



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Abstrativização do controle difuso de constitucionalidade

Rachel Gonçalves Silva

Rio de Janeiro
2009

RACHEL GONÇALVES SILVA

A abstrativização do controle difuso 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^a Néli Fetzner

Prof. Nelson Tavares

Prof. Marcelo Pereira

Rio de Janeiro
2009

A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

Rachel Gonçalves Silva

Graduada pela UFF/RJ

Pós-graduanda pela EMERJ

Resumo: Este trabalho de pesquisa visa focar a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, abordando a nova tendência do STF de defender a aplicação da mutação constitucional do art. 52, X, CF como forma de se admitir que decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade tenham eficácia geral, sem necessidade de atuação do Senado Federal. Para atingir tal desiderato expõem-se os métodos de controle de constitucionalidade e as modificações inseridas no sistema, analisando se houve ou não aproximação dos mesmos. Como conclusão apresenta-se um modo de adequar as normas do sistema às modificações ocorridas, sem violação do princípio constitucional da separação de poderes.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade. Abstrativização do controle difuso. Efeitos da decisão em controle difuso. Mutação Constitucional.

Sumário: Introdução. 1 Noções sobre o controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 1.1 Breve histórico. 1.2. O controle de constitucionalidade na Constituição de 1988. 1.3. Métodos de controle no direito brasileiro. 2. abstrativização do controle difuso. 2.1. mudanças trazidas pela Emenda Constitucional 45/04. 2.2 a objetivização do recurso extraordinário. 2.3. aproximação do controle difuso e concentrado e a utilização da reclamação constitucional. 2.4. os precedentes do STF que deram origem a discussão a respeito da mutação constitucional do art. 52, X, CF. 3. as soluções apontadas. 3.1. mutação constitucional do art. 52, X, CF.

INTRODUÇÃO

Este trabalho dedica-se ao estudo, à luz da doutrina e da jurisprudência, da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade a partir da atribuição de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante imediato às decisões prolatadas em controle difuso de constitucionalidade pela Corte Constitucional. Com tal escopo descreve o sistema jurisdicional misto de controle da constitucionalidade existente no Brasil, composto por dois

modelos, o difuso e o concentrado, e estabelece como premissa a reflexão sobre a série de transformações pelas quais tem passado a hermenêutica constitucional que tornaram mais célere e eficaz a entrega da tutela jurisdicional.

A repercussão geral e a súmula vinculante, importantes mecanismos criados com a Emenda Constitucional nº 45/2004, ampliaram o sistema vigente e serão analisados dentro das modificações ocorridas no sistema de controle de constitucionalidade.

Objetiva-se discutir a transformação nos procedimentos de controle de constitucionalidade diante das reformas constitucionais e se estas importariam na aproximação entre o controle difuso e o concentrado a ponto de suprimir as diferenças existentes entre eles.

Neste cenário, o papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade realizado pelo STF vem sendo revisitado, assim como as hipóteses de utilização da reclamação. Tais questionamentos conduzem à duvidosa subsistência, no ordenamento jurídico brasileiro, do controle difuso de constitucionalidade da forma como inicialmente criado.

Pretende-se despertar a atenção para a moderna doutrina que defende uma nova interpretação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso. Nesse contexto, sobressai em importância a utilização do recurso extraordinário como mecanismo de objetivação do controle difuso de constitucionalidade e a contestação ao papel desempenhado pelo Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade, que passaria a ter, segundo a moderna tese que defende a mutação constitucional do art. 52, X, CF, a mera função de dar publicidade às decisões do STF.

Ao longo do artigo serão analisados os seguintes tópicos: Aproximação entre o controle difuso e concentrado de constitucionalidade e o papel do Senado Federal, avaliando a interpretação possível em relação ao art. 52, X, CF diante do princípio da separação dos

poderes e, ainda, a ampliação da utilização da reclamação para efetivar o cumprimento das decisões do Supremo proferidas em controle difuso. A metodologia utilizada será a qualitativa e bibliográfica.

Resta saber se a moderna interpretação dada ao art. 52, X, CF, através da técnica da mutação constitucional, ofende o princípio da separação dos poderes e se é possível conferir à decisão do STF, proferida em controle difuso de constitucionalidade, força normativa suficiente para suspender a execução de lei declarada inconstitucional atribuindo-lhe de pronto efeito *erga omnes*, sem necessidade da participação do Senado Federal.

1. NOÇÕES SOBRE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

A sucinta digressão que se fará neste tópico a respeito do controle de constitucionalidade tem como escopo demonstrar as sucessivas mudanças sofridas pelo sistema de controle de constitucionalidade no ordenamento pátrio.

1.1. BREVE HISTÓRICO

Segundo LENZA (2008), a Constituição de 1824 não estabeleceu nenhuma forma de controle de constitucionalidade pois foi construída sob o dogma da soberania do Parlamento, por influência do direito francês, segundo o qual somente o Poder Legislativo poderia saber o verdadeiro sentido da norma. Além disso, cabia ao Imperador e não ao Judiciário a solução de todos os conflitos envolvendo os Poderes.

A partir da Constituição de 1891, sob influência do Direito norte-americano, consolida-se o modelo difuso de controle de constitucionalidade.

A Constituição de 1934, a par de ter mantido várias disposições da Constituição de 1891, determinou que a declaração de inconstitucionalidade somente poderia ser realizada pela maioria da totalidade dos membros dos tribunais (cláusula de reserva de plenário). E, com o escopo de resolver o problema da falta de eficácia geral das decisões tomadas pelo Supremo em sede de controle de constitucionalidade, atribuiu ao Senado Federal competência para “suspender a execução no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário”, emprestando efeito *erga omnes* à decisão proferida pelo STF. No entanto, para MENDES (2008) a principal novidade foi a previsão da representação interventiva, que seria o germe de todo o desenvolvimento do controle de constitucionalidade mediante ação direta.

A Carta de 1937, embora não tenha introduzido qualquer modificação no modelo de controle difuso, preservando, inclusive, a cláusula da reserva de plenário, significou um retrocesso, na medida em que estabeleceu a possibilidade de o Presidente da República influenciar as decisões do Poder Judiciário que declarassem inconstitucional determinada lei, facultando-lhe submetê-las ao Legislativo para seu reexame, podendo este tornar sem efeito a declaração de inconstitucionalidade.

Preservou-se na Constituição de 1946 a exigência da maioria absoluta dos membros do Tribunal para a eficácia da decisão declaratória de inconstitucionalidade e manteve-se a atribuição do Senado Federal para suspender a execução da lei declarada inconstitucional. A Constituição de 1946 também emprestou novos contornos à ação direta de inconstitucionalidade interventiva, trazida pela Constituição de 1934, ao atribuir ao Procurador Geral da República a titularidade da representação de inconstitucionalidade, para os efeitos de intervenção federal, em caso de desrespeito aos princípios constitucionais

sensíveis.

Ainda segundo MENDES (2008) a Emenda Constitucional nº 16 de 1965 introduziu o controle abstrato de constitucionalidade das normas estaduais e federais sob a forma de uma representação que haveria de ser proposta pelo Procurador-Geral da República.

A Constituição de 1967/69 não trouxe grandes inovações: manteve o panorama anterior no que concerne ao controle difuso e no que diz respeito ao controle abstrato ampliou o objeto da representação para fins de intervenção, que além de ter como finalidade a preservação dos princípios sensíveis, passou a prover a execução de lei federal.

1.2. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição de 1988 ampliou significativamente os mecanismos de controle de constitucionalidade das leis.

LENZA (2008) identifica algumas mudanças substanciais.

A primeira delas ampliou o rol de legitimados a propositura da representação de inconstitucionalidade, acabando com o monopólio do Procurador Geral da República, o que, segundo MENDES (2008), demonstra a preocupação do constituinte em reforçar o controle abstrato das normas.

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

Além dessa alteração significativa, LENZA (2008) cita a possibilidade de controle de constitucionalidade das omissões legislativas; a previsão de arguição de descumprimento de preceito fundamental e, posteriormente, a EC 03/98 que previu a ação declaratória de constitucionalidade, que teve o rol dos seus legitimados ampliado pela EC 45/04

Diante do Exposto, percebe-se que o controle de constitucionalidade no Brasil, que era predominantemente difuso antes da Constituição de 1988, passa a priorizar cada vez mais o modelo concentrado, que, por ser um processo objetivo é muito mais célere.

1.3. MÉTODOS DE CONTROLE NO DIREITO BRASILEIRO

Segundo MENDES (2009) o Brasil adotou um sistema de controle de constitucionalidade eclético ou híbrido: um misto do controle Político-Preventivo, adotado na França, e do controle Judicial-Repressivo, vigente nos Estados Unidos da América.

No que toca ao controle Judicial-Repressivo, o direito pátrio especializou alguns métodos de controle. Quanto ao número de órgãos, o controle será concentrado, se efetuado por um órgão único (STF e Tribunais de Justiça estaduais); ou difuso, se efetuado por qualquer órgão judicial, respeitada a reserva de plenário quando se tratar de órgão colegiado. Quanto ao modo de exercício, o controle pode ser feito pela via de exceção, quando a inconstitucionalidade é argüida como causa de pedir; ou pela via direta, quando a inconstitucionalidade é argüida como pedido.

No controle concentrado pela via direta, a inconstitucionalidade é argüida no pedido e como o que se pede é decidido no dispositivo do acórdão, a decisão de inconstitucionalidade está revestida pela coisa julgada material, com efeitos *erga omnes* e vinculante. A inconstitucionalidade neste caso é decidida de forma abstrata, sem vinculação a uma situação

subjativa.

Diferentemente, no controle difuso pela via de exceção, pelo fato da inconstitucionalidade ser argüida como causa de pedir, e, portanto, na fundamentação, não fará coisa julgada material, pois somente a matéria apreciada no dispositivo da decisão é que se mostra apta a transitar em julgado. Disto se depreende que os efeitos da decisão em controle difuso pela via de exceção são somente *inter partes*. Nesta forma de controle a inconstitucionalidade tem origem em uma relação processual concreta.

Para que a decisão em sede de controle difuso gerasse efeitos *erga omnes*, haveria a necessidade do concurso do Senado Federal que, utilizando sua discricionariedade política, editaria resolução suspendendo a execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em controle difuso. Essa é a norma que se extraí do art. 52, inciso X, da Constituição Federal e, segundo entendimento dominante, defendido, por exemplo, por LENZA (2008), é o ato do Senado Federal que atribui eficácia geral à declaração de inconstitucionalidade no modelo incidental.

Ocorre que tal questão segundo defendem alguns, entre os quais MENDES (2009), está sofrendo uma grande modificação, sendo possível falar, em mutação constitucional do art. 52, X, CF, devido ao caráter cada vez mais abstrato que se tem dado ao recurso extraordinário. Seu julgamento, pautado no direito em tese, gerariam conclusões passíveis de serem aplicadas a um número indefinido de situações.

2. ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO

O controle de constitucionalidade na forma abstrata tem-se tornado o modelo dominante no ordenamento jurídico brasileiro. Tal assertiva pauta-se na priorização, pelo

Constituinte de 1988, das formas de controle abstrato e ainda nas mudanças trazidas pela EC 45/04, que diminuíram o subjetivismo do recurso extraordinário, levando alguns a defenderem a atribuição de efeito *erga omnes* e vinculante também às decisões tomadas nessa sede.

2.1 . MUDANÇAS TRAZIDAS PELA EMENDA CONSTITUCIONAL 45/04

Nos últimos anos, cresceu a preocupação com o tempo de duração processual. Dentro desse contexto foram criados vários institutos com o objetivo de proporcionar maior efetividade e brevidade à prestação da tutela jurisdicional.

Nessa conjuntura, está a implantação das súmulas vinculantes e a criação da repercussão geral como novo requisito de admissibilidade para o recurso extraordinário.

Como bem assevera ARAÚJO (2008), a análise do novo papel das decisões oriundas do STF e da objetivação de seus julgamentos, como instrumentos voltados à diminuição do tempo de duração dos processos, é pressuposto para a apreciação da transcendência das decisões do STF em controle difuso.

É possível asseverar que o controle de constitucionalidade das leis no direito brasileiro tem passado nos últimos tempos, especialmente após a EC 45/04, por mudanças bastante significativas.

Um dos aspectos dessa mudança é o recurso extraordinário. Segundo DIDIER (2006), embora instrumento do controle difuso de constitucionalidade o recurso está servindo para o controle concentrado. Isto porque, com a introdução do requisito de admissibilidade da repercussão geral sofreu uma “objetivação” .

O instituto da repercussão geral, trazido pela EC 45/04 e regulamentado pela lei

11418/06 e pelos arts. 543 A e 543 B do CPC objetiva impedir que questões restritas à uma certa lide sejam levadas ao STF, por meio do recurso extraordinário, dando a este um cunho mais objetivo.

Outra mudança em matéria constitucional seria a súmula vinculante, criada após reiteradas decisões do STF sobre questões constitucionais, tomadas em controle difuso.

O § 3º do art. 103 A da CF, por sua vez, traz a possibilidade de ajuizamento de reclamação constitucional para cassar decisão judicial que contrariar “súmula vinculante” editada com base no controle difuso de constitucionalidade.

As modificações acima, introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro, tiveram como pano de fundo a discussão acerca da morosidade do Judiciário e a necessidade de se prestar a jurisdição de forma célere, em respeito ao Direito Fundamental à razoável duração do processo previsto no art. 5º, LXXVIII, CF.

Uma das formas de se acelerar a prestação jurisdicional foi diminuir as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário, com a criação da repercussão geral, que deu ao recurso um contorno mais objetivo, que transcende o subjetivismo da causa. A súmula vinculante também está inserida dentro desse contexto, que visa diminuir a quantidade dos processos que chegam ao STF, de molde a torná-lo verdadeiramente uma Corte constitucional, cujo objetivo é a guarda da constituição.

Ainda de acordo com DIDIER (2006) o STF, no julgamento do RE 486127/SC e RE 415454/SC (2005) admitiu a participação de *amicus curiae*, figura típica do controle concentrado de constitucionalidade, o que vem a aproximá-lo deste.

A aproximação entre os sistemas de controle tem estreita ligação com o movimento que tem por objetivo dar efetividade à prestação jurisdicional, diminuindo o tempo para se chegar a uma solução do processo.

A questão que se põe em discussão, nesse momento, é se , dentro desse novo

contexto, em que o STF tem apreciado casos concretos que ultrapassam o interesse daquela lide, poder-se-ia atribuir eficácia *erga omnes* às decisões do STF proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade e se tal medida poderia ser adotada por interpretação que considera a mutação constitucional do art. 52, X, CF, sem necessidade de reforma constitucional formal.

Na verdade, o que os defensores da tese da mutação constitucional sustentam é que, devido a introdução da repercussão geral, os julgamentos dos recursos extraordinários que chegam aos Supremo e nos quais se analisa a constitucionalidade das normas, a questão é analisada de modo abstrato, de forma que, embora atinja aquelas partes envolvidas poderia ser aplicada a muitos outros casos similares.

2.2. A OBJETIVIZAÇÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

A abstrativização do controle difuso de constitucionalidade significa, em um dos seus aspectos, segundo DIDIER (2006), reconhecer uma maior objetivização do recurso extraordinário, já que para a questão atinente à validade de norma constitucional apreciada pelo Supremo Tribunal Federal o julgamento é feito de forma impessoal e pelos mesmos julgadores das ações diretas de constitucionalidade.

Em regra, o controle difuso é feito de forma concreta, no caso objeto da lide posta em juízo. No entanto, o que tem se observado é que o controle difuso realizado pelo STF vem se tornando cada vez mais abstrato na medida em que a análise da constitucionalidade é feita em tese e embora não tenha efeito imediato *erga omnes*, tem efeito vinculante para aquele Tribunal que proferiu a decisão.

Sobre a objetivação do recurso extraordinário o Min. Gilmar Mendes já se manifestou no RE 388.830-7-RJ (j.14.02.2006, DJ 10.03.2006), no sentido de que o referido recurso teria deixado de ter caráter marcadamente subjetivo para assumir de forma decisiva a função de defesa da ordem constitucional objetiva.

A possibilidade de ampliação da decisão proferida em Recurso Extraordinário para casos similares poderia ser indicada como claro instrumento de objetivação do recurso extraordinário

A Emenda Constitucional 45/04 acrescentou o §3º ao art. 102 da CF prescrevendo a necessidade do recorrente comprovar a repercussão geral da matéria discutida em recurso extraordinário, como visto em tópico anterior.

Segundo MEDINA (2005) a repercussão geral poderia ser jurídica quando a definição de um instituto fosse importante; política quando a decisão fosse capaz de influenciar relações com Estados estrangeiros e organismos internacionais; social quando relaciona-se a questões de moradia e sociais e econômica quando relaciona-se ao sistema financeiro habitacional.

A suspensão da execução, pelo Senado Federal, do ato declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal foi o modo definido pelo constituinte originário para emprestar eficácia *erga omnes* às decisões definitivas sobre inconstitucionalidade proferidas em sede de controle difuso.

Cuida-se de ato político que empresta eficácia *erga omnes* à decisão do Supremo Tribunal proferida em caso concreto.

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 quebrantasse a crença na própria justificativa desse instituto, que se inspirava diretamente numa concepção de separação de Poderes – hoje

inevitavelmente ultrapassada.

Desta forma, é possível afirmar, segundo MENDES (2009), que a atuação do Senado suspendendo a eficácia da norma está afeta apenas aos casos de declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

Com os métodos de controle adotados pelo STF, tais como a interpretação conforme a Constituição, ou declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, etc, fica difícil vislumbrar a atuação do Senado suspendendo a norma, embora fique claro que numa situação assim, a interpretação dada pelo STF deve ser aplicada a todos os casos similares sob pena de gerar a insegurança jurídica ou até a propositura de inúmeras demandas discutindo o mesmo tema, o que ocasionará atrasos na prestação jurisdicional e violação ao direito fundamental à razoável duração dos processos.

Neste contexto, MENDES (2009) sustenta que deve ser realizada uma releitura do papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade e que a atribuição de suspender a eficácia da norma declarada inconstitucional pelo STF está muito atrelada a situação política em que foi concebida a carta Magna de 1934. Para corroborar o seu posicionamento cita o direito comparado, especialmente a Constituição de Weimar de 1919 e o modelo Austríaco de 1920, que já atribuíam eficácia geral às decisões proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade das normas.

No caso de adoção de súmula vinculante sobre matéria tida como inconstitucional, a súmula acabará por dotar a declaração de inconstitucionalidade proferida em sede incidental de efeito vinculante, o que enfraquece ainda mais a regra do art. 52, X, CF como está posta.

Para MENDES (2009) houve uma mutação constitucional na regra do art. 52, X da CF, que deve ser entendida, dentro do novo contexto, como mera determinação ao Senado de que dê publicidade às decisões do STF proferidas em sede de controle incidental de inconstitucionalidade, pois a própria decisão do STF já teria eficácia geral.

GRAU (2007) no voto que proferiu na Rcl 4335, acompanhou o entendimento do ministro Gilmar Mendes, de que a norma do art. 52, X, CF deve ser interpretada de forma diferente, admitindo a mutação constitucional.

Segundo essa nova interpretação, o Senado Federal só possuiria o ônus da publicidade, tendo apenas o dever de divulgar a suspensão da execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Essa mudança de postura referente à eficácia geral da decisão emanada de Recurso Extraordinário pode ser vista em recentes julgamentos do Tribunal Maior.

Segundo ARAÚJO (2008), com as recentes modificações no objetivo do recurso extraordinário, não haveria grandes diferenças entre o caráter vinculante das decisões em controle concentrado e difuso de constitucionalidade.

No entanto, para AMARAL (2002) a decisão plenária sobre a constitucionalidade, proferida no recurso extraordinário, não se equipara às decisões tomadas no controle abstrato de constitucionalidade dado não surtir efeito *erga omnes* como em uma ação direta de inconstitucionalidade e também por ficar muito longe de restringir-se ao caso concreto que lhe deu origem.

2.3 APROXIMAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO E CONCENTRADO E A UTILIZAÇÃO DA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL

Além da maior objetivação do recurso extraordinário, trazida pela EC 45/04, que aproximou os instrumentos de controle difuso e concentrado de constitucionalidade, MENDES (2007) aponta há vários exemplos que demonstram a aproximação entre os

referidos controles.

Um dos exemplos citados pelo autor é a repercussão da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF sobre as decisões de outros tribunais, a permitir, inclusive o julgamento de plano pelo órgão fracionário da matéria constitucional já apreciada pelo STF.

Aduz ainda, o referido autor, que a decisão do caso concreto proferida em ações coletivas terá eficácia *erga omnes*, sem necessidade de pronunciamento do Senado Federal.

Por fim, ao coroar o entendimento da aproximação entre os sistemas de controle MENDES (2007) defende que é cabível reclamação contra as "teses" - e não contra os julgados do Supremo Tribunal Federal e, dessa forma, seria cabível reclamação em relação a decisão proferida em recurso extraordinário, que teria um viés objetivo, no qual é analisada uma tese. A reclamação poderia ser utilizada para garantir a observância de qualquer decisão proferida pelo STF.

No entanto, de acordo com o art. 13 da Lei 8038/90 a reclamação só pode ser manejada para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade de suas decisões, o que não se afigura na hipótese, já que as decisão proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade tem eficácia *inter partes*.

A admissão da reclamação para garantir a autoridade da decisão do STF proferida em sede de controle difuso pressupõe a admissão da igualdade dos efeitos das decisões proferidas em sede de controle difuso e abstrato e que as proferidas em sede de controle difuso pelo STF teriam automático efeito *erga omnes* em consequência da mutação constitucional do art. 52, X, CF.

Ocorre que, muito embora o sistema de controle de constitucionalidade tenha sofrido diversas modificações, entre as quais a adoção da súmula vinculante, como exposto em tópico anterior, e a exigência da observância da repercussão geral nos recursos extraordinários os tenha tornado mais objetivos, tais modificações não foram capazes de anular as distinções entre o controle difuso e concentrado de constitucionalidade.

Os efeitos das decisões de inconstitucionalidade proferidas em sede de controle difuso e concentrado são diversos. Enquanto no controle concentrado de constitucionalidade, que se qualifica como processo objetivo, os efeitos são *erga omnes* e *ex tunc*, no controle difuso de constitucionalidade, após a comunicação realizada ao Senado federal este poderá, através de resolução, suspender a execução da lei ou ato normativo com eficácia *erga omnes* e *ex nunc*. Como bem assevera STRECK (2007), suspender a vigência ou a execução da lei é como revogar a lei, enquanto a declaração de inconstitucionalidade opera no campo da eficácia .

2.4 . OS PRECEDENTES DO STF QUE DERAM ORIGEM A DISCUSSÃO A RESPEITO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ART. 52, X, CF.

Em primeiro plano é possível destacar o julgamento do HC nº 82.959 (2006), que teve como relator o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, que além de declarar a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei federal nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos – vedando a progressão de regime), aplicou o artigo 27 da Lei nº 9.868/99 (Lei da ADI/ADC), para dar eficácia *ex nunc* à sua decisão, ao invés do efeito *ex tunc*, aplicando ao controle difuso de constitucionalidade um instrumento do controle concentrado.

No referido julgamento, o STF afirmou que a progressão de regime deveria ser analisada casuisticamente por cada magistrado, dando a entender que afastava a impossibilidade de progressão de regime nos crimes hediondos de forma geral.

Com base nessa decisão foi interposta a reclamação 4335/AC pois o juiz da Vara de Execuções Penais do Rio Branco/AC com fundamento na Lei 8072/90 considerou que a decisão do STF declarando a vedação da progressão de regime no HC 82.959 tinha apenas

eficácia *inter partes*.

O julgamento dessa reclamação ainda está em curso no STF, tendo sido suspenso por pedido de vista do Ministro Ricardo Lewandowski.

No entanto, já é possível vislumbrar dois entendimentos. MENDES (2007) sustenta que o art. 52, X, da CF teria sofrido mutação constitucional, e a decisão final do STF proferida em controle difuso teria eficácia geral e efeito vinculante, cabendo ao Senado Federal editar resolução para conferir publicidade a esse fato.

GRAU (2007) acompanhou o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, entendendo que seria possível considerar que a decisão do STF proferida em controle difuso de constitucionalidade teria força para suspender a execução da lei declarada inconstitucional sem que essa interpretação importasse em violação à Constituição. O papel do Senado Federal seria o de dar publicidade às decisões do STF, o que estaria em completa harmonia com o sistema. O Legislativo não poderia reinserir no ordenamento norma tida como inconstitucional pelo Judiciário, logo, seria deste a última palavra na matéria.

Em sentido contrário votaram os Ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa, não tendo sido publicados os votos até o momento.

Ainda é cedo para dizer qual tese irá prevalecer no STF, mas, de toda sorte algo é praticamente unânime: o anacronismo da norma do art. 52, X, CF com o atual sistema de controle de constitucionalidade. Resta saber qual solução será adotada e se o caminho da mutação constitucional pode ser trilhado.

3. AS SOLUÇÕES APONTADAS

Para solucionar o alegado anacronismo do art. 52, X, CF, dentro do novo contexto do

sistema constitucional, MENDES (2007) apresentou a tese da mutação constitucional, duramente criticada, conforme exposto em tópico anterior.

Alguns entre os quais STRECK(2007) defendem que para se atribuir efeito vinculante as decisões proferidas em sede de controle difuso, pelo STF, bastaria a adoção da súmula vinculante, instituto previsto na Constituição.

É defensável também a posição de que o art. 52, X, CF, embora dissonante do novo processo constitucional, não poderia ser alterado informalmente através do processo de mutação constitucional, mas que dependeria de uma alteração formal através de Emenda à Constituição.

3.1. MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ART. 52, X, CF

A modificação da Constituição pode ocorrer por via formal ou por via informal. Por via formal a mudança ocorre por meio da reforma constitucional, que se operacionaliza por meio das emendas à Constituição e da revisão Constitucional. O procedimento informal, por sua vez, ocorre através da chamada mutação constitucional.

A mutação constitucional pode ser definida, em linhas gerais, como uma modificação da Constituição que ocorre quando se lê de forma diferente uma determinada norma em virtude da mudança de contexto operada na sociedade.

De acordo com BARROSO (2009), a mutação constitucional tem que respeitar certos limites que acaso ultrapassados violam o poder constituinte e, por via transversa, a soberania popular. Segundo o referido autor, os limites que devem ser respeitados pela mutação são: a) os sentidos que são possíveis de se extrair do texto que está sendo interpretado; b) a

preservação do núcleo fundamental da Constituição, que são os princípios que lhe dão identidade.

Em linha gerais, BARROSO (2009) define o processo de mutação constitucional como sendo “uma alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, além disso, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto.”

MENDES (2007) defende que é possível falar em autêntica mutação constitucional do art. 52, X, CF, ao fundamento de que a natureza idêntica do controle de constitucionalidade, quanto a suas finalidades e aos procedimentos comuns dominantes para os modelos difuso e concentrado, conforme visto nos tópicos anteriores, não mais parece legitimar a distinção quanto aos efeitos das decisões proferidas no controle abstrato e difuso.

De acordo com a nova interpretação do art 52, X, CF, os defensores da mutação constitucional do referido dispositivo entendem que, dentro do novo contexto da CF/88, especialmente com as reformas trazidas pela EC 45/04, deve-se reler o dispositivo para entender que a fórmula relativa à suspensão de execução de lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade.

SILVA (2008) rende homenagens ao entendimento acima referido ao argumento que decisões contrárias à posição da Corte Constitucional em matéria de constitucionalidade de dispositivo normativo feriria os princípios da segurança jurídica, da celeridade, da isonomia substancial e da economia processual.

Segundo MENDES (2009) seria pouco produtor não se atribuir efeito vinculante às decisões proferidas em controle difuso de constitucionalidade pois o STF, ao julgar tais questões o faz com base no direito em abstrato e as mesmas razões seriam utilizadas para julgar ação direta de inconstitucionalidade sobre a norma, proposta por um dos legitimados do art. 103 do CF, de forma que o STF seria chamado a se manifestar novamente sobre uma

questão que já havia apreciado pelo plenário.

No entanto, a tese que defende a mutação constitucional do art. 52, X, CF, recebeu duras críticas doutrinárias, conforme se verá de forma detalhada no próximo tópico.

3.2 . CRÍTICAS À TESE DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL.

Para STRECK (2007) a mutação de constitucionalidade proposta em relação ao art. 52, X, CF, que dá ao texto o sentido de que o Senado apenas seria responsável por dar publicidade às decisões do STF proferidas em controle de constitucionalidade difuso, significa “retirar do processo de controle difuso qualquer possibilidade de chancela dos representantes do povo deste referido processo”.

Afirma o referido autor que relegar ao Senado o papel de mero órgão de publicidade das decisões do Supremo Tribunal Federal significaria a violação aos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, com lesão a direitos fundamentais.

O argumento mais forte desse entendimento é que a Constituição possui dispositivo expresso, não revogado, sobre o papel do Senado Federal na suspensão da eficácia da norma.. A adoção da tese da mutação constitucional em relação ao art. 52, X, CF, nos termos apresentados, significaria contrariar a própria Constituição.

De acordo com STRECK (2007) a distinção entre uma decisão acerca da inconstitucionalidade realizada em controle difuso e a realizada em controle concentrado é que aquela depende do poder legislativo para adquirir força vinculante *erga omnes*, em observância ao princípio democrático e ao devido processo legal. Ademais, o Senado, ao

suspender a execução da lei atua no plano da vigência, enquanto o STF, quando realiza o controle abstrato de constitucionalidade, atua no plano da eficácia da lei.

Além disso, por mais que tenham ocorrido mudanças no recurso extraordinário, dentre as quais a adoção da repercussão geral, não seria correto afirmar que no controle difuso de constitucionalidade estar-se-ia analisando uma tese abstrata porque a constitucionalidade do texto normativo é analisada considerando o caso em julgamento, umbilicalmente ligada a ele.

Ademais, a proposta de mutação constitucional do art. 52, X, CF, apresenta, segundo STRECK (2007), um grave problema de hermenêutica, assim como de legitimidade da jurisdição constitucional, pois vai significar a substituição do poder constituinte pelo Poder Judiciário.

O ponto fraco dos que defendem a tese da mutação constitucional do art. 52, X, CF, entre eles os Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, seria o fato de que não se limitam a interpretar um texto, dele extraíndo nova norma à luz do contexto histórico, mas prosseguem propondo a substituição do próprio texto. O Ministro Eros Grau chegou a afirmar em seu voto na Recl. 4335 que a mutação constitucional “é a transformação do sentido do enunciado da Constituição sem que o próprio texto seja alterado em sua redação” mas em outra passagem, contraditoriamente, afirma que “Na mutação constitucional caminhamos não de um texto a uma norma, porém de um texto a outro texto, que substitui o primeiro.”

Para ALMEIDA (2009), a tese da mutação constitucional do art. 52, X, da CF, além de ferir o art. 5º, XXXV, da CF e gerar um “verdadeiro sincretismo” entre os sistemas de controle difuso e concentrado, também desrespeita o devido processo legal. Aduz que a função do Senado, de acordo com a Constituição, não é de somente conferir publicidade à declaração de inconstitucionalidade mas analisar se realmente existe justificativa para a suspensão da execução da lei declarada incidentalmente inconstitucional pelo STF.

Observe-se que MENDES (2007) , maior defensor da mutação constitucional do art. 52, X, CF, cita no seu voto na Recl. 1335, que o projeto que resultou na Emenda 16/65 pretendeu conferir nova redação ao instituto da suspensão pelo Senado (art. 64 da CF) mas foi rejeitado.

De acordo com o referido projeto o art. 64 da então Constituição passaria a dispor que o Presidente do Senado Federal, perdida a eficácia de lei ou ato de natureza normativa, iria publicar no Diário Oficial e na Coleção das leis a conclusão do julgado que lhe fosse comunicado.

Logo, diante da redação que seria dada ao dispositivo, conforme exposto acima, percebe-se que a pretensa interpretação que os defensores da tese da mutação constitucional do art. 52, X, CF, querem dar ao dispositivo já foi objeto de discussão pelo legislativo e foi rejeitada. O que é mais um dos argumentos para se recusar a tese da mutação constitucional.

3.2 – OUTRAS SOLUÇÕES - REFORMA CONSTITUCIONAL FORMAL ATRAVÉS DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO

O STF já teria meios constitucionalmente previstos de dar eficácia *erga omnes* de suas decisões através das chamadas súmulas vinculantes.

A tese da mutação constitucional não parece ser a melhor, pois a interpretação que se pretende dar ao texto do art. 52, X, CF significa na realidade uma modificação do texto e isto seria arvorar-se o Judiciário em atribuição do Legislativo, importando em violação ao princípio da separação de poderes.

A solução mais viável para o caso seria a proposta de Emenda à Constituição para

alterar formalmente o texto do art. 52, X, CF, já que se mostra anacrônico diante das modificações que ocorreram no recurso extraordinário, instrumento do controle difuso de constitucionalidade, e neste como um todo.

A alteração poderia ser realizada pelo Poder Constituinte derivado, não sendo possível cogitar de violação de cláusula pétreia, pois retirar a atribuição do Senado Federal de suspender a eficácia de norma considerada inconstitucional pelo STF em controle difuso não importa em alteração substancial das atribuições de cada Poder. Não é possível, ao Judiciário, entretanto, trazer para si essa competência sem a interferência do Poder Constituinte derivado, composto de representantes legitimados pelo voto popular, pois importaria em verdadeira usurpação de competência e violação ao Estado Democrático de Direito.

CONCLUSÃO:

O papel do Senado Federal na suspensão da eficácia das normas declaradas inconstitucionais em sede de controle difuso pelo STF, é, sem dúvidas, anacrônico.

Diante deste fato, considerando o novo contexto em que se realiza o controle difuso de constitucionalidade pelo STF, poder-se-ia, segundo a tese da mutação constitucional, reinterpretar o texto do art. 52, X, CF para entender que o papel do Senado seria de dar publicidade às decisões do STF proferidas em controle difuso de constitucionalidade, pois o instituto da suspensão da execução da lei pelo Senado se basearia apenas em razões de ordem histórica, que não são mais condizentes com a realidade. A própria decisão definitiva do Supremo conteria força normativa bastante para suspender a execução da lei declarada inconstitucional.

No entanto, a tese da mutação constitucional do art. 52, X, CF sofreu duras críticas doutrinárias, pois o que os seus defensores pretendem não é dar nova interpretação à norma diante do contexto social presente, mas a substituição de um texto por outro.

É possível asseverar que os defensores da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, através da mutação constitucional do art. 52, X, CF, excederam a moldura do texto, indo além do que incumbe ao intérprete.

Certo é que os adeptos da mutação constitucional realizaram uma interpretação do texto do mencionado dispositivo extraindo dele uma norma que não pode ser considerada desdobramento do texto

A Constituição possui dispositivo normativo, não revogado, que atribui ao Senado competência para suspender lei declarada inconstitucional pelo STF. Logo, as decisões proferidas em controle difuso de constitucionalidade pelo STF dependem de atuação do Senado para terem eficácia *erga omnes*. Entender que o Judiciário poderia alterar completamente o sentido da norma seria uma violação ao modelo constitucional do processo.

Defender a tese da mutação constitucional implicaria negar vigência ao disposto no art. 52, X, da CF, contrariando o sistema processual constitucional adotado e ainda o princípio da separação dos poderes e o sistema de freios e contrapesos.

Não se deve esquecer que existe outro instrumento de ampliação dos efeitos das decisões do STF proferidas em controle difuso, qual seja, a súmula vinculante, que faz com que os demais tribunais fiquem vinculados à decisão do STF em casos similares e que poderia ser adotada nos casos em que se quisesse atribuir efeito para todos em relação a uma determinada matéria.

Na verdade, o Direito não pode ser entendido como espaço de liberdade completa de atribuição de sentido e a mutação constitucional não pode significar a substituição do poder constituinte pelo Poder Judiciário.

Caso se pretenda atribuir efeito vinculante aos precedentes proferidos pelo STF em sede de controle difuso de constitucionalidade, considerando que as matérias submetidas ao recurso extraordinário estão sendo discutidas de forma concreta, é necessário realizar uma reforma constitucional formal da Constituição, através de emenda, para que o texto do art. 52, X, CF tenha sua redação alterada. A modificação do referido dispositivo traz mais do que uma questão de cunho jurídico, perpassando matéria de cunho político e por tal razão deve ser discutida no âmbito próprio, pelos representantes eleitos pelo povo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALMEIDA. Gregório Assagra de. *Controle difuso de constitucionalidade como garantia constitucional fundamental (art. 5, XXXV, CF/88)*. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11949>> Acesso em 31 de out. de 2009.

AMARAL JR. José Levi Mello do. *Incidente de argüição de inconstitucionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ARAÚJO. José Henrique Mouta. *A verticalização das decisões do STF como instrumento de diminuição do tempo do processo: uma reengenharia necessária*. *RePro* 164/342-350. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 82959. Relator: Min. Marco Aurélio. DJ 01.09.2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 486.127. Relator: Min. Gilmar Mendes. DJ 30.03.2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 415.454. Relator: Min. Gilmar Mendes . DJ 26.10.2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 388.830-7. Relator: Min. Gilmar Mendes . DJ 10.03.2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 82959. Relator: Min. Marco Aurélio. DJ 01.09.2006.

DIDIER JR, Fredie. *Transformações do recurso extraordinário*. In: *Processo e*

constituição. Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. Luiz Fux, Nelson Nery Jr, Tereza Arruda Alvim Wambier (coordenadores). São Paulo: RT, 2006. p. 104/121.

GRAU, Eros Roberto. Reclamação 4335-5 AC – Voto. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/rcl4335eg.pdf>> Acesso em: 22 de set. de 2007.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 152/157.

MEDINA, José Miguel Garcia, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Breve comentários à nova sistemática processual civil*. 3 ed. São Paulo: RT, 2005.

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

MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. Reclamação 4335-5 AC – Voto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/RCL4335gm.pdf>. > Acesso em: 14 de nov. de 2009.

SILVA, Ivan Luís Marques da. A problemática criminal do julgamento da Reclamação 4335 pelo Supremo Tribunal Federal. Disponível em < <http://www.lfg.com.br> > Acesso em 27 de dez. de 2008.

STRECK, Lênio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. *A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional*. Disponível em < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10253>> Acesso em 19.03.2009..