



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Abstrativização do controle concreto de constitucionalidade

Natália de Macedo Couto

Rio de janeiro
2011

NATÁLIA DE MACEDO COUTO

Abstrativização do controle concreto de constitucionalidade

Artigo científico apresentado à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-graduação.

Orientadores: Prof. Guilherme Sandoval

Prof. Katia Silva

Prof. Mônica Areal

Prof. Néli Fetzner

Prof. Nelson Tavares

Rio de Janeiro
2011

ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE

NATÁLIA DE MACEDO COUTO

Graduada pela Universidade Estácio de Sá

Resumo: O Brasil adota um sistema misto de controle de constitucionalidade das leis, ou seja, aplica-se o controle concreto ou difuso e o controle abstrato ou concentrado. Dentre as principais diferenças entre tais tipos de controle estão os efeitos gerados pelas decisões proferidas em cada espécie. O controle concreto, em regra, produz efeitos entre as partes enquanto que o controle concentrado produz efeitos para todos e vinculante. Ocorre que, não obstante a regra acima apresentada, tem-se observado, na jurisprudência dos Tribunais Superiores, certa tendência a estender o alcance dos efeitos de uma decisão proferida em controle concreto de constitucionalidade. Tem-se atribuído um efeito abstrato, erga omnes e vinculante, a esse fenômeno a doutrina denominou abstrativização do controle concreto de constitucionalidade.

Palavras chaves: Controle. Constitucionalidade. Efeitos. Abstrativização.

Sumário: Introdução. 2. O controle de constitucionalidade no ordenamento brasileiro: fundamento, espécies e efeitos. 3. O papel do Senado Federal. 4. Abstrativização do controle concreto: fundamentos, efeitos e jurisprudência. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo busca estudar o fenômeno que a doutrina atualmente chama de abstrativização do controle concreto de constitucionalidade, que tem sua origem tanto na seara do poder legislativo quanto do poder judiciário.

O controle concreto que tem como característica dominante o controle de

constitucionalidade das leis no processo de forma individualizada, hoje, tem aparecido na jurisprudência com uma cara nova.

O poder judiciário, com a Reclamação Constitucional n. 4335-5/AC, proporciona a aplicação de efeitos vinculantes e *erga omnes* às decisões proferidas em sede de controle difuso. Essa nova perspectiva é alcançada pela mutação constitucional realizada no art. 52, X, da Constituição Federal.

Para a compreensão do novo instituto, faz-se necessário uma abordagem sobre o fundamento do controle de constitucionalidade das leis e sua importância, os sistemas adotados pelo ordenamento brasileiro, com ênfase no controle concreto de constitucionalidade e, nesse ponto, verificar o atual papel do Senado Federal no controle concreto.

Nesse prisma, o trabalho ora proposto enfoca a temática do novo alcance que a jurisprudência persegue para os efeitos nas decisões em controle concreto. Busca-se analisar a nova tendência de aplicação dessa espécie de controle de constitucionalidade em relação aos seus efeitos, além de considerar se essa nova abordagem não se traduz em uma modificação do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro.

2. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

O controle de constitucionalidade das leis e atos normativos é um mecanismo de proteção das normas constitucionais e pode ser exercido de forma abstrata ou de forma concreta. Antes de analisar as espécies de controle e suas particularidades, é conveniente um breve estudo sobre os pressupostos para o exercício desse controle.

2.1. FUNDAMENTOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O ordenamento jurídico brasileiro é um conjunto complexo de normas que forma um sistema. Esse sistema deve ser dotado de unidade e coerência.

Baseado em uma idéia de existência de uma norma hipotética fundamental, que Kelsen¹ se utilizou para explicar a própria existência do direito, está o princípio da supremacia constitucional, um dos fundamentos para a existência do controle de constitucionalidade. A supremacia constitucional consiste em um princípio que coloca a norma constitucional como o ponto de validade de todo o ordenamento jurídico, o que significa dizer que as normas infraconstitucionais não podem contrariar os preceitos constitucionais.

É desse ponto central, chamado de Constituição, que se emana o processo de produção legislativa, previsto nos art. 59 a 69 da CRFB/88. Toda norma infraconstitucional produzida deve obedecer aos ditames estabelecidos na Constituição, por tal razão, caso uma lei ou ato normativo seja contrário a essa deverá ter sua aplicação afastada.

O princípio da Supremacia da Constituição por se irradiar a todas as pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, permite que o ordenamento seja um sistema harmônico de normas, o que assegura a defesa da Constituição e os ideais nela contidos.

Por ser a Constituição um documento que estabelece as diretrizes de um Estado através da determinação dos direitos e deveres fundamentais dos indivíduos, organização e funcionamento do Estado, deve essa ser entendida como uma norma fundamental dotada de supremacia para que se torne possível a realização de seu objeto que, segundo José Afonso da Silva², é estabelecer a estrutura do Estado, a organização de seus órgãos, o modo de aquisição do poder e a forma de seu exercício, limites de sua atuação, assegurar os direitos e garantias

¹ KELSEN apud MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 5 ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009, p.54.

² SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.40.

dos indivíduos, fixar o regime político e disciplinar os fins socioeconômicos do Estado, bem como dos direitos econômicos, sociais e culturais.

A quebra da harmonia do ordenamento vai prejudicar a realização dos ideais reproduzidos na Carta Constitucional, que em última razão, significam os ideais de um povo. Por esse motivo deverão existir mecanismos destinados a corrigir tal quebra, mecanismos que verifiquem a compatibilidade das normas constitucionais com a Constituição, e o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos é um deles.

Portanto, a supremacia da Constituição mostra-se como um dos pressupostos mais importantes para que possa ser exercido o controle de constitucionalidade das normas infraconstitucionais.

Importante precedente histórico sobre o tema pode ser citado no caso de *Marbury x Madison*³. Em síntese, pode-se relatar que o juiz americano Jonh Marshall procurou desenvolver um raciocínio lógico para exercer o controle de constitucionalidade, negando a aplicação de leis que fossem, de acordo com a sua interpretação, inconstitucionais.

Imperiosa importância é o conteúdo dessa decisão para o estudo do controle de constitucionalidade e, por isso, merece ser citada as lições de Luis Roberto Barroso⁴:

Ao expor suas razões, Marshall enunciou os três grandes fundamentos que justificam o controle judicial de constitucionalidade. Em primeiro lugar, a supremacia da Constituição: "Todos aqueles que elaboram constituições escritas encaram-na como lei fundamental e suprema da nação". Em segundo lugar, e como consequência natural da premissa estabelecida, afirmou a nulidade da lei que contrarie a Constituição: "Um ato do poder legislativo contrário à Constituição é nulo". E, por fim, o ponto mais controvertido de sua decisão, ao afirmar que é o Poder Judiciário o intérprete final da Constituição: "É enfaticamente da competência do Poder Judiciário dizer o direito, o sentido das leis. Se a lei estiver em oposição a constituição, a corte terá de determinar qual dessas normas conflitantes regerá a hipótese. E, se a

³ BARROSO, Luis Roberto. *Controle de Constitucionalidade no direito brasileiro*. 3 ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009, p. 22.

⁴ Ibidem, p. 35.

Constituição é superior a qualquer ato ordinário emanado do legislativo, a constituição, e não ato ordinário, deve reger o caso ao qual ambos se aplicam.

A superioridade das normas constitucionais está atrelada juntamente a ideia da rigidez constitucional. A rigidez constitucional é igualmente um fundamento para o controle de constitucionalidade que pressupõe a existência de formas diferenciadas para elaboração das normas constitucionais e infraconstitucionais.

Uma Constituição pode ser classificada, segundo os ensinamentos de Gilmar Mendes⁵, quanto a sua estabilidade ou consistência em imutável, rígida, flexível e semirígidas. Consideram-se imutáveis as Constituições em que não há a possibilidade de serem reformadas, o que leva o autor citado a entendê-las como constituições utópicas. Já as Constituições rígidas, admitem reformas das normas constitucionais através de revisões ou emendas, mas dificultam o processo tendente a modificá-las. O que não acontece com as normas infraconstitucionais, uma vez que possuem um processo de modificação distinto caracterizado por uma maior facilidade nas mudanças. As flexíveis adotam um sistema de modificação simples, tal como se mudam as leis em geral. E, por fim, denominam-se semirígidas as Constituições de estabilidade híbrida por serem dotadas de partes rígidas e flexíveis.

A Constituição do Brasil classifica-se como rígida e, exatamente, por esse motivo não pode ser modificada pelo mesmo processo estabelecido para as normas infraconstitucionais. A própria Constituição determina um processo mais rigoroso através das regras para sua emenda ou revisão, caso contrário, se entre as normas constitucionais e normas infraconstitucionais inexistissem distinção, seriam elas consideradas a mesma espécie normativa e, por isso, em caso de contrariedade, ocorreria o fenômeno da revogação e não da

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009, p. 18-19.

inconstitucionalidade. A revogação consiste na retirada da norma do ordenamento jurídico e é operada no plano da existência dos atos jurídicos.

Como terceiro fundamento para o controle de constitucionalidade, pode-se falar na existência de um órgão com competência para exercer o controle das leis e atos normativos em face da Constituição. É preciso que exista um órgão com competência para zelar pela Constituição e proteger suas normas dos atos incompatíveis com essa.

A declaração de inconstitucionalidade constitui um vício aferido no plano da validade das normas. Uma norma para ser válida precisa que estejam presentes os requisitos de competência, forma adequada e licitude-possibilidade. Uma vez que falte qualquer um desses requisitos deverá o ato ser considerado inválido, mas é possível que esse ato tenha ingressado no ordenamento jurídico, por ser existente, e tenha sido aplicado a inúmeras relações jurídicas. Em tais hipóteses é necessária uma declaração de inconstitucionalidade para que tal norma inválida não seja mais aplicada, cuja competência é do poder judiciário.

Nesse ponto, importante citar as lições de Luis Roberto Barroso⁶:

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

Deve-se ressaltar que o dogma da nulidade não se aplica mais como nos tempos passados. A possibilidade de modificação nos efeitos nas decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade, ou seja, a modalização dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade relativiza essa concepção.

⁶ BARROSO, op.cit.p. 8

2.2. ESPÉCIES DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

As formas de controle de constitucionalidade são as mais diversas possíveis. Quanto ao órgão, quem controla, pode-se ter controle político, judicial ou misto. Quanto ao momento do controle, esse pode ser preventivo ou repressivo. E, por fim, quanto ao modo ou forma de controle, pode-se ter o controle incidental ou principal.

No que se refere às espécies de controle judicial de constitucionalidade, objeto do presente tópico, encontram-se citadas pela doutrina de direito constitucional os modelos concentrado, difuso ou misto.

Nas lições de Gilmar Mendes⁷, o controle concentrado de constitucionalidade “defere a atribuição para o julgamento das questões constitucionais a um órgão jurisdicional superior ou a uma Corte Constitucional”. Atribui-se para a defesa da constitucionalidade ou inconstitucionalidade das normas mecanismos próprios e criam-se regras específicas para a defesa dessas posições. O modelo difuso ou sistema americano, diferentemente do modelo anterior, está voltado para o interesse público. Esse modelo assegura a qualquer órgão judicial a possibilidade de decretação da inconstitucionalidade das leis quando incompatível com a Constituição. Por fim, o modelo misto, congrega os dois modelos acima citados, ou seja, tanto os órgãos do poder judiciário, como o órgão da cúpula do poder judiciário poderão decidir sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade das normas.

O Poder Constituinte de 1988 adotou o modelo misto de controle de constitucionalidade.

A influência do direito norte americano fez surgir na Constituição de 1891 o controle

⁷ MENDES, op. cit., p.1057.

difuso de constitucionalidade. Nessa época, predominava o entendimento de que não era possível falar em controle abstrato das normas. O controle abstrato de normas representava uma forma de intervenção do Judiciário no Poder Legislativo, o que era vedado pelo princípio da separação dos poderes.

Com a Constituição de 1934 surgem os primeiros sinais do controle de constitucionalidade abstrato de normas através da declaração de inconstitucionalidade para evitar a intervenção federal. Em 1946, a nova Constituição concede nova conformação ao controle abstrato de normas, surge a representação interventiva. Essa ação cuidava de verificar eventual violação de princípios constitucionais pelo ente federado. Somente atribuía-se ao Procurador Geral da República a titularidade para essa ação.

Com a promulgação da Constituição de 1988, manteve-se o sistema difuso ou indireto através do recurso extraordinário, previsto no art. 102, III, CRFB/88. Contudo, em relação ao sistema de controle abstrato ou direto, houve grande mudança, cria-se a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou federal, conforme art. 102, I, a c/c 103, todos da Constituição Federal. A legitimidade para a impetração de tal ação é ampliada e concedida para o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de uma Assembleia Legislativa, o Governador do Estado, o Procurador Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, as Confederações sindicais ou entidades de âmbito nacional.

A possibilidade de ação direta no controle de constitucionalidade das normas com ampla legitimação e a possibilidade de discussão de qualquer matéria constitucional perante o Supremo Tribunal Federal permitem a verificação de uma profunda mudança no sistema de controle de constitucionalidade das normas, inclusive, a verificação de tendência de

enfraquecimento do controle difuso ou indireto.

Diante de tal panorama, a atual Constituição adota como espécies de controle judicial o sistema difuso e o abstrato. O primeiro outorga aos juízes e tribunais o poder de afastar a aplicação da lei inconstitucional em concreto, bem como através dos novos institutos do mandado de segurança coletivo, do mandado de injunção, do habeas data e da ação civil pública. O segundo, sistema abstrato, permite a discussão de forma abstrata da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma determinada norma. Tal controle poderá ser exercido através das ações diretas de inconstitucionalidade do direito federal e do direito estadual em face da Constituição; ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; representação interventiva, formulada pelo Procurador Geral da República, contra ato estadual considerado afrontoso aos chamados princípios sensíveis ou, ainda, para assegurar a execução de lei federal e ação direta por omissão.

A diferença fundamental entre os dois modelos está em que no controle difuso ou concreto a verificação de compatibilidade da norma ordinária em face da norma constitucional tem ocorrência dentro de uma relação processual em concreto, constituindo o fundamento de constitucionalidade ou inconstitucionalidade pressuposto da decisão. O controle abstrato, por sua vez, não está submetido a uma relação concreta ou qualquer outra situação subjetiva. Será discutida a constitucionalidade da norma em tese, sendo tal conclusão o próprio objeto principal da lide; a decisão será conferida por um órgão superior, no caso, o Supremo Tribunal Federal.

2.3. OS EFEITOS DAS DECISÕES PROFERIDAS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

As particularidades de cada sistema de controle de constitucionalidade não são objeto do presente estudo. Portanto, em razão da existência dessas e de pressupostos objetivos e subjetivos na aplicação dos sistemas de controle concreto e abstrato, recomenda-se a leitura de doutrina em direito constitucional. No entanto, para o desenvolvimento do tema, necessário a análise dos efeitos que cada sistema produz em relação à coisa julgada nas decisões que tenham por conteúdo a declaração de inconstitucionalidade da norma.

O estudo dos efeitos das decisões abrange o estudo da coisa julgada que tem por conteúdo a declaração da inconstitucionalidade da norma. A coisa julgada será analisada para cada um dos tipos de controle e se fará em relação às partes envolvidas e ao conteúdo da decisão, ou seja, o seu objeto.

No controle concreto de constitucionalidade, a análise da inconstitucionalidade de uma determinada norma se faz de forma incidental e, por isso, é analisada de forma prejudicial à questão de mérito. Em uma relação fática, em que as partes discutem sobre uma dada pretensão, para que o juiz possa prolatar a decisão final é preciso antes dirimir sobre a aplicação ou não de uma lei em que uma das partes reputou inconstitucional. O que se quer aqui não é declaração de inconstitucionalidade da lei, mas a solução do caso concreto. Assim, por se tratar de questão prejudicial, a solução sobre a constitucionalidade ou não da lei deverá constar na parte da fundamentação da sentença, o que conforme os ensinamentos da doutrina de direito processual, não faz coisa julgada, o que permite, portanto, solução diversa em outro processo.

Em relação ao limite subjetivo da coisa julgada no controle concreto, esse se refere ao alcance subjetivo da sentença, ou seja, quem a sentença alcançará. Determinam-se quais partes vinculam-se a tal decisão e, no controle em estudo, a sentença apenas alcança as partes que participaram da relação processual. Desse modo, a sentença apenas faz coisa julgada entre

as partes, destacando que apenas a parte dispositiva, que resolve sobre a relação jurídica, é que irá produzir o efeito de vinculação.

Em outro ponto, o controle abstrato de constitucionalidade tem por característica a análise da norma em tese, ou seja, analisa-se a constitucionalidade da norma em si mesma, não há necessidade de correlação da aplicação da norma ao caso concreto. Aqui, o objeto central do processo é a análise do conteúdo ou forma da norma frente a Constituição. O capítulo da sentença em que será proferida a decisão sobre o controle será o dispositivo da sentença. Dessa forma a coisa julgada será realizada sobre o próprio dispositivo da decisão de constitucionalidade ou inconstitucionalidade.

O art. 28, p. ú. da Lei n. 9868/99 prevê o efeito vinculante para as ações diretas, ou seja, as ações ali previstas estendem os efeitos de suas decisões para todos.

O efeito vinculante possui limites. Tais limites podem ser classificados como objetivos e subjetivos. Os limites objetivos do efeito vinculante referem-se à parte da decisão que tem efeito vinculante para os órgãos constitucionais, tribunais e autoridades administrativas.

Hoje, o STF tem o entendimento de que o efeito vinculante da decisão não está restrito à parte dispositiva da sentença, mas abrange também os próprios fundamentos determinantes. Nas palavras de Gilmar Mendes⁸, “com o efeito vinculante pretendeu-se conferir eficácia adicional à decisão do STF, outorgando-lhe amplitude transcendente ao caso concreto”.

Isso significa que os órgãos submetidos ao efeito vinculante não estão apenas condicionados a seguir o entendimento do Tribunal Constitucional fixado no dispositivo da sentença, mas a seguir a norma abstrata que se extrai da sua fundamentação, ou seja, que

⁸ Ibidem, p. 1337

determinada conduta, situação ou regulação é constitucional ou inconstitucional.

Em relação ao limite subjetivo, esse será erga omnes, o que significa que será estendido contra todos. O texto constitucional consagra efeito vinculante das decisões proferidas em controle direto aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública Direta e Indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, art. 102, §2º, CRFB/88. No mesmo sentido é o art. 28, p.ú. da Lei n. 9868/99.

Tal regra importa como consequência que todos os processos perante os juízes ou tribunais em que tenham por fim a aplicação da norma objeto de controle abstrato terão a aplicação vinculada conforme a decisão proferida pelo STF. Tal entendimento também se aplica ao Poder Executivo.

Ressalva-se que apenas o Legislativo não será compelido a seguir a orientação do STF. O Legislativo não se vincula a decisão proferida pelo STF, em razão do princípio da separação dos poderes. Assim, uma vez declarada a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, pode, posteriormente, o parlamento vir a produzir nova lei no mesmo sentido da anterior. Isso decorre da independência que o legislativo possui por representar a vontade do povo.

Delineado os aspectos mais importantes sobre os sistemas de controle judicial de constitucionalidade e seus efeitos, passa-se a análise da evolução jurisprudencial sobre o tema.

3. O PAPEL DO SENADO FEDERAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO

Uma das diferenças que podem ser destacadas entre os sistemas de controle de

constitucionalidade adotados no ordenamento brasileiro é a autonomia do STF para retirar os efeitos produzidos por uma lei depois de declarada sua inconstitucionalidade. No controle concentrado há a retirada de eficácia da lei do ordenamento, o que significa dizer que a lei passa a ser nula.

No controle difuso, a Constituição Federal não atribui tal poder para a Suprema Corte. Aplica-se no nesse âmbito o art. 52, X, CRFB/88, que ordena que, em caso de declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em sede de recurso extraordinário, remeterá a matéria ao Senado Federal para que este suspenda a execução da referida lei.

A aplicação do dispositivo supracitado é muito discutida em doutrina e foi objeto de profunda análise na Reclamação Constitucional n. 4335/AC⁹ em voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes.

No que se refere aos efeitos do ato do Senado que suspende a execução da lei inconstitucional, encontra-se em doutrina autores¹⁰ que defendem que tal ato tem o objetivo apenas de tornar pública a decisão proferida pelo STF, enquanto há outros autores¹¹ que sustentam que o ato do Senado tem como função conferir efeito geral a decisão do Supremo Tribunal Federal que apenas conferia eficácia entre as partes.

A posição do STF foi a de que o ato do Senado concedia eficácia genérica à decisão definitiva.

Outra discussão que envolvia a aplicação do art. 52, X, CRFB/88 é a que se refere a

⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Reclamação Constitucional 4335- AC*. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/409_RCL_4335_gilmar_mendes.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2011

¹⁰ BITTENCOURT, Lúcio. O Controle jurisdicional de constitucionalidade das leis. *Série Arquivos do Ministério da Justiça*. Brasília: Ministério da Justiça, p.145, 1997.

¹¹ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira. *A teoria das Constituições Rígidas*. 2ed. São Paulo: J.Bushasky Editor, 1980, p.210; BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 2ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002, p.84

dimensão dessa eficácia genérica à decisão definitiva. Possuiria tal decisão efeitos retroativos ou somente efeitos da suspensão para frente?

Deve-se ressaltar que a pronúncia da inconstitucionalidade, conforme entendimento predominante, possuía efeitos retroativos o que implicava na natureza declaratória da decisão de inconstitucionalidade.

Sobre a abrangência da expressão “suspensão da execução” contida no art. 52, X, CRFB/88, importante citar trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes¹² sobre a posição do Senador Accioly Filho:

Posto em face de uma decisão do STF, que declara a inconstitucionalidade de lei ou decreto, ao Senado não cabe tão-só a tarefa de promulgador desse decisório. A declaração é do Supremo, mas a suspensão é do Senado. Sem a declaração, o Senado não se movimenta, pois não lhe é dado suspender a execução de lei ou decreto não declarado inconstitucional. Essa suspensão é mais do que a revogação da lei ou decreto, tanto pelas suas conseqüências quanto por desnecessitar da concordância da outra Casa do Congresso e da sanção do Poder Executivo. Em suas conseqüências, a suspensão vai muito além da revogação. Esta opera ‘ex nunc’, alcança a lei ou ato revogado só a partir da vigência do ato revogador, não tem olhos para trás e, assim, não desconstitui as situações constituídas enquanto vigorou o ato derogado. Já quando de suspensão se trate, o efeito é ‘ex tunc’, pois aquilo que é inconstitucional é natimorto, não teve vida (cf. Alfredo Buzaid e Francisco Campos), e, por isso, não produz efeitos, e aqueles que porventura ocorreram ficam desconstituídos desde as suas raízes, como se não tivessem existido. Integra-se, assim, o Senado numa tarefa comum com o STF, equivalente àquela da alta Corte Constitucional da Áustria, do Tribunal Constitucional alemão e da Corte Constitucional italiana. Ambos, Supremo e Senado, realizam, na Federação brasileira, a atribuição que é dada a essas Cortes européias. Ao Supremo cabe julgar da inconstitucionalidade das leis ou atos, emitindo a decisão declaratória quando consegue atingir o ‘quorum’ qualificado. Todavia, aí não se exaure o episódio se aquilo que se deseja é dar efeitos ‘erga omnes’ à decisão. A declaração de inconstitucionalidade, só por ela, não tem a virtude de produzir o desaparecimento da lei ou ato, não o apaga, eis que fica a produzir efeitos fora da relação processual em que se proferiu a decisão. Do mesmo modo, a revogação da lei ou decreto não tem o alcance e a profundidade da suspensão. Consoante já se mostrou, e é tendência no direito brasileiro, só a suspensão por declaração de inconstitucionalidade opera efeito ‘ex tunc’, ao passo que a revogação tem

¹² MENDES, op.cit., Acesso em: 10 jan. 2011

eficácia só a partir da data de sua vigência.

Assim, é diferente a revogação de uma lei da suspensão de sua vigência por inconstitucionalidade. Revogada uma lei, ela continua sendo aplicada, no entanto, às situações constituídas antes da revogação (art. 153, § 3o, da Constituição). Os juízes e a administração aplicam-na aos atos que se realizaram sob o império de sua vigência, porque então ela era a norma jurídica eficaz. Ainda continua a viver a lei revogada para essa aplicação, continua a ter existência para ser utilizada nas relações jurídicas pretéritas (...). A suspensão por declaração de inconstitucionalidade, ao contrário, vale por fulminar, desde o instante do nascimento, a lei ou decreto inconstitucional, importa manifestar que essa lei ou decreto não existiu, não produziu efeitos válidos. A revogação, ao contrário disso, importa proclamar que, a partir dela, o revogado não tem mais eficácia. A suspensão por declaração de inconstitucionalidade diz que a lei ou decreto suspenso nunca existiu, nem antes nem depois da suspensão. Há, pois, distância a separar o conceito de revogação daquele da suspensão de execução de lei ou decreto declarado inconstitucional. O ato de revogação, pois, não supre o de suspensão, não o impede, porque não produz os mesmos efeitos.

Dessa forma, conclui-se que a “suspensão da execução de lei” era ato político que retirava lei do ordenamento jurídico com efeitos retroativos e de forma definitiva. O Senado Federal não era obrigado a expedir ato de suspensão, mas caso expedisse, não poderia conferir efeitos ampliativos ou restritivos ao julgado do STF.

Modernamente, tem-se afirmado que o art. 52, X, CRFB88, perdeu parte de seu significado com a ampliação do controle abstrato, e, por isso, sofre um processo de obsolescência. Segundo o entendimento de Gilmar Mendes¹³, 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 no instituto, que se inspirava diretamente na separação dos poderes. Para o autor, o instituto, hoje, tem serventia histórica, apenas.

Outro ponto elencado pelo Ministro Gilmar Mendes na Reclamação Constitucional

¹³ MENDES, op.cit., 2009, p.1131

4334¹⁴ é que diante da evolução do controle de constitucionalidade brasileiro, a suspensão da execução das leis pelo Senado estaria inadequada aos modelos atuais.

Cita-se como exemplo dessa inadequação, a situação de declaração de constitucionalidade da norma pelo STF. A decisão, nesse caso, não tem efeito vinculante e vale somente para as partes da demanda. Por não se tratar de declaração de inconstitucionalidade de lei, não há que se falar em suspensão da execução da lei pelo Senado, o que resultaria em inúmeras ações por parte da população pelo fato de restar aberta a controvérsia.

Na mesma situação encontram-se os casos em que o Supremo apenas decide com base na interpretação conforme à Constituição e outras técnicas de modulação dos efeitos.

Por fim, poder-se-ia falar, ainda, no fato do STF¹⁵ permitir a modulação dos efeitos da decisão em sede de controle difuso, ou seja, permitir a limitação dos efeitos no tempo atribuindo à decisão eficácia *ex nunc*.

Por essa razão, o papel do Senado vem sofrendo uma releitura através da técnica de mutação constitucional. O entendimento que tem prevalecido no Supremo Tribunal Federal é que a aplicação do art. 52, X, CRFB/88, no sentido de que a suspensão da lei ou ato normativo retira do ordenamento com eficácia *ex tunc*, configuraria negação a teoria da nulidade constitucional.

Argumenta-se que para ser coerente com a premissa de que a lei declarada inconstitucional é nula, deveria a jurisprudência defender que o ato de suspensão a ser praticado pelo Senado destinava-se exclusivamente a conferir publicidade à decisão do STF. A partir dessa conclusão, decorre como consequência lógica que se o STF, em sede de

¹⁴ MENDES, op.cit., Acesso em: 10 jan. 2011

¹⁵ CÔRREA, Maurício. *Recurso Extraordinário n. 197.971*. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=235847>>. Acesso em: 10 jan 2011

controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo a comunicação ao Senado para que se publique a decisão no Diário do Congresso, o que significa dizer que a própria decisão da Corte tem força normativa.

Nessa evolução é que se encontra o tema do presente trabalho.

4. ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE CONCRETO: FUNDAMENTOS, EFEITOS E JURISPRUDÊNCIA

Diante dos preceitos estabelecidos e somando-se as premissas que serão neste capítulo destacadas, pode-se afirmar que a abstrativização do controle concreto é tema que decorre da mutação constitucional que envolve os efeitos da decisão em sede de controle difuso.

Em termos gerais, poder-se-ia dizer que se trata da concessão de efeitos erga omnes as decisões que são preferidas em controle concreto.

O polêmico tema foi abordado na Reclamação constitucional, n. 4335/AC, STF¹⁶, que traz como principal argumento para essa tendência a mutação constitucional do art. 52, X, CRFB/88, (abordado no capítulo anterior) dentre outros que serão agora abordados.

A reclamação constitucional é cabível quando houver prejuízo em decorrência de decisões contrárias às teses do Supremo Tribunal Federal, em reconhecimento à eficácia vinculante erga omnes das decisões de mérito proferidas em sede de controle concentrado.

Do conceito, pode-se extrair que somente seria possível interpor reclamação constitucional quando ocorresse o desrespeito a uma decisão que foi proferida em sede de

¹⁶ MENDES, op.cit., Acesso em: 10 jan. 2011

controle concentrado e não no controle difuso, já que a atuação do STF nesse último nunca é o julgamento de uma tese e, sim, de um caso concreto. No entanto, tal não foi o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal quando entendeu como via adequada a propositura da Reclamação n. 4335- AC diante de decisão proferida em controle concreto de constitucionalidade.

O entendimento pela possibilidade da reclamação diante de uma decisão proferida em sede de recurso extraordinário é uma das premissas que vão firmar a conclusão de que o STF adota o entendimento de que tal decisão tem efeito erga omnes.

Para chegar a tal conclusão, aplica-se o entendimento acima abordado de que o papel do Senado Federal sofre uma releitura no Texto Constitucional, passando, assim, a mero órgão publicador das decisões proferidas pelo STF.

Ainda, como premissas de tal entendimento, pode-se citar a adoção pelo STF de dispensa de encaminhamento do tema constitucional ao Plenário do Tribunal, desde que aquele já tenha pronunciamento sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada lei. Essa providência estaria a concretizar o princípio da economia e celeridade.

Essa nova prática marca uma evolução no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, que passa a igualar, praticamente, os efeitos das decisões proferidas nos processos de controle abstrato e concreto. A decisão proferida pelo STF a cerca da inconstitucionalidade da norma, elide a presunção de constitucionalidade e permite que o órgão fracionário decida independentemente da observância pelo Pleno ou do Órgão Especial a que se encontra vinculado. Dessa possibilidade extrai-se claramente o efeito vinculante dos julgados da Corte Superior.

Ainda, o procedimento adotado em relação à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, mostra a inconsistência do modelo difuso em produzir efeitos

apenas entre as partes. A decisão do caso concreto proferida em ADPF, por se tratar de processo objetivo, será dotada de eficácia erga omnes; a mesma questão resolvida no processo de controle incidental terá eficácia inter partes.

Outro argumento que pode ser utilizado como premissa da abstrativização do controle concreto vem do próprio atuar do legislador ordinário. Nesse ponto, cita-se, novamente, o voto do Ministro Gilmar Mendes¹⁷:

No que se refere aos recursos especial e extraordinário, a Lei n. 8.038, de 1990, havia concedido ao relator a faculdade de negar seguimento a recurso manifestamente intempestivo, incabível, improcedente ou prejudicado, ou ainda, que contrariasse Súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça. O Código de Processo Civil, por sua vez, em caráter ampliativo, incorporou disposição que autoriza o relator a dar provimento ao recurso se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com a jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior (art. 557, § 1o-A, acrescentado pela Lei n. 9.756, de 1998). Com o advento dessa nova fórmula, passou-se a admitir não só a negativa de seguimento de recurso extraordinário, nas hipóteses referidas, mas também o provimento do aludido recurso nos casos de manifesto confronto com a jurisprudência do Supremo Tribunal, mediante decisão unipessoal do relator. Também aqui parece evidente que o legislador entendeu possível estender de forma geral os efeitos da decisão adotada pelo Tribunal, tanto nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade incidental de determinada lei federal, estadual ou municipal - hipótese que estaria submetida à intervenção do Senado -, quanto nos casos de fixação de uma dada interpretação constitucional pelo Tribunal.

Das premissas apresentadas, conclui-se que há uma modificação da tendência da aplicação dos efeitos do controle concreto em que passa-se a permitir a concessão de efeitos *erga omnes*.

A crítica que pode ser feita a tal entendimento é que se estaria ferindo diretamente os princípios constitucionais do devido processo legal e acesso à justiça, provocando verdadeira lesão aos direitos e garantias fundamentais preconizados na Constituição Federal. Nesse

¹⁷ MENDES, op.cit., Acesso em: 10 jan. 2011

sentido¹⁸:

Como se não bastasse reduzir a competência do Senado Federal à de um órgão de imprensa, há também uma consequência grave para o sistema de direitos e de garantias fundamentais. Dito de outro modo, atribuir eficácia erga omnes e efeito vinculante às decisões do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade é ferir os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório (art. 5.º, LIV e LV, da Constituição da República), pois assim se pretende atingir aqueles que não tiveram garantido o seu direito constitucional de participação nos processos de tomada da decisão que os afetará. Não estamos em sede de controle concentrado! Tal decisão aqui terá, na verdade, efeitos avocatórios. Afinal, não é à toa que se construiu ao longo do século que os efeitos da retirada pelo Senado Federal do quadro das leis aquela definitivamente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal são efeitos ex nunc e não ex tunc. Eis, portanto, um problema central: a lesão a direitos fundamentais.

Além da crítica citada acima por Lenio Streck, qual seja, o ferimento dos direitos e garantias fundamentais, dentre eles, o devido processo legal, pode-se citar que a amplitude da aplicação da mutação constitucional, perfaz uma concepção decisionista da jurisdição e contribui para a compreensão das Cortes Constitucionais como poderes permanentes. A crítica que se faz a tal entendimento é que a forma em que se aplica essa atividade traduz-se em uma atividade legislativa, em que o próprio Supremo Tribunal Federal está subvertendo a Constituição com o fundamento de estar garantindo e interpretando-a.

Por fim, a jurisprudência do STF caminha no sentido de cancelar o entendimento de que as decisões proferidas em sede de controle concreto estão aptas a produzir efeitos vinculantes e *erga omnes*.

Nesse sentido importante destacar um trecho da Reclamação n. 4334-5/AC¹⁹:

A resposta é óbvia, conduzindo inarredavelmente à reiteração do

¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. *A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: mutação constitucional e Limites da legitimidade da jurisdição constitucional*. Disponível em: <http://www.leniostreck.com.br/>. Acesso em 25 nov. 2010

¹⁹ GRAU, Eros. *Reclamação Constitucional 4335- AC*. Disponível em: <http://www.jurisiencia.com/pecas/reclamacao-4335-5-acre-voto-vista-do-ministro-eros-grau/82/>>. Acesso em: 10 jan. 2011

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

No caso, ademais, trata-se da liberdade de pessoas, cumprimento de pena em regime integralmente fechado. A não atribuição, à decisão do STF no HC n. 82.959, de força normativa bastante para suspender a execução da lei declarada inconstitucional compromete o regime de cumprimento de pena, o que não se justifica a pretexto nenhum.

Dessa forma, percebe-se que a tendência da jurisdição constitucional é cada vez mais conceder as decisões em sede de controle difuso com eficácia ampla de modo a tornar o entendimento do Supremo Tribunal Federal vinculante.

CONCLUSÃO

A partir da Reclamação n. 4335-5/AC, STF, observa-se uma nova tendência de mudança no controle de constitucionalidade adotado no Brasil. As diferenças referentes à eficácia de uma decisão proferida em sede de cada espécie de controle estão praticamente extintas. A jurisprudência do STF busca aplicar efeitos vinculantes e *erga omnes* a todas as suas decisões, sejam elas proferidas em sede de controle concreto ou abstrato.

A preocupação que deve ser sentida pela comunidade jurídica é sobre o próprio papel a ser desempenhado pelo STF e os limites de sua atuação.

A nova perspectiva fere frontalmente direitos fundamentais, dentre eles, o devido processo legal que culmina por atingir o próprio acesso à justiça. A concessão de eficácia vinculante e *erga omnes* que o STF propõe para as decisões proferidas em sede de controle difuso fulminam a possibilidade de o particular postular uma solução diferente para o caso concreto. As próprias súmulas perderão a razão de ser, visto que um julgamento com decisão

de inconstitucionalidade terá a mesma força.

Ainda, a mutação constitucional realizada na esteira do pensamento do STF, poderá ocasionar no futuro inúmeros julgamentos de conteúdo completamente discricionário.

Assim, a necessidade que se tem observado de enxugar os números de recursos com o fim de diminuir os processos para julgamento nas Cortes Superiores tem levado a construção e adoção de mecanismos pelo STF que restringem o alcance do indivíduo à justiça. Aplica-se uma mecanização dos julgamentos, fazendo com que a solução aplicada para um caso, seja a mesma para todos os demais que possuírem iguais fundamentos.

Nesse momento, não pode a comunidade jurídica quedar-se inerte, é preciso analisar até que ponto o princípio da celeridade e eficiência nos julgamentos podem comprometer o acesso do cidadão à justiça. É preciso lembrar, ainda, que para que se fale em eficiência é preciso conceder o direito do cidadão a obter uma resposta do Poder Judiciário.

Afinal, a garantia do cidadão ao acesso à Justiça é uma das formas de concretizar o princípio do Estado Democrático do Direito, fundamento da Constituição Federal e de todo o ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 3.ed. Rio de Janeiro: SARAIVA, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 2.ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 24.ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2009.

CÔRREA, Maurício. *Recurso Extraordinário n. 197.971*. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=235847>. Acesso em: 10 jan 2011.

GRAU, Eros. *Reclamação Constitucional 4335- AC*. Disponível em: <http://www.jurisciencia.com/pecas/reclamacao-4335-5-acre-voto-vista-do-ministro-eros-grau/82/>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira. *A teoria das Constituições Rígidas*. 2.ed. São Paulo: J.Bushasky Editor, 1980.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Reclamação Constitucional 4335- AC*. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/409_RCL_4335_gilmar_mendes.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2011

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 5.ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2010.

STRECK. Lenio Luiz. *A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: mutação constitucional e Limites da legitimidade da jurisdição constitucional*. Disponível em: <http://www.leniostreck.com.br/>. Acesso em 25 nov. 2010