

## **CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: O FENÔMENO DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO**

### **Graça Marina Vieira da Silva**

Juíza de Direito de Salvador-BA. Titular da 10ª Vara de Família. Pós-graduada em Direito Civil e Processo pela Universidade Estácio de Sá. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela EMAB.

**Resumo:** O presente trabalho tem por escopo o estudo do controle de constitucionalidade sob a perspectiva do fenômeno da abstrativização do controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, diante desta tendência criada pelo Min. Gilmar Mendes por ele denominada de “autêntica mutação constitucional”, verificar-se-á que consiste na concessão de efeitos *erga omnes* às decisões definitivas de mérito proferidas pelo STF, em sede de controle difuso, conferindo nova interpretação ao disposto no art. 52, X, da Constituição Federal. Nesse sentido, analisar-se-á esta nova tendência do Supremo, trazendo os argumentos contrários e favoráveis, bem como a forma de manifestação deste novo posicionamento no âmbito judicial e legislativo. Para consecução deste objetivo, entretanto, o estudo perpassa pelos modelos do controle de constitucionalidade, aprofundando-se no modelo repressivo exercido pelo Poder Judiciário, através do controle concreto e abstrato.

**Palavras-chave:** Controle difuso. Mutação constitucional. Supremo Tribunal Federal.

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Modelos de Controle de Constitucionalidade; 3. Controle Concreto nos Tribunais; 4. Controle Abstrato e as Via de Ação; 5. O fenômeno da Abstrativização do Controle Concreto no STF; 6. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

### **1. Introdução**

A estrutura hierarquizada do sistema jurídico brasileiro coloca a Constituição Federal no topo da pirâmide, portanto, a Lei Maior do ordenamento jurídico pátrio é a Constituição, assim todas as normas infraconstitucionais devem estar em conformidade com esta.

Com vistas a assegurar a manutenção desta estrutura hierárquica, foi preciso criar uma forma de coibir eventuais abusos que pudessem ser praticados pelos executores das leis, dentro dessa perspectiva se insere o controle de constitucionalidade.

Nos moldes do sistema brasileiro, todos os Poderes realizam o controle de constitucionalidade, com o fito de verificar a compatibilidade vertical das leis aos preceitos da Constituição Federal.

Destarte, o controle preventivo é exercido pelos Poderes Legislativo, através das suas Comissões, e Executivo, através do veto do Presidente da República, ambos os poderes, por

## ENTRE ASPAS

consequente, atuam no momento do processo legislativo, impedindo a aprovação de leis em desacordo com a Constituição Federal.

O Poder Judiciário, todavia, atua no controle repressivo, ou seja, após aprovação do projeto de lei pelo Legislativo e sanção do Executivo, nesse diapasão cabe ao Judiciário declarar a inconstitucionalidade das leis e atos normativos do poder público.

Tal controle pode ser exercido pelo Judiciário de forma abstrata, pela via principal, por meio das ações diretas, bem como de forma concreta, por meio da arguição de incidente processual.

A principal divergência destes modelos de controle de constitucionalidade reporta-se ao efeito da decisão, assim enquanto a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle abstrato, se estende a todos, eficácia *erga omnes*, pela via de controle difuso, a eficácia da decisão somente atingirá a todos, quando o controle for exercido pelo Pretório Excelso e, após o envio de cópia da decisão para o Senado Federal, este último deliberar favorável a suspensão da execução da lei declarada inconstitucional, conforme art.52, X, CF/88.

Nesse ponto reside o tema proposto no presente trabalho, diante da tendência surgida no Supremo Tribunal Federal, denominada abstrativização do controle difuso, cuja finalidade é conferir às decisões definitivas, em sede de controle difuso, o mesmo efeito do controle concentrado ou abstrato.

## 2. Modelos de controle de constitucionalidade

O controle de constitucionalidade se reveste de diversos modelos, pois que depende do critério a ser analisado, seu objetivo, contudo, é verificar a compatibilidade vertical das normas infraconstitucionais com a Constituição, assim serão tecidas breves considerações acerca destes modelos, porquanto o presente estudo não tem por escopo aprofundar-se no tema.

No que tange aos modelos do controle de constitucionalidade, Dirley da Cunha Júnior buscou abordar o tema com bastante propriedade, assim com base na sua obra os critérios que podem ser adotados para o controle de constitucionalidade são os seguintes: a) quanto ao parâmetro do controle; b) quanto ao objeto do controle; c) quanto ao momento da realização do controle; d) quanto à natureza do órgão com competência para o controle; e) quanto ao número de órgãos com competência para o controle; f) quanto ao modo de manifestação do controle; g) quanto à finalidade do controle<sup>1</sup>.

Quanto ao critério parâmetro de controle, a referência pode ser a Constituição formal, juntamente com seus princípios e regras implícitos, somente alguns dispositivos constitucionais ou ainda um bloco formado pela Constituição formal, bem como os princípios superiores definidos como direito suprallegal (princípios implícitos positivados ou não positivados na Constituição)<sup>2</sup>.

O estudo dos modelos de controle de constitucionalidade leva em consideração ordenamentos jurídicos estrangeiros, destarte, a variação dos critérios dependerá do país em análise, assim quanto ao critério parâmetro de controle, merece destacar que o Brasil adota o relativo à análise de toda a Constituição formal, assim como seus princípios e regras implícitos.

Quer se dizer, portanto, que o controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico pátrio busca estabelecer a compatibilidade vertical entre as normas infraconstitucionais com

toda a Constituição, ainda que por princípios e regras implícitos, tendo em vista à supremacia constitucional todas as leis devem estar em conformidade com seus preceitos, sob pena de serem declaradas inconstitucionais.

O critério objeto do controle almeja, regra geral, verificar o controle de constitucionalidade dos atos normativos do poder público, tanto aqueles que veiculam normas, tanto os que são editados pelo poder público, buscando afastar o controle dos atos decorrentes da autonomia privada, ademais menciona Dirley da Cunha que diante da argüição de descumprimento de preceito fundamental há a possibilidade no Brasil de controle concentrado de atos concretos do poder público, assim como a possibilidade de controle das omissões indevidas do poder público<sup>3</sup>.

Outrossim, o objeto pode ser traduzido como componente necessário ao controle de constitucionalidade, a sua delimitação é que irá traçar os contornos de todo o sistema de controle de constitucionalidade, nesse sentido somente será passível de sofrer tal controle os atos do poder público, sejam eles normativos ou concretos.

Importante critério de controle é aquele que tem por referência o momento da realização, neste modelo tem-se o controle preventivo, ou seja, o controle de constitucionalidade irá ocorrer antes mesmo da vigência do ato, pois que atinge o seu processo de elaboração, por sua vez o controle repressivo ocorre após este processo de elaboração, ainda que o ato não esteja em vigor<sup>4</sup>.

Vale ressaltar que o ordenamento jurídico brasileiro admite estas duas vias de controle, nessa seara o controle repressivo é exercido principalmente pelos poderes Legislativo (através da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado e Comissão de Constituição, Justiça e Redação da Câmara dos Deputados) e Executivo por meio da sanção ou veto a projeto de lei (art. 66, da CF/88).

A despeito da possibilidade de realização do controle preventivo pelo Judiciário, o Supremo Tribunal Federal somente o tem admitido em sede de controle concreto, na situação em que parlamentar impetra mandado de segurança, com vistas a defender suas prerrogativas em decorrência do processamento da lei ou da emenda<sup>5</sup>.

Note-se que a atuação do Judiciário no controle repressivo é bastante limitada, isto porque vigora o princípio da independência dos poderes estatais, assim sendo uma intervenção mais ferrenha do Judiciário neste controle atinge o estado democrático de direito, por violar um dos seus pilares qual seja a separação dos poderes

O controle de constitucionalidade repressivo, todavia, somente pode ser exercido pelo Poder Judiciário, cujo objetivo é expurgar do ordenamento jurídico a norma declarada inconstitucional, deste modo este tipo de controle é jurisdicional, por consequencia nele não atuam os poderes Legislativo e Executivo.

Outro critério estabelecido é quanto à natureza do órgão com competência para o controle, desdobra-se, portanto, em controle político ou não-judicial e controle judicial ou jurisdicional.

No controle político ou não-judicial, o controle de constitucionalidade é exercido por órgão de natureza política, entretanto, quando o controle se verificar por órgão que compõe a estrutura do Judiciário por logicidade estar-se-ia tratando do controle judicial ou jurisdicional<sup>6</sup>.

Mister elucidar que no Brasil utiliza-se mais do controle de constitucionalidade repressivo, este, como visto alhures, é exercido pelo Poder Judiciário, muito embora também vigore o controle político e preventivo exercido pelos órgãos Legislativo e Executivo.

## ENTRE ASPAS

Destarte, a inconstitucionalidade de uma lei somente pode ser declarada pelo Judiciário, outrossim, esta somente pode ser aferida em face da Constituição vigente, tendo em vista que as leis anteriores à esta e que com ela conflitem serão imediatamente revogadas, ao revés aquelas que se coadunam serão recepcionadas.

Quanto ao modo de manifestação do controle este pode se dar por via incidental (por meio de exceção ou defesa), pela via principal (por meio de ação direta), pela via abstrata ou em tese e finalmente pela via concreta<sup>7</sup>.

Pela via de controle difuso a inconstitucionalidade é arguida de forma incidental no curso de uma demanda, assim o juiz não poderá prosseguir no processo sem antes julgar o incidente, suscitado pelas partes, terceiros interessados ou ainda pelo Ministério Público, a arguição de inconstitucionalidade nesta via não consiste em objeto da demanda, contudo, o é na via de controle principal e independe da instauração de processo, daí a sua natureza abstrata.

Igualmente, no ordenamento brasileiro pode se fazer as seguintes relações que, por sua vez não se aplicam a outros países, assim há inteira relação entre o controle pela via incidental e concreto, uma vez que o controle concreto é realizado de forma incidental num processo, assim como se relacionam os controles pela via principal e em abstrato, já que este último se perfaz por meio das ações diretas<sup>8</sup>.

Há que se falar ainda no critério quanto à finalidade do controle, podendo ser subjetivo, quando tem por fim atender interesse da parte e não à defesa da Constituição, a exemplo do controle incidental, e o objetivo como sendo aquele que almeja a defesa da Constituição, a exemplo do controle principal<sup>9</sup>.

Por fim, como último critério a ser abordado e o de maior relevância para este estudo, está o relativo ao número de órgãos com competência para o controle, assim tem-se o controle difuso, pelo qual quaisquer órgãos do judiciário podem exercer tanto juízes quanto os tribunais e o controle concentrado aonde somente cabe o exercício ao STF ou Tribunais de Justiça Estaduais<sup>10</sup>.

Diante de tudo quanto exposto, verifica-se que o Brasil adotou um sistema misto no que pertine ao controle de constitucionalidade, combinando o controle difuso, de origem estadunidense, com o controle concentrado, cuja origem é austríaca.

### 3. Controle Concreto nos Tribunais

O controle concreto ou difuso no Brasil surgiu aos moldes do modelo norte-americano, é considerado um tipo de controle repressivo, vez que realizado posteriormente ao processo legislativo, cuja competência é atribuída a qualquer juízo ou tribunal do Poder Judiciário.

A partir de um caso concreto, portanto, as partes, terceiros interessados ou o próprio *Parquet*, nas demandas em que couber intervir, podem suscitar incidente processual de declaração de inconstitucionalidade, já que são considerados legitimados, situação na qual por se tratar de exame prejudicial ao mérito o juiz ou tribunal deverá se pronunciar de imediato.

Nesse diapasão, a alegação de inconstitucionalidade incidental não constitui objeto da demanda, trata-se de verdadeiro incidente que surge no curso do processo, consistindo numa verdadeira *conditio sine qua non* para resolução do litígio.

Acerca das características do incidente de inconstitucionalidade, insta ressaltar a explanação de André Tavares:

atuação de ofício pelo órgão julgador; ii) remessa de uma questão preliminar necessária (de ordem constitucional) para outro órgão deliberar; iii) subordinação do órgão julgador original (fracionário) à decisão adotada pelo órgão ao qual se remeteu a questão<sup>11</sup>.

Consoante mencionado acima, os tribunais também possuem competência para realizar o controle concreto ou difuso, todavia, imperioso observar a regra expressa no art.97 da CF/88, assim:

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.

Nessa esteira, o aludido artigo trata do que a doutrina convencionou chamar de cláusula de reserva de plenário, assim a ausência do quorum de maioria absoluta retira do tribunal a competência para declaração de inconstitucionalidade dos atos ou omissões do Poder Público.

A regra contida neste artigo, entretanto, vem sendo mitigada, conforme elucida Pedro Lenza, em nome dos princípios da economia processual, da segurança jurídica e na busca pela racionalização orgânica da instituição judiciária brasileira, assim tem se considerado desnecessário tal procedimento quando já houver decisão do órgão especial ou pleno do tribunal, ou do STF sobre a matéria em análise<sup>12</sup>.

A despeito disso, sabe-se que o Judiciário brasileiro enfrenta dentre outros problemas o da morosidade processual, porquanto há inúmeras demandas que versam sobre o mesmo pedido, desta forma medidas como estas buscam imprimir maior celeridade processual, bem como diminuir o grande contingente processual nos tribunais.

Muito embora o argumento da busca pela celeridade processual seja bastante sedutor, pois que consiste em direito fundamental assegurado constitucionalmente (art.5º, LXXVIII, CF/88), não se pode olvidar que esta medida não cumpre procedimento estabelecido na Constituição, relativo à necessidade de quorum de maioria absoluta dos membros do tribunal ou dos membros do respectivo órgão especial, com o fito de declarar inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

A questão que se põe, destarte, é se estaria sendo criando verdadeiro conflito entre preceitos constitucionais, de um lado a garantia fundamental conferida a todos da razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, do outro uma regra procedimental tida como condição de eficácia jurídica para declaração de inconstitucionalidade.

Nessa seara, na busca pela celeridade processual pode se mitigar algum outro preceito constitucional, com vistas a garantir direito tido como fundamental?

É claro que observando a literalidade do art.97, da CF/88, a violação seria clara, contudo, por se tratar de medida pautada em matéria já discutida e votada pelo órgão especial ou pleno do tribunal, ou do STF, o argumento da violação acaba por não prevalecer, haja vista que diante de demandas versando sobre a mesma questão jurídica torna-se salutar buscar meios de imprimir maior celeridade processual.

Este entendimento restou consubstanciado, inclusive, no art. 481 do codex processual civil, vale observar:

## ENTRE ASPAS

Art. 481-Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão. (Incluído pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998)

Ademais, submeter o órgão especial ou pleno do tribunal, a votação de matéria já discutida e decidida em outra oportunidade, seria conferir interpretação literal da Constituição, quando na verdade a interpretação que deve ser feita pelos juristas é a sistemática, enfim impende que se observe não somente a letra fria da lei, mas todo o ordenamento jurídico.

Note-se que a reserva de plenário haverá de ser observada, quando mesmo versando sobre questão idêntica discutida anteriormente, haja mudança de entendimento por parte do tribunal, neste caso a não observância do procedimento preconizado no art. 97 conduziria a uma violação constitucional.

Mister destacar o comentário de Dirley da Cunha, no que pertine a cláusula de reserva de plenário não se estender a declaração de constitucionalidade, assim:

Isso significa que, em sentido contrário, não se exige, nos tribunais, a reserva de plenário para a declaração da constitucionalidade de uma lei ou ato normativo do poder público, que pode ser pronunciada por órgão fracionário (as Câmaras, Turmas ou Seções). A reserva de plenário só é exigida para a declaração de inconstitucionalidade<sup>13</sup>.

O art. 97, da Constituição trata somente da reserva de plenário para declarações de inconstitucionalidade, não abrangendo, desta maneira, para as declarações de constitucionalidade, visto que se fosse à intenção do constituinte fazer esta abrangência o teria feito expressamente no bojo do mesmo artigo, se não o fez a interpretação que se extrai é que pode órgão fracionário declarar a constitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público.

Impende trazer à baila a súmula vinculante nº 10 do Supremo Tribunal Federal que assim dispõe:

Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

A súmula não enseja maiores elucidacões, tendo em vista que seu texto é bastante claro e auto-explicativo, assim quando os órgãos fracionários estiverem diante de processo em que se discuta a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, deverá suspender o processo e remeter a questão para deliberação do órgão especial.

A despeito desta súmula editada pelo STF, André Tavares esboça o entendimento de que o afastamento da incidência, no todo ou em parte, de determinada lei ou normativo por órgão fracionário, pode ocorrer por outros motivos que não a inconstitucionalidade, exemplificadamente não pertinência ao caso concreto, falta de vigência da lei etc, situação que segundo o autor afastaria a incidência do disposto no art.97, da CF/88<sup>14</sup>.

O controle difuso ou concreto realizado pelo Tribunal para declarar a inconstitucionalidade

de lei ou ato normativo, deverá seguir o procedimento disposto no art.480 do CPC e seguintes, além do regimento interno respectivo.

Nesse sentido, estabelece a lei de ritos que haverá a oitiva do Ministério Público, após o relator submeterá a questão para conhecimento da turma ou câmara, tendo sido rejeitada a alegação de inconstitucionalidade prossegue-se no julgamento, entretanto, se acatada haverá a lavratura do acórdão, com o fito de submeter à questão ao pleno.

Posteriormente, remete-se cópia do acórdão lavrado pelo órgão fracionário a todos os juízes, a fim de que seja marcada a sessão de julgamento pelo presidente do tribunal.

O art.482, §2º, do Código de Processo Civil assim dispõe:

2º Os titulares do direito de propositura referidos no art. 103 da Constituição poderão manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação pelo órgão especial ou pelo Pleno do Tribunal, no prazo fixado em Regimento, sendo-lhes assegurado o direito de apresentar memoriais ou de pedir a juntada de documentos. (Incluído pela Lei nº 9.868, de 10.11.1999)

Seguindo a linha de raciocínio do artigo supracitado, todos os legitimados a propor ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade podem se manifestar acerca da questão a ser discutida pelo Pleno do tribunal, seja apresentando memoriais ou pedindo a juntada de documentos.

Outrossim, o parágrafo seguinte do mesmo artigo menciona que por despacho irrecorrível do relator, ao considerar a relevância da matéria e representatividade dos postulantes, poderá admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades.

Tal disposição representa a possibilidade de manifestação do *amicus curiae* no processo, sendo este um amigo da corte, pois que seu papel é auxiliar o Judiciário para que não seja olvidado nenhum ponto relevante, contribuindo assim, para a pluralização democrática do debate constitucional.

Tendo sido decidido o incidente de inconstitucionalidade pelo Tribunal Pleno, os autos retornam ao órgão fracionário, com o objetivo de que este decida a pretensão principal, note-se, portanto, que em nenhum momento o pleno pode apreciar o mérito da pretensão deduzida, a sua competência cinge-se em decidir apenas a questão constitucional suscitada.

No tema de controle de constitucionalidade é importante verificar os efeitos produzidos pela decisão, pois que neles reside a principal diferença entre o controle concreto e o abstrato, ademais a nova tendência criada pelo Min. Gilmar Mendes e que vem sendo implantada pelo STF, gira em torno de se conceder os mesmo efeitos do controle abstrato ao controle concreto decidido pelo Pretório Excelso.

Quando se trata do controle difuso de constitucionalidade vige, regra geral, que os efeitos são *inter partes*, visto que somente valem para as partes no caso concreto e *ex tunc*, ou seja, a declaração de inconstitucionalidade retroage a data de edição da lei tornando-a nula<sup>15</sup>.

Convém ressaltar a possibilidade de em sede de controle difuso o efeito da decisão ser *ex nunc*, assim o Supremo decidiu reduzir o número de vereadores do Município de Mira Estrela, contudo, determinou que os seus efeitos se operassem *pro futuro*, com a próxima legislatura, destarte, vale trazer o referido acórdão<sup>16</sup>.



## ENTRE ASPAS

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. 1. O artigo 29, inciso IV da Constituição Federal, exige que o número de Vereadores seja proporcional à população dos Municípios, observados os limites mínimos e máximos fixados pelas alíneas a, b e c. 2. Deixar a critério do legislador municipal o estabelecimento da composição das Câmaras Municipais, com observância apenas dos limites máximos e mínimos do preceito (CF, artigo 29) é tornar sem sentido a previsão constitucional expressa da proporcionalidade. 3. Situação real e contemporânea em que Municípios menos populosos têm mais Vereadores do que outros com um número de habitantes várias vezes maior. Casos em que a falta de um parâmetro matemático rígido que delimite a ação dos legislativos Municipais implica evidente afronta ao postulado da isonomia. 4. Princípio da razoabilidade. Restrição legislativa. A aprovação de norma municipal que estabelece a composição da Câmara de Vereadores sem observância da relação cogente de proporção com a respectiva população configura excesso do poder de legislar, não encontrando eco no sistema constitucional vigente. 5. Parâmetro aritmético que atende ao comando expresso na Constituição Federal, sem que a proporcionalidade reclamada traduza qualquer afronta aos demais princípios constitucionais e nem resulte formas estranhas e distantes da realidade dos Municípios brasileiros. Atendimento aos postulados da moralidade, impessoalidade e economicidade dos atos administrativos (CF, artigo 37). 6. Fronteiras da autonomia municipal impostas pela própria Carta da República, que admite a proporcionalidade da representação política em face do número de habitantes. Orientação que se confirma e se reitera segundo o modelo de composição da Câmara dos Deputados e das Assembléias Legislativas (CF, artigos 27 e 45, § 1º). 7. Inconstitucionalidade, incidenter tantum, da lei local que fixou em 11 (onze) o número de Vereadores, dado que sua população de pouco mais de 2600 habitantes somente comporta 09 representantes. 8. **Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos ex tunc, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade.** Recurso extraordinário conhecido e em parte provido.(grifo nosso)

Observe-se que os efeitos na decisão acima se operaram pro futuro, com base no princípio da segurança jurídica e almejando resguardar o interesse público, assim o caráter da



decisão foi de excepcionalidade, porque vige a regra de que a declaração de inconstitucionalidade torne nula de pleno direito à lei ou ato normativo.

Como já abordado, em sede de controle difuso de constitucionalidade os efeitos são apenas para as partes litigantes no processo, contudo, quando se tratar de decisão definitiva do Supremo o art. 52, X, da CF/88 confere ao Senado Federal a possibilidade de suspender, no todo ou em parte, a execução de lei declarada inconstitucional, atribuindo desse modo efeito *erga omnes*.

Acerca desta questão é que se debruça o presente estudo, consoante o entendimento que vem se formando no Supremo relativo à sua decisão definitiva em sede de controle difuso ser capaz de conferir o efeito *erga omnes*, nesse diapasão o tema será abordado em linhas posteriores.

#### 4. Controle Abstrato e as Via de Ação

Verificou-se no tópico relativo ao controle difuso que este se perfaz mediante a suscitação de um incidente processual, destarte, este tipo de controle incide a partir de um caso concreto, na via oposta encontra-se o controle abstrato, pois que a sua incidência é pela via principal, mediante uma ação direta proposta perante o Supremo Tribunal Federal.

A natureza abstrata deste tipo de controle de constitucionalidade decorre da dispensa de caso concreto para suscitar à inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, desse modo a alegação de inconstitucionalidade se configura como questão principal.

Ademais, a via de controle abstrato é também conhecida por controle concentrado, porquanto a discussão constitucional concentra-se a um único órgão, qual seja o STF, contrariamente no difuso o controle pode ser exercido por juízes e pelos Tribunais.

Insta mencionar que a alegação de inconstitucionalidade tem por referência a violação a uma norma constitucional, seja pela ação, outrossim, pela prática de um ato que consubstancie a violação ou pela omissão estatal, quando a simples inércia do Poder Público provoca o desrespeito a preceito constitucional.

Deve se observar, como salientado por Dirley da Cunha, que a inconstitucionalidade ocorre em caso de conflito com norma específica da Constituição, o que não significa apenas à letra da lei, mas o real significado da norma<sup>17</sup>.

Nessa esteira, almeja o controle abstrato estabelecer a compatibilidade vertical, ou seja, todas as normas infraconstitucionais devem estar em conformidade aos preceitos estabelecidos pela Constituição, preceitos estes que podem estar explícitos ou implícitos.

Esta compatibilidade tem de ser analisada tanto no plano formal, no qual é verificado se a norma elaborada cumpriu os requisitos do processo legislativo determinado constitucionalmente, quanto no plano dos requisitos materiais, aonde se observa o objeto da lei ou ato normativo com a matéria constitucional.

Nas lições de Dirley da Cunha a inconstitucionalidade pode se apresentar sob diversos tipos, assim: 1) inconstitucionalidade formal e inconstitucionalidade material; 2) inconstitucionalidade total e parcial; 3) inconstitucionalidade originária e superveniente; 4) inconstitucionalidade antecedente (ou imediata) e conseqüente (ou derivada)<sup>18</sup>.

Seguindo o entendimento do autor supracitado, a inconstitucionalidade formal se divide em orgânica e propriamente dita, a primeira refere-se a vício de incompetência do órgão de onde provém o ato normativo, já a segunda tem por referência a inobservância do procedimento legislativo preconizado constitucionalmente.

## ENTRE ASPAS

Por sua vez, a inconstitucionalidade é dita material quando atinge o conteúdo do ato normativo, outrossim, quando atingir todo o ato normativo a inconstitucionalidade será total, todavia, se atinge apenas parte do ato, como um artigo, alínea, a inconstitucionalidade será parcial.

A inconstitucionalidade será originária ao surgir juntamente com o ato normativo, contudo, quando surge posteriormente ao nascimento do ato, tem-se a inconstitucionalidade superveniente.

Como última classificação elucidada, a inconstitucionalidade pode ser tida como antecedente ou imediata quando viola diretamente norma constitucional e conseqüente ou derivada, quando atingir certo ato por atingir outro ato de que ele depende.

A classificação analisada acima é bastante relevante, uma vez que detalha com maior clareza o tema da inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, ao mesmo tempo em que corrobora para identificação das ações diretas, meios pelos quais se exerce o controle de constitucionalidade concentrado.

No que tange as ações diretas, o controle concentrado ou abstrato pode ser exercido por meio da ação direta de inconstitucionalidade (ADIN ou ADI) genérica; da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADIN por omissão); da ação direta de inconstitucionalidade interventiva (ADIN interventiva); da ação declaratória de constitucionalidade (ADC) ou da argüição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).

É irrefutável que todas estas ações constituem meios de se discutir a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo perante a Constituição e por meio direto, ou seja, independente de haver um litígio é possível suscitar a discussão constitucional, daí falar em controle abstrato.

Imprescindível para o estudo em questão a análise destas ações e suas peculiaridades, pois que o tema controle de constitucionalidade é assaz complexo, deste modo a sua compreensão perpassa por vários estágios, até chegar a um nível de discussão mais aprofundado.

Como primeira das ações diretas a ser estudada e a mais comum se encontra a ADIN genérica, cujo controle de constitucionalidade é exercido contra ato normativo em tese, sem que para tanto se perceba a incidência deste em um caso concreto, nessa senda por meio desta ação o Judiciário irá verificar se a lei ou ato normativo apontado é de fato inconstitucional.

Proferida a inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo, pois que no exame da compatibilidade vertical esta não se mostrou compatível ao sistema constitucional, a norma será retirada do ordenamento jurídico e por conseqüência será invalidada.

Segundo Pedro Lenza, quando se fala em leis como objeto do controle de constitucionalidade concentrado, a referência feita abrange todas as espécies normativas contidas no art. 59 da Constituição quais sejam emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções<sup>19</sup>.

Consoante entendimento do referido autor ao citar Alexandre de Moraes, os atos normativos que podem ser objeto de controle são as resoluções administrativas dos tribunais, atos estatais de conteúdo meramente derogatório, como as resoluções administrativas que incidam sobre atos de caráter normativo<sup>20</sup>.

Ademais, Lenza abrange dentro de atos normativos as deliberações administrativas dos órgãos judiciários, as deliberações dos Tribunais Regionais do Trabalho, a exceção das convenções coletivas, bem como resoluções do Conselho Internacional de Preços, segundo entendimento do Supremo<sup>21</sup>.

O objeto da ação direta de inconstitucionalidade, portanto, são leis ou atos normativos federais, estaduais ou distritais em abstrato, porquanto o Supremo não admite que este tipo de ação

## A REVISTA DA UNICORP

disponha sobre atos de efeito concreto, ou seja, que possuam objeto e destinatários determinados.

No que pertine a legitimidade para ingressar com a ADIN genérica, o art. 103 enumera o rol dos legitimados ativos, assim:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: **(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)**

I – o Presidente da República;

II – a Mesa do Senado Federal;

III – a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV – a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; **(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)**

V – o Governador de Estado ou do Distrito Federal; **(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)**

VI – o Procurador-Geral da República;

VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII – partido político com representação no Congresso Nacional;

IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

(grifo nosso)

Note-se que a nova redação dada pela Emenda nº 45/2004 enumeram os mesmos legitimados ativos para a propositura de ação declaratória de constitucionalidade, vez que a redação anterior abrangia somente a ação direta de inconstitucionalidade, ademais a nova redação incluiu no citado rol a Câmara legislativa do Distrito Federal e o Governador do Distrito Federal.

Acerca dos legitimados ativos, a jurisprudência do Supremo exige da Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, do Governador de Estado ou do Distrito Federal, bem como da confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional a demonstração de pertinência temática.

Destarte, estes legitimados devem demonstrar o interesse na propositura da ação relacionado à sua finalidade institucional, quanto aos demais são tidos como legitimados neutros ou universais, dessa forma não necessitam demonstrar pertinência temática<sup>22</sup>.

O procedimento da ação direta de inconstitucionalidade, assim como o da ação declaratória de constitucionalidade está disciplinado pela Lei nº 9.868/99, de acordo com o art. 3º a petição inicial deverá conter os seguintes requisitos: I-o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações; II – o pedido, com suas especificações.

Sobre estes requisitos da petição inicial merece trazer à baila o seguinte entendimento:

É interessante notar que, a despeito da necessidade legal da indicação dos fundamentos jurídicos na petição inicial, não fica o STF adstrito a eles na apreciação que faz da constitucionalidade dos dispositivos questionados. É dominante no âmbito do Tribunal que na ADI (e na ADC) prevalece o princípio da *causa petendi* aberta<sup>23</sup>.

A causa de pedir ou *causa petendi* engloba os fatos e fundamentos jurídicos dando

## ENTRE ASPAS

sustentáculo ao pedido feito, todavia, como visto alhures no controle de constitucionalidade abstrato não é possível à narração de fatos, vez que a via de controle é direta e independe de caso concreto.

Outrossim, a causa de pedir é aberta visto que o Supremo Tribunal Federal não está vinculado à esta, nesse diapasão pode o guardião da Constituição declarar a inconstitucionalidade com fundamento distinto daquele apontado pela parte autora.

Tendo sido feita a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo, sua decisão possui eficácia *erga omnes*, ou seja, é válida para todos, ademais o efeito é vinculante em relação aos órgãos do Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal, consoante disposição do art. 28, parágrafo único, da lei nº 9.868/99.

A declaração de inconstitucionalidade torna nula a lei ou ato normativo impugnado, assim o efeito operante é *ex tunc*, pois que retroage para sanar o vício, entretanto, há a possibilidade do Supremo não conceder este efeito, senão vejamos:

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

Nessa esteira, a regra é que a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo possui efeito *ex tunc*, retroagindo para extirpar a nulidade da lei ou ato normativo impugnado, todavia, tal decisão pode gerar efeito *ex nunc* ou *pro futuro*, por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, desde que observado o *quorum* de maioria de dois terços de seus membros.

Tal possibilidade é conhecida como uma técnica de modulação de efeitos temporais, assim vale observar a seguinte decisão em sede de Adin do Supremo Tribunal Federal de relatoria do Min. Joaquim Barbosa:

**EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 81 E 82 DO ADCT DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. INSTITUIÇÕES DE ENSINO SUPERIOR CRIADAS PELO ESTADO E MANTIDAS PELA INICIATIVA PRIVADA. SUPERVISÃO PEDAGÓGICA DO CONSELHO ESTADUAL DE EDUCAÇÃO. ALCANCE. OFENSA AO ARTIGO 22, XXIV DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. EMENDA CONSTITUCIONAL ESTADUAL 70/2005. ALTERAÇÃO SUBSTANCIAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE. MODULAÇÃO DOS EFEITOS.**

1. Ação não conhecida quanto aos §§ 1º e 2º do artigo 81 e ao § 2º do art. 82, todos do ADCT da Constituição do Estado de Minas Gerais, uma vez que esses dispositivos, de natureza transitória, já exauriram seus efeitos. 2. A modificação do artigo 82 do ADCT da Constituição mineira pela Emenda Constitucional Estadual 70/2005 não gerou alteração substancial da norma. Ausência de prejudicialidade da presente ação direta. 3.

O alcance da expressão “supervisão pedagógica”, contida no inciso II do art. 82 do ADCT da Constituição Estadual de Minas Gerais, vai além do mero controle do conteúdo acadêmico dos cursos das instituições superiores privadas mineiras. Na verdade, a aplicação do dispositivo interfere no próprio reconhecimento e credenciamento de cursos superiores de universidades que são, atualmente, em sua integralidade privadas, pois extinto o vínculo com o Estado de Minas Gerais. 4. O simples fato de a instituição de ensino superior ser mantida ou administrada por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado basta à sua caracterização como instituição de ensino privada, e, por conseguinte, sujeita ao Sistema Federal de Ensino. 5. Portanto, as instituições de ensino superior originalmente criadas pelo estado de Minas Gerais, mas dele desvinculadas após a Constituição estadual de 1989, e sendo agora mantidas pela iniciativa privada, não pertencem ao Sistema Estadual de Educação e, consequentemente, não estão subordinadas ao Conselho Estadual de Educação, em especial no que tange à criação, ao credenciamento e descredenciamento, e à autorização para o funcionamento de cursos. 6. Invade a competência da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação a norma estadual que, ainda que de forma indireta, subtrai do Ministério da Educação a competência para autorizar, reconhecer e credenciar cursos em instituições superiores privadas. 7. Inconstitucionalidade formal do art. 82, § 1º, II da Constituição do Estado de Minas Gerais que se reconhece por invasão de competência da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação (art. 22, XXIV da CF/88). Inconstitucionalidade por arrastamento dos § 4º, § 5º e § 6º do mesmo art. 82, inseridos pela Emenda Constitucional Estadual 70/2005. 8. A autorização, o credenciamento e o reconhecimento dos cursos superiores de instituições privadas são regulados pela lei federal 9.394/1996, Lei de Diretrizes e Bases da Educação. Portanto, a presente decisão não abrange as instituições de ensino superior estaduais, criadas e mantidas pelo Estado de Minas Gerais – art. 10, IV c/c art. 17, I e II da lei 9.394/1996. 9. **Tendo em vista o excepcional interesse social, consistente no fato de que milhares de estudantes frequentaram e frequentam cursos oferecidos pelas instituições superiores mantidas pela iniciativa privada no Estado de Minas Gerais, é deferida a modulação dos efeitos da decisão (art. 27 da lei 9.868/1999), a fim de que sejam considerados válidos os atos (diplomas, certificados, certidões etc.) praticados pelas instituições superiores de ensino atingidas por essa decisão, até a presente data, sem prejuízo do ulterior exercício, pelo Ministério da Educação, de suas atribuições legais em relação a essas instituições superiores<sup>24</sup>.**

Seguindo entendimento de Pedro Lenza, na técnica da modulação há o reconhecimento de efeitos da lei objeto do controle, destarte, esta lei terá eficácia para revogar a anterior, situação diversa quando não se utiliza desta técnica, pois que a decisão confere nulidade à norma atacada, deste modo a norma anterior continua a ter vigência<sup>25</sup>.

## ENTRE ASPAS

A ação direta de inconstitucionalidade vista até o momento dizia respeito à inconstitucionalidade por ação, contudo, existe também a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, nesse sentido em face de uma omissão normativa estatal é possível pleitear a efetividade da norma constitucional, assim observe-se o que diz o § 2º do art. 103, do texto constitucional:

§ 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

No que tange ao procedimento, a Adin por omissão possui similitude a Adin genérica, porém, naquela não há possibilidade de concessão de medida liminar, conforme entendimento do STF, assim como não há manifestação do Advogado – Geral da União, salvo nos casos de omissão parcial, porquanto neste caso há atuação parcial do poder público e assim lei ou ato normativo impugnado para fazer defesa<sup>26</sup>.

O advento da Lei nº 12.063/2009 trouxe modificações ao entendimento supracitado, assim há disposição expressa acerca da medida cautelar em sede de Adin por omissão, note-se:

Art. 12-F. Em caso de excepcional urgência e relevância da matéria, o Tribunal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, observado o disposto no art. 22, poderá conceder medida cautelar, após a audiência dos órgãos ou autoridades responsáveis pela omissão inconstitucional, que deverão pronunciar-se no prazo de 5 (cinco) dias

De igual forma, o relator do processo poderá solicitar a manifestação do Advogado-Geral da União, que por sua vez terá um prazo de 15 (quinze) dias para encaminhá-la, de acordo com o §2º, do art. 12-E, incluído pela Lei nº 12.063/2009.

Quanto aos legitimados são os mesmos para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, nos termos do que estabelece o art. 12-A, da lei específica.

Não obstante ser mais comumente utilizada a Ação Direta de Inconstitucionalidade, haja vista que as leis e atos normativos se presumem constitucionais presunção esta que é *juris tantum*, ou seja, admite prova em contrário, existe há possibilidade de transformar esta presunção em absoluta *jure et de jure*, nesse contexto se insere a Ação Declaratória de Constitucionalidade, chamada de ADC ou ADECON<sup>27</sup>.

Merece ressaltar que diferentemente da Ação Direta de Inconstitucionalidade que engloba leis ou atos normativos estaduais, na Ação Declaratória somente pode ser objeto leis ou atos normativos federais, consoante se verifica do art. 102, I, “a”, da CF/88.

Não obstante tal distinção, no que pertine aos legitimados para propositura da ADC ou ADECON são os mesmos da Adin genérica, de acordo com que estabelece o art. 103, *caput*, da Constituição.

Igualmente, o procedimento é similar ao da Adin genérica ressaltando-se que nesta ação não há manifestação do Advogado-Geral da União, diante da ausência de impugnação, entretanto, o Procurador-Geral da República deverá ser ouvido no prazo de quinze dias, consoante disposição do art. 19, da Lei nº 9868/99.

Nesta esteira, pode ser afirmado que se trata de são ações ambivalentes ou dúplices,

assim de acordo com Gilmar Mendes e outros, dificilmente se ingressa somente com a ADC ou ADECON, pois a praxis demonstra que de início há a propositura de uma ADI, contudo, o julgamento destas ações será conjunto<sup>28</sup>.

Por consequência, os efeitos da decisão em sede de ADC ou ADECON são os mesmos da ADI, note-se o que diz o §2º, do art.102, da Constituição:

2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Seguindo o raciocínio contido no parágrafo supramencionado, a decisão em sede de ADC ou ADECON tem efeitos *erga omnes* (contra todos), *ex tunc* (retroage) e vinculante em relação aos demais órgãos do Judiciário e Administração Pública Federal, Estadual, Municipal e Distrital.

Não obstante o parágrafo acima fazer referência a decisões definitivas de mérito, o entendimento do Supremo é no sentido de ser possível atribuir efeito vinculante e *erga omnes*, em sede de liminar, nas ações declaratórias de constitucionalidade<sup>29</sup>.

Como última das ações diretas a ser tratada, tem-se a arguição de descumprimento de preceito fundamental, disciplinada pela Lei nº 9882/99 e §1º, do art.102, da Constituição Federal.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental, comumente chamada de ADPF, é de competência do Supremo Tribunal Federal, assim seu objetivo é evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público, nos termos do art.1º, da Lei nº 9882//99.

A conceituação de preceito fundamental não foi trazida pela lei, nesse diapasão restou tal tarefa aos doutos pátrios, de acordo com Uadi Lâmega Bulos citado por Pedro Lenza: “Qualificam-se de fundamentais os grandes preceitos que informam o sistema constitucional, que estabelecem comandos basilares e imprescindíveis à defesa dos pilares da manifestação constituinte originária”<sup>30</sup>.

Em outras palavras, a doutrina vem conceituando como verdadeiros princípios norteadores da Constituição, normas que servem de base à interpretação constitucional, destarte, a nomenclatura preceito fundamental ressalta a importância destas normas constitucionais face às leis e atos normativos do Poder Público.

Quanto aos legitimados o art. 2º, inciso I, da lei específica, determina que são os mesmos da Adin ou ADI, ademais esta ação tem caráter subsidiário, ou seja, somente será admitida caso não haja outro meio de sanar a lesividade, conforme § 1º, art. 4º, da mesma lei, ressaltando que os efeitos da decisão, em sede de ADPF, se operam contra todos, *ex tunc* e vinculante.

Diante da breve análise das ações diretas, pode se inferir que todas elas possuem em comum o objetivo de resguardar a Constituição corroboram, assim, para a manutenção do princípio da Supremacia Constitucional, deste modo por ser o STF guardião da Constituição, tal competência lhe foi atribuída, consistente na apreciação e julgamento destas ações.

### 5. O fenômeno da Abstrativização do Controle DIFUSO no STF

Como visto anteriormente, o controle de constitucionalidade brasileiro apresenta-se de



## ENTRE ASPAS

forma mista, pois que pode ser realizado tanto pela via direta (controle abstrato) por meio de ações específicas, quanto pela via difusa ou incidental ao processo (controle difuso).

Assim, restou estabelecido que o controle de constitucionalidade abstrato é exercido exclusivamente pelo Supremo, por ser este o guardião da Constituição, deste modo as decisões definitivas de mérito, em sede deste controle, se operam *erga omnes* e, regra geral, *ex tunc*.

Outrossim, já foi visto que por razões de segurança jurídica e excepcional interesse social, poderá o Supremo, em sede de controle abstrato, por maioria qualificada de 2/3 dos membros, estabelecer outro momento para que a decisão produza efeitos, atribuindo, portanto, efeito *ex nunc*.

Opostamente, em sede de controle difuso, cuja competência é atribuída a qualquer juízo ou tribunal, as decisões definitivas de mérito somente geram efeitos para as partes no processo, efeito *inter partes* e *ex tunc*, sendo possível também falar excepcionalmente em efeito *ex nunc*, a citar o caso do Município de Mira Estrela no qual o STF ao reduzir o número de vereadores estabeleceu efeito *pro futuro*.

Não obstante este raciocínio, o controle de constitucionalidade difuso pode ser exercido pelo Supremo através da interposição de Recurso Extraordinário, nos moldes do que estabelece o art.102, III, da Constituição Federal.

A despeito da declaração de inconstitucionalidade pelo STF, tanto no controle concreto, quanto no controle abstrato, vale observar o preceito estabelecido no art. 97, no que tange ao quorum: “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”.

Nesse diapasão, observando-se este quorum e após a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo, o art. 178 do Regimento interno deste Tribunal estabelece que:

Declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade, na forma prevista nos arts. 176 e 177, far-se-á comunicação, logo após a decisão, à autoridade ou órgão interessado, bem como, depois do trânsito em julgado, ao Senado Federal, para os efeitos do art.52, X, da Constituição.

O art. 52, X, da Constituição Federal estabelece, por sua vez, o seguinte: “Compete privativamente ao Senado Federal: suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

Assim, infere-se que mediante uma resolução o Senado Federal possui competência para suspender a execução de lei declarada inconstitucional, seja no todo ou em parte, das decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal.

De acordo com Lenza, a suspensão do Senado pode ter como objeto leis federais, estaduais, distritais ou mesmo municipais que forem declaradas inconstitucionais pelo STF, contudo, quando se tratar de lei municipal ou estadual em confronto com a Constituição Estadual, Pedro Lenza ao citar entendimento de Michel Temer relata que a declaração de suspensão da execução da lei é realizada pela Assembléia Legislativa<sup>31</sup>.

O entendimento de Michel Temer consiste bem verdade, na aplicação ao princípio da simetria constitucional, pelo qual deve haver uma harmonia entre os institutos jurídicos constitucionais federais e os da Constituição dos Estados-Membros.

O artigo em comento diz que a suspensão da execução da lei pode ser, no todo ou em parte, significando assim no entendimento de Lenza que não cabe ao Senado ampliar, interpretar

ou restringir a extensão da decisão do STF, deverá apenas promover a suspensão nos exatos termos do que foi declarado inconstitucional, em sede de controle difuso, pelo Supremo<sup>32</sup>.

Tal interpretação denota a preocupação em preservar o princípio fundamental da separação dos poderes, assim os três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) são independentes e harmônicos entre si, desta forma o Senado tem de respeitar o que foi declarado inconstitucional pelo Supremo, se toda a lei, ou apenas parte dela, não cabendo, pois, promover qualquer alteração.

Ademais convém salientar que a resolução do Senado tem por efeito não retroagir para alcançar fatos do passado, sendo considerados *ex nunc*, todavia, de acordo com o Decreto nº 2.346/97 o efeito será retroativo em relação à Administração Pública Federal direta e indireta<sup>33</sup>.

Seguindo este posicionamento, Themístocles Cavalcanti: “única solução que atende aos interesses de ordem pública é que a suspensão produzirá os seus efeitos desde a sua efetivação, não atingindo as situações jurídicas criadas sob a sua vigência<sup>34</sup>.”

No mesmo sentido, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello: “a suspensão da lei corresponde à revogação da lei, devendo “ser respeitadas as situações anteriores definitivamente constituídas, porquanto a revogação tem efeito *ex nunc*”<sup>35</sup>.

Deste modo, a resolução do Senado não tem o condão de atingir fatos pretéritos e já consumados, consoante posicionamento majoritário, destarte, a suspensão da executoriedade da lei se opera *pro futuro*, pois que a lei declarada inconstitucional não mais poderá regular as situações jurídicas posteriores.

Impende ressaltar que a Constituição não fixou prazo para o Senado manifestar-se, nesse diapasão a interpretação extraída é no sentido de ser a qualquer tempo, todavia, alerta Dirley da Cunha que a manifestação deve ser logo após a comunicação do Supremo acerca da decisão<sup>36</sup>.

Dúvida que surge ao tratar do tema em questão é se a competência delineada no art. 52, X, da Constituição é de natureza obrigatória, em outras palavras, estaria o Senado obrigado a suspender os efeitos da lei declarada inconstitucional, em sede de controle difuso, pelo Supremo?

Mais uma vez merece trazer à baila o posicionamento de alguns juristas, assim segundo Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gustavo Branco:

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 qualquer infração a princípio de ordem constitucional.

Seguindo este raciocínio, dominante na doutrina pátria, o Senado Federal possui discricionariedade para suspender ou não a execução da lei declarada inconstitucional, desta maneira caberá a este, por critérios de conveniência e oportunidade editar resolução suspendendo a eficácia da lei objeto da declaração de inconstitucionalidade.

Todavia, há aqueles que advogam a tese do ato vinculado, restando assim, ao Senado à obrigação em suspender a execução da lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo, haja vista que consistiria em dever constitucional e não uma faculdade, nesse sentido Alfredo Buzaid, Lênio Streck, Celso Ribeiro Bastos e outros<sup>37</sup>.

## ENTRE ASPAS

É preciso elucidar que o preceito estabelecido no inciso X, art. 52, da CF/88, insere-se na competência privativa do Senado Federal, deste modo o Poder Judiciário, através da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo, não pode interferir na seara legislativa imputando uma obrigação, porquanto consistiria em verdadeira afronta ao princípio da tripartição de poderes.

Destarte, a posição da doutrina majoritária demonstra maior coesão ao conferir natureza discricionária ao art.52, X, da CF/88, deixando ao alvedrio senatorial a possibilidade de suspender a execução de lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo.

Sob o parâmetro do art. 52, X, da Constituição surgiu no Supremo Tribunal Federal o fenômeno da abstrativização do controle difuso que nos dizeres de Pedro Lenza seria uma “nova interpretação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso pelo STF”<sup>38</sup>.

Outrossim, seria a extensão dos efeitos *erga omnes* para as decisões proferidas pelo Supremo que declarem a inconstitucionalidade de lei, em sede de controle difuso, comunicando ao Senado para que este apenas publique a decisão, já que esta possuiria força normativa de eficácia geral.

Assim sendo, o papel do Senado estaria reduzido à simples publicidade da decisão proferida pelo Supremo, não cabendo mais ao mesmo conferir a eficácia geral, ocorrendo assim, o que o Ministro Gilmar Mendes convencionou chamar “autêntica mutação constitucional”.

Muito embora o fenômeno da abstrativização não esteja pacificado em sede de doutrina e jurisprudência, pode se vislumbrar a sua incidência tanto no âmbito judicial, como no legislativo.

No âmbito judicial há alguns precedentes a citar o HC 82.959/SP39 no qual o STF admitiu a possibilidade de progressão de regime aos condenados pela prática de crimes hediondos, declarando inconstitucional o artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. Tal decisão deu origem a Reclamação de nº 4.335/AC, visto que um juiz de primeiro grau entendeu que esta só teria eficácia geral se declarada pelo Senado, todavia, o Relator do processo Min. Gilmar Mendes considerou a decisão proferida pelo juízo reclamado contrária a eficácia *erga omnes*, que deve ser atribuída às decisões do STF.

Seguindo este entendimento, cite-se o RE 197.917<sup>40</sup> no qual o Supremo declarou inconstitucional norma municipal que não obedecia aos limites constitucionais de número de vereadores, aplicou-se neste caso a teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença, estendendo os efeitos da decisão não somente ao município de Mira Estrela, mas a todos os municípios.

No âmbito legislativo o fenômeno da abstrativização pode ser percebido com o advento da Emenda nº 45/2004, diante da possibilidade do Supremo em editar Súmulas Vinculantes (art.103-A, CF), após reiteradas decisões sobre matéria constitucional em sede de controle concreto, bem como a exigência de repercussão geral (Lei nº 11.418/06) como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, vez que o STF não deve julgar conflitos individuais, mas sim aqueles que transcendam ao interesse das partes litigantes e ainda, a possibilidade do relator dar provimento ao recurso quando a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior (art. 557, §1º-A, CPC)<sup>41</sup>.

Denota-se dos exemplos supracitados que a abstrativização do controle concreto de constitucionalidade é fenômeno crescente, muito embora ainda esteja longe de ser pacificado.

Imperioso salientar que os defensores deste fenômeno utilizam como argumentos a necessidade de dar efetividade aos preceitos constitucionais, imprimindo maior celeridade processual, na via oposta àqueles que são contrários a abstrativização mencionam desrespeito

ao princípio da separação dos poderes, porquanto o meio adequado para propor esta abstrativização seria a emenda constitucional.

Corroborando para a tese da abstrativização a edição de Súmulas Vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal, assim vale notar o que diz o art. 103-A, da CF/88:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Vide Lei nº 11.417, de 2006).

Por meio das súmulas vinculantes, portanto, a declaração de inconstitucionalidade proferida em controle concreto poderá ter efeito vinculante, porquanto o próprio artigo acima menciona que a edição destas súmulas ocorre após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, ou seja, decorre de decisões tomadas em controle concreto<sup>42</sup>.

Em opinião expressa Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gustavo Branco afirmam que: “Ressalte-se que a adoção da súmula vinculante reforça a idéia de superação do art. 52, X, da CF, na medida em que permite aferir a inconstitucionalidade de determinada orientação pelo próprio Tribunal sem qualquer interferência do Senado Federal”<sup>43</sup>.

Nesse diapasão, argumentos não faltam àqueles que defendem a abstrativização, bem como aos que a criticam, contudo, a tese de combate à morosidade judicial, bem como necessidade de conferir maior eficácia aos preceitos constitucionais, não se mostram suficientes para embasar a abstrativização realizada nos moldes do Supremo, porquanto há uma flagrante ingerência do Judiciário na seara Legislativa.

Ademais, a função precípua de guardião da Constituição também não pode servir de fundamento ao Pretório Excelso, com o fito de promover uma verdadeira concentração de poder, de modo a comprometer a harmonia e equilíbrio entre os três poderes.

Insta mencionar o posicionamento de Pedro Lenza acerca da aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença, ou da abstrativização, também para o controle difuso:

Muito embora a tese da transcendência decorrente do controle difuso pareça bastante sedutora, relevante e eficaz, inclusive em termos de economia processual, de efetividade do processo, de celeridade processual (art. 5º, LXXVIII- Reforma do Judiciário) e de implementação do princípio da força normativa da Constituição (Konrad Hesse), parecem faltar, ao menos em sede de controle difuso, dispositivos e regras, sejam processuais, sejam constitucionais, para a sua implementação<sup>44</sup>.

Convém ressaltar que se os constituintes de 1988 preservaram o art. 52, X, é porque quiseram que o Senado continuasse a participar do controle difuso, não apenas como mero publicador da decisão do Supremo, mas sim como órgão do legislativo que confere o efeito *erga omnes* às decisões definitivas do Supremo em sede de controle difuso.

## ENTRE ASPAS

Assim, não obstante o Supremo ser o órgão que confere interpretação às normas constitucionais, diante da atribuição que foi conferida pela Constituição, a ratificação desta nova tendência promove realmente uma “mutação constitucional”, como denominada pelo Min. Gilmar Mendes, porquanto imprime alteração na Constituição sem que para tanto seja observado o procedimento de emenda constitucional, nos moldes do art.60, da CF/88.

A propositura de emenda constitucional, por sua vez, seria o meio legal de promover alteração na constituição, contudo, para aqueles que são contrários a esta tendência do Supremo encontrariam no art. 60, §4º, CF/88, mais um argumento fortificador, assim: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: III - a separação dos Poderes”.

Sendo o principal argumento dos que advogam contra a tese da abstrativização o desrespeito ao princípio da separação dos poderes, uma proposta de emenda que vise excluir a participação do Senado no controle difuso realizado pelo Supremo dará consistência à discussão.

Nesse sentido, perfilha-se do entendimento de que deve haver regulamentação expressa no art. 52, X, da CF, com o fito de validar ou não a tese da abstrativização, destarte, para a consecução deste objetivo necessário a propositura de emenda à constituição, com vistas a conferir nova interpretação ao artigo em comento buscando, desta forma, regular esta nova tendência, posto que permaneçam as discussões doutrinárias e suas correntes contrárias e favoráveis.

## 6. Considerações finais

O controle de constitucionalidade brasileiro se apresenta de forma mista, haja vista que combina o controle difuso, de origem estadunidense, com o controle concentrado, cuja origem é austríaca.

Vale ressaltar que o controle concreto ou difuso no Brasil surgiu aos moldes do modelo norte-americano, sendo considerado um tipo de controle repressivo, tendo em vista sua realização posterior ao processo legislativo, cuja competência foi atribuída a qualquer juízo ou tribunal do Poder Judiciário.

Destarte, as partes, terceiros interessados ou o Ministério Público, nas demandas em que couber intervir, podem suscitar incidente processual de declaração de inconstitucionalidade, já que são considerados legitimados, situação na qual por se tratar de exame prejudicial ao mérito o juiz ou tribunal deverá se pronunciar de imediato.

Nesse sentido, a alegação de inconstitucionalidade incidental não constitui objeto da demanda, trata-se de verdadeiro incidente que surge no curso do processo, consistindo numa verdadeira *conditio sine qua non* para resolução do litígio.

Na via oposta encontra-se o controle abstrato, pois que a sua incidência é pela via principal, mediante uma ação direta proposta perante o Supremo Tribunal Federal.

Quanto às ações diretas tem-se a ação direta de inconstitucionalidade (ADIN ou ADI) genérica; a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADIN por omissão); a ação direta de inconstitucionalidade interventiva (ADIN interventiva); a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).

Dentro dessa perspectiva, o controle abstrato tem por escopo estabelecer a compatibilidade vertical, ou seja, todas as normas infraconstitucionais devem estar em conformidade aos preceitos estabelecidos pela Constituição, preceitos estes que podem estar explícitos ou implícitos.

Os efeitos da decisão em sede de controle abstrato se operam, via regra, *erga omnes* e

*ex tunc*, todavia, no controle difuso a decisão é *inter partes* e *ex tunc*, podendo alcançar extensão contra todos quando o controle difuso for exercido pelo Supremo e este após declarar a inconstitucionalidade remeter à decisão para deliberação do Senado Federal, consoante estabelece o art.52, X, da CF/88.

Com amparo no art. 52, X, da Constituição, surgiu no Supremo Tribunal Federal o fenômeno da abstrativização do controle difuso, convencionalmente chamada pelo Min. Gilmar Mendes de “autêntica mutação constitucional”.

Nessa senda, consiste tal fenômeno numa extensão dos efeitos *erga omnes* para as decisões proferidas pelo Supremo que declarem a inconstitucionalidade de lei, em sede de controle difuso, comunicando ao Senado para que este apenas publique a decisão, já que esta possuiria força normativa de eficácia geral.

Assim, o entendimento que parece mais coerente é no sentido de que deve haver regulamentação expressa no art. 52, X, da CF, com o fito de validar ou não a tese da abstrativização, portanto, para a consecução deste objetivo necessário a propositura de emenda à constituição.

### Referências

---

AGRA, Walber de Moura. *Comentários à reforma do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

\_\_\_\_\_. *A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2501 / MG – Minas Gerais. Procurador Geral da República e Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Joaquim Barbosa. 4 de setembro de 2008. In: *Diário da Justiça da União*, Brasília, 19 dez. 2008.

BERNARDES, Juliano Taveira. *Controle abstrato de constitucionalidade: elementos materiais e princípios processuais*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

COSTA, Sílvio Nazareno. *Súmula Vinculante e reforma do Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FERREIRA, Olavo Augusto Viana Alves. *Controle de constitucionalidade e seus efeitos*. São Paulo: Método, 2003.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2008.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12.ed.rev.atual.e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3.ed.rev.e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.

## ENTRE ASPAS

PILLON, Michele Goebel. *A Tendência de Abstrativização do Controle Concreto de Constitucionalidade e os Âmbitos de sua Manifestação*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. Acesso em: 07 jul. 2009.

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

ZIMMERMANN, Augusto. *Curso de direito constitucional*. 2.ed.rev.,atual.e.ampl.Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2002.

### Notas

---

1. JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2008.p.289-297.
2. Clémerson Clève apud JÚNIOR, Op.cit.p.289.
3. JÚNIOR.Op.cit.p.291.
4. Idem.ibidem.p.291.
5. JÚNIOR.Op.cit.p.292.
6. JÚNIOR.Op.cit.p.292.
7. Idem.Ibidem.p.294.
8. JÚNIOR. Op.cit.p.296.
9. Idem.Ibidem.p.296-297.
10. Idem.Ibidem.p.294.
11. TAVARES, André Ramos. *Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417 de 19.12.2006*. 3.ed.São Paulo: MÉTODO, 2009. p.153.
12. LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12.ed.rev.atual.e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.p.147.
13. JÚNIOR.Op.cit.p.302.
14. TAVARES.Op.cit.p.154.
15. LENZA.Op.cit.p.148.
16. Idem.Ibidem.p.149.
17. JÚNIOR.Op.cit.p.321.
18. JÚNIOR.Op.cit.p.323.
19. LENZA.Op.cit.p.158.
20. Idem.Ibidem.p.159.
21. LENZA.Op.cit.p.159.
22. Idem.Ibidem.p.186-187.
23. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3.ed.rev.e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.p.1124.
24. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2501 / MG – Minas Gerais. Procurador Geral da República e Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Joaquim Barbosa. 4 de setembro de 2008. In: *Diário da Justiça da União*, Brasília, 19 dez. 2008.
25. LENZA.Op.cit.200-201.
26. JUNIOR. Op.cit.p.365-366.
27. LENZA.Op.cit.p.226.
28. MENDES;COELHO;BRANCO.Op.cit.p.1136.
29. LENZA.Op.cit.p.229.



## A REVISTA DA UNICORP

30. LENZA.Op.cit.p.212.
31. LENZA. Op.cit.p.150-151.
32. Idem.Ibidem.p.151.
33. Idem.Ibidem.p.152.
34. CAVALCANTI, Themístocles *apud* MENDES;COELHO;BRANCO.Op.cit.p.1081.
35. MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira *apud* MENDES;COELHO;BRANCO.Op.cit.p.1081.
36. JÚNIOR.Op.cit.p.309.
37. JÚNIOR.Op.cit.311-312.
38. Idem.Ibidem.p.153.
39. LENZA.Op.cit.p.155.
40. LENZA.Op.cit.p.155.
41. PILLON, Michele Goebel. *A Tendência de Abstrativização do Controle Concreto de Constitucionalidade e os Âmbitos de sua Manifestação*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. Acesso em: 07 jul. 2009.
42. MENDES;COELHO;BRANCO.Op.cit.p.1091.
43. Idem.Ibidem.p.1092.
44. LENZA.Op.cit.p.155.