

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 10 ed. São Paulo: editora Método, 2006.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **A teoria da separação de poderes**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5896>, 2004. Acesso em 03 dez.2007.

MARQUES, Luís Guilherme. Associação dos Magistrados Brasileiros. **Rui Barbosa e a História do Direito**. Disponível em: http://www.amb.com.br/portal/index.asp?secao=artigo_detalhe&art_id=730. Acesso em 05 dez.2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2002

REVISTA DE INFORMACAO LEGISLATIVA DO SENADO. Brasília a. 43 n. 171 jul./set. 2006. Disponível em: www.senado.gov.br/web/cegraf/ri/Pdf/pdf_171/R171-11.pdf. 2006. Acesso em 04 dez.2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus Nº 3.697**. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/HC3697.pdf>. Acesso em 05 dez.2007.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal - Jurisprudência Política**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

A OBJETIVAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

THE OBJECTIVATION OF DIFFUSE CONTROL ON THE BRAZILIAN LAW

Pedro Rafael Malveira Deocleciano

Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de
Fortaleza - UNIFOR

Pós-Graduando em Direito e Processo do trabalho pela
Faculdade Christus
Advogado

E-mail: rafael_deocleciano@yahoo.com.br

José Péricles Pereira de Sousa

Mestrando em Direito e Desenvolvimento pela Universidade
Federal do Ceará - UFC

Advogado

Sócio da banca Sousa, Monteiro e Deocleciano

E-mail: pericles.sousa@gmail.com

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NO STF; 2.1 AMICUS CURIAE; 2.2 MODULAÇÃO DOS EFEITOS NO CONTROLE DIFUSO; 2.3 DISPENSA DE PREQUESTIONAMENTO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO; 2.4 REPERCUSSÃO GERAL POR AMOSTRAGEM; 3 AS ATRIBUIÇÕES DO SENADO FEDERAL; 4 A OBJETIVAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO; 5 CONCLUSÃO; 6 REFERÊNCIAS.

CONTENTS: 1 INTRODUCTION; 2 THE DIFFUSE CONTROL OF CONSTITUTIONALITY IN THE SUPREME COURT; 2.1 AMICUS CURIAE; 2.2 MODULATION OF THE EFFECTS IN DIFFUSE CONTROL; 2.3 UNECESSARY PREVIOUS QUESTIONAMENT IN EXTRAORDINARY APPEAL; 2.4 GENERAL REPERCUSSION BY SAMPLING; 3 THE DUTIES OF THE SENATE; 4 THE OBJECTIFICATION OF DIFFUSE CONTROL; 5 CONCLUSION; 6 REFERENCES.

Resumo: O controle de constitucionalidade das leis representa um aparelho de salvaguarda do sistema constitucional. Na perspectiva brasileira, constatou-se uma intensa influência dos modelos norte-americano e europeu, resultando numa condensação destes. A nova ordem jurídica de 1988 demonstrou uma tendência em homenagear o controle concentrado em detrimento do controle difuso, que há muito dominava. Nesse sentido, as atuações do Poder Legislativo em fortalecer ainda mais os mecanismos de controle abstrato e a presente atuação da jurisdição constitucional, possibilitaram uma nova tendência de aproximação dos sistemas de controle, levando em consideração que vários aspectos do controle abstrato foram transportados para o controle difuso. O maior reflexo dessa aproximação resultou na tendência de considerar o recurso extraordinário como veículo de controle abstrato das normas, conforme se vê na discussão da Reclamação 4.335/AC. Essa discussão impõe um questionamento a respeito da funcionalidade do art. 52, X, da CF, e a sua interpretação na realidade contemporânea.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade. Mudança constitucional. Objetivação do controle difuso.

Abstract: The judicial review is a safeguarding unit of the constitutional system. In the Brazilian perspective, there was influence of the models North American and European, resulting in condensation of these. The new legal order of 1988 showed a tendency to honor the concentrated control over the diffuse control, which has long dominated. In that sense, the actions of the Legislative Power to strengthen the mechanisms of abstract control and the present actuation of constitutional jurisdiction has enabled a new trend of approximation between the control systems, taking into consideration that several aspects of abstract control were transported to diffuse control. The biggest reflection of that approach resulted in a tendency to consider the Extraordinary Appeal as a vehicle for control of abstract rules, as it can see in Constitutional Complaint nº 4335. This discussion requires a question regarding the functionality of art. 52, X, of Constitution, and its interpretation in contemporary.

Keywords: Judicial review. Constitutional change. Objectification of diffuse control.

1 INTRODUÇÃO

O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro passa por um momento de extrema relevância. Durante, praticamente, toda a evolução do controle das normas, vigorou o modelo do *judicial review*, sendo de rara utilidade o sistema europeu. No entanto, em decorrência da promulgação da Constituição de 1988, ocorreu uma considerável expansão do controle concentrado de constitucionalidade, não apenas com a manutenção de alguns instrumentos de controle já existentes, mas também com a criação de outros (ADC e ADPF), a regulação infraconstitucional e o

aumento do rol de legitimados para a propositura dessas ações.

O ordenamento jurídico brasileiro, em que pese a prevalência do controle abstrato, abriga um sistema eclético e bastante peculiar, sendo, tradicionalmente segregado, levando em consideração o interesse, a competência, a apreciação, os efeitos, etc. Não obstante esta divisão, o Supremo Tribunal Federal (STF) vem coordenando mudanças significativas no que diz respeito à aproximação de ambos os sistemas. Em verdade, mais apropriado seria dizer que existe uma objetivação do controle difuso de constitucionalidade. Realidade respaldada na força normativa da Constituição.

E a experiência demonstra, a cada dia, que a tendência dominante – especialmente na prática deste Tribunal – é no sentido da crescente contaminação da pureza dos dogmas do controle difuso pelos princípios reitores do método concentrado. Detentor do monopólio do controle direto e, também, como órgão de cúpula do Judiciário, titular da palavra definitiva sobre a validade das normas no controle incidente, em ambos os papéis, o Supremo Tribunal há de ter em vista o melhor cumprimento da missão precípua de guarda da Constituição, que a lei fundamental explicitamente lhe confiou’ (STF, 2006a, p.55).

A Emenda Constitucional nº 45/2004, responsável pela Reforma do Judiciário, além das inovações ao controle concentrado, trouxe também novas características ao recurso extraordinário. Modificações que, intencionais ou não, expressam exatamente o desígnio de transformar o recurso extraordinário em um utensílio do controle abstrato de constitucionalidade. (DIDIER JR., 2007, p.104).

Em decorrência dessa perspectiva de objetivação do controle difuso, faz-se premente uma releitura do sistema supra, avaliando, de maneira detida, as interseções existentes entre os dois modelos de controle das normas. E, por fim, analisar o papel do Senado Federal no que diz respeito à suspensão da execução da norma declarada inconstitucional por maioria absoluta dos membros do STF.

2 O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NO STF

O STF, como guardião da Constituição, tem o objetivo de torná-la efetiva na realidade social. Em decorrência desse dever, percebem-se, ultimamente, avanços no exercício da jurisdição constitucional. E uma das mais importantes mudanças trata-se da objetivação do recurso extraordinário, ressaltada pelo visível prestígio às decisões plenárias proferidas em controle difuso.

Quando a causa chega ao Supremo Tribunal Federal em razão de recurso extraordinário, o controle de constitucionalidade continua sendo incidental ao julgamento da causa. Porém, a idéia de que a decisão proferida em razão de recurso extraordinário *atinge apenas as partes* tem sido mitigada na prática jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. Isso ocorreu, inicialmente, após a fixação do entendimento de que, após o Supremo ter declarado, na via incidental, a inconstitucionalidade de uma lei, os demais tribunais estão dispensados de observar o art. 97 da Constituição Federal (reserva de plenário), podendo a inconstitucionalidade da lei, nesse caso, ser reconhecida pelos órgãos fracionários de qualquer tribunal. E, recentemente, surgiu no Supremo Tribunal Federal orientação que nega expressamente a equivalência entre controle incidental e eficácia da decisão restrita às partes do processo. Essa tese sustenta que mesmo nas decisões tomadas em sede de recurso extraordinário – ou seja, em controle incidental –, quando objeto de manifestação do Plenário do Supremo Tribunal Federal, gozam de *efeito vinculante* em relação aos demais órgãos da Administração e aos demais órgãos do Poder Judiciário. (MARINONI, 2006, p.56).

Dentre as várias questões enfrentadas pelo Supremo, anota-se o recurso extraordinário n. 388.830-7/RJ, que invoca a nova orientação. Quando da apreciação do referido recurso, o ministro Gilmar Mendes, apesar da questão suscitada ser fundamentada em determinados dispositivos da Constituição, resolveu conhecer e dar provimento ao expediente com base em outros diferentes

dispositivos e, ademais, em um julgado do Pleno, levando em consideração que o acórdão recorrido divergia do posicionamento deste.

No recurso extraordinário, alega-se violação aos arts. 59 e 239 da Constituição Federal [...] Ocorre, porém, que não se verificou a violação ao art. 239 da Carta Magna, tendo em vista que o STF, em diversas oportunidades, declarou a constitucionalidade de alterações do PIS por legislação infraconstitucional, após a promulgação da Constituição Federal de 1988 [...] Entretanto, o acórdão recorrido divergiu da orientação firmada no julgamento do RE 357.950, Pleno, sessão de 09 de novembro de 2005, em que ficou assentada a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, 1988. Assim, apesar de não se vislumbrar no presente caso a violação ao art. 239 da Constituição, diante dos diversos aspectos envolvidos na questão, é possível que o Tribunal analise a matéria com base em fundamento diverso daquele sustentado. A proposta aqui desenvolvida parece consultar a tendência de não-estrita subjetivação ou de maior objetivação do recurso extraordinário, que deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. (STF, 2006b, p. 55).

A propósito, o assunto rende discussão em diversos tópicos, cada qual merecendo destaque, a fim de melhor compreensão dessa nova tendência.

2.1 Amicus Curiae

A figura do *amicus curiae* (amigo da Corte) significou uma providência que confere caráter pluralista ao processo objetivo de controle de constitucionalidade, levando em conta que se tornou aceitável a participação de órgãos ou entidades no processo objetivo, tendo por finalidade esclarecer matéria relevante ou controversa em pauta no Pretório Excelso. Nos moldes do arts. 7º e 18, da Lei 9.868/99, tornou-se possível, através de despacho irrecorrível do relator, a admissão destes terceiros como auxiliares

da Corte, propiciando a esta uma melhor aferição da matéria a ser julgada.

A mesma lei tratou de inserir dispositivos no CPC que conferem a participação de *terceiro* em questões incidentais de controle de constitucionalidade nos Tribunais. Walter Claudius Rothenburg citado por Dirley da Cunha Júnior entende que "não há negar que, com a previsão contida nos §§ 1º, 2º e 3º do art. 482 do CPC, pretendeu-se emprestar um caráter de *concentração e objetivação* ao controle difuso-incidental exercido no âmbito dos Tribunais." (CUNHA JR., 2007, p.192).

O STF vem considerando conveniente a participação do *amicus curiae* (inclusive a sustentação oral) em sede de controle difuso, admitindo a nova tendência de objetivação deste processo constitucional. O RE n. 416827/SC realçou essa orientação no Supremo.

Esse propósito de objetivação foi ainda mais acentuado pela possibilidade da participação de terceiros, quando da análise da repercussão geral, em sede de recurso extraordinário. Situação acrescentada pela Lei 11.418/06, inserindo nova disposição ao Código de Processo Civil (art. 543-A, § 6º). Assim, no ímpeto de atestar a relevância da matéria a ser apreciada pelo STF, em decorrência da comprovação dos requisitos estabelecidos na lei da repercussão geral, a participação do *amicus curiae* realça o caráter abstrato de uma discussão inicialmente subjetiva, enfatizando, assim, objetivamente, a questão constitucional observada, semelhante a outros casos concretos.

2.2 Modulação dos efeitos no controle difuso

A perspectiva de fusão dos modelos de controle de constitucionalidade na realidade brasileira é algo bem palpável quando se trata do que se convencionou chamar de *modulação dos efeitos*. Esse mecanismo, previsto no art. 27 da Lei 9.868/99, oportunizou ao Supremo Tribunal Federal indicar o limite temporal da eficácia de suas decisões em controle concentrado, caso seja

comprovada situação de defesa da segurança jurídica ou relevante interesse social.

Esses efeitos poderão ter caráter: retroativo (*ex tunc*), prospectivo (*ex nunc*) ou *pro futuro* (designação de um momento a *posteriori* para a ocorrência dos efeitos). Nesse sentido, a título de breve observação, pode-se afirmar que esta *modulação* impede em imputar quais os efeitos, por exemplo, de uma decisão em ADI ou ADC, pois apenas a matéria e suas implicações, objeto de julgamento pelo STF, indicarão o melhor juízo.

O ministro Gilmar Mendes defende que, apesar de vigorar, em regra, o princípio da nulidade da norma, este poderá ser afastado quando confrontado, por exemplo, com o princípio da segurança jurídica ou outro de relevante interesse social, tendo como mediador desta ponderação o princípio da proporcionalidade.

Como já assinalado anteriormente, o Supremo Tribunal Federal tem alguns precedentes nos quais, em controle incidental, deixou-se de dar efeitos retroativos à decisão de inconstitucionalidade, como consequência da ponderação com outros valores e bens jurídicos que seriam afetados. Mais recentemente, inclusive e notadamente após a promulgação da lei 9.868/99, a Corte, em mais de uma oportunidade, admitiu a possibilidade de limitação dos efeitos temporais de declaração de inconstitucionalidade, fazendo referência expressa ao art. 27 da Lei. (BARROSO, 2006, p. 108).

Muito embora esta cláusula esteja inserida no aspecto do controle abstrato, o Supremo Tribunal Federal a tem utilizado em sede de fiscalização difusa de constitucionalidade, entendendo ser lícita a admissibilidade do uso dessa técnica.

Dessa forma, tem-se, a nosso ver, uma adequada solução para o difícil problema da convivência entre os dois modelos de controle de constitucionalidade existentes no direito brasileiro, também no que diz respeito à técnica de decisão. Aludida abordagem responde a uma outra questão intimamente vinculada a esta. Trata-se de saber se o STF poderia,

ao apreciar recurso extraordinário, declarar a inconstitucionalidade com efeitos limitados. Não parece haver dúvida de que, tal como já exposto, a limitação de efeito é um apanágio do controle judicial de constitucionalidade, podendo ser aplicado tanto no controle direto quanto no controle incidental. Na jurisprudência do STF pode-se identificar uma tímida tentativa, levada a efeito em 1977, no sentido de, com base na doutrina de Kelsen e em concepções desenvolvidas no direito americano, abandonar a teoria da nulidade em favor da chamada teoria da anulabilidade para o caso concreto. (BARROSO, 2006, p. 289).

Esse posicionamento adotado pelo Supremo constitui outro indício de aproximação dos modelos vigentes no Brasil. Assim, pode-se citar alguns julgados do STF, atestando a necessidade de se aplicar a modulação dos efeitos no controle difuso de constitucionalidade. É o caso do julgamento do Recurso Extraordinário n. 197.917/SP, onde se constatou uma ofensa ao disposto no art. 29, inciso IV, CF. Hipótese em que a cidade de Mira Estrela/SP possuía um artigo em sua Lei Orgânica, estabelecendo uma proporcionalidade de vereadores por habitantes acima do permitido pela Constituição Federal. O min. Gilmar Mendes, em seu voto, entendeu a necessidade de modular os efeitos. Veja-se o teor de sua decisão:

Não há dúvida, portanto, de que no presente caso e diante das considerações antes esposadas, acompanho o voto do relator, para conhecer o recurso extraordinário e lhe dar parcial provimento, no sentido de se declarar a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 6º da Lei Orgânica 222, de 31 de março de 1990, do Município de Mira Estrela-SP. Faço-o, todavia, explicitando que a declaração da inconstitucionalidade da lei não afeta a composição da atual legislatura da Câmara Municipal, cabendo ao legislativo municipal estabelecer nova disciplina sobre a matéria, em tempo hábil para que se regule o próximo pleito eleitoral (declaração de inconstitucionalidade pro futuro). (STF, 2004a, p. 08).

Mais adiante, em folha de explicação, o ministro Gilmar Mendes aponta a necessidade de que o caso decidido pelo Pleno

deva ser regulamentado pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE), demonstrando a superação da intervenção pelo Senado. Em complemento, o ministro Marco Aurélio entendeu que a utilização da resolução pelo Senado seria inapropriada para o caso em questão.

Nesse sentido, o TSE, por meio da Resolução n. 21.702/04, acolheu a decisão do Supremo, em todo o seu teor, asseverando a necessidade de que os demais municípios do país teriam de "obedecer" a interpretação do Supremo Tribunal Federal acerca da cláusula de proporcionalidade (art. 29, IV, CF), adequando o número de vereadores ao quociente eleitoral correspondente, tendo como fundamento principal, como dito anteriormente, a força normativa da Constituição. (DIDIER JR., in: CAMARGO, 2007, p. 108).

No julgamento do habeas corpus n. 82.959/SP também foi considerada oportuna a aplicação do referido dispositivo (art. 27, Lei 9.868/99), tendo em vista a salvaguarda da segurança jurídica e do excepcional interesse social. O STF declarou inconstitucional o § 1º do art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos, que vedava a progressão de regime. (STF, 2006c, p. 18).

2.3 Dispensa de prequestionamento em recurso extraordinário

O prequestionamento é um requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, onde se impõe que a matéria constitucional, objeto deste recurso, tenha sido suscitada em instância inferior. Este é o subterfúgio frequentemente utilizado pelos tribunais para não apreciar as questões meritórias, pois a sua falta constitui um obstáculo intransponível.

Não obstante a isso, a ministra Ellen Gracie Northfleet, em decisão emblemática, dispensou o requisito do prequestionamento em sede de recurso extraordinário para apreciar matéria de relevância constitucional. Em seu julgado, a ministra assinalou o espírito de transformação do recurso extraordinário em remédio de controle abstrato de constitucionalidade, reforçando o papel

da jurisdição constitucional em acentuar a força normativa da Constituição, pois, muitas vezes, o dito requisito torna-se um óbice ao cumprimento dessa missão.

Já manifestei em ocasiões anteriores, minha preocupação com requisitos processuais que acabam por obstaculizar, no âmbito da própria Corte, a aplicação aos casos concretos dos precedentes que declaram a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de normas [...] Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, em recentes julgamentos, vem dando mostras de que o papel do recurso extraordinário na jurisdição constitucional está em processo de redefinição, de modo a conferir maior efetividade às decisões. Recordo a discussão que se travou na Medida Cautelar no RE 376.852, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes (Plenário, por maioria, DJ de 27.03.2003). Naquela ocasião, asseverou Sua Excelência o caráter objetivo que a evolução legislativa vem emprestando ao recurso extraordinário, como medida racionalizadora da efetiva prestação jurisdicional. (STF, 2004b, p. 43).

Desse modo, vê-se que, aos poucos, os obstáculos processuais estão sendo vencidos para que a efetividade do processo constitucional seja alcançada.

2.4 Repercussão geral por amostragem

A Lei 11.418/06 (Repercussão Geral) trouxe outra novidade em termos de controle de constitucionalidade pela via do recurso extraordinário. A repercussão geral por amostragem é um elemento que enrobustece o processo de abstração deste recurso e, por consequência, o prestígio às decisões em sede de fiscalização difusa pelo Supremo.

Nos casos em que houver multiplicidade de recursos a tratar de matéria de fundo idêntica, o Tribunal provocado remeterá ao STF um ou mais recursos, determinando o sobrestamento dos demais, nos termos do art. 543-B, § 1º. Caso o Supremo Tribunal Federal entenda pela inexistência da repercussão geral, todos os outros recursos sobrestados considerar-se-ão não admitidos (art. 543-B, § 2º, CPC).

É possível concluir, sem receio, que o incidente para a apuração da **repercussão geral por amostragem é um procedimento de caráter objetivo**, semelhante ao procedimento da ADIN, ADC e ADPF, e de profundo interesse público, pois se trata de exame de uma questão que diz respeito a um sem-número de pessoas, resultando na criação de uma norma jurídica de caráter geral pelo STF. É mais uma demonstração do fenômeno de 'objetivação' do controle difuso de constitucionalidade das leis [...] (Ibidem, Idem, p. 273). (grifo nosso)

Existe ainda outra implicação que merece ser ressaltada. No caso de reconhecimento da repercussão geral e julgamento do mérito do recurso extraordinário, os tribunais poderão considerar os recursos sobrestados prejudicados ou poderão exercer o juízo de retratação (efeito regressivo). "A permissão de retratação justifica-se, pois a decisão do STF, em sentido diverso daquela proposta pelo tribunal recorrido, foi tomada em abstrato, de modo a resolver o problema em tese, conforme visto" (DIDIER JR., 2007, p. 273).

O que é oportuno deixar evidente é que, em não havendo o juízo de retratação, o STF poderá, de acordo com o seu Regimento Interno, cassar ou reformar o acórdão contrário à sua orientação (art. 543-B, § 4º, CPC). Como dito anteriormente, a repercussão por amostragem fortalece, de modo claro, as decisões tomadas pelo STF.

Esta breve explanação acerca da objetivação do controle difuso (especialmente do recurso extraordinário) foi relevante para demonstrar como as modificações da legislação e a evolução interpretativa do STF contribuem para o fortalecimento de suas decisões em controle concreto. Em decorrência do largo alcance de seus julgados, questiona-se a funcionalidade do art. 52, X.

3 AS ATRIBUIÇÕES DO SENADO FEDERAL

A competência do Senado para suspender a lei (*lato sensu*) considerada inconstitucional pelo STF foi um artifício criado pela Constituição de 1934, levando em consideração de que, no Brasil, predominava o sistema do *judicial review*, muito embora

as decisões da Corte fossem desprovidas do princípio do *stare decisis*. Esta cláusula ainda permanece na Constituição atual (art. 52, X) com a seguinte redação: "Compete privativamente ao Senado Federal: suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal".

O texto do dispositivo supracitado confere ao Senado Federal a atribuição de suspender, através de Resolução, a lei considerada inconstitucional pelo Supremo, acrescentando a eficácia *erga omnes* e *ex nunc* às suas decisões em controle difuso. No entanto, questiona-se, pós 88, à sua funcionalidade, porquanto o novo contexto normativo é ambiente inóspito à sua aplicação literal. "Limite-me a dizer que o certo, a meu ver, seria a própria sentença definitiva do STF ser dotada de eficácia *erga omnes*" (VELOSO, 2007, p.137).

A verdade é que, com a criação da ação genérica de inconstitucionalidade, pela EC n. 16/65, e com o contorno dado à ação direta pela Constituição de 1988, essa competência atribuída ao Senado tornou-se um anacronismo. **Uma decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, seja em controle incidental ou em ação direta, deve ter o mesmo alcance e produzir os mesmos efeitos.** Respeitada a razão histórica da previsão constitucional, quando da sua instituição em 1934, já não há mais lógica razoável em sua manutenção. (BARROSO, 2006, p. 111, grifo nosso)

O espírito de mudança pode ser observado na ampliação das ações diretas (ADI, ADC, APDF e as respectivas leis infraconstitucionais), súmula vinculante, etc. Diante dessa conjuntura, é imprescindível a releitura dos institutos atrelados ao controle incidental de inconstitucionalidade. Como se percebe, os julgados proferidos pelo Supremo, na seara do controle difuso, findam por ter um efeito que transcende o âmbito da decisão, apontando que o próprio STF vem 'readequando a inteligência' do art. 52, X, da CF.

Concomitantemente a essas mudanças, o STF, quando necessário, tem aperfeiçoado as suas decisões em controle difuso, enfrentando as questões de maneira objetiva (em tese), muito embora o caráter concreto dos casos. E não seria precoce dizer que a *repercussão geral* acentuou essa inclinação, pois este requisito impõe ao recorrente a obrigação de comprovar que o problema discutido em sua lide também diz respeito a outras lides independentes, ou seja, a "questão de fundo" a ser avaliada pelo Supremo seria, sem rodeios, a mesma.

Então, porque, nestes casos, a decisão tomada pelo Pleno do STF teria de ser *inter partes*, já que o alvo é uma discussão da norma em tese? Essa restrição aos efeitos seria algo atentatório ao princípio da economia processual. E não se poderia falar em malferimento aos princípios do contraditório e da ampla defesa, pois se está diante de uma apreciação da lei em tese.

Nos moldes do Tribunal Constitucional Alemão, entendemos que o Supremo, em termos de controle difuso, não tem que resolver questão *subjetiva*, discutindo e decidindo o mérito de uma querela de irrelevante teor constitucional, mas, tão precisamente, proceder à análise objetiva da ofensa ao texto constitucional. A sua função se identifica com a concretização dos fatores axiológico-fundamentais, ou seja, a realização dos programas e dos princípios estabelecidos na Constituição.

O ministro Marco Aurélio, relator do HC n°. 82.959/SP, observou que, independentemente do caso concreto, o § 1º do art. 2º da Lei n°. 8.072/90 constitui, de per si, uma violação ao princípio da individualização da pena. Veja-se o teor da sua decisão:

Segundo salientei na decisão que deferiu a liminar, o modelo adotado na Lei n. 8.072/1990 faz tabula rasa do direito à individualização no que concerne aos chamados crimes hediondos. Em outras palavras, o dispositivo declarado inconstitucional pelo Plenário no julgamento definitivo do HC 82.959/SP não permite que se levem em conta as particularidades de cada indivíduo, a capacidade de reintegração social do condenado e os esforços envidados com

vista à ressocialização. Em síntese, o § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90 retira qualquer possibilidade de garantia do caráter substancial da individualização da pena. (STF, 2006d, p.18).

Não seria inverdade dizer que o caráter subjetivo de um litígio, ao menos no recurso extraordinário, passou a ser, tão só, um instrumento de provocação da jurisdição constitucional. Gilmar Mendes entende que: “o processo entre as partes, trazido à Corte via recurso extraordinário, deve ser visto apenas como pressuposto para uma atividade jurisdicional que transcende os interesses subjetivos” (DIDIER JR., 2007, p. 106).

Essa breve digressão foi importante para concluir que o instituto da suspensão da execução pelo Senado se mostra obsoleto diante das alterações normativas e do posicionamento do Supremo. No entanto, o ministro Gilmar Mendes, numa perspectiva de contextualização da norma, propõe uma mutação constitucional (informal), resgatando uma atribuição há muito proposta por uma doutrina em ascensão. Assim, tendo como paradigma a reclamação constitucional n.º 4.335/07, discute-se a pertinência dessa mutação constitucional.

4 A OBJETIVAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO

A reclamação constitucional, como exposto anteriormente, trata-se de uma ação ajuizada perante o STF, tendo por finalidade a preservação de sua competência e garantia da autoridade de seus julgados em sede de controle abstrato. Não obstante a isso, a Defensoria Pública do Estado do Acre ingressou com uma reclamação constitucional em face da decisão do juiz da Vara de Execuções Penais, que indeferiu o pedido de progressão de regime.

Na petição inicial, o reclamante alega o descumprimento à decisão prolatada pelo Supremo no HC n.º 82.959 (Relator Ministro Marco Aurélio) que afastou a vedação de progressão de regime por entender a inconstitucionalidade do § 1º, do art. 2º (Lei 8.072/90). Em seu voto, o min. relator Gilmar Mendes enfrentou, inicialmente, a possibilidade de ajuizamento da reclamação constitucional, levando em consideração que esta, em regra, é

admissível contra decisões contrárias a posicionamento firmado em controle concentrado ou em súmula vinculante. O ministro afastou a alegação de inexistência de decisão do STF cuja autoridade deva ser preservada, ressaltando que a reclamação será cabível sempre quando existirem decisões *conflitantes* contra as suas teses.

Em momento posterior, o ministro discutiu se a decisão prolatada no HC n.º 82.959/SP dependeria da expedição de resolução pelo Senado Federal no sentido de suspender a eficácia da norma, empregando efeitos *erga omnes*. Entendeu que a amplitude do controle concentrado e a possibilidade de suspensão da eficácia da norma através da medida liminar contribuíram para a descrença da aplicação literal do art. 52, X. Salientou ademais que o instituto é ato político e remonta uma concepção rígida de separação de Poderes há muito ultrapassada. O ministro Gilmar Mendes manifestou em seu voto o reconhecimento de eficácia *erga omnes* ao HC n.º 82.959/SP.

A suspensão da execução da norma pelo Senado, no contexto atual, teria outra função que não corresponderia à sua literalidade, qual seja, a de dar publicidade aos julgados do Supremo Tribunal Federal.

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 inconstitucionalidade, esta decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como é assente não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa força normativa. Parece evidente ser essa a orientação implícita nas diversas decisões judiciais e legislativas acima referidas [...] (MENDES, 2006, p. 280).

O ministro Gilmar Mendes, em discussões anteriores, já vinha manifestando sua vontade de analisar a questão com maior cautela,

asseverando a necessidade de um novo entendimento para o art. 52, X, da Constituição. Essa situação, em seu juízo, retrata uma autêntica mutação constitucional.

Essa nova concepção merece algumas observações pertinentes, tendo em vista o rompimento que se pretender estabelecer. Em primeira análise percebe-se que o sentido que se busca empregar ao art. 52, X, foge às dimensões do texto normativo, compondo-se, simplesmente, numa outra definição. A doutrina questiona se o STF teria legitimidade nessa atuação. Pergunto, com a mesma preocupação, se o Legislativo teria legitimidade em se manter inerte diante uma necessidade de mudança? Reforço que os direitos positivados não podem perecer ao juízo de conveniência do legislador ordinário sob pena malferimento à Constituição.

No desejo de ressuscitar o art. 52, X, imputa-se a sua imperiosa missão de proporcionar aos "representantes do povo" a participação no controle de constitucionalidade das normas (exigência democrática). Particularmente, a afirmativa deve ser vista com ressalvas. Como é que se pode vislumbrar a participação efetiva da sociedade se o procedimento utilizado para a suspensão da norma é pautado na conveniência? De um lado, o Supremo não está obrigado a submeter sua decisão ao Senado, por maior relevância que possua, e, de outro lado, nos casos em que o STF informe ao Senado a necessidade de suspensão da norma, este não estará obrigado a sequer analisar o teor do apelo. Onde está a democrática participação popular?

Se o instituto foi criado para a manifestação popular a respeito da constitucionalidade das normas, porque o legislador constituinte originário não entendeu que a Câmara Federal seria o órgão de maior expressão da vontade popular e arrogou tal competência aos representantes dos Estados e do Distrito Federal (Senado)? Isso sem contar a rara utilização da resolução com o fim de suspender a norma inconstitucional.

O Senado representa os Estados; a Câmara dos Deputados representa (ou deveria representar, ao menos) o povo. O equilíbrio federativo é alcançado através da representação dos Estados no Senado,

não através da representação do povo na Câmara. Se não cumpre as suas funções federativas [...] então é totalmente desnecessário (BERCOVICI, 2004, p. 91).

É difícil compatibilizar esta finalidade. Qual seria a função do Senado diante do juízo de constitucionalidade do Supremo? Fazer juízo de constitucionalidade a respeito da suspensão ou não da norma? Creio que essa não seja a sua atividade. A utilidade do dispositivo ficou fatalmente deslocada em virtude do controle concentrado.

Aliás, é de difícil compreensão dimensionar a função do Senado no Estado brasileiro, tendo em vista que o acúmulo excessivo de atribuições que não lhes cabem resulta no cumprimento insuficiente do seu dever de velar pelo equilíbrio da Federação.

O instituto da suspensão se identifica mais como um instrumento de contenção do exercício do STF do que, propriamente, algo que represente a participação democrática do povo. A sua aplicação é tão defasada e pouco democrática que se prefere acionar o "poder normativo" das resoluções do TSE, mais atuantes e eficazes, do que recorrer à entravada atribuição senatorial.

A sua função passaria, portanto, a publicizar a decisão tomada pelo STF, informando à sociedade a inaplicabilidade do dispositivo considerado inconstitucional. Essa prática pode ser considerada, num primeiro momento, num fortalecimento desproporcional deste Poder, julgando qualquer recurso extraordinário com efeitos erga omnes e vinculante.

No entanto, a criação das *súmulas vinculantes* e o requisito da repercussão geral, servirão de filtro para conter os recursos de cunho, manifestamente, protelatórios e que não guardam consigo a relevância de questões constitucionais. A *contrario sensu*, apenas as ofensas de maior relevância e que possuem repercussão social serão objeto de controle de constitucionalidade.

Não divergimos quanto a possibilidade da criação de lei ou emenda constitucional para regular a tendência empregar os

efeitos *erga omnes* e vinculante às decisões em controle difuso, no entanto, o Judiciário não pode se furtar da solução dos conflitos. É necessário, em algumas ocasiões, que este Poder se antecipe à previsão legal para viabilizar as situações que impõe uma resposta. Poderia até ser o caso de, através de emenda, retirar esta competência do Senado, pois se não é atribuição deste Poder servir como “secretaria de divulgação intra-legislativa das decisões do Supremo Tribunal Federal”, muito menos há de servir como responsável pela suspensão da norma.

Caso palpável foi a modulação dos efeitos no controle difuso. Independente de previsão legal, o Supremo entendeu cabível a sua aplicação, levando em conta a segurança jurídica e demais princípios de interesse relevante. Relembre-se o case supracitado (RE n.º 197.917/SP) de Mira Estrela, onde o efeito da decisão foi determinado para o futuro, evitando a anulação dos mandatos eletivos. Ponderamos que, em relação a este caso, a suspensão de norma pelo Senado seria inadequada, pois o efeito prospectivo (*ex nunc*) comum a este instituto ocasionaria um caos generalizado em todo o país.

Outro caso ocorreu com a “flexibilização” da cláusula da reserva de plenário (art. 97, CF) pelo STF, posteriormente, inserida no Código de Processo Civil (art. 481, § único da Lei n.º 9.756/98).

Entende-se que, pelo menos até a inserção do parágrafo único ao CPC, ocorreu uma mutação constitucional, levando em consideração que, apesar da evidência textual do art. 97 (*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*), apontar, tão somente, que caberia ao Pleno exercer o juízo de inconstitucionalidade.

O Supremo entendeu, com razão, que as reiteradas decisões do Pleno, sobre um determinado litígio, eram motivos suficientes para elidir a presunção de constitucionalidade de questões semelhantes que amontoavam as pautas do plenário, permitindo ao órgão fracionário suscitar a jurisprudência plenária para dirimir a questão, evitando inviabilizar as atividades do Pleno para assuntos

de maior relevância.

Neste sentido, não seria menos plausível entender a ocorrência de uma mutação constitucional, aonde o intérprete vai além da norma para atender as exigências ou as necessidades sociais, criando o direito (dentro do contexto e da vontade a ser alcançada para o bem-estar social). Afinal, não tem sido novidade que o Supremo vem atuando como legislador positivo, regulando, supletivamente, as situações carentes de lei.

A respeito disso, o min. Eros Grau entende (Rcl. n.º 4.335/AC) que a mutação constitucional não ocorre, simplesmente, com a modificação da norma a partir da interpretação, dando outra significação a esta, resguardando, por consequência, o texto. Nesse fenômeno ocorre a própria modificação de um texto por outro.

Dá que a mutação constitucional não se dá simplesmente pelo fato de um intérprete extrair de um mesmo texto norma diversa da produzida por um outro intérprete. Isso se verifica diuturnamente, a cada instante, em razão de ser, a interpretação, uma prudência. Na mutação constitucional há mais. Nela não apenas a norma é outra, mas o próprio enunciado normativo é alterado. O exemplo que no caso se colhe é extremamente rico. Aqui passamos em verdade de um texto [compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal] a outro texto, [compete privativamente ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo STF, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo]. (GRAU, 2007, *on line*). (grifo original)

A discussão travada é inovadora e desperta muitas controvérsias a respeito da saída utilizada pelos ministros Eros Roberto Grau e Gilmar Ferreira Mendes. A votação ainda não terminou e não há certeza quanto ao seu resultado, no entanto, espera-se que o Supremo atue de maneira firme e razoável, forçando, através de sua atividade legítima, o Poder Legislativo a modificar a Constituição Federal, retirando do Senado a competência para suspender a norma declarada inconstitucional e conceder ao próprio STF essa

prerrogativa. Do contrário, essa omissão dará oportunidade a que o STF se torne, ao menos visivelmente, o remédio para todos os males da sociedade.

5 CONCLUSÃO

Diante do exposto, pode-se concluir que a objetivação do controle difuso de constitucionalidade é uma realidade em nosso ordenamento jurídico. O próprio texto constitucional de 1988, as suas modificações e a produção normativa desenvolvida até hoje se fundiram num processo crucial para o afunilamento de uma nova tendência que, em nossa ótica, é irremediável.

Assim, tem-se o Supremo voltado para a efetividade das normas constitucionais, tendo como missão fundamental tornar a Constituição atual, realçando a sua força normativa. Esta situação é ainda mais visível quando o Supremo ultrapassa o formalismo procedimental para enfrentar situações que demandam novos questionamentos e, por conseqüência, o aperfeiçoamento de seus julgados.

Esse espírito de realização se materializa, exatamente, quando se ressalta o tema da objetivação dos mecanismos do controle difuso. O recurso extraordinário, o mais utilizado e importante dentre outros, passa por um importante momento de transformação. Para ser mais claro, este recurso está deixando de ser, caracteristicamente, pertencente ao controle difuso para servir de instrumento do controle abstrato, levando em conta a concretização do princípio da força normativa da Constituição.

A expansão do controle concentrado e sua influência exercida no controle difuso impõem a contextualizar o art. 52, X, da Constituição Federal, dentro da realidade normativa de 1988, pois a aplicação da literalidade de tal dispositivo, remanescente da Carta de 1934, é anacrônica. Dessa maneira, critica-se a inércia do Legislativo em permitir a existência de uma norma que além de não ser, comumente, utilizada, constitui-se num óbice ao exercício da justiça constitucional.

Respalçado na doutrina da mutação constitucional, o Supremo Tribunal Federal emprega outro significado, que é o de atribuir ao Senado a função de tornar pública a decisão plenária do Supremo e, de forma definitiva, avocar o dever de empregar eficácia *erga omnes*. É importante ressaltar que, enquanto o Legislativo não se posiciona em relação ao acontecimento deste fato, o Supremo deverá utilizar-se dos meios plausíveis para garantir a prestação jurisdicional e a efetividade do processo. É evidente que se deve refletir quanto aos limites de sua atuação, tendo em vista a preservação do equilíbrio entre os Poderes. Essa tomada de posicionamento, em que pese os riscos, é necessária para que o Legislativo reveja a sua atuação (ação e omissão) que, em muitas vezes, fere direito, constitucionalmente, previsto.

6 REFERÊNCIAS

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

BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas do Estado Federal brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição República Federativa do Brasil**, Brasília-DF, Senado, 1998.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recuso extraordinário**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 16 nov. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário. 2. PIS – Programa de Integração Social. Alteração da base de cálculo. Conceito de faturamento. Lei 9.718 e Lei Complementar nº 07/70. 3. Inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98. Recurso extraordinário conhecido e provido. Recurso extraordinário n. 388.830-7. Decorações Karícia LTDA e União. Relator Min. Gilmar Mendes. 10 de mar. De 2006. **Diário de Justiça da União**, Brasília, p. 55.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário.

Municípios. Câmara de vereadores. Composição. Autonomia municipal. Limites constitucionais. Número de vereadores proporcional à população. Cf, artigo 29, iv. Aplicação de critério aritmético rígido. Invocação dos princípios da isonomia e da razoabilidade. Incompatibilidade entre a população e o número de vereadores. Inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, da norma municipal. Efeitos para o futuro. Situação excepcional. Recurso extraordinário n. 197.917/SP. Ministério Público Estadual e Câmara Municipal de Mira Estrela e outros. Relator: Maurício Corrêa. 07 de maio 2004. **Diário de Justiça da União**, Brasília, p. 08.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*. Pena - Crimes Hediondos - Regime de Cumprimento - Progressão - Óbice - Artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 - Inconstitucionalidade - Evolução Jurisprudencial. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da CF [...] Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. *Habeas Corpus* nº. 82959/SP. Oseas de Campos e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Marco Aurélio. 01 de set. 2006. **Diário de Justiça da União**, Brasília, p. 18.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo de instrumento. Agravo regimental em agravo de instrumento. Servidores do município de Porto Alegre. Reajuste de vencimentos concedido pela lei municipal 7.428/94, art. 7º, cuja inconstitucionalidade foi declarada pelo pleno do STF no RE 251.238. Aplicação deste precedente aos casos análogos submetidos à turma ou ao plenário (art. 101 do RISTF). Agravo de instrumento n. 375.011. Município de Porto Alegre e Tito dos Santos. Relatora: Min. Ellen Gracie. 22 de out. 2004. **Diário de Justiça da União**, Brasília, p. 43.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2007.

DIDIER JR. Fredie. O recurso extraordinário e a transformação do controle de constitucionalidade no direito brasileiro. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). **Leituras complementares de direito**

constitucional. Salvador: Juspodivm, 2007.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil: Meios de impugnações às decisões judiciais e processos nos tribunais**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2007.

GRAU, Eros Roberto apud PINHEIRO, Aline. **Braços do Supremo: Controle de constitucionalidade em HC divide STF**. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/54835,1>>. Acesso em: 10 dez. 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 2. tiragem, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Os limites da revisão constitucional. **Cadernos de direito constitucional e ciência política**, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 21, p. 69-91, out. 1997.

VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. Belém: Cejup, 1999.

_____. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). **Leituras complementares de direito constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2007.