



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Abstrativização do Controle Difuso

ÁLANA ALVES PEREIRA RUSSO

Rio de Janeiro
2016

ÁLANA ALVES PEREIRA RUSSO

A Abstrativização do Controle Difuso

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores orientadores:
Mônica Areal
Néli Luiza C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2016

A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO

Álana Alves Pereira Russo

Graduada pela Universidade Cândido Mendes – UCAM Campos Ipanema. Pós-graduanda pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: A federação é a forma de estado adotada no Brasil. Uma das características de conservação desse modelo de estado é a existência de órgão competente para controle de constitucionalidade de leis e atos normativos. No ordenamento jurídico brasileiro esse controle é feito com base em dois sistemas diferentes. Há o modelo difuso, de origem americana, realizado por qualquer juiz de maneira incidental dentro de um processo subjetivo. E também existe o modelo concentrado, de origem austríaca, realizado pelo Supremo Tribunal Federal por meio de ação direta. Cada um desses sistemas tem efeitos diferentes, o que será abordado ao longo do presente artigo. Para ocorrer a abstrativização do controle difuso seria necessário que houvesse a mutação constitucional do artigo 52, X da CRFB/88. Isso faria com que um dos requisitos do controle difuso para tornar a decisão *erga omnes* não fosse mais necessário. Ao longo do estudo será explicado o porque da necessidade dessa mutação e quais os fundamentos que existem para ele não tenha ocorrido até agora.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Controle de Constitucionalidade. Modelo Difuso.

Sumário: Introdução. 1. Fundamentos que Constituem, em tese, Empecilho para a Abstrativização no controle Difuso 2. Mutações Constitucionais do Artigo 52, X. 3. Desnecessidade do Senado para a Decisão de Tornar *Erga Omnes*. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO:

A presente pesquisa científica pretende demonstrar que no ordenamento jurídico atual não deveria mais que se esperar a resolução do Senado para que a decisão do Supremo, em sede difusa, seja considerada vinculante e tenha efeito *erga omnes*. O objetivo será de mostrar a relevância da teoria da abstrativização do controle difuso. E que sua adoção suscitaria benefícios ao ordenamento jurídico pátrio.

Quando em sede de controle de constitucionalidade incidental uma norma é declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ela apenas tem efeitos *inter partes*

e não vinculantes. Conseqüentemente, os juízes estão autorizados a não seguirem o que foi decidido pelo Supremo, logo, traz uma insegurança jurídica para as partes.

A presente temática tem grande importância, pois, em uma demanda que tenha como objeto a mesma norma que foi declarada inconstitucional pela Suprema Corte, pode em um outro processo o juiz declarar a norma constitucional.

Inicia-se o primeiro capítulo apresentando quais seriam os fundamentos que constituem, em tese, empecilho para a abstrativização no controle difuso. Procura-se comprovar que o atual fundamento de que o controle de inconstitucionalidade, realizado de maneira incidental pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, deveria produzir efeitos *inter partes* e não vinculantes poderá ser mudado.

Procede-se, no segundo capítulo, ponderando se teria ocorrido a mutação constitucional diante da necessidade da releitura do artigo 52, X da CRFB a luz de novos fatos. Pretende-se defender que ocorreu a mutação, e dessa forma, o dispositivo deveria ser interpretado no sentido de que o atual papel do Senado seria apenas o de dar publicidade à decisão do Supremo.

O terceiro capítulo destina-se a examinar se realmente haveria a necessidade da resolução do Senado para tornar a decisão do Supremo, em via incidental, *erga omnes* e vinculante. A intenção será de expor que uma vez ocorrido à mutação constitucional do artigo 52, X da CRFB o Senado não necessitará suspender a execução de lei declarada inconstitucional por decisão do Supremo, ele apenas iria conferir publicidade ao ato.

A pesquisa utilizará a metodologia do tipo qualitativa, explicativa e bibliográfica, de natureza descritiva – qualitativa e parcialmente exploratória.

1. FUNDAMENTOS QUE CONSTITUEM, EM TESE, EMPECILHO PARA A ABSTRATIVIZAÇÃO NO CONTROLE DIFUSO

O ordenamento jurídico brasileiro adota o modelo híbrido, também chamado de misto acerca o controle de constitucionalidade. Diante disso tanto incorporou-se o controle difuso - sistema americano, quanto o controle concentrado - sistema continental europeu. O presente trabalho científico, a respeito da teoria da abstrativização, foca no controle de constitucionalidade na modalidade difusa.

O controle difuso nasceu com o caso Madison X Marbury, em que o Juiz Marshall da Suprema Corte Americana afirma que a ação proposta por Marbury teve como base uma lei que ampliou a competência da Suprema Corte. Para ele, quem determina a competência da Suprema Corte seria a Constituição e não uma lei infraconstitucional. Logo, como a lei estava de encontro com a Constituição deveria ser afastada. Foi adotada, pela primeira vez, a tese de que havendo conflito entre a Constituição e a legislação ordinária, a Constituição teria que ser aplicada, pois, é hierarquicamente superior as outras legislações.

Esse julgamento teve importante repercussão no direito, “[...] foi a primeira decisão na qual a Suprema Corte afirmou seu poder de exercer o controle de constitucionalidade, negando aplicação a leis que, de acordo com sua interpretação, fossem inconstitucionais”¹.

O controle judicial incidental de constitucionalidade é exercido por qualquer órgão judicial no curso de processo de qualquer natureza, e poderá ser suscitado pelos seguintes sujeitos: réu, autor, Ministério Público (seja quando for parte ou *custos legis*), e pelo juiz ou Tribunal de ofício.

A inconstitucionalidade poderá ser arguida em qualquer momento do processo, mesmo que não tenha sido feita no primeiro grau, ela poderá ser efetuada no segundo grau. Somente no âmbito do recurso extraordinário, perante o Supremo Tribunal Federal, que há

¹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 5.

uma exceção, pois, necessita-se do prequestionamento acerca da questão constitucional para a sua admissibilidade.

Pode ser objeto desse controle as normas emanadas de todos os entes federativos, seja federal, estadual, distrital ou municipal. Tais normas podem conter conteúdo de qualquer natureza jurídica. Inclusive poderá ser anterior à Constituição Federal, caso em que o órgão julgador se pronunciará acerca da sua recepção ou não.

É característica essencial dessa modalidade de controle que haja um processo subjetivo, com conflitos de interesses e que alguém suscite a dúvida acerca a constitucionalidade de determinada lei ou norma. Evidencia-se que o objetivo principal da causa não é declarar inconstitucional a norma e sim reconhecer ou não ao autor seu pedido do caso concreto. Percebe-se que a questão constitucional, portanto, é uma questão prejudicial ao prosseguimento do julgamento da causa principal.

Quando o reconhecimento de inconstitucionalidade for no âmbito dos Tribunais, deverá ser observado o princípio da reserva do plenário. Esse princípio, previsto no artigo 97 da CRFB/88, enfatiza que somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Diante disso, a ação que *a priori* encontra-se no órgão fracionário do Tribunal, ao ser suscitada a inconstitucionalidade de determinada norma, caso ela seja admitida, deverá operar uma cisão funcional de competência, ou seja, será enviado ao órgão especial somente a remessa quanto a questão prejudicial. Vale ressaltar que embora o órgão fracionário do Tribunal não possa declarar a inconstitucionalidade, ele poderá reconhecer constitucionalidade de uma norma.

Eventual recurso sobre o julgamento da arguição de inconstitucionalidade não poderá ser da decisão do órgão especial, que resolve o incidente, mas sim da decisão da turma que

prolatará o acórdão do processo, vide súmula 513 do STF. Quanto aos embargos infringentes, estes também serão vedados da decisão do órgão fracionário, como consta na súmula 293 do STF.

O controle incidental no âmbito do Supremo Tribunal Federal, também respeitará a regra da reserva de plenário. Portanto, será submetido a arguição de inconstitucionalidade ao plenário pela turma. Para o julgamento, necessitará da presença mínima de oito ministros e para que seja declarada a inconstitucionalidade, precisa da decisão nesse sentido de seis ministros, vide art. 143 e 173 do RISTF².

Outra peculiaridade do controle feito pelo Supremo, é que essa decisão do plenário acerca a constitucionalidade ou não da norma terá efeito somente entre as partes do processo e, portanto, não será vinculante aos outros órgãos judiciais. Somente se o ocorrer a suspensão da norma pelo Senado é que a decisão poderá tornar *erga omnes*.

Um dos fundamentos que constituem, em tese, empecilho para a abstrativização no controle difuso é o efeito subjetivo da decisão. A sentença do processo prolatada pelo órgão judicial, que contém o reconhecimento de inconstitucionalidade do ato normativo, será revestida pela eficácia *inter partes*. Ou seja, diante desse efeito subjetivo, a questão resolvida será limitada para somente as partes do processo.

A concepção da eficácia subjetiva no controle incidental é compreendida por Barroso³:

Transitada em julgado a decisão, isto é, não sendo mais impugnável por via de recurso, reveste-se ela da autoridade da coisa julgada. Sua eficácia subjetiva, no entanto, é limitada às partes do processo, sem afetar terceiros (CPC, art. 472). Por outro lado, o objeto da causa é demarcado pelo pedido formulado, não podendo o pronunciamento judicial estender-se além dele. Portanto, a eficácia objetiva da coisa julgada é limitada ao que foi pedido e decidido, sendo certo que é a parte dispositiva da sentença (CPC, art. 458), na qual se contém a resolução das questões postas, que recebe a autoridade da coisa julgada.

² BRASIL. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2016.

³ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 105.

O principal óbice à aceitação da teoria a ser estudada é esse efeito *inter partes* da decisão do STF em sede de controle difuso. Segundo o art. 52, X da CRFB/88⁴ somente com a suspensão da norma pelo Senado é que poderá surgir o efeito *erga omnes*. Isso faz com que numa demanda que tenha como objeto a mesma norma que foi declarada inconstitucional pela Suprema Corte, pode em um outro processo o juiz declarar a norma constitucional.

Foi o que ocorreu na Reclamação 4335/AC do STF⁵. No HC 82959/SP o Plenário do Supremo, declarou inconstitucional o parágrafo 1º do art. 2º da Lei 8.072/90⁶, autorizando a progressão de regime em crimes hediondos e equiparados. Logo após, um juiz da vara de execuções penais de Rio Branco indeferiu o pedido de progressão de regime em favor de um condenado. Alegou o juiz que a Lei 8.072/90 proibia tal progressão e que a decisão do STF somente teria eficácia *erga omnes* se o Senado Federal suspendesse a execução do dispositivo. A presente situação motivou o réu a formular a reclamação ao STF.

Esse exemplo ilustra o contexto em que se encontra o ordenamento jurídico no caso do controle na via incidental. Mostrando que seria importante que a decisão do Supremo, em sede incidental, viesse a ser vinculante.

Portanto, é preciso que haja mudança no atual fundamento de que o controle de inconstitucionalidade ou constitucionalidade, realizado de maneira incidental pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, deva produzir efeitos *inter partes* e não vinculantes.

E essa mudança poderá ser feita através da reanálise do texto constitucional a luz de novos fatos, sem haver alteração formal no dispositivo constitucional. Dessa forma, haveria uma mutação constitucional do art. 52, X.

⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 10 abr. 2016

⁵ BRASIL. STF. Rel n. 4335. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rel%24.SCLA.+E+4335.NUME.%29+OU+%28Rel.ACMS.+ADJ2+4335.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c4z34zg>>. Acesso em: 27 fev. 2016.

⁶ BRASIL. Lei n. 8.072/90, de 25 de julho de 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>. Acesso em: 10 abr. 2016.

2. MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ARTIGO 52, X

A Constituição não pode ser considerada imutável, de modo que fique engessada com ideias de determinada época. É preciso que haja um mecanismo apto a fazer uma reanálise do texto à luz de novos fatos. Isso irá permitir que a Constituição fique sempre alinhada com a realidade fática do país. Nas palavras de Luís Roberto Barroso, “[...] as Constituições não são eternas nem podem ter a pretensão de ser imutáveis. Uma geração não pode submeter a outra aos seus desígnios. Os mortos não podem governar os vivos”⁷.

No Brasil, é o instituto da mutação constitucional o utilizado para mudar informalmente o texto constitucional, alterando assim somente o sentido do texto. Esse fenômeno, também conhecido como interpretação evolutiva ou transição constitucional, que permite a releitura da Constituição com base em fatos novos, faz com que a Carta Constitucional fique sempre conectada com a evolução da sociedade e seus novos anseios.

Apesar da evolução no entendimento da norma constitucional ser possível, é preciso haver um limite. “A nova interpretação há, porém, de encontrar apoio no teor das palavras empregadas pelo constituinte e não deve violentar os princípios estruturantes da Lei Maior; do contrário, haverá apenas uma interpretação inconstitucional”⁸. A nova forma de interpretar não poderá gerar um grande desvio do original sentido dado a norma pelo Constituinte Originário.

Dois acontecimentos distintos podem ocasionar uma mutação constitucional. O primeiro deles é a transformação da sociedade, e o segundo, a mudança no entendimento jurídico de determinada norma. Conforme expressa Gilmar Mendes⁹:

⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 122.

⁸ MENDES, Gilmar Mendes; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 220.

⁹ *Ibid.*, p. 220.

[...] em virtude de uma evolução na situação de fato sobre a qual incide a norma, ou ainda por força de uma nova visão jurídica que passa a predominar na sociedade, a Constituição muda, sem que suas palavras hajam sofrido modificação alguma. O texto é o mesmo, mas o sentido que lhe é atribuído é outro.

Haveria necessidade de ocorrer a mutação do artigo 52, X¹⁰ da Constituição da República para que a decisão do Plenário do STF, em sede de controle difuso, possa ganhar efeitos vinculantes e eficácia *erga omnes* sem a atuação do Senado.

O mencionado artigo tem raízes históricas e com a evolução do ordenamento jurídico sua função deixou de ser imprescindível. O relator Ministro Gilmar Mendes, ao proferir seu voto na Reclamação 4.335¹¹, de modo minucioso, aborda a origem e o desenvolvimento desse artigo no ordenamento pátrio. Demonstra que desde o momento de sua criação já merecia receber críticas:

Embora a doutrina pátria 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. [...] Quando o instituto foi concebido no Brasil, em 1934, dominava uma determinada concepção da divisão de poderes, há muito superada. A exigência de que a eficácia geral da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal fique a depender de uma decisão do Senado Federal, introduzida entre nós com a Constituição de 1934 e preservada na Constituição de 1988, perdeu grande parte do seu significado com a introdução do controle abstrato de normas.

A indignação contra esse artigo 52, X da CRFB/88 é que aumentou consideravelmente o número de situações em que a Suprema Corte pode desde já ter a sua decisão oponível contra todos. Isso ocorre principalmente em sede de controle concentrado, com o manejo da ação direta de inconstitucionalidade e com a ação declaratória de constitucionalidade. Mas não são somente essas ações, na ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, também, a decisão proferida pelo Supremo terá força vinculante e eficácia *erga omnes*. Contudo, se o mesmo tema for julgado pelo Supremo

¹⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 10 abr. 2016.

¹¹BRASIL. STF. Rcl n. 4335. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24.SCLA.+E+4335.NUME.%29+OU+%28Rcl.ACMS.+ADJ2+4335.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c4z34zg>>. Acesso em: 27 fev. 2016.

de maneira incidental dentro de um processo subjetivo, não receberá esses mesmos efeitos, o que demonstra uma verdadeira inconsistência no presente ordenamento jurídico.

O mesmo fenômeno ocorre nas ações de processo coletivo, como a ação civil pública, ação popular e no mandado de segurança coletivo. Nelas, quando o pedido formulado pelo autor seja julgado procedente, ou quando o pedido seja julgado improcedente por inexistência de fundamento a decisão dessas ações constitucionais adquirirá a eficácia de coisa julgada, sendo também oponível *erga omnes*. Somente nos casos de improcedência por falta de provas é que a decisão não fará coisa julgada e terá sua eficácia *inter partes*. Nesse caso, caso haja novas provas pode-se ajuizar novamente a ação.

Outro exemplo ocorre quando o Supremo utiliza da técnica de interpretação conforme à Constituição e a declaração de nulidade sem redução de texto. Na primeira, o Supremo declara que uma norma somente será tida como constitucional se observada determinada interpretação. Na última, determinada hipótese de aplicação da norma é excluída por ser vista como inconstitucional. Essas técnicas de decisões do Supremo podem ser utilizadas em processo subjetivo e não precisam do Senado para obter a eficácia *erga omnes*.

Ademais, haverá dispensa na utilização da regra da reserva do plenário, se o órgão fracionário entender que a norma é constitucional; se houver decisão anterior do plenário do próprio Tribunal a respeito da mesma matéria; e se houver decisão anterior do Supremo (art. 949, parágrafo único do CPC/15¹²). Nesse caso, uma decisão do Supremo proferida em sede de controle incidental vinculará o órgão fracionário para que ele possa julgar do mesmo modo. Ocorreu uma transcendência dos efeitos da decisão sem a necessidade da suspensão da norma pelo Senado.

A adoção do mecanismo das súmulas vinculantes evidencia que o STF, por meio da aprovação de dois terços de seus membros, poderá aprovar súmula que terá efeito vinculante

¹² BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 10 abr. 2016.

em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual, municipal e distrital, vide art. 103-A CRFB/88¹³. Percebe-se aqui mais um exemplo vinculante da declaração de inconstitucionalidade sem a necessidade de interferência do Senado Federal.

É preciso refletir a respeito de tal acontecimento, qual seria o motivo de uma decisão prolatada pelo Supremo em controle difuso não adquirir a eficácia geral, enquanto que a decisão proferida pelo próprio Supremo, diante de um eventual recurso dessas ações mencionadas anteriormente, adquiriria a eficácia geral? Isso parece ocorrer por razões históricas que precisam ser superadas. O instituto do controle de constitucionalidade difuso é anterior ao mecanismo de controle concentrado de constitucionalidade e também das ações constitucionais anteriormente citadas. Pode ser que ele receba esse tratamento mais rígido por ser mais antigo, de qualquer modo, não há necessidade para que continue assim.

Portanto, verificou-se que a razão do artigo 52, X estar presente na Constituição se deu por um motivo histórico e que, diante disso, poderia ocorrer a releitura do papel do Senado diante do controle de constitucionalidade feito pela via incidental.

3. DESNECESSIDADE DO SENADO PARA A DECISÃO SE TORNAR *ERGA OMNES*

Uma vez aceita a possibilidade de ocorrência da interpretação evolutiva do art. 52, X da CRFB/88¹⁴, não haveria mais a necessidade do Senado Federal para tornar vinculante e *erga omnes* a decisão prolatada pelo Supremo em sede de controle difuso.

Um dos pilares do Estado de Direito é o princípio da separação dos Poderes, previsto expressamente na Constituição da República em seu art. 2º¹⁵. Defende-se que a essência do

¹³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 10 abr. 2016.

¹⁴ Ibid.

art. 52, X seria a de justamente proteger tal princípio. Entretanto, o surgimento de extensão ampla do controle de constitucionalidade concentrado e com o advento de várias ações constitucionais, fizeram com que o Supremo pudesse proferir sua decisão com eficácia geral sem violar ao consagrado princípio.

Diante desse artigo constitucional, o não emprego de uma lei declarada inconstitucional pelo Supremo, em sede difusa, dependeria exclusivamente da vontade de um órgão de caráter político. Enquanto o próprio órgão guardião da Constituição não poderia tornar a sua decisão com efeitos contra todos.

Havendo mutação, não seria o Senado que conferiria eficácia geral à decisão prolatada pelo Supremo, a própria decisão em si já nasceria com essa força. O Senado, a partir dessa nova visão, teria a missão de simplesmente dar efeito de publicidade à decisão.

Há controvérsia a respeito de se a suspensão da execução da lei ou ato normativo pelo Senado seria discricionária ou obrigatória. Apesar da controvérsia, a jurisprudência do Supremo defende a facultatividade do Senado. Ou seja, ele não está vinculado ao órgão jurisdicional, contendo plena liberdade de proceder ou não à edição da resolução suspensiva.

Esse entendimento somente amplia a necessidade da ocorrência da interpretação evolutiva do instituto, pois, por meio desse, quem decidirá em última instância sobre a aplicação da decisão do Supremo de maneira geral será o Senado, o que deveria incumbir ao Poder Judiciário. Além disso, por ser tratar de ato de natureza discricionária, somente diante de juízo de oportunidade e conveniência pelo Senado é que haveria a suspensão da norma.

Caso fosse evidenciada a mutação proposta, a inércia do Senado não traria danos, pois, não teria o condão de impedir que a decisão do STF já tenha sua eficácia geral.

Como atualmente o Senado ainda dispõe do poder de suspender a execução de lei ou ato normativo, é importante saber qual seria a extensão dessa suspensão. Há controvérsia na

¹⁵ Ibid.

doutrina em saber se o Senado poderia restringir os efeitos da decisão declarada inconstitucional. A jurisprudência do STF é no sentido de negar tal possibilidade, inclusive já teve a oportunidade de declarar inconstitucional resolução do Senado que modificou a decisão prolatada pelo Supremo. Tal entendimento se verificou também no julgamento da Reclamação 4.335¹⁶:

O Senado Federal não revoga o ato declarado inconstitucional, até porque lhe falece competência para tanto. Cuida-se de ato político que empresta eficácia erga omnes à decisão do Supremo Tribunal proferida em caso concreto. Não se obriga o Senado Federal a expedir o ato de suspensão, não configurando eventual omissão ou qualquer infringência a princípio de ordem constitucional. Não pode a Alta Casa do Congresso, todavia, restringir ou ampliar a extensão do julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal.

Com isso, o panorama do Senado passa ser o seguinte: ele tem a discricionariedade de editar a resolução suspensiva da norma, todavia, em caso afirmativo ele não poderá modificar a decisão original do Supremo.

Uma vez editada a resolução pelo Senado é preciso saber se há possibilidade ou não de sua posterior revogação. Não obstante haja divergência, o entendimento da Suprema Corte é no sentido da impossibilidade de sua revogação. Como salienta Guilherme Peña de Moraes, “[...] a resolução suspensiva do Senado Federal é irrevogável, ao argumento de que este exaure a sua competência constitucional no momento em que edita aquela”¹⁷.

Verifica-se que uma determinada questão resolvida, em sede incidental, pelo Supremo não terá eficácia geral enquanto não suspensa esse ato normativo pela resolução do Senado Federal. Isso enseja falta de segurança jurídica no ordenamento jurídico, pois, mesmo havendo uma decisão do Supremo sobre determinada questão, um juiz poderá decidir de forma contrária.

Essa aparente contradição faz com que todo o trabalho de levar a questão ao julgamento pelo Supremo somente beneficie as partes do processo. Enquanto o mais salutar

¹⁶ Ibid., p. 25.

¹⁷ PEÑA DE MORAES, Guilherme. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 177.

para a sociedade seria esse próprio julgamento servir para todos, já que o Senado não tem a obrigatoriedade de suspender a norma.

Enquanto não houver a alteração dessa orientação, diante de um problema já resolvido pelo STF, continuarão a serem prolatadas decisões em sentido contrário, porque nenhum órgão *a quo* estará vinculado à decisão proferida. Como o acórdão do Supremo não terá efeito vinculante, não será possível o manejo do instituto da Reclamação, caso órgão hierarquicamente inferior julgue em sentido contrário.

Vale ressaltar que somente os legitimados previstos na Constituição Federal possuem a legitimidade para ingressar com ação direta de inconstitucionalidade. O cidadão, ao se deparar com uma inconstitucionalidade, somente tem a opção de utilizar o mecanismo de controle de forma incidental, ou seja, dentro do processo subjetivo. Poderá ocorrer a situação de uma questão envolvendo um mesmo ato normativo já declarado inconstitucional anteriormente, de forma incidental pelo Supremo, e que não teve sua execução suspensa pelo Senado chegar novamente a Corte Suprema. Esse procedimento vai de encontro ao princípio da celeridade, pois, haverá a movimentação na máquina judiciária para decidir algo que já poderia ter sido resolvido de forma ampla, mas que não o foi, já que o papel do Senado é discricionário.

É por isso que se apoia a tese de que o papel precípua do Senado Federal, no controle difuso de constitucionalidade, seria o de apenas dar publicidade ao ato. Nas palavras de Gilmar Mendes¹⁸:

Assim, parece legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Desta forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a

¹⁸ BRASIL. STF. Rcl n. 4335. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24.SCLA.+E+4335.NUME.%29+OU+%28Rcl.ACMS.+ADJ2+4335.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c4z34zg>>. Acesso em: 27 fev. 2016.

decisão[...], não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa força normativa. Assim, o Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, [...], mas de simples dever de publicação, tal como reconhecido a outros órgãos políticos em alguns sistemas constitucionais [...].

Portanto, seria desnecessária a atuação do Senado para que a decisão prolatada em sede incidental, que ocorre principalmente em julgamento de recursos extraordinários, já nasce com efeitos vinculantes e eficácia *erga omnes*.

CONCLUSÃO

Como se pode observar ao longo deste estudo, o controle de constitucionalidade brasileiro é formado por duas vertentes, uma de caráter abstrato e outra de caráter incidental. O controle de constitucionalidade concentrado é feito no âmbito de um processo objetivo, direcionado diretamente ao Supremo Tribunal Federal. Enquanto o controle concreto é feito de maneira incidental dentro de um processo subjetivo, sendo possível sua aferição por qualquer juiz competente.

Foi visto que por serem institutos diferentes suas decisões tem efeitos distintos. No caso do Supremo, diante de uma ADI, julgar uma norma inconstitucional o seu efeito será vinculante a todos os órgãos administrativos e judiciais e terá eficácia *erga omnes*. Contudo, se o Supremo julgar uma lei inconstitucional, de maneira incidental, o efeito desse julgamento não será vinculante e sua eficácia será *inter partes*. Este é o maior fundamento que constitui, em tese, empecilho para a abstrativização do controle difuso.

Analisou-se que diante do artigo 52, X da CRFB/88 somente se o Senado Federal suspender a execução da norma declarada inconstitucional, de maneira incidental, pelo Supremo é que ela poderá ter eficácia *erga omnes* e vinculante. Defende que o melhor seria

que esse dispositivo sofresse de uma mutação constitucional, ou seja, uma nova leitura a partir dos fundamentos da sociedade atual.

Ocorrendo a interpretação evolutiva do artigo constitucional, não seria necessária a atuação do Senado para que a decisão prolatada, em sede incidental, pelo Supremo se torne vinculante e *erga omnes*. No caso, o Senado teria o papel precípua de dar publicidade ao ato.

Defende que diante do princípio da segurança jurídica, o melhor seria que uma decisão proferida pelo Supremo em sede incidental tenha desde já o mesmo efeito do que a decisão em sede abstrata. Caso contrário, acontecerá o que já vem ocorrendo, que é o Supremo decidir pela inconstitucionalidade de determinada norma num processo subjetivo, e como não tem efeito vinculante, um juízo *a quo* discorda de tal entendimento e julga constitucional a própria norma. A parte prejudicada terá que utilizar de recursos para conseguir levar a questão novamente ao STF para declará-la inconstitucional novamente. Não se vê célere esse procedimento. Por isso, arguiu-se que se a decisão do STF já fosse vinculante, caso o juízo *a quo* julgasse de outra forma poderia utilizar-se da Reclamação Constitucional.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. STF. Rcl n. 4335. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24.SCLA.+E+4335.NUME.%29+OU+%28Rcl.ACMS.+ADJ2+4335.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinurl.com/c4z34zg>>. Acesso em: 27 fev. 2016.

_____. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 10 abr. 2016.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 10 abr. 2016.

MENDES, Gilmar Mendes; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

PEÑA DE MORAES, Guilherme. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.