Destarte, a partir de 1891 o Brasil passou a adotar, sob a influência do direito norte-americano, o controle difuso de constitucionalidade, cabendo ao Poder Judiciário, na análise de um caso concreto, declarar uma lei inconstitucional. Trata-se

²⁶ DA CUNHA FERRAZ, Anna Cândida. **Comentários à Constituição do Brasil**. Coordenadores Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Luiz Streck, Gilmar Ferreira Mendes. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 2055.

²⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 63-64.

de um controle repressivo, posterior, pela via de exceção ou defesa, pelo qual a declaração de inconstitucionalidade se manifesta de modo incidental (*incidenter tantum*), de maneira prejudicial ao mérito.

1.3.3 Constituição de 1934

O texto constitucional de 1934 teve por influências a Constituição alemã de 1919 (Constituição de Weimar), a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição espanhola de 1931. A constituição de 1934, promulgada, inovou drasticamente o ordenamento constitucional do Brasil. No que tange ao controle de constitucionalidade, manteve o controle difuso, criado pela constituição anterior de 1891. No entanto, trouxe duas importantes inovações. A primeira foi a criação da participação do Senado no controle difuso (caso o judiciário declarasse uma lei inconstitucional, poderia o Senado suspender a execução da referida lei, no todo ou em parte, estendendo os efeitos *inter partes* para *erga omnes*. Nesse contexto, o Senado passa a deter a competência de “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário”²⁸.

Como se vê, essa primeira inovação é o tema central desse trabalho. Como veremos mais adiante, pelo fato de inexistir no ordenamento jurídico brasileiro a figura do *stares decisis*, foi preciso engendrar a chamada fórmula do Senado, foi o caminho encontrado pelo legislador constituinte para dotar a decisão do judiciário de eficácia *erga omnes*. Trata-se, ao fim e ao cabo, de mais uma hipótese, entre tantas, em que o legislador importa um instituto concebido para uma outra realidade social, política e jurídica, uma vez que se adotou o controle difuso, mas não o *stares decisis*, que é visceralmente contrário ao sistema da *civil law*. Ou seja, ainda que o STF, a mais alta corte do país, tomasse uma decisão declarando determinada norma inconstitucional sob o controle difuso, em nada vincularia os tribunais e juízos inferiores. O fato é que dotar a decisão do STF que declara a inconstitucionalidade de uma norma de eficácia *erga omnes* seria uma ideia não muito bem vista pela sociedade política daquela época, dessa forma, preferiu-se que essa incumbência fosse destinada a um órgão político. Como analisaremos mais adiante, é preciso entender que, naquela época, nenhuma decisão do Poder Judiciário era dotada de eficácia *erga omnes*. A segunda inovação

²⁸ BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm> Acesso em 23 ago. 2019.

foi a criação da chamada cláusula de reserva de plenário, segundo a qual “só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público” (art. 179). Vale lembrar, oportunamente, que ambas as inovações acima expostas se encontram previstas ainda hoje na Constituição Federal de 1988. Gilmar Ferreira Mendes, ao comentar as inovações trazidas pela Constituição Federal de 1934, asseverou que se “buscou resolver o problema da falta de efeitos *erga omnes* das decisões declaratórias de inconstitucionalidade do STF, instituindo o mecanismo da suspensão, pelo Senado, das leis invalidadas na mais alta Corte”²⁹.

Vejamos as disposições pertinentes ao tema previstas na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934, *in verbis*:

Art. 91 Compete ao Senado Federal:

II) examinar, em confronto com as respectivas leis, os regulamentos expedidos pelo Poder Executivo, e suspender a execução dos dispositivos ilegais;

...

IV) suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou acto, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário;³⁰

Quanto ao controle abstrato de constitucionalidade, é preciso mencionar que a Constituição de 1934 previu a primeira ação do controle concentrado de constitucionalidade: a ADI interventiva. Segundo art. 12, § 1º, o Procurador Geral da República, para assegurar a observância de princípios constitucionais (os que viriam a ser chamados de princípios constitucionais sensíveis), poderia manejar a mencionada ação perante o STF.

1.3.4 Constituição de 1937

Sob os fantasmas da ascensão de Adolf Hitler na Alemanha e de Benito Mussolini na Itália, a Constituição democrática de 1934 não teria vida longa. Possivelmente inspirado nos regimes de exceções alemão e italiano, Getúlio Vargas também criou um subterfúgio para implantar um regime de exceção: o *Plano Cohen*. Todo esse cenário desembocaria na Constituição ditatorial de 1937, conhecida como *polaca*, por ser fortemente influenciada pela constituição autoritária polonesa de 1935.

²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira, GONET, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 955.

³⁰ BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm> Acesso em 23 ago. 2019.

Quanto ao controle de constitucionalidade, foi mantido o controle difuso e a “cláusula de reserva de plenário”. No entanto, foi prevista a possibilidade de o Presidente da República se imiscuir nas decisões do Poder Judiciário que declarassem a inconstitucionalidade de determinada norma, já que, a seu juízo (por razões de necessidade do bem-estar do povo, promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta), poderia submetê-la ao Parlamento para o seu reexame, podendo o Legislativo, pela decisão de 2/3 (dois terços) de ambas as Casas, tornar sem efeito a declaração de inconstitucionalidade, desde que confirmasse a validade da lei. É patente que referida regra viola frontalmente o princípio da separação dos poderes e só poderia estar prevista em uma Constituição claramente autoritária.

Gilmar Ferreira Mendes comentando a possibilidade de o Presidente da República interferir nas decisões do Poder Judiciário alega que “a carta de 1937 traduz um inequívoco retrocesso no sistema de controle de constitucionalidade” uma vez que “o constituinte rompeu com a tradição jurídica brasileira, instituindo, assim, uma peculiar modalidade de revisão constitucional, pois a lei confirmada passa a ter, na verdade, a força de uma emenda à Constituição”³¹.

1.3.5 Constituição de 1946

Nos últimos dias de 1941, o Brasil rompeu relações diplomáticas com os países do Eixo (Alemanha, Itália e Japão) e se aliou aos Estados Unidos. Nesse momento, o Brasil vivia sob uma situação tragicamente contraditória: internacionalmente, defendia a democracia, internamente, vivia sob uma ditadura. Dentro desse contexto, a queda de Getúlio Vargas era questão de tempo, e, evidentemente, a reboque de sua derrocada viria uma nova Constituição.

Para Flávio Martins Alves Junior a Constituição de 1946 representou a recuperação das “conquistas do passado, alcançadas pela Constituição de 1934 e que foram suprimidas pela Constituição de 1937. Apesar de um período extremamente turbulento na área política, a Constituição de 1946 restabeleceu os valores primários do Estado de Direito”³².

A Constituição de 1946 manteve o controle difuso de constitucionalidade, assim como a cláusula de reserva de plenário e restabeleceu, também, a Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva que fora abolida pela Constituição de 1937. Posteriormente, a Emenda Constitucional n. 18, de 1965, disporia sobre a Ação Direta de

³¹ MENDES, Gilmar Ferreira, GONET, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 977.

³² NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 282.

Inconstitucionalidade (ADI) genérica, à época denominada “representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato normativo” (art. 101, I, “k”). Competia ao STF processar e julgar, originariamente, a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, federal ou estadual, a ser proposta, exclusivamente, pelo Procurador-Geral da República.

A EC 16/1995 foi a responsável por introduzir no direito brasileiro o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade perante o STF. Quando da discussão da referida Emenda Constitucional, houve proposta de supressão da competência constitucional do Senado Federal de suspender lei ou ato normativo declarado inconstitucional, em controle difuso ou concreto, diretamente pelo STF. No entanto, tal proposta foi rejeitada pelos senadores.³³

1.3.6 Constituição de 1967

Em 1964, em resposta a uma pretensa ameaça de se implantar no Brasil um regime comunista, as Forças Armadas e os setores conservadores da elite reacionária burguesa brasileira engendraram um movimento que culminaria em um regime ditatorial militar. Como não poderia deixar de ser, sempre que ascende um novo modelo de poder, surge também uma nova Constituição que, quase sempre, rompe frontalmente com os preceitos instituídos pela Constituição anterior.

Para Gilmar Ferreira Mendes a Constituição de 1967 “era marcada pela tônica da preocupação com a segurança nacional – conceito de reconhecida vagueza, mas que tinha por eixo básico a manutenção da ordem, sobretudo onde fossem vistas ameaças ditas comunistas”³⁴.

Não houve mudanças substanciais no sistema de controle de constitucionalidade, foram mantidos os parâmetros estabelecidos na Constituição anterior: manutenção do controle difuso, da cláusula de reserva de plenário, da possibilidade de suspensão da execução da lei por deliberação do Senado, da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade interventiva, da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade genérica, de competência exclusiva do Procurador-Geral da República.

1.3.7 Constituição de 1988

³³ BELO, Eliseu Antônio da Silva. CONJUR, 2018. A abstrativização do controle difuso já é uma realidade no STF? Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/artigo-eliseu-silva-integra.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2019.

³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira, GONET, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 981.

A luta pela redemocratização do Brasil, que custou muitas vidas, culminou com a promulgação da Constituição democrática de 1988, elaborada pela Assembleia Nacional Constituinte convocada pela EC n. 26 de 27.11.1985.

Mais uma vez, o controle difuso de constitucionalidade foi mantido conforme previsto em quase todas as constituições brasileiras pretéritas. Também houve previsão da cláusula de reserva de plenário (art. 97) e a participação do senado no controle difuso (art. 52, X). O controle concentrado de constitucionalidade passou por modificações substanciais, se, por um lado, foram mantidas a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade Interventiva (art. 34, VII) e a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade Genérica, por outro, houve um alargamento da legitimidade ativa, agora, além do Procurador-Geral da República, temos como legitimados ativos: o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa da Assembleia Legislativa dos Estados ou a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou o Governador do Distrito Federal; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partidos políticos com representação no Congresso Nacional; confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

A Constituição Federal de 1988 trouxe duas grandes novidades sobre controle de constitucionalidade, a primeira foi a possibilidade de controle de constitucionalidade das omissões legislativas, tanto na forma concentrada (ações diretas de inconstitucionalidade por omissão – ADO, prevista no art. 103, § 2º), quanto de modo incidental, pelo controle difuso (mandado de injunção, na forma do art. 5.º, LXXI). A segunda foi a criação da figura da ação objetivo da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), prevista no parágrafo único do art. 102 da Constituição Federal de 1988. Posteriormente, a Emenda Constitucional n. 3/1993 trouxe para o ordenamento jurídico a ação declaratória de constitucionalidade (ADC), alguns anos mais tarde, a Emenda Constitucional n. 45/2004, também conhecida como “reforma do judiciário”, ampliou a legitimação ativa para o ajuizamento da ADC (ação declaratória de constitucionalidade), igualando aos legitimados da ADI (ação declaratória de inconstitucionalidade). A equiparação entre essas duas ações objetivas reforçou a ideia do caráter dúplice ou ambivalente, de maneira que, atualmente, a única diferença substancial entre essas duas ações é relativa aos seus objetos, sendo o objeto da ADC um pouco mais restrito, uma vez que está adstrita a lei ou ato normativo federal, enquanto a ADI tem seu objeto mais extenso, pois, além de poder ser impugnada lei ou ato normativo federal, também é possível que lei estadual seja contestada por meio da referida ação. O STF tem decisões endossando o entendimento do caráter dúplice ou ambivalente

entre a ADI e a ADC, reconhecendo certa fungibilidade entre ambas ao admitir a possibilidade de utilização simultânea dos dois instrumentos.

Analisando o novo panorama trazido pela Constituição Federal de 1988, José Afonso da Silva tece os seguintes comentários:

O Brasil seguiu o sistema norte-americano, evoluindo para um sistema misto e peculiar que combina o critério difuso por via de defesa com o critério concentrado por via de ação direta de inconstitucionalidade, incorporando também, agora timidamente, a ação de inconstitucionalidade por omissão (arts. 102, I, *a* e III, e 103). A outra novidade está em ter reduzido a competência do Supremo Tribunal Federal à matéria constitucional. Isso não o converte em Corte Constitucional. Primeiro porque não é o único órgão jurisdicional competente para o exercício da jurisdição constitucional, já que o sistema perdura fundado no critério difuso, que autoriza qualquer tribunal e juiz a conhecer da prejudicial de inconstitucionalidade, por via de exceção. Segundo, porque a forma de recrutamento de seus membros denuncia que continuará a ser um Tribunal que examinará a questão constitucional com critério puramente técnico-jurídico, mormente porque, como Tribunal, que ainda será, do recurso extraordinário, o modo de levar a seu conhecimento e julgamento as questões constitucionais nos casos concretos, sua preocupação, como é regra no sistema difuso, será dar primazia à solução do caso e, se possível, sem declarar inconstitucionalidade.³⁵

³⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 554-555.

2 O PAPEL DO SENADO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO

2.1 ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

Como visto anteriormente o controle de constitucionalidade no Brasil, além de misto, apresenta algumas peculiaridades. A mais emblemática, até pelo fato de não existir nenhuma correspondência no direito comparado, é a chamada “fórmula do Senado”. Tal regra surgiu no ordenamento jurídico com a Constituição Federal de 1934, que previa como competência do Senado Federal “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário” (art. 91, IV). Essa regra foi mantida na sua essência em todas as Constituições brasileiras, ainda que com algumas modificações.

Desde já, é preciso esclarecer que, na doutrina, formaram-se duas correntes para justificar o papel do Senado Federal, ao exercer a competência do atual art. 52, X da CF/88. A primeira defende a função senatorial como de mera publicidade da decisão do STF, ou seja, a função do Senado Federal tem apenas a finalidade de tornar pública tal decisão. Lúcio Bittencourt³⁶ defende essa posição sob o argumento de que suspender a execução de lei inconstitucional constitui uma impropriedade técnica, uma vez que, sendo inconstitucional, referido ato é nulo, inexistente ou ineficaz, logo não é possível suspender sua execução. Como veremos mais adiante, os adeptos da teoria da abstrativização do controle difuso se filiam a essa primeira corrente. A segunda corrente, por sua vez, não aceita que o Senado Federal seja mero cartório de registro das decisões de inconstitucionalidade do STF. Essa corrente tem duas vertentes. A primeira defende que o Senado Federal deve se ater a examinar questões sobre o aspecto formal, ou seja, deve analisar se a decisão do STF foi tomada em conformidade com as normas constitucionais. Essa é a posição de Pontes de Miranda³⁷. A segunda vertente é mais permissiva, defendendo que o Senado Federal tem ampla discricionariedade para examinar a decisão de inconstitucionalidade, de modo que pode suspender apenas parte de uma lei declarada totalmente inconstitucional pelo STF. Essa posição é defendida por Paulo Brossard³⁸.

³⁶ *Apud* DA CUNHA FERRAZ, Anna Cândida. **Comentários à Constituição do Brasil**. Coordenadores Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Luiz Streck, Gilmar Ferreira Mendes. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 2024.

³⁷ *Apud Ibidem*, p. 2018.

³⁸ *Apud* DA CUNHA FERRAZ, Anna Cândida. **Comentários à Constituição do Brasil**. Coordenadores Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Luiz Streck, Gilmar Ferreira Mendes. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 2024.

Para Lênio Luiz Streck *et al.*, a participação do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade reafirma o regime democrático e o princípio da separação de poderes.

Espaço de representação política da Federação, ao Senado Federal foi atribuída a competência do art. 52, X da CF porque, racionalmente, somente a um organismo da Federação é que poderia recair a autoridade para suspensão de instrumentos normativos, por exemplo, oriundos de outros entes da Federação, como Estados, Distrito Federal ou Municípios, em razão, especialmente, da amplamente solidificada sistemática de controle de constitucionalidade a inadmitir controle concentrado de espécie normativa municipal diretamente no Supremo Tribunal. Tem-se, então, uma dupla acepção de democracia: a que parte do controle reflexo do povo na eleição de representantes dos entes federados e o trato e equilíbrio necessários à harmonização do sistema federativo brasileiro.

(...)

Na verdade, há uma questão que se levanta como condição de possibilidade na discussão acerca da *validade* (força normativa) do art. 52, X, da Constituição do Brasil. Trata-se de uma questão paradigmática, uma vez que sua ratificação (o que vem sendo repetido pelo menos desde 1934), em uma Constituição dos tempos de Estado Democrático de Direito, *dá-se exatamente pela exigência democrática de participação da sociedade no processo de decisão acerca da (in)constitucionalidade de uma lei produzida pela vontade geral.*³⁹

Gilmar Ferreira Mendes, chamando a atenção para a originalidade da regra, esclarece que há certa dificuldade para efetuar seu enquadramento dogmático:

Discute-se, assim, sobre os efeitos e natureza da resolução do Senado Federal que declare suspensa a execução de lei ou ato normativo. Questiona-se, igualmente, sobre o caráter vinculado ou discricionário do ato praticado pelo Senado e sobre a abrangência das leis estaduais e municipais. Indaga-se, ainda, sobre a pertinência da suspensão ao pronunciamento de inconstitucionalidade *incider tantum*, ou sobre a sua aplicação às decisões proferidas em ação direta.⁴⁰

Arguida a inconstitucionalidade da lei pelo STF, no controle concreto, contanto que tal decisão seja definitiva e deliberada pela maioria absoluta do pleno do tribunal (art. 97 da CF/88), o art. 178 do RISTF (regimento interno do STF) estabelece que seja feita a comunicação, logo após a decisão, à autoridade ou órgão interessado, bem como, depois do trânsito em julgado, ao Senado Federal, para os efeitos do art. 52, X, da CF/88. Já o art. 52, X, da CF/88, estabelece ser competência privativa do Senado Federal, a ser exercida mediante o instrumento da resolução, suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF.

³⁹ STRECK, Lênio Luiz; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional.** Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi, Jacarezinho, v. 1, n. 11, p. 58, Março 2009. ISSN 1676-2800. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/72>>. Acesso em: 21 out. 2019.

⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira, GONET, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1902.

Como explicitado anteriormente, a decisão tomada no controle difuso gera efeitos *inter partes*, uma vez que a decisão está limitada às partes do processo, e *ex tunc*, se a lei ou ato normativo é inconstitucional, consagrando-se a regra da teoria da nulidade. Estamos, pois, diante de vício que tem origem em seu nascedouro, assim, a declaração de inconstitucionalidade produz, em regra, efeito retroativo. Nesse contexto, o art. 52, X da Constituição Federal representa um mecanismo de conversão desses efeitos *inter partes* (entre as partes) em *erga omnes* (contra todos).

Alexandre de Moraes resume esse fenômeno nos seguintes termos:

Esse verdadeiro mecanismo de ampliação dos efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade, surgido na Constituição de 1934 e somente aplicável ao controle difuso (uma vez que o controle concentrado os efeitos da decisão são *erga omnes* e vinculantes), tem por finalidade transformar em *erga omnes* os efeitos *inter partes* da declaração realizada perante o julgamento de um caso concreto pelo STF, bem como em suspender os efeitos da lei viciada, para que não mais continue prejudicando a segurança jurídica.⁴¹

2.1.1 Aspectos procedimentais

De acordo com o art. 52, X, da Constituição Federal, declarada a inconstitucionalidade de uma lei através do controle difuso em decisão definitiva do STF, a decisão será remetida ao Senado Federal, o qual poderá suspender a execução da lei, no todo ou em parte.

Dessa forma, declarada incidentalmente uma lei inconstitucional, seja via Recurso Extraordinário, seja via outros instrumentos jurídicos, como, por exemplo, o *Habeas Corpus*, em decisão definitiva, deverá o processo ser remetido ao Senado. Percebe-se que a remessa da questão ao Senado Federal não é uma faculdade, mas um dever imposto pela própria Constituição. Por outro lado, existem decisões que, por exclusão, não serão remetidas ao senado, quais sejam, aquelas que não têm o traço de definitividade, tais quais as decisões cautelares, como também, por óbvio, as decisões que declararem a constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo.

Diferentemente da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, que só pode ter como objeto lei ou ato normativo federal ou estadual, o controle difuso de constitucionalidade pode se debruçar sobre lei ou ato normativo editado por qualquer entidade política federação. Dessa forma, se o STF declara incidentalmente uma lei municipal ou estadual inconstitucional, deverá fazer a comunicação ao Senado, o qual poderá suspender a execução da referida lei, no

⁴¹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 987.

todo ou em parte, mesmo que se trate de norma editada por outra casa legislativa, sem que se possa falar em ofensa ao princípio da federação.

Ao receber a comunicação do STF, o Senado Federal deverá agir de acordo com os arts. 386 a 388 do seu Regimento Interno, o processo será instruído com a comunicação do STF, junto ao texto da lei declarada inconstitucional, além do acórdão do julgamento e com o parecer do Procurador-Geral da República. Após isso, caberá à Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania analisar e discutir o tema e elaborar um projeto de resolução. Vê-se, pois, que o ato normativo do Senado Federal que suspende a execução de lei inconstitucional é uma resolução, aprovada pelo quórum de maioria absoluta, não necessitando de sanção presidencial.

2.1.2 Discricionariedade, amplitude e efeitos da manifestação do senado por meio da resolução

Há divergência doutrinária em relação à vinculação ou discricionariedade dessa atribuição do Senado Federal. No entanto, a parcela majoritária da doutrina e o próprio STF entendem que não há obrigatoriedade do Senado Federal de suspender o ato normativo cuja inconstitucionalidade foi declarada pelo Supremo Tribunal; trata-se, em verdade, de ato discricionário, de índole eminentemente política. Posição contrária parece chocar-se frontalmente com o princípio da separação de poderes. Gilmar Mendes assinala que “não se obriga o Senado a expedir o ato de suspensão, não configurando eventual omissão ou infração a princípio da ordem constitucional. Não pode a Alta Casa do Congresso, todavia, restringir ou ampliar a extensão do julgado proferido pelo STF”⁴².

No entanto, ainda que essa seja uma competência discricionária do Senado Federal, uma vez editada a resolução, estaremos diante de um ato irrevogável. É que não é possível a sua posterior revogação pelo próprio Senado Federal com o fito de reestabelecer a situação *ex ante*. Nada impedindo, por outro lado, que o Congresso Nacional edite nova lei com o mesmo teor daquela que foi declarada inconstitucional.

A amplitude objetiva do Senado é vasta: pode haver suspensão de qualquer lei (ou ato normativo), seja ele federal, estadual, distrital ou municipal, desde que exista, por óbvio, decisão definitiva do STF declarando a inconstitucionalidade dela. É preciso observar, nesse ponto, que o confronto de normas pré-constitucionais representa conflito a ser resolvido, não

⁴² FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 1441.

no campo da (in)constitucionalidade, mas sim no campo da recepção ou não recepção. Dessa forma, uma vez decidida pelo STF a não recepção de uma norma em contraste com a Constituição Federal de 1988, essa decisão, ainda que definitiva, não precisa ser comunicada ao Senado Federal.

Rememorando o art. 52, X da CF/88, especificamente quanto à abrangência da suspensão da execução de competência do Senado Federal, percebemos que sua abrangência pode ser total ou parcial, é que consta expressamente o termo “no todo ou em parte”. Flávio Martins Alves Nunes Junior esclarece o sentido da expressão acima a partir do seguinte exemplo:

[...] imaginemos que o STF tenha declarado dez artigos de uma lei inconstitucional. O Senado poderá suspender a execução dos dez, de nenhum deles, ou de parte deles. Assim, o Senado poderá concordar integralmente com o STF, suspendendo todos os dispositivos declarados inconstitucionais pelo Supremo. Poderá também, como vimos antes, discordar do STF, deixando de suspender os atos normativos declarados inconstitucionais no caso concreto. De forma intermediária, a concordância poderá ser parcial, e apenas alguns dispositivos declarados inconstitucionais serão suspensos (mantendo em vigor os outros dispositivos). Não poderá o Senado Federal, por óbvio, suspender dispositivos legais que não foram declarados inconstitucionais pelo STF. Nesse caso, insatisfeito com uma lei em vigor, deverá o Senador fazer projeto de lei com a intenção de revogá-la.⁴³

Como salientado anteriormente, a resolução do Senado produzirá efeito *erga omnes*. Para Flávio Martins Alves Nunes Junior, “não se trata tecnicamente de uma revogação (pois esta só ocorre por meio de outra lei posterior, de mesma natureza, fonte e hierarquia), a suspensão da execução da norma se dá de forma genérica para todo país”. Ainda tratando sobre os efeitos, têm-se que, além de *erga omnes*, também serão *ex nunc* (não retroativos), “isso decorre da própria redação do art. 52, X da Constituição Federal, pois compete ao Senado suspender a execução da Lei. Ora, o verbo “suspender” significa sustar, interromper a aplicação (e não anular, invalidar)”.

Resta perquirir se a suspensão do Senado irá operar com efeito *ex tunc* ou *ex nunc*. Quanto a esse ponto, não há consenso doutrinário, nem jurisprudencial. Para Bernardo Gonçalves, a doutrina tende a se posicionar pela aplicação dos efeitos *ex nunc*:

(...) apesar da existência de diversos autores (Gilmar Mendes, Clèmerson Cléve, Zeno Veloso) fundamentando e acolhendo o primeiro entendimento (*ex tunc*), hoje, o entendimento levemente majoritário na doutrina (José Afonso da Silva, Lenio Streck, Alexandre de Moraes, Ana Cândida da Cunha Ferraz, Regina Macedo Nery Ferraz, Marcelo Cattoni, entre outros) é que os efeitos devem ser *ex nunc* (não

⁴³ NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 553.

retroativos). Então, segundo inclusive nossa opinião, o Senado suspende a lei para o futuro, mesmo porque o Senado não poderia julgar, e, se os efeitos são *ex tunc*, ele estaria julgando, sendo que a resolução apenas suspende a execução da lei, e definitivamente, não declara a sua inconstitucionalidade. Além disso, entendemos que o Poder Legislativo não deveria trabalhar com o efeito *ex tunc*, pois enquanto o Senado não se manifestar, a lei continuaria vinculando condutas no ordenamento. Porém, apesar do nosso entendimento de que a atuação do Senado deve se dar com efeitos *ex tunc*, com certeza, o Senado pode (expressamente) editar resolução com efeito retroativo.⁴⁴

Por fim, como exemplo, podemos citar a Resolução 05/2012 de 15.02.2012 do Senado Federal que “suspende, nos termos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal, a execução de parte do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006”, dispondo que: “art. 1º É suspensa a execução da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos” do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS”.

2.2 A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO

O que foi apresentado até agora é a visão clássica do papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade difuso e suas peculiaridades. No entanto, como veremos mais adiante, parcela da doutrina, encampada pela jurisprudência do STF, vem defendendo que essa competência do Senado Federal deve ser objeto de uma releitura: quando o STF declara uma lei inconstitucional, mesmo em sede de controle difuso, a decisão já traria consigo o efeito vinculante e *erga omnes* e o STF apenas comunicaria ao Senado com o objetivo de que a referida Casa Legislativa dê publicidade àquilo que foi decidido. Nesse ponto, é preciso perceber duas questões cruciais: primeiramente o esvaziamento do poder político e decisório do Senado no âmbito do controle de constitucionalidade, uma vez que sua atuação é relegada apenas ao plano da publicidade, atuação esta que, na prática, é meramente alegórica, uma vez que vivemos a época da informação massiva, as decisões do STF por si só já têm ampla publicidade, seja pelos canais de comunicação institucionais como a TV Justiça, seja por meio da mídia tradicional ou até pelas chamadas redes sociais, chegando ao conhecimento público antes mesmo que o julgamento se encerre. Por outro lado, a competência do Senado Federal para constituir a decisão do controle de constitucionalidade difuso de eficácia *erga omnes* é

⁴⁴ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 1452.

disposta expressamente na Constituição, como visto anteriormente. Para superar esse entrave, alguns doutrinadores defendem a mutação desse dispositivo constitucional.

Mas antes de adentrarmos especificamente sobre a problemática da mutação constitucional do papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade, a qual esmiuçaremos mais adiante, é preciso que tenhamos uma visão mais ampla do fenômeno da abstrativização do controle difuso. É verdade que no Brasil o controle de constitucionalidade misto, em regra geral, é dotado de certa logicidade: de um lado, o controle concentrado e suas decisões com efeitos *erga omnes* e vinculantes; do outro, o controle difuso e suas decisões com efeito *inter partes* e não vinculantes. No entanto, por razões fáticas ou até por questão de política judicial, não é raro que um tipo de controle se imiscua no outro, ou seja, que o tipo dos efeitos de um controle se projete para outro. E isso é uma via de mão dupla, já que, em tese, tanto pode ocorrer a abstrativização do controle concreto de constitucionalidade, como a concretização do controle abstrato de constitucionalidade.

A concretização do controle abstrato de constitucionalidade ocorre sempre que no controle abstrato forem decididas questões fáticas, como, por exemplo, a figura do instituto da modulação dos efeitos, representando, no mais das vezes, preocupação com situações concretas, restringindo a decisão ou declarando que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Por outro lado, a abstrativização do controle concreto de constitucionalidade, tema objeto de discussão deste trabalho, lança mão de institutos próprios do controle abstrato, ultrapassando o limite da demanda e atingindo efeitos *erga omnes*, objetivando o processo.

Pedro Lenza elenca quatro argumentos principais para justificação da referida teoria: “a) força normativa da Constituição; b) princípio da supremacia da Constituição e a sua aplicação uniforme a todos os destinatários; c) o STF enquanto guardião da Constituição e d) dimensão política das decisões do STF”⁴⁵.

Como já demonstrado, a superação da “fórmula do Senado” prevista no art. 54, X, da CF é apenas uma das manifestações da chamada abstrativização do controle difuso, uma vez que é possível vislumbrar, tanto na doutrina ou na jurisprudência, como na produção legislativa (constitucional e infraconstitucional), instrumentos que convergem para o mesmo sentido: a objetivação do controle incidental de constitucionalidade. De maneira resumida, podemos elencar os seguintes exemplos:

- a) A aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes;

⁴⁵ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 455.

- b) A possibilidade de edição de súmulas vinculantes;
- c) O instituto da Repercussão Geral como requisito para admissão do Recurso Extraordinário;
- d) Admissão de efeitos *ex-nunc* ou modulados para o futuro no controle concreto, por aplicação analógica do art. 27 da lei 9.868/99;
- e) Admissão de *amicus curiae* e de sustentação oral de terceiros em sede de Recurso Extraordinário (RE 415.454/SC, rel. Min. Gilmar Mendes, 08.02.2007 e RE 416.827/SC, rel. Min. Gilmar Mendes, 26.10.2007);
- f) Não admissão de ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade), reputando a Inicial manifestamente improcedente, quando a norma já foi declarada inconstitucional em sede de Recurso Extraordinário (ADI-AgR 4071, rel. Min. Menezes Direito, 22.4.2009);
- g) Impossibilidade de desistência do Recurso Extraordinário após ser reconhecida a repercussão geral, sob o fundamento de que o tema passa a se revestir de objetividade (RE 693456/RJ, rel. Min. Dias Toffoli, 02.09.2015).

Os itens “a”, “b” e “c” serão discutidos com mais detalhes nos próximos tópicos. Os outros exemplos representam decisões jurisprudenciais que, de maneira mais ou menos marcante, objetivam o controle difuso de constitucionalidade. Quanto ao item “d”, Gilmar Ferreira Mendes aduz que:

É certo que a admissão da pronúncia de inconstitucionalidade com efeito limitado no controle incidental ou difuso (declaração de inconstitucionalidade com efeito *ex nunc*), cuja necessidade já vem sendo reconhecida no âmbito do STF, parece debilitar, fortemente, a intervenção do Senado Federal – pelo menos aquela de conotação substantiva. É que a “decisão de calibragem” tomada pelo Tribunal parece avançar também sobre a atividade inicial da Alta Casa do Congresso. Não resta dúvida de que o Tribunal assume aqui posição que parte da doutrina atribuía, anteriormente, ao Senado Federal. Em outros termos, se o STF declara, em caráter incidental, a inconstitucionalidade de norma em dado processo e, ao mesmo tempo, afirma que aquela decisão repercutirá ou será aplicada de determinada forma em outras situações, está a reconhecer a eficácia transcendente de sua decisão independentemente de intervenção do Senado.⁴⁶

2.2.1 A teoria da transcendência dos motivos determinantes

Não se pode confundir a abstrativização do controle concreto com a teoria da transcendência dos motivos determinantes. Para Rodrigo Padilha:

⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira, GONET, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1915.

O instituto da transcendência não pode ser confundido com abstrativização do controle concreto, pois este é o gênero, isto é, todo instituto típico do controle abstrato utilizado no controle concreto é uma forma de abstrativização. Já a transcendência é um instituto, que se aplicado, pode ser considerada uma espécie do gênero abstrativização.

Essa noção de gênero *versus* espécie entre abstrativização do controle concreto e transcendência dos motivos determinantes não é pacífica na doutrina, como veremos adiante. Parcela da doutrina entende que a transcendência dos motivos determinantes não é um instituto típico do controle abstrato, basta observar que até os dias de hoje, o STF ainda não se posicionou expressamente pela adoção desse instituto, inclusive em sede de controle concentrado.

Para entender a teoria dos efeitos transbordantes da decisão, é preciso conhecer, primeiramente, a estrutura do ato decisório judicial: a sentença. Dada a sua importância como veículo no qual o juiz pode apreciar a pretensão formulada pelo demandante, a sentença é dividida em três elementos estruturais: relatório (juiz descreve de forma resumida o que se passou no processo desde o princípio), fundamentação (fundamentos de fato e de direito, sobre os quais o juiz apoiará sua decisão) e o dispositivo (análise do mérito é a parte final da sentença em que o juiz responde ao pedido formulado pelo autor, acolhendo-o ou rejeitando-o). Embora distintas, tais partes devem formar um todo harmônico e coerente. Segundo a teoria da transcendência dos motivos determinantes, além do dispositivo, os motivos determinantes (*ratio decidendi*) da decisão também seriam vinculantes.

Para Rodrigo Padilha⁴⁷ não é toda fundamentação que seria tida como motivo determinante, isto porque seria preciso diferenciar o *obiter dictum* (argumentos acessórios que não são determinantes para o julgado) e *ratio decidendi* (fundamentos jurídicos que sustentam a decisão, essenciais para alcançar a decisão de mérito da forma como foi decidida). Para o referido autor, somente a *ratio decidendi* (razão de decidir) produz efeito *erga omnes*, tendo o *obiter dictum* apenas efeitos endoprocessuais.

Nessa perspectiva, oportuno os ensinamentos de Walber de Moura:

A extensão do efeito vinculante à fundamentação da sentença, *causa petendi*, reflete a intenção de consolidar as decisões do STF no controle abstrato, dotando-o de melhor instrumental para a garantia da supremacia dos dispositivos constitucionais. Para a concretização da transcendência dos motivos, o contexto examinado tem que guardar similaridades com a realidade da qual emanou a *ratio decidendi* anterior, demonstrando elementos conexos que possibilitem a transcendência. O STF analisa se o caso se apresenta revestido das mesmas características que possibilitem transpor a fundamentação de um caso a outros.

⁴⁷ PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020, p. 237.

Como conclusão pode-se afirmar que a eficácia vinculante não só concerne à parte dispositiva, mas refere-se, também, aos próprios fundamentos decididos pelo STF quando declara a inconstitucionalidade.⁴⁸

No entanto, é importante ressaltar, que há doutrinadores que não veem diferença entre os dois institutos, aplicando-os de maneira indistinta. Como assevera Flávio Martins Alves Nunes Junior:

[...] segundo essa posição, a remessa para o Senado seria uma mera comunicação, pois a própria decisão do STF, no controle difuso (num Recurso Extraordinário, num *Habeas Corpus* etc.) produziria efeitos *erga omnes*. A essa posição, deu-se o nome de *abstrativização do controle difuso* ou *transcendência dos motivos determinantes*. Ambos os nomes são interessantes. De fato, essa teoria busca uma *abstrativização* dos efeitos do controle difuso, que, como vimos, é *inter partes*. Essa posição tenta transformar (não por meio de lei, mas de um processo interpretativo) o controle difuso em algo semelhante ao controle concentrado, incorporando os seus efeitos. Da mesma maneira, a referida posição visa a uma *transcendência dos motivos determinantes*. Transcender significa ir além. Portanto, os motivos que determinaram a decisão individual transcenderiam para outros processos.⁴⁹

2.2.2. A súmula vinculante

Para facilitar a compreensão de institutos e sistemas jurídicos, costumam-se dividir os direitos em famílias. Nesse contexto, René David argumenta que essa técnica é utilizada “para facilitar, reduzindo-os a um número restrito de tipos, a apresentação e a compreensão dos diferentes direitos do mundo contemporâneo”⁵⁰. É certo que como toda simplificação, essa distinção sofre duras críticas da doutrina. Ainda assim, essa divisão tem notória aplicação prática, uma vez que a compreensão do instituto da súmula vinculante, inclusive, perpassa não só pela distinção entre o modelo do direito codificado de origem continental (*civil law*) e o modelo do precedente judicial de origem anglo-saxã (*common law*), como também pela verificação de uma intromissão de valores e características entre tais sistemas.

Para André Ramos Tavares,

“há uma radical oposição e (aparente) incompatibilidade entre os modelos mencionados. Realmente, enquanto o *modelo codificado* (caso brasileiro) atende ao pensamento abstrato e dedutivo, que estabelece premissas (normativas) e obtém conclusões por processos lógicos, tendendo a estabelecer normas gerais organizadores, o modelo jurisprudencial (caso norte-americano, em parte utilizado como fonte de inspiração para criação de institutos do Direito Brasileiro desde a I

⁴⁸ AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 868.

⁴⁹ NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 572.

⁵⁰ *Apud* LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 623.

República) obedece, ao contrário, a um raciocínio mais concreto, preocupado apenas em resolver o caso particular (pragmatismo exacerbado). Este modelo do *common law* está fortemente centrado na primazia da decisão judicial (*judge made law*). É, pois, um sistema nitidamente *judicialista*. Já o direito codificado, como se sabe, está baseado, essencialmente, na lei. O chamado precedente (*stare decisis*) utilizado no modelo judicialista, é o caso já decidido, cuja decisão primeira sobre o tema (*leading case*) atua como fonte para o estabelecimento (indutivo) de diretrizes para os demais casos a serem julgados. Esse precedente, como princípio jurídico que lhe servia de pano de fundo, haverá de ser seguido nas posteriores decisões como paradigma (ocorrendo, aqui, portanto, uma aproximação com a ideia de súmula vinculante brasileira)".⁵¹

Nessa conjuntura, podemos inferir que a figura da Súmula Vinculante representa uma influência do *stare decisis* da família da *common law* sobre o direito brasileiro. Pois, como veremos adiante, um dos princípios que visa ser protegido pela edição de súmula vinculante é o da segurança jurídica. É esse o entendimento de Rosmar Rodrigues.

O entendimento da inserção do efeito vinculante no Brasil pressupõe contextualização histórica, especialmente diante da distinção entre as ordens jurídicas que tomam por norte a legislação daquelas que prestigiam o precedente. São basicamente dois os grandes sistemas jurídicos: o sistema continental (*civil law*) e o sistema anglo-saxão (*common law*). O primeiro põe ênfase na atividade legislativa e o segundo nos precedentes judiciais. Um sistema seria, em princípio, refratário aos fundamentos do outro. Isso não tem ocorrido, porém. Ambos os sistemas estão sofrendo mitigações em suas purezas. Como exemplo, é vista a introdução do efeito vinculante dos precedentes judiciais em países do *continental law*, tal como vem ocorrendo no Brasil, trazendo para o seu sistema a doutrina do *stare decisis*.⁵²

Já para Pedro Lenza, é possível também verificarmos a influência do direito português, posto que “a expressão ‘força obrigatória geral’, do art. 282, n. 1, da constituição portuguesa de 1976 consagra a ideia de vinculação geral e de força de lei decorrente das decisões do Tribunal Constitucional no controle abstrato, o que também influenciou o direito brasileiro”⁵³.

Na lição de Uadi Lammêgo Bulos⁵⁴, a súmula vinculante “é o instrumento que permite ao STF padronizar a exegese de uma norma jurídica controvertida, evitando insegurança e disparidade de entendimento em questões idênticas”. O art. 103-A da Constituição Federal de 1988 dispõe que o “Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante a decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito

⁵¹ TAVARES, André Ramos. **Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 20.

⁵² ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. **Efeito vinculante e concretização do direito**. 2008, 219 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, 2008, pág. 15.

⁵³ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 601.

⁵⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1.094.

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”.

A Súmula Vinculante tem como objeto a eficácia, validade ou a interpretação de normas do ordenamento e possui os seguintes requisitos cumulativos: (a) necessidade de aprovação por, no mínimo, oito ministros do STF; (b) a existência de reiteradas decisões sobre a matéria objeto da súmula; (c) controvérsia judicial ou entre o Poder Judiciário e o Poder Executivo que esteja causando grave incerteza ou insegurança jurídica. Temos, pois, que referido instituto jurídico visa proteger três princípios: igualdade, celeridade e segurança jurídica. Por isso, sua legitimidade ativa é ampla, uma vez que, além de o STF poder propor a edição, a revisão e o cancelamento de ofício, também podem fazê-lo os legitimados do art. 103 da Constituição Federal de 1988 (os mesmos legitimados para propor ADI), e, por determinação infraconstitucional (Lei nº 11.417/2006), os Tribunais Superiores e os Tribunais de Segunda instância, o Defensor Público Geral da União, os Municípios, esse último apenas incidentalmente.

Não é objeto deste trabalho estudar pormenorizadamente o instituto jurídico da súmula vinculante. O que se quer mostrar aqui é que ela se propõe, também, a objetivar o controle difuso. Isso porque as reiteradas decisões que servem de substrato para edição de um enunciado de súmula vinculante são exaradas no bojo do controle difuso de constitucionalidade, muitas das vezes através de recurso extraordinário. Essa tendência à vinculação de precedentes no direito brasileiro é feita, muitas vezes, de maneira inadvertida. Nas palavras de Rosmar Rodrigues,

essa incorporação, pelo Brasil – país de tradição continental –, de institutos próprios da *commom law* é realizada, por muitas vezes, sem cautelas importantes no que toca ao contexto de origem em cotejo com as desigualdades sociais e a cultura jurídica formalista pátria. Isso implica em, pelo menos, duas possibilidades. A primeira é a de que sejam introduzidos mecanismos jurídicos de maneira desvirtuada, sem que se cuide para que se controle ocorra adequadamente. A segunda é a inserção de institutos incompatíveis com a forma de funcionamento do direito em local de nuances diferenciadas. Daí que a importação do direito alienígena não pode ser feita sem os devidos cuidados, especialmente levando em consideração os contextos históricos, culturais e sociais do país de destino.⁵⁵

Há autores que não veem na súmula vinculante a implantação do *stare decisis* do direito norte-americano. É esse o entendimento de Uadi Lammêgo Bulos, ao ressaltar que

⁵⁵ ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. **Efeito vinculante e concretização do direito**. 2008, 219 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, 2008, pág. 20.

“(…) com o art. 103-A, a Carta de 1988 não implantou o *stare decisis* entre nós, do mesmo modo que não converteu o nosso sistema *civil law* em *common law*, só porque permitiu ao Pretório Excelso aprovar súmula com efeito vinculante. A Emenda Constitucional n. 45/2004 apenas fomentou a ideia de que a uniformização de temas controvertidos e reiterados, pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, é uma garantia fundamental da cidadania.⁵⁶

Para Lênio Luiz Streck *et al.*, a adoção da teoria da abstravização do poder difuso torna a figura da súmula vinculante carente de sentido, aludindo que

(…) se o Supremo Tribunal Federal pretende – agora um em futuros julgamentos – dar efeito vinculante em controle difuso, deve editar uma súmula (ou seguir os passos do sistema, remetendo a decisão ao Senado). Ou isso, ou as súmulas perderam sua razão de ser, *porque valerão tanto ou menos que uma decisão por seis votos a cinco* (sempre com o alerta de que não se pode confundir súmulas com declarações de inconstitucionalidades).⁵⁷

2.2.3 Repercussão Geral

Por força da EC nº 45/2004, um requisito adicional passou a ser exigido para o cabimento dos recursos extraordinários: a repercussão geral. Disposta pelo § 3º do art. 102 da CF/88 nos seguintes termos: “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”.

O recurso extraordinário tem suas hipóteses de cabimento previstas na CF/88, é o que reza o inciso III do art. 102, sendo cabível 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 em face desta Constituição e d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. Perceba que em todas as hipóteses há uma ofensa à constituição, seja diretamente (as três primeiras alíneas), seja subjacente (última alínea), uma vez que envolve ofensa à distribuição de competências dispostas expressamente na CF/88. Ou seja, o recurso extraordinário é o caminho mais comum para o STF exercer o controle difuso de constitucionalidade. Embora essa seja a regra geral, há exceções, nesse ponto é pertinente a observação de Ana Paula de Barcelos:

⁵⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1.008.

⁵⁷ STRECK, Lênio Luiz; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional**. Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi, Jacarezinho, v. 1, n. 11, p. 53, Março 2009. ISSN 1676-2800. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/72>>. Acesso em: 21 out. 2019.

Embora o *iter* mais comum no controle difuso e incidental o conduza ao recurso extraordinário, nada impede que o STF venha a declarar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos também no âmbito de suas outras competências não diretamente relacionadas com a guarda da Constituição e o controle de constitucionalidade, para o fim de decidir as controvérsias que lhe são submetidas. Não é incomum, na verdade, que, no exercício de suas competências originárias não diretamente relacionadas com o controle concentrado e no âmbito de recursos ordinários, o STF venha a declarar nomear inconstitucionais para julgar o caso, observada a regra da reserva do plenário.⁵⁸

Salta aos olhos que em um processo subjetivo (controle difuso), no qual o efeito será, em regra, *inter partes*, haja a necessidade de a parte demonstrar um requisito de admissibilidade (repercussão geral) de índole eminentemente objetiva, referente a “questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo” (CPC, art. 1.035, § 1º). Ou seja, além de um objetivo de importância prática, em um contexto de política judicial, como um filtro constitucional para que o STF diminua o abarrotamento de processos que tem que julgar, a repercussão geral acaba por representar mais uma ferramenta de aproximação entre controle difuso incidental e concentrado. Nas precisas lições de Ana Paula de Barcellos:

A percepção de que o cabimento dos recursos depende de a questão discutida ultrapassar os limites subjetivos da lide, tendo impacto mais abrangente do que apenas os interesses das partes, reflete essa ideia de generalidade dos interesses e, logicamente, dos efeitos da decisão no controle de constitucionalidade. Ainda, outro aspecto dessa objetivação do controle difuso e incidental, e da enorme relevância da decisão do STF acerca da repercussão geral, é a possibilidade de participação de *amicus curiae* nesse momento preliminar, em que sua presença está sendo avaliada para o fim de decidir-se pelo cabimento ou não do recurso extraordinário. Diante dos efeitos amplíssimos dessa decisão e de seu impacto direto sobre terceiros, nada mais próprio do que abrir-se a possibilidade de que eles possam se manifestar e trazer suas razões nesse contexto.⁵⁹

2.2.4 Declaração incidental com efeitos erga omnes: caminhos possíveis

Em suma, a abstrativização do controle difuso atua em duas frentes diretamente interligadas à sua respectiva produção de efeitos: temporal e pessoal. No que tange ao efeito temporal, a declaração de inconstitucionalidade em controle difuso produz, em regra, efeitos *ex tunc* (retroativos), podendo o Poder Judiciário, excepcionalmente, visando a preservação da segurança jurídica ou do interesse social, modular os seus efeitos: seja limitando a sua retroatividade, definindo que ela não retroaja (eficácia *ex nunc*), seja fixando uma data futura a partir da qual a decisão produzirá seus efeitos (efeitos prospectivos).

⁵⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 624.

⁵⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 629.

Nesse ponto é possível perceber, mais uma vez, a influência de disposições originariamente aplicáveis tão somente às ações de controle concentrado atuando sobre o controle difuso. O dispositivo legal que permite a aplicação da técnica de modulação de efeitos é o art. 27 da Lei 9.868/1999, referida norma “dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o STF”⁶⁰, como se vê, sua aplicação seria restrita ao controle de constitucionalidade concentrado. No entanto, o STF já admitiu⁶¹ a aplicação do art. 27 da Lei 9.868/1999 no controle incidental difuso, de maneira que o julgador possa, à luz do caso concreto, escolher o melhor momento para a decisão produzir efeitos.

Quanto ao efeito pessoal, a abstrativização assume uma feição ainda mais complexa, visto que, em regra, a declaração de inconstitucionalidade produz efeitos *inter partes*. Contudo, caso o Supremo Tribunal almeje que a decisão no controle incidental produza efeitos para todos (*erga omnes*), deverá seguir, resumidamente, um dos três caminhos a seguir:

- a) Aplicar o instituto da transcendência dos motivos determinantes;
- b) Editar súmula vinculante sobre o tema, na forma do art. 103-A da Constituição Federal de 1988;
- c) Comunicar ao Senado Federal para que este, na forma do art. 52, X, suspenda a eficácia da norma declarada inconstitucional pelo STF, fazendo com que a decisão produz efeitos *erga omnes e ex nunc*.

Os itens “a” e “b” já foram detalhados neste trabalho, sendo oportuno, agora, perceber que são caminhos que o STF pode seguir, para dotar a decisão em controle difuso de efeitos *erga omnes*, sem precisar da manifestação de vontade de nenhum outro poder. Isto é, na prática, são caminhos mais rápidos a serem seguidos. Apenas o item “c” exige participação do Poder Legislativo, no entanto, como será estudado com vagar no próximo capítulo, a superação da chamada “fórmula do Senado” (Art. 52, X da CF/88), permite ao STF praticamente eliminar a vontade do Senado na suspensão da execução da norma declarada como inconstitucional em controle concreto de constitucionalidade. No entanto, como a participação do Senado é prevista de maneira expressa na CF/88, será preciso se valer da chamada “mutação constitucional”, que passamos a abordar.

⁶⁰ BRASIL, Lei nº 9.868/99, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm> Acesso em 15 out. 2019.

⁶¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 600.885/RS, rel. Min. Carmén Lúcia. DJ: 29/06/2012. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3183694>. Acesso em: 22 jan. 2020.

3 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO PAPEL DO SENADO FEDERAL NO CONTROLE DIFUSO E UMA ANÁLISE SOBRE A JURISPRUDÊNCIA DO STF

Como bem explicitado anteriormente, a superação da suspensão senatorial prevista no art. 52, X da CF/88, é uma das principais manifestações da teoria da abstrativização do controle difuso. Como veremos adiante, por meio da ADI nº 3.740/RJ, o STF passou a adotar expressamente a referida teoria. Muito embora, advirta-se, desde já, não há consenso doutrinário quanto a isso. O tema é deveras polêmico, justamente pelo fato de suprimir uma competência expressamente outorgada ao Senado Federal pela CF/88. Logo, não tendo havido nenhuma alteração formal do dispositivo constitucional através de uma Proposta de Emenda Constitucional, restou ao STF lançar mão da chamada mutação constitucional para poder conferir efeito vinculante, por si só, às suas decisões que declararem incidentalmente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

3.1 ASPECTOS INTRODUTÓRIOS DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

O direito como regulador das relações sociais necessita, para cumprir seu desiderato, adequar-se às transformações econômicas, políticas, culturais que condicionam determinada sociedade. Não é difícil constatar que, dentro dessa perspectiva, o direito (e, nesse ponto, referimo-nos especificamente ao direito como ordenamento jurídico posto) é sempre levado a reboque por tais transformações. Essa realidade se mostra ainda mais tortuosa no âmbito constitucional. É que as constituições rígidas, como é o caso da CRFB/1988, para serem alteradas, exigem um processo legislativo mais solene e mais dificultoso do que o utilizado para a edição das demais espécies normativas.

Nesse ponto, surgem duas necessidades que em um primeiro momento parecem contraditórias: por um lado, a constituição rígida precisa almejar a perenidade, para reafirmar sua supremacia formal, por outro, ela precisa dispor de instrumentos eficientes de reforma, para que possa acompanhar as rápidas transformações sociais que o mundo vem enfrentando desde o pós-guerra. Na tensão entre essas duas necessidades, dois problemas podem surgir, se a constituição for reformada reiteradamente, sua supremacia formal será fortemente afetada, o que resulta em um abalo em todo sistema jurídico (que é conformado por tais normas constitucionais). Se a constituição nunca ou quase nunca é reformada, deixa de estar em consonância com a realidade social e abre espaço para um momento de ruptura,

oportunizando o surgimento de uma nova constituição, a partir da manifestação do poder constituinte originário.

É nesse cenário, na busca do equilíbrio entre essas duas tensões, que a mutação constitucional surge como um instrumento à disposição do intérprete para fazer com que a Constituição acompanhe o dinamismo da realidade político-social, aquilo que Ferdinand Lassale chamava de “fatores reais de poder”⁶². Para George Jellinek⁶³, a mutação constitucional tem como objetivo suprir o hiato formado entre o *dever-ser* e o *ser* do mundo dos fatos, aproximando-os, sem desconsiderar que é impossível que haja uma correlação exata entre eles.

Para José Afonso da Silva, a mutação constitucional “consiste num processo não formal de mudanças das constituições rígidas, por via dos costumes, de alterações empíricas e sociológicas, pela interpretação judicial que afetem a estrutura orgânica do Estado”⁶⁴. A mutação não é, nem de longe, um tema recente no mundo jurídico. Na década de 50 do século passado, essa mutação já era amplamente discutida na doutrina e nos tribunais alemães, nas lições de Georg Jellinek em sua obra “*Reforma y mutación de la Constitución*”⁶⁵. Posteriormente, Konrad Hesse desenvolveu o tema sob o enfoque da força normativa da Constituição.

A mutação constitucional, método informal de mudança da Constituição, convive com as chamadas alterações formais da constituição, personificadas na CFRB/1988 pela revisão e reforma constitucional. A alteração formal da Constituição tem regramento que guarda consonância, em certa medida, com o princípio da separação de poderes: o Poder Legislativo delibera e vota a proposta de emenda à Constituição, o Poder Judiciário exerce o controle de constitucionalidade e o Poder Executivo é legitimado, tanto para dar início a uma PEC, quanto para deflagrar as ações do controle de constitucionalidade.

Na mutação constitucional esse cenário é mais nebuloso, principalmente pelo fato de que a existência de limites bem definidos desnaturaria a própria essência da mutação constitucional. Poucos autores enfrentaram a questão: para Konrad Hesse, a mutação constitucional, além do critério político, deve resguardar-se em critérios jurídicos; já para Luis Roberto Barroso, a limitação seria a obediência ao espírito da Constituição. Uadi Lammêgo Buló, por sua vez, afirma que

⁶² *Apud* BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 326.

⁶³ *Apud* BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 332.

⁶⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 231.

⁶⁵ *Apud* BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 351.

Em verdade, não é possível determinar os limites da mutação constitucional, porque o fenômeno é, em essência, o resultado de uma atuação de forças elementares, dificilmente explicáveis, que variam conforme acontecimentos derivados do fato social cambiante, com exigências e situações sempre novas, em constante transformação.⁶⁶

Impossível falar em mutação constitucional no cenário brasileiro sem se reportar aos ensinamentos de Anna Cândida da Cunha Ferraz⁶⁷, que *ab initio*, enumera os seguintes pressupostos do referido instituto jurídico: (a) seria impossível conhecer a real estrutura de um estado pela simples leitura de sua constituição, uma vez que esta se altera sem que seu texto se modifique; (b) para que uma constituição seja eficaz, deve ter a capacidade de se enquadrar às vontades que a sustentam; (c) estabilidade e mudança são conceitos compatíveis entre si e de fundamental importância para a rigidez e supremacia constitucionais; e (d) ao invés de monumento histórico, deve se considerar a constituição como regra viva.

Nesse contexto, para a referida autora, pode-se falar em mutações constitucionais (legítimas, desde que preencham os requisitos enumerados acima) e mutações inconstitucionais (não legítimas, que afrontariam o alcance, sentido ou a letra da constituição). É nesse embate entre legitimidade e ilegitimidade, assim como sob a perspectiva da (im)possibilidade de instituição de limites para o exercício da mutação constitucional, que analisaremos a construção doutrinária e jurisprudencial da superação do papel clássico do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade.

3.2 ELEMENTOS HISTÓRICOS E CONTEMPORÂNEOS PARA SUPERAÇÃO DA FÓRMULA DO SENADO

O controle difuso brasileiro tem influência eminentemente norte-americana, no entanto, falta-nos a figura do *stare decisis*, situação que acabou culminando na criação da “fórmula do Senado”. Gilmar Mendes adverte que:

[...] Embora a doutrina reiterasse os ensinamentos teóricos e jurisprudenciais americanos, no sentido da *inexistência jurídica* ou da *ampla ineficácia* da lei declarada inconstitucional, não se indicava a razão ou o fundamento desse efeito amplo. Diversamente, a não aplicação da lei, no direito norte-americano, constitui expressão do *stare decisis*, que empresta efeitos vinculantes às decisões das Cortes Superiores. Daí ter-se adotado, em 1934, a suspensão da execução pelo Senado

⁶⁶ *Apud* BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 127.

⁶⁷ DA CUNHA FERRAZ, Anna Cândida. **Processos informais de mudança da constituição**. Osasco: EdiFIEO. p. 33.

como mecanismo destinado a outorgar eficácia geral à declaração de inconstitucionalidade.⁶⁸

É preciso lembrar, oportunamente, que o ordenamento jurídico brasileiro, à época da Constituição Federal de 1934, não continha nenhuma possibilidade jurídica de uma decisão, ainda que proferida pelo STF, que pudesse ter efeitos *erga omnes* e vinculante. Sequer existia o controle abstrato de constitucionalidade da maneira que conhecemos hoje, o que tínhamos até então era a chamada Ação Interventiva, uma vez que o embrião da Ação Direta de Inconstitucionalidade só apareceria quando da Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965. Nessa realidade, ao invés de dotar uma decisão de um órgão jurídico de eficácia *erga omnes*, opção que provavelmente não gozava de solo fértil à época, preferiu-se atribuir essa competência a um órgão político, o Senado Federal.

No entanto, com a realidade jurídica atual, de um controle concentrado de constitucionalidade amplo, remodelado pela Constituição Federal de 1988, a situação ganha outros contornos. Essa nova perspectiva é bem esclarecida por Gilmar Mendes:

A exigência de que a eficácia geral da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal em casos concretos dependa de decisão do Senado Federal, introduzida entre nós com a Constituição de 1934 e preservada na Constituição de 1988 (art. 52, X), perdeu parte do seu significado com a ampliação do controle abstrato de normas, sofrendo mesmo um processo de obsolescência. A amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de que se suspenda, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, contribuíram, certamente, para que se mitigasse a crença na própria justificativa desse instituto, que se inspirava diretamente numa concepção de separação de Poderes – hoje necessária e inevitavelmente ultrapassada. Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo uma emenda constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão somente para as partes.⁶⁹

É visível, no campo prático, essa incoerência demonstrada por Gilmar Mendes, é que uma situação um tanto quanto esdrúxula pode ocorrer, pelo menos em tese, dentro desse contexto: o plenário do STF pode se reunir pela manhã e decidir, incidentalmente, no bojo de um Recurso Extraordinário, que determinada lei é inconstitucional, decisão esta que só valerá para as partes. À tarde, no mesmo dia, o mesmo plenário, com os mesmos ministros, pode se reunir novamente e decidir, abstratamente, em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade,

⁶⁸ MENDES, Gilmar Ferreira, GONET, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1902.

⁶⁹ MENDES, Gilmar Ferreira, GONET, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1912.

por exemplo, que aquela mesma lei é inconstitucional e, só assim, a decisão de inconstitucionalidade terá efeito *erga omnes*.

Registre-se ainda outro fator que torna o cenário do exemplo acima ainda mais desarrazoado: a Ação Direita de Inconstitucionalidade cujos efeitos são *erga omnes* se inicia e se encerra no próprio STF, ou seja, a discussão é restrita; já o Recurso Extraordinário, cujos efeitos são *inter partes*, pode se referir a uma discussão que começou na primeira instância do judiciário, gozando de uma discussão mais ampla e de um período depurador mais extenso.

A eficácia *inter partes* própria das decisões do controle incidental e o instituto da suspensão de competência do Senado Federal se justificam por uma questão histórica, nessa linha, Gilmar Ferreira Mendes entende que

[...] o instituto da suspensão da execução da lei pelo Senado mostra-se inadequado para assegurar eficácia geral ou efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal que não declara a inconstitucionalidade de lei, limitando-se a fixar a orientação constitucionalmente adequada ou correta. Isso se verifica quando o Supremo Tribunal afirma que dada disposição há de ser interpretada desta ou daquela forma, superando, assim, entendimento adotado pelos tribunais ordinários ou pela própria Administração. A decisão do Supremo Tribunal não tem efeito vinculante, valendo nos estritos limites da relação processual subjetiva. Como não se cuida de declaração de inconstitucionalidade de lei, não há cogitar aqui de qualquer intervenção do Senado, restando o tema aberto para inúmeras controvérsias.⁷⁰

Nessa linha de pensamento, rigorosamente falando, a hipótese de incidência da “fórmula do Senado” é, de fato, bastante restrita, aplicando-se apenas quando o STF decide, em definitivo, pela inconstitucionalidade de uma lei. Ou seja, se determinada lei for declarada constitucional, os efeitos continuam sendo *inter partes*, sem a possibilidade de o Senado Federal convertê-los em *erga omnes*. Poder-se-ia dizer, nesse caso, que a própria presunção de constitucionalidade, ínsita a todo tipo de lei que tenha superado o processo legislativo criacionista sem que se tenha identificado qualquer mácula, resolveria o problema. De fato, exigir atuação do Senado Federal nessa situação seria de uma patente inutilidade.

No entanto, há situações em que o STF não declara a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, mas restringe seu âmbito de incidência. Nessa senda, Gilmar Ferreira Mendes assevera que

O Supremo Tribunal não afirmaria propriamente a ilegitimidade da lei, limitando-se a ressaltar que certa interpretação seja compatível com a Constituição ou, ainda, que, para ser considerada constitucional, determinada norma necessita de complemento (lacuna aberta) ou restrição (lacuna oculta – redução teleológica). Todos esses casos de decisão com base em interpretação conforme à Constituição, já de si amplos, por

⁷⁰ MENDES, Gilmar Ferreira, GONET, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1915.

natureza, não podem ter a sua eficácia ampliada com o recurso ao instituto da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal. Mencionem-se, ainda, os casos de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, nos quais se explicita que um significado normativo é inconstitucional sem que a expressão literal sofra qualquer alteração. Também nessas hipóteses, a suspensão de execução da lei ou do ato normativo pelo Senado é problemática, para não dizer inviável, porque não se cuida de afastar a incidência de disposições do ato impugnado, mas tão somente de uma de seus significados normativos.⁷¹

Fernando Dias Menezes de Almeida⁷², sistematizando os argumentos trazidos por Gilmar Ferreira Mendes, enuncia os seguintes pontos principais para justificar a superação da possibilidade de suspensão senatorial: a) a amplitude conferida pelo ordenamento vigente ao controle abstrato de constitucionalidade das normas, já possuidor de eficácia *erga omnes*; b) a não aplicação da função atribuída ao Senado a casos resolvidos com a aplicação de novas técnicas de controle (ex.: interpretação conforme a Constituição, declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto); c) a ampliação das hipóteses de extensão dos efeitos processuais de decisões incidentais de inconstitucionalidade a outros casos, principalmente com as movidas trazidas pelo novo CPC (Lei 13.105 de 2015); d) a existência de ações cujas decisões já contam com efeitos *erga omnes*, ainda que importando controle incidental de constitucionalidade (ex.: ação civil pública).

Fernando Dias Menezes de Almeida nos traz outro argumento: a morosidade do Senado Federal em editar resoluções em obediência ao art. 52, X da Constituição Federal. Nas palavras do referido autor,

A esses argumentos acrescenta-se a constatação prática da parcimônia com que o próprio Senado Federal exerceu essa função ao longo dessas décadas. Com efeito, houvesse o Senado se valido do instrumento em questão em mais oportunidades, ou ao menos em mais oportunidades relevantes, sua importância haveria de ser política e juridicamente reconhecida.⁷³

Em pesquisa ao sítio do Senado Federal, constatamos que de 2010 até 2020, apenas 13 resoluções foram editadas sob a competência constitucional conferida pelo art. 52, inciso X. Isso resulta em 1,3 resoluções por ano, número, realmente, muito baixo. O cenário se mostra ainda mais preocupante se correlacionarmos esse número com a quantidade de decisões que o

⁷¹ MENDES, Gilmar Ferreira, GONET, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1925.

⁷² ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Considerações sobre a função do Senado Federal de suspender execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal**. Revista de informação legislativa, v. 44, n. 174, p. 15-24, abr./jun. 2007. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/140960/R17418.pdf?sequence=2&isAllowed=y>>. Acesso em: 29 dez. 2019.

⁷³ *Ibidem*

STF tenha declarado a inconstitucionalidade de lei em definitivo pelo controle de constitucionalidade difuso, que no período de dez anos, facilmente ultrapassou a casa das centenas.

A reiteração de citações das lições de Gilmar Ferreira Mendes não é somente pela solidez e riqueza de seus argumentos, mas, em verdade, por representar doutrina amplamente minoritária. É que, como visto anteriormente, a mutação constitucional não pode ser feita de maneira ilimitada. Nessa seara, Luis Roberto Barroso⁷⁴ dispõe que um desses limites seriam “as possibilidades semânticas do relato da norma, vale dizer, os sentidos possíveis do texto que está sendo interpretado ou afetado”. O informativo nº 739 do STF nos traz um resumo do voto do Ministro Luís Roberto Barroso, no bojo da Reclamação nº 4.335/AC (que será objeto de discussão deste trabalho mais a diante), o qual trata sobre o tema da mutação constitucional do art. 52, X e seus limites:

O Ministro Roberto Barroso, frisou que a expansão dos precedentes atenderia a três finalidades constitucionais: segurança jurídica, isonomia e eficiência. Explicou que essa tendência tornaria a prestação jurisdicional mais previsível, menos instável e mais fácil, porque as decisões poderiam ser justificadas à luz da jurisprudência. Assinalou que, embora os precedentes só vinculassem verticalmente e para baixo, na linha da doutrina “*stare decisis*”, eles deveriam vincular horizontalmente, para que os próprios tribunais preservassem, conforme possível, a sua jurisprudência. Sublinho que, na medida em que expandido o papel dos precedentes, seria necessário produzir decisões em que a tese jurídica fosse mais nítida, o que seria denominado, pelo direito anglo-saxão, de “*holding*”. Considerou que o denominado processo de mutação constitucional encontraria limite na textualidade dos dispositivos da Constituição. Nesse sentido, a suposta mutação do art. 52, X, da CF não poderia prescindir da mudança de texto da norma. (Informativo 739 do STF).⁷⁵

A crítica da doutrina amplamente majoritária, a qual refuta a possibilidade de superação da fórmula do Senado, pauta-se justamente neste ponto: a norma que se abstrai do art. 52, X da CFRB/88 não é polissêmica, de modo que há um óbice em superar a literalidade do dispositivo constitucional, ainda que por meio da mutação constitucional.

Para Lênio Luiz Streck *et al.*, sequer podemos falar em mutação constitucional nesse caso, uma vez que o que se pretende fazer não é “a atribuição de uma (nova) norma a um texto (*Sinngebung*), mas sim a substituição de um texto por outro texto (construído pelo STF).

⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva Educação, 2009, p. 876.

⁷⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 739 de 17 a 21 de março de 2014. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo739.htm>.

Nesse caso, ter-se-ia uma mutação inconstitucional, situação em que o STF agiria sob a competência de Poder Constituinte Originário”⁷⁶.

Parcela da doutrina tece críticas quanto à admissão de mutação constitucional do art. 52, X, por entender que, nesse caso, o STF assumiria posição de legislador positivo. Nessa linha, Flavio Quinaud e Alexandre Melo entendem que

(...) a teoria da mutação constitucional é completamente esvaziada de sentido técnico e transformada em uma verdadeira *falácia*, desprovida de sentido: sempre que o STF quer afirmar que está tomando uma decisão de *vanguarda*, ele alega que está *fazendo uso* da teoria da mutação constitucional – é dizer, para não afirmar que se está “legislando” sobre a Constituição, em uma atitude de poder constituinte permanente, encobre-se o ativismo sob o mando da neutralidade da mutação.⁷⁷

Nesse sentido também é a doutrina de Bernardo Gonçalves Fernandes quando aduz que

A nossa posição, fundamentada de acordo com a teoria discursiva da Constituição e da democracia de **Jürgen Habermas**, é a de que a tese da abstrativização do controle difuso-concreto reforça o controle concentrada e a objetivação que é adstrita ao mesmo, centralizando as decisões cada vez mais no STF, sob os auspícios de uma desmedida instrumentalidade e economia processuais, que acabam por deslegitimar o sistema de controle de constitucionalidade na via difusa de cunho democrático-discursivo, que se desenvolve por meio da crítica pública das decisões, podendo minar, com isso, a base do próprio sistema de direitos fundamentais atrelada ao Estado Democrático de Direito.⁷⁸

Como dito anteriormente, a defesa da superação da suspensão senatorial através da mutação constitucional do art. 52, X da CRFB/1988 é posição minoritária na doutrina, tendo como maior defensor Gilmar Ferreira Mendes. Como o referido autor é ministro do STF desde 2002, é natural que a jurisprudência do STF seja terreno fértil para essa discussão. Dessa forma, estudaremos, no próximo tópico, as principais decisões do pretório excelso sobre o tema.

3.3 ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO STF

⁷⁶ STRECK, Lênio Luiz; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional**. Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi, Jacarezinho, v. 1, n. 11, p. 53, Março 2009. ISSN 1676-2800. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/72>>. Acesso em: 21 out. 2019.

⁷⁷ PEDRON, Flávio Quinaud; BAHIA, Alexandre Melo Franco de Moraes. **CONJUR**, 2017. **Crença da mutação constitucional, aplicada pelo STF, é equivocada**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-dez-16/diario-classe-crenca-mutacao-constitucional-aplicada-stf-equivocada>>. Acesso em: 30 dez. 2019.

⁷⁸ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 1453

3.3.1 Reclamação nº 4.335/AC

A primeira vez que o STF analisou frontalmente a questão foi nos debates da Reclamação nº 4.335, com julgamento finalizado em 20.03.2014. A reclamação constitucional, assevere-se, é um remédio que objetiva preservar a competência e garantir as autoridades das decisões dos Tribunais. O que se estava discutindo naquela reclamação era se a decisão do HC nº 82.959/SP (que por 6x5 declarou a inconstitucionalidade da vedação de progressão de regime nos crimes hediondos) teria sido dotada de efeito *erga omnes*, apesar de, como sabemos, o *habeas corpus* ser um processo subjetivo cuja decisão, em regra, atingiria apenas as partes.

Bernardo Gonçalves Fernandes destrincha todo esse imbróglio nos seguintes termos:

A Reclamação nº 4.335 surgiu justamente em virtude do entendimento de alguns magistrados em sentido oposto ao do efeito *erga omnes* em virtude da decisão do STF ter se dado em sede de um caso concreto e *incidentalmente*. O juiz da vara de execuções penais de Rio Branco no Acre foi um deles, negando a progressão de regime aos condenados por crime hediondo. A Defensoria Pública no Estado do Acre defendeu a tese de que estaria sendo descumprida a decisão do STF (que teria efeito *erga omnes*), ou seja, a competência e autoridade do STF não estariam sendo respeitadas. Com isso, houve o ajuizamento da Reclamação.⁷⁹

Lênio Luiz Streck *et al.*, em artigo confeccionado durante a votação da Reclamação nº 4335/AC, expuseram a importância da decisão que estava em jogo:

A recente polêmica que vem sendo travada no Supremo Tribunal Federal, a partir da Reclamação 4335/AC, cujo relator é o Ministro Gilmar Mendes, não fará da decisão que vier a ser tomada, com certeza, apenas mais um importante julgado. Mais que isso: ao final dos debates entre os Ministros daquela Corte, poder-se-á chegar, de acordo com o rumo que a votação tem prometido até o momento, a uma nova concepção, não somente do controle da constitucionalidade no Brasil, mas também de poder constituinte, de equilíbrio entre os Poderes da República e de sistema federativo.⁸⁰

Comentando os votos dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, favoráveis a tese exposta pela Defensoria Pública do Acre, Bernardo Gonçalves Fernandes aduz:

⁷⁹ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 1461

⁸⁰ STRECK, Lênio Luiz; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional**. Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi, Jacarezinho, v. 1, n. 11, p. 53, Março 2009. ISSN 1676-2800. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/72>>. Acesso em: 21 out. 2019.

Segundo os Ministros Eros Grau e Gilmar Mendes, a função do Senado não mais seria a de suspender a lei, mas de oficializar (comunicar) ou dar publicidade à sociedade brasileira da decisão do STF no controle difuso-concreto. Haveria, portanto, no entendimento dos referidos Ministros, uma reinterpretação do art. 452, X, da CR/88 via mutação constitucional. Nesses termos, o texto do art. 52 da CRFB/1988 continuaria o mesmo, mas seria relido “competete ao Senado dar publicidade às decisões do STF”. Os argumentos centrais (entre outros) foram a recorrente falta de atuação do Senado e o art. 52, X da CRFB/88 (derivado da Constituição de 1934) estar obsoleto, não coadunando com nossa (atual) realidade no que tange ao nosso complexo sistema de controle de constitucionalidade desenvolvido pós 1988.⁸¹

Os Ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa foram refratários à tese da abstrativização do controle difuso, basicamente por entenderem que havia outros meios propícios para tanto, a saber, a ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade), a figura da Súmula Vinculante e o próprio dispositivo constitucional do art. 52, X da CRFB/88 que, ainda que possa ser alvo de críticas, deve ser seguido.

No seu voto, o Ministro Sepúlveda Pertence deixou claro que um entendimento diferente afrontaria o princípio da separação de poderes, ao dispor que “mutação constitucional por decreto do poder que com ela se ampliaria; o que, a visões mais radicais, poderia ter cheiro de golpe de Estado. Às tentações do golpe de Estado não está imune o Poder Judiciário; é essencial que a elas resista”.

Já para o ministro Joaquim Barbosa, que abriu a divergência, ainda que se aceitasse a tese da mutação, entende que “seriam necessários dois fatores adicionais: o decurso de um espaço de tempo maior, para a constatação dessa mutação, e a conseqüente e definitiva “dessuetude” do dispositivo”. Por fim, o Ministro Ricardo Lewandowski, seguindo a divergência do Ministro Joaquim Barbosa, entendeu pela improcedência da Reclamação. Para o referido Ministro, “não haveria como cogitar-se de mutação constitucional, na espécie, diante dos limites formais e materiais fixados pela Constituição acerca do tema e com isso, destacou o que contido no art. 60, §4º, II da CF” que eleva a separação de poderes à cláusula pétrea constitucional.

No entanto, em plenário, por maioria, o STF julgou procedente o pedido deduzido na Reclamação. No entanto, isso não significou a adoção da teoria da abstrativização do controle difuso, é que no transcurso da reclamação, acabou sendo editada a Súmula Vinculante nº 26⁸²,

⁸¹ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 1467

⁸² Súmula Vinculante 26: “Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

se fosse apenas por causa do HC 82.959/SP, a reclamação não seria admitida. Logo, a reclamação foi conhecida pela maioria, mas com base na súmula vinculante. Nas palavras de Bernardo Gonçalves:

Porém, aqui uma advertência, pois a decisão de procedência da Reclamação não significou a adoção pelo STF da tese da *mutação constitucional* do art. 52, X da CRFB/88 (com as consequência da decisão de um caso concreto ao invés de efeito *inter partes* ter efeito *erga omnes* e com a alteração da função do Senado apenas para dar publicidade às decisões do STF). Restou claro que o provimento da Reclamação pela maioria dos ministros não endossou a tese defendida pelos Ministros Eros Grau e Gilmar Mendes.

Nesses termos, a fundamentação dos outros 4 votos favoráveis a procedência da reclamação nº 4335, proferidos pelos Ministros Teori Zavascki, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber e Celso de Melo, se deu não pelo desrespeito (afronta) do juiz de Rio Branco-AC ao decidido no HC nº 82.959, mas sim em virtude da posterior edição da Súmula Vinculante nº 26 pelo STF.⁸³

Em resumo, esses foram os votos na Reclamação nº 4.335:

- a) A reclamação deveria ser conhecida, porque houve ofensa à decisão no HC 82.959/SP: Ministros Eros Grau (aposentado) e Gilmar Mendes;
- b) A reclamação deveria ser conhecida porque houve ofensa à Súmula Vinculante nº 26 do STF: Ministros Teori Zavascki (falecido), Luis Roberto Barroso, Rosa Weber e Celso de Mello;
- c) A reclamação não deveria ser conhecida porque o HC 82.959/SP tem eficácia *inter partes*: Ministros Sepúlveda Pertence (aposentado), Joaquim Barbosa (aposentado), Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio.

Em arremate, é oportuno lembrar que toda essa discussão no bojo da Reclamação 4.335/AC se deu sob a vigência do já revogado CPC/1973, ou seja, não houve apreciação das novas regras do novo CPC/2015, o qual trouxe regras importantes sobre precedentes judiciais e uniformização de jurisprudência. Pedro Lenza, comentando o tema, destaca que

A valorização dos precedentes, nos exatos termos das novidades trazidas pelo CPC/2015, está cada vez mais evidente no STF, dentro de uma perspectiva de objetivação do controle difuso. Nesse sentido, lembramos o art. 926 ao estabelecer que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.⁸⁴

3.3.2 ADI nº 3.406 e ADI nº 3.470/RJ, mutação constitucional do art. 52, X da CF/88

⁸³ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 1472

⁸⁴ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 218.

Muito já se falou, neste trabalho, que o controle de constitucionalidade no Brasil é misto. De um lado temos o controle difuso, em que a declaração de inconstitucionalidade se dá de modo incidental, caracterizada como questão prejudicial; de outro lado, no controle concentrado, por sua vez, a declaração se implementa de modo principal, constituindo o objeto do julgamento.

Ambas as espécies de controle de constitucionalidade convivem, até certo ponto, harmoniosamente. No entanto, é possível, e não muito raro que aconteça, que, para decidir uma ação do controle concentrado, ADI, por exemplo, o STF tenha de enfrentar a (in)constitucionalidade de outra norma, que não faz parte do pedido da referida ADI. Ou seja, para julgar o pedido principal, inconstitucionalidade da norma X, por exemplo, o Tribunal Superior deve, anteriormente e incidentalmente, decidir sobre a (in)constitucionalidade da norma Y. Essa declaração incidental de inconstitucionalidade, já que, em sede de controle concentrado, produziria efeitos *erga omnes, ex tunc* e vinculante. É a posição de Pedro Lenza, o qual assevera ainda que

é como se houvesse a ampliação de efeitos da decisão, a partir de declaração incidental, atingindo vários atos normativos que não eram objeto da ADI, em nítido privilégio da eficácia da decisão da Corte. Ou seja, o efeito *erga omnes, ex tunc* e vinculante decorria da declaração incidental (e repita-se, apenas para deixar bem claro, em CONTROLE CONCENTRADO E EM ABSTRATO, e não em controle difuso). O que estamos procurando mostrar é essa tendência de ampliação dos efeitos da decisão.⁸⁵

Tendo sido rechaçada pelo STF, quando da discussão e votação da reclamação 4.335/AC, a teoria da abstrativização do controle difuso voltou a ser discutida no pretório excelso no fim de 2017. Nesse contexto, o plenário do STF se reuniu para julgar as ADIs 3.406 e 3.470/RJ, que tratavam da discussão acerca da proibição de normas que permitiam a extração, industrialização, comercialização e a distribuição do uso do amianto na variedade crisotila, cujo pedido era a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 3.579/2001/RJ, que dispõe sobre a substituição progressiva dos produtos contendo a variedade asbesto (amianto branco). Tal lei, em apertada síntese, disciplinava a proibição do uso do amianto. Nessa oportunidade, o STF julgou o pedido improcedente e, dado o caráter dúplice típico da ADI, a lei foi considerada constitucional. A exploração do amianto foi proibida pelo STF através de pronúncia de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 9.055/95. A decisão ocorreu no

⁸⁵ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 219.

juízo das ADIs 3.406 e 3.470/RJ, ambas propostas pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Indústria (CNTI).

Muito embora declarada a inconstitucionalidade de maneira incidental, ela passou a ter efeitos *erga omnes*, uma vez que o STF entendeu que houve mutação constitucional do art. 52, X da CF/1988. Pedro Lenza destrincha a problemática da seguinte forma:

A declaração de inconstitucionalidade se deu incidentalmente em um processo de controle concentrado e abstrato que tinha como objeto principal a lei estadual do Rio de Janeiro. Para apreciar o pedido formulado na ADI, a Corte teve que analisar a constitucionalidade da lei federal, que, contudo, não era objeto da ação. Ou seja, a declaração de inconstitucionalidade se deu incidentalmente, como questão prejudicial, em processo objetivo de controle abstrato.

Essa pronúncia de nulidade com efeito *erga omnes* e vinculante da questão prejudicial gerou ampla discussão na Corte e, ao final por 7x2, o STF entendeu ter havido mutação constitucional do art. 52, X, sustentando que o papel do Senado Federal seria apenas dar publicidade à decisão judicial.⁸⁶

O Acórdão foi proferido nos seguintes termos:

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por maioria, em julgar improcedente a ação e, incidentalmente, declarar a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 9.055/1995, com efeitos vinculantes e *erga omnes*, nos termos do voto da Relatora, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas. Vencidos o Ministro Marco Aurélio, que votou pela procedência do pedido, e, em parte, o Ministro Alexandre de Moraes, que votou pela procedência parcial do pedido para dar interpretação conforme aos art. 2º e 3º da Lei nº 3.579 do Estado do Rio de Janeiro, nos termos do seu voto. Indeferido o pedido de análise de modulação de efeitos suscitado na tribuna. Impedido o Ministro Roberto Barroso. Ausente, justificadamente, o Ministro Ricardo Lewandowski. Sessão plenária presidida pela Ministra Cármen Lúcia.⁸⁷

Muito embora as ADIs tenham tido por objeto a discussão sobre a invasão do campo de competência da lei federal pela lei estadual do Rio de Janeiro, abster-nos-emos a analisar a perspectiva da mutação constitucional. Sendo assim, podemos resumir a posição dos Ministros, tendo em vista o placar de 7x2 a favor da mutação constitucional do art. 52, X, da seguinte forma:

O Ministro Marco Aurélio não admitiu a mutação constitucional. Entendeu que só seria possível mediante emenda formal à Constituição, sob risco de violar a independência e harmonia entre os poderes. Segundo ele, a atuação do Senado Federal caracteriza provimento

⁸⁶ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 221.

⁸⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI nº 3.470/RJ. Relatora: Min. Rosa Weber. DJ: 29/11/2017. JusBrasil, 2017. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339388378&ext=.pdf>, p. 4. Acesso em: 25 de mar. 2020.

constitutivo de suspensão da execução da lei em todo território nacional e não meramente declaratório. Em seu voto, consignou:

Somos 11 a integrar o Supremo e temos, realmente, a última palavra sobre o Direito positivo. Mas isso representa um grande sistema, que é o revelado pela Carta da República. Não posso ignorar o que nela se contém, não posso desconsiderar que 81 são os senadores e 513 são os deputados, eleitos representantes do povo brasileiro. (...) Recuso-me, Presidente, a dizer que o Senado da República é um verdadeiro diário oficial, que simplesmente deve publicar as decisões do Supremo formalizadas no controle difuso de inconstitucionalidade. Homenageio, Presidente, e entendo que é básico na República, a harmonia e independência entre os Poderes, não potencializando possível desgaste notado nos dias de hoje, do Congresso Nacional. Porque, acima de tudo, tenho, como disse, a Lei das leis, que busco amar cada dia mais, a Constituição Federal.⁸⁸

O Ministro Alexandre de Moraes não admitiu a mutação constitucional, sob pena de o STF agir como legislador positivo. Para ele, as hipóteses de efeito vinculante, revistas pela EC n. 45/2004, restringiam-se ao instituto da súmula vinculante. Aduziu ainda que:

A questão de uma nova interpretação do art. 52, X, não foi colocada nem como questão de ordem. Por que digo isso? Até hoje, o Supremo Tribunal Federal entende que, no controle difuso, o Senado Federal não está obrigado a estender os efeitos *inter partes* para *erga omnes* das declarações incidentais do Supremo. Isso são debates históricos e pode até vir – é sempre uma proposta do Ministro Gilmar -, mas até hoje o entendimento do Supremo Tribunal Federal em relação ao artigo 52, X, é que ao Supremo cabe declarar para o caso concreto e ao Senado cabe, se entender necessário, suspender, dando efeitos gerais. Aliás, a grande diferença do controle concentrado é que a suspensão dá efeitos sempre *ex nunc*, não retroativos. Poderíamos até evoluir nesse sentido, mas eu quero dizer que eu não votei em relação a isso, porque não era isso que estava em questão. Só para deixar claro.⁸⁹

O Ministro Gilmar Mendes admitiu a mutação constitucional, principalmente agora sob a égide do novo CPC/2015, que trouxe dispositivos que aproximam o controle difuso do controle concentrado, evitando-se, assim, anomias e fragmentação da unidade. Para ele, o art. 52, X da CFRB/1988, deveria ser lido da seguinte forma “a Corte comunica ao Senado a decisão de declaração de inconstitucionalidade, para que ele faça a publicação, intensificando a publicidade. O efeito *erga omnes* e vinculante decorre da própria decisão judicial”. Destacamos, nesse contexto, considerações feitas pelo referido ministro na discussão no bojo da referida ADI:

⁸⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI nº 3.470/RJ. Relatora: Min. Rosa Weber. DJ: 29/11/2017. JusBrasil, 2017. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339388378&ext=.pdf>, p. 122. Acesso em: 25 de mar. 2020.

⁸⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI nº 3.470/RJ. Relatora: Min. Rosa Weber. DJ: 29/11/2017. JusBrasil, 2017. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339388378&ext=.pdf>, p. 118. Acesso em: 25 de mar. 2020.

(...) acho que o CPC, nesse ponto, talvez sinalize uma superação – ponto que tenho insistido – de que não temos outra alternativa, pelo menos no âmbito do Supremo, senão equalizar a decisão que se toma em sede de controle abstrato e a decisão que se toma em sede de controle incidental. Agora me parece que o CPC vem em reforço quando não distingue mais a declaração de inconstitucionalidade em uma ou em outra situação.

Na prática, já fazemos isso um pouco. Não esperamos que o Senado surpreenda. Como sabemos, é um pouco sazonal a suspensão por parte do Senado. Às vezes ele faz, até com certa diligência, isto depende muito da atividade da Comissão de Constituição e Justiça. Às vezes esse assunto é negligenciado, e o Senado não se debruça sobre esse tema, porque é um tema assaz técnico, vamos dizer assim, considerando a formação da Casa política.⁹⁰

O Ministro Celso de Mello admitiu a mutação constitucional. Considerou “estar diante de verdadeira mutação constitucional que expande os poderes do STF em tema de jurisdição constitucional”. Nessa linha “o que se propõe é uma interpretação que confira ao Senado Federal a possibilidade de simplesmente, mediante publicação, divulgar a decisão do STF”. Oportunamente, é preciso esclarecer que o min. Celso de Mello, antes da publicação do acórdão, achou por bem cancelar todos os comentários que havia feito naquele julgamento. De fato, quando da lavratura do acórdão, os espaços em que deveriam estar os comentários do referido ministro trazem apenas o termo “cancelado”.

O Ministro Edson Fachin admitiu a mutação constitucional, sustentou:

E esta declaração, ainda que incidental, opera uma preclusão consumativa da matéria. E, portanto, nesta medida, o fato de ter sido incidental não afasta o conjunto das observações que o Ministro Gilmar já fez, que utilizou o verbo equalizar nessa direção de encontrarmos obviamente uma solução razoável para evitar que caiamos numa dimensão semicircular progressiva e sem fim.

A Ministra Cármen Lúcia admitiu a mutação constitucional. Afirmou que o STF está caminhando para uma inovação da jurisprudência no sentido de não ser mais declarado inconstitucional cada ato normativo, mas a própria matéria que nele se contém.

O Ministro Luiz Fux admitiu a mutação constitucional consignou que a chancela do Senado é ato formal. Concluindo que

Não há mais diferença entre controle incidental e controle principal. O Código, inclusive, agora, por exemplo, na fase de execução, quando se quer alegar que a sentença é objeto do cumprimento, ou da execução antiga, que se baseou em lei inconstitucional, diz que a lei pode ter sido considerada inconstitucional em controle concentrado ou incidental. Qualquer um dos controles é suficiente para que a para possa se escurar de cumprir uma sentença inconstitucional.

⁹⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI nº 3.470/RJ. Relatora: Min. Rosa Weber. DJ: 29/11/2017. JusBrasil, 2017. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339388378&ext=.pdf>, p. 66. Acesso em: 25 de mar. 2020.

(...) De sorte que eu, adotando essa equivalência do controle difuso e do controle concentrado, entendendo que o artigo 52, X, apenas permite uma chancela formal do Senado – o Senado não pode alterar a essência da declaração de inconstitucionalidade do Supremo.

O Ministro Dias Toffoli admitiu a mutação constitucional. Entendeu que as deliberações do Plenário do STF, ainda que no âmbito do controle difuso, têm efeitos *erga omnes*. Em arremate, o referido Ministro aduz que

Nem poderia ser diferente: se o que se decide no controle abstrato tem uma consequência; no controle concreto teria outra? Por quê? O sentido do art. 52, X, da Constituição é para uma época em que o Diário Oficial levava 3 meses para chegar nos rincões do Brasil, uma época em que as decisões do Supremo ou do Judiciário não eram publicadas em diários oficiais. Hoje, a TV Justiça transmite ao vivo e em cores para todo país o que nós estamos deliberando aqui. Não tem sentido ter que se aguardar uma deliberação futura para dar eficácia à decisão; ficamos nós, aqui, depois, a bater carimbo em relação a inúmeros processos que aqui chegam.⁹¹

Como se vê, os elementos usados como justificação para a decisão ora analisada, seja para refutá-la, seja para aceitá-la, foram praticamente os mesmos já analisados neste trabalho. Os ministros que se posicionaram contrariamente alegaram, em suma, ofensa ao princípio da separação de poderes e impossibilidade de mutação constitucional dada a redação hermética do art. 52, X da CFRB/88. Por contrário, os adeptos da teoria da abstrativização do controle difuso fundamentaram seus votos basicamente na possibilidade de releitura do art. 52, X da CFRB/88 dada a nova realidade jurídica e até social, uma vez que trouxeram, inclusive, dados sobre o alcance das novas mídias e a necessidade de enxugamento dos processos que chegam ao STF.

No entanto, a decisão, sem dúvidas, poderia ter sido mais bem construída e fundamentada. O cancelamento do voto e dos comentários do min. Celso de Mello é de se causar estranheza, fora isso, alguns ministros não desenvolveram bem seus votos. É importante esclarecer que em nenhum momento, ao longo das mais de 200 páginas do acórdão, fez-se menção expressa à teoria da abstrativização do controle difuso. Essa circunstância, somada ao fato de que a discussão se deu no bojo de uma ADI, não em controle difuso de constitucionalidade, levou a doutrina a vacilar quanto à adoção ou não da teoria da abstrativização do controle difuso. Importante frisar, ainda, que está pendente o julgamento dos embargos de declaração com o objetivo de modulação dos efeitos da decisão.

⁹¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI nº 3.470/RJ. Relatora: Min. Rosa Weber. DJ: 29/11/2017. JusBrasil, 2017. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339388378&ext=.pdf>, p. 89. Acesso em: 25 de mar. 2020.

Para Eliseu Silva, não houve a adoção da teoria da abstrativização do controle difuso, basicamente por dois motivos:

- i) não se cuidava de hipótese em que se poderia invocar o disposto no art. 52, X, da Constituição Federal de 1988, pois o controle de constitucionalidade ali exercido era o concentrado e abstrato, e não o difuso, que recai sobre o exame do caso concreto;
- ii) mais uma vez, a tese da “mutação constitucional” do referido art. 52, X, não contou com a adesão da maioria dos ministros que participarem de tal julgamento, sendo que apenas os ministros Luiz Fux e Dias Toffoli, este em *obiter dictum*, aderiram, expressamente, mas sem desenvolverem bem a questão, a essa posição do min. Gilmar Mendes, que lhe é cara há muito tempo, pelo menos desde a Reclamação 4.335/AC, na qual também ficou vencido.⁹²

Lênio Luiz Streck, Martonio *et al.* alegam que, em contraponto aos adeptos da teoria da abstrativização do controle difuso, admiti-la acabaria por infirmar a participação da sociedade civil na jurisdição constitucional, isso porque, enquanto no controle concreto temos atores da sociedade civil como legitimados ativos, no controle difuso temos a figura da suspensão senatorial, para os autores,

(..) o modelo de participação democrática no controle difuso também se dá, de forma indireta, *pela atribuição constitucional deixada ao Senado Federal*. Excluir a competência do Senado Federal – ou conferir-lhe apenas um caráter de tornar público o entendimento do Supremo Tribunal Federal – significa reduzir as atribuições do Senado Federal à de uma secretaria de divulgação intra-legislativa das decisões do Supremo Tribunal Federal; *significa, por fim, retirar do processo de controle difuso qualquer possibilidade de chancela dos representantes do povo deste referido processo*, o que não parece ser sequer sugerido pela Constituição da República de 1988.⁹³

Pedro Lenza, ao contrário, entende que a teoria da abstrativização do controle difuso foi adotada pelo STF no referido julgado. Analisando-o, no entanto, faz as seguintes ressalvas:

Em nossa opinião, para que a declaração de inconstitucionalidade incidental de lei ou ato normativo produza efeitos *erga omnes* e vinculante, independentemente de resolução do Senado Federal, partindo do pressuposto de que, de fato, houve mutação constitucional do art. 52, X, entendemos que o STF tem 3 medidas a fazer: 1) formalmente deliberar sobre a questão, destacando-a como questão prejudicial; 2) alcançar o quórum de no mínimo 6 ministros (art. 92, CF/88) no sentido da inconstitucionalidade; 3) fazer integrar a questão resolvida na ementa do acórdão,

⁹² BELO, Eliseu Antonio da Silva. CONJUR, 2018. **A abstrativização do controle difuso já é uma realidade no STF?** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/artigo-eliseu-silva-integra.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2019.

⁹³ STRECK, Lênio Luiz; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional**. Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi, Jacarezinho, v. 1, n. 11, p. 53, Março 2009. ISSN 1676-2800. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/72>>. Acesso em: 21 out. 2019.

deliberando sobre os efeitos e podendo, se acharem conveniente, inclusive, modular os efeitos da decisão, observando, naturalmente, o quórum de 2/3, previsto no art. 27 da Lei n. 9.868/99.⁹⁴

Como a decisão é recente, há ainda poucos autores que a tenham enfrentado de maneira contundente. No entanto, a perspectiva que se avizinha é que o caminho adotado pelo STF, principalmente com a futura depuração dos institutos do novo CPC/2015, os quais caminham na direção de conferir expansividade às decisões proferidas em caso concreto, deve ser o de reforçar os efeitos *erga omnes* e vinculante das decisões, ainda que decididas de maneira incidental.

⁹⁴ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 224.

CONCLUSÃO

Pelo presente trabalho, foi possível conhecer os dois modelos principais de controle de constitucionalidade existentes no direito comparado e como ambos influenciaram a construção do controle de constitucionalidade brasileiro, por um lado, a influência norte-americana sobre o controle de constitucionalidade difuso pátrio, por outro, o controle de constitucionalidade austríaco ou europeu continental, traçando os contornos do nosso controle de constitucionalidade abstrato. Vislumbrou-se, nesse contexto, que não há como falar em controle de constitucionalidade moderno desentrelaçado da ideia de supremacia da constituição e da rigidez constitucional. Ademais, à luz do constitucionalismo moderno, o controle de constitucionalidade é mais um instrumento político-jurídico que tem como objetivo final a defesa de um sistema de garantias e liberdades, concretizando os direitos fundamentais.

Analisando as Constituições brasileiras ao longo da história, no tocante ao tema foco deste trabalho, foi possível entender o caminho percorrido para que o controle de constitucionalidade brasileiro ganhasse os contornos dos dias atuais. O controle de constitucionalidade difuso teve como nascedouro a Constituição Federal de 1891 e conserva suas características até os dias atuais. Ou seja, tradicionalmente, o controle de constitucionalidade no Brasil é difuso. O embrião do controle de constitucionalidade concentrado foi a chamada Ação Direita de Inconstitucionalidade Interventiva prevista pela primeira vez na Constituição Federal de 1934 (embora alguns autores entendam que só se pode falar em controle concentrado de inconstitucionalidade a partir da Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965). Essa mesma Constituição inovou ao prever o instrumento tema central deste trabalho, o papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade, o qual viria a ser repetido em todas as constituições posteriores. O que se buscava era um meio adequado para que a decisão do Supremo tivesse efeitos extensivos a terceiros. A opção adotada pelo Brasil não encontra disposição normativa idêntica no direito comparado. Essa análise histórica nos permitiu perceber que nessa época não existia nenhuma decisão do Poder Judiciário dotada de eficácia *erga omnes*, situação que corroborou e muito para que a competência em questão fosse conferida ao Senado.

Do emaranhando de classificações e seus diversos critérios, chegou-se à ideia de sistemas e vias de controle judicial, que tanto pode ser observado sob o aspecto subjetivo (difuso e concentrado), como sob o aspecto formal (via incidental e via principal). Esse ponto de partida foi importante para que fosse possível fazer uma correlação entre sistema difuso

pela via incidental e sistema concentrado pela via principal. Foi vista também a questão eficaz frente aos exercícios dos controles: o controle concertado com eficácia *ex tunc*; o já controle difuso com eficácia com efeito *ex tunc* somente para o caso concreto, podendo ter efeitos *ex nunc*, após a atuação do Senado Federal, suspendendo a lei ou ato normativo. No entanto, nem tudo é dualidade nesse tema, já que constatamos que tanto para o controle difuso, quanto para o controle concentrado, adotou-se a teoria da nulidade, que dispõe que o ato normativo inconstitucional tem sua invalidade abalada desde o nascedouro, tendo como efeito a sua total incapacidade de produzir qualquer efeito.

Por meio de pesquisa doutrinária, analisando algumas obras de juristas nacionais, como os ilustres professores Bernardo Gonçalves, Flávio Martins, Alexandre de Moraes, Gilmar Mendes, foi possível traçar as principais características do papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade difuso. Saltou aos olhos a originalidade da regra, que não encontra correlação no direito comparado. Constatou-se que há um consenso doutrinário sobre a referida competência ser discricionária, uma vez que cabe ao Senado optar pelo momento e pela maneira de exercê-la, ou até se abster legitimamente de exercê-la, e com amplitude larga, pois pode haver suspensão de qualquer lei ou ato normativo de todos os entes federativos.

Na jurisprudência, foi visto que o STF firmou a tese de que a resolução editada pelo Senado Federal no exercício da competência emanada do art. 52, X da CF/88 representa ato político, discricionário e com função ampliativa dos efeitos da decisão judicial, ou seja, o Senado Federal pode examinar aspectos formais, no entanto, não pode adentrar no mérito da decisão judicial proferida pela Corte Suprema.

Foi possível perceber, ainda, o fenômeno da abstrativização do controle difuso como um fenômeno de amplo espectro, com incidência tanto legislativa, quanto doutrinária e, principalmente, jurisprudencial. Ou seja, analisou-se o instituto como gênero a comportar diversas espécies. Elencaram-se as principais manifestações do referido fenômeno, com enfoque nas três mais importantes: a transcendência dos motivos determinantes, a súmula vinculante, a repercussão geral e o novo papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade. Ainda no campo doutrinário, constatou-se que a abstrativização do controle difuso é tema defendido por uma pequena parcela doutrinária, com protagonismo exercido por Gilmar Ferreira Mendes. Como o referido autor atualmente é Ministro do STF, é evidente que suas decisões jurisprudenciais acabam por albergar esse entendimento. Por fim, foi dado enfoque aos Elementos históricos e contemporâneos para a superação da suspensão senatorial, principalmente frente a um amplo controle de constitucionalidade concentrado

contemporâneo, a novas técnicas de interpretação constitucional que escapam à declaração incidental de inconstitucionalidade e, por isso, não precisam de manifestação do Senado Federal para suspensão de sua execução.

Restou conclusivamente demonstrado que não se pode falar em abstrativização do controle difuso sem enfrentar o tema da mutação constitucional como instrumento à disposição do intérprete para evitar a criação de um fosso fático entre a Constituição e a realidade social. Dada a subjetividade do tema, não foi possível encontrar consenso doutrinário, mas, em linhas gerais, definiram-se os contornos e as exigências para a utilização da mutação constitucional nas lições de José Afonso da Silva, Anna Cândida da Cunha Ferraz, Luis Roberto Barroso e Uadi Lammêgo Bulo.

A análise jurisprudencial foi de extrema importância para enfrentamento do tema. Como se está falando em controle de constitucionalidade, fica óbvio que o estudo se restringiu a decisões tomadas pelo STF. Constatou-se que a abstrativização do controle difuso foi colocada em discussão no pretório excelso, ainda em 2014, por meio da Reclamação nº 4.335/AC, em que se discutia se o que foi decidido do HC nº 82.959/SP, que declarou a inconstitucionalidade da vedação de progressão de regime nos crimes hediondos, tem ou não efeitos *erga omnes*. O estudo dos votos dos ministros desse intrincado julgamento levou-nos a perceber que, muito embora a referida reclamação tenha sido julgada procedente, não o foi por adoção da teoria da abstrativização do controle difuso. Destaque-se, no entanto, que o referido debate serviu para maturar o fenômeno da abstrativização do controle difuso e fecundar a ideia para futuras decisões.

Por fim, constatou-se, com algumas reservas, que a teoria da abstrativização do controle difuso virou realidade com o julgamento das ADIs 3.406 e e.470/RJ. Chegou-se a este desfecho não só pela ementa do acórdão, mas também por uma análise exaustiva dos votos dos ministros. Os elementos que justificaram a adoção da teoria da abstrativização do controle difuso foram os mesmos já analisados durante este trabalho, em resumo, pela possibilidade de releitura do art. 52, X da CF/88 sob a perspectiva de uma nova realidade jurídica apta a consubstanciar uma hipótese de mutação constitucional. Um dos pontos nevrálgicos é a forma como novo Código de Processo Civil de 2015 uniformizou, em alguns aspectos, o tratamento dado ao controle difuso e ao concreto de constitucionalidade. Os ministros que restaram vencidos, quais sejam, Alexandre de Moraes e Marco Aurélio, pautaram seus votos na ideia de ofensa à separação de poderes.

Percebeu-se também que a constatação de que a teoria da abstrativização do controle difuso foi adotada quando do julgamento das referidas ADIs não era ainda unânime na

doutrina. O fato é que o assunto é recente, e ainda necessita de devida maturação. O fato de a decisão ter sido tomada, ainda que incidentalmente, em controle concentrado de constitucionalidade contribuiu para tornar esse cenário ainda mais nebuloso. Em verdade, somente quando o STF tomar esse tipo de decisão através de algum instrumento típico de controle difuso de constitucionalidade, é que poderemos falar em consenso doutrinário sobre o tema.

Em arremate, muito mais importante que afirmar que o STF adotou a teoria da abstrativização do controle difuso é constatar que o próprio sistema jurídico brasileiro caminha para esse desiderato. O que se percebeu aqui é que a Suprema Corte assumiu um papel absolutamente central no sistema controle de constitucionalidade existente hoje no país e no processo de intersecção entre o sistema difuso e incidental com o concentrado e abstrato. Isso ocorre porque, simultaneamente, cabe ao STF a palavra final em matéria de controle difuso e incidental, que conta agora com mecanismos que lhe atribuem efeitos gerais e mesmo vinculantes, assim como tem a competência exclusiva para julgar as ações de controle concentrado e abstrato.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LIVROS:

- AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição – fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- _____, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. Salvador: JusPODIVM, 2010.
- DA CUNHA FERRAZ, Anna Cândida. **Comentários à Constituição do Brasil**. Coordenadores Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Luiz Streck, Gilmar Ferreira Mendes. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- _____. **Processos informais de mudança da constituição**. Osasco: EdifIEO. p. 33.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPODIVM, 2017.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- MARQUES, Márcio Severo. **Classificação constitucional dos tributos**. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- MENDES, Gilmar Ferreira; GONET, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2017.
- NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TAVARES, André Ramos. **Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ARTIGOS DE REVISTAS

Eletrônicas:

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Considerações sobre a função do Senado Federal de suspender execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal. **Revista de informação legislativa**, v. 44, n. 174, p. 15-24, abr./jun. 2007. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/140960/R17418.pdf?sequence=2&isAllowed=y>>. Acesso em: 29 dez. 2019.

BELO, Eliseu Antônio da Silva. **CONJUR**, 2018. A abstrativização do controle difuso já é uma realidade no STF? Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/artigo-eliseu-silva-integra.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2019.

COMPARATO, Fábio Konder. *Requiem* para uma constituição. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, 1998, n. esp., p. 51-63. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/comparato/comparato_requiem.html>. Acesso em: 21 ago. 2019.

PEDRON, Flávio Quinaud; BAHIA, Alexandre Melo Franco de Moraes. **CONJUR**, 2017. Crença da mutação constitucional, aplicada pelo STF, é equivocada. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-dez-16/repositorio-acess--diario-classe-crenca-na-mutacao-constitucional-conjur-a-crenca-na-mutacao-constitucional-aplicada-stf-equivocada>>. Acesso em: 30 dez. 2019.

STRECK, Lênio Luiz; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi**, Jacarezinho, v. 1, n. 11, p. 53, Março 2009. ISSN 1676-2800. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/72>>. Acesso em: 21 out. 2019.

DISSERTAÇÕES:

ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. **Efeito vinculante e concretização do direito**. 2008, 2009 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, 2008.

JURISPRUDÊNCIA:

Em publicação eletrônica:

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI nº 3.470/RJ. Relatora: Min. Rosa Weber. DJ: 29/11/2017. JusBrasil, 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 22 jan. 2020.

_____. INFORMATIVO nº 739 de 17 a 21 de março de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

_____. RECLAMAÇÃO nº 4.335/AC. Relatora: Min. Gilmar Mendes. DJ: 20/03/2014. JusBrasil, 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 22 jan. 2020.

_____. RE 395.902-AgR, rel. Min. Celso de Mello. DJ: 29/02/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

_____. RE 600.885/RS, rel. Min. Carmén Lúcia. DJ: 29/06/2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 22 jan. 2020.

DICIONÁRIOS:

HOUAISS, Antônio. **Grande Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Versão eletrônica 2009.3. Rio de Janeiro: Objetiva, pub. em 15 nov. 2009. Disponível em: <www.houaiss.uol.com.br>. Acesso em: 28 set. 2015.

LEIS:

BRASIL, Código Philippino, ou, Ordenações e leis do Reino de Portugal: recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>>. Acesso em: 24 dez. 2019.

_____. Lei nº 9.868/99, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm> Acesso em 15 out. 2019.

CONSTITUIÇÕES:

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro, 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em 23 ago. 2015.

_____. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em 23 ago. 2015.

_____. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, Rio de Janeiro, 16 de julho de 1934**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em 23 ago. 2015.

_____. Constituição (1969). **Emenda constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969**. Rio de Janeiro, de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_ anterior1988/em_c01-69.htm>. Acesso em 23 ago. 2015.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em 23 ago. 2015.