

**FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE RONDÔNIA – UNIR  
CÂMPUS PROFESSOR FRANCISCO GONÇALVES QUILES – CACOAL  
DEPARTAMENTO ACADÊMICO DO CURSO DE DIREITO**

BRUNO EDUARDO SANT'ANA SILVA

**A TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES DA  
SENTENÇA NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso  
Monografia

CACOAL/RO  
2016

BRUNO EDUARDO SANT'ANA SILVA

**A TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES DA  
SENTENÇA NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal de Rondônia – Câmpus Francisco Gonçalves Quiles – Cacoal, como requisito parcial para grau final de bacharel em Direito elaborada sob a orientação do Professor Me. Silvério dos Santos Oliveira.

CACOAL/RO  
2016

S586t Silva, Bruno Eduardo Sant'Ana.  
A teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença no controle difuso de constitucionalidade/ Bruno Eduardo Sant'Ana Silva – Cacoal/RO: UNIR, 2015.  
52 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação).  
Universidade Federal de Rondônia – Campus de Cacoal.  
Orientador: Prof. Me. Silvério dos Santos Oliveira.

1. Direito constitucional. 2. Supremo Tribunal Federal. 3. Senado Federal. 4. Mutação constitucional. I. Oliveira, Silvério dos Santos. II. Universidade Federal de Rondônia – UNIR. III. Título.

CDU – 342

Catologac o na publicac o: Leonel Gandi dos Santos – CRB11/753

BRUNO EDUARDO SANT'ANA SILVA

**A TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES DA  
SENTENÇA NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal de Rondônia – Campus Francisco Gonçalves Quiles – Cacoal, como requisito parcial para grau final de bacharel em Direito elaborada sob a orientação do Professor Me. Silvério dos Santos Oliveira

Cacoal, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2016. Nota: \_\_\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Me. Silvério dos Santos Oliveira  
Universidade Federal de Rondônia

---

Prof. Me. Victor de Almeida Conselvan  
Universidade Federal de Rondônia

---

Prof<sup>a</sup>. Me. Daeane Zulian Dorst  
Universidade Federal de Rondônia

*"Todo aquele que vem a mim, e ouve as minhas palavras, e as pratica, eu vos mostrarei a quem é semelhante: É semelhante ao homem que, edificando uma casa, cavou, abriu profunda vala, e pôs os alicerces sobre a rocha; e vindo a enchente, bateu com ímpeto a torrente naquela casa, e não pôde abalar, porque tinha sido bem edificada" (Lucas 6:47-48, Bíblia JFA)*

*Dedico este trabalho à minha amada esposa  
Priscylla, que ao longo destes cinco anos  
demonstrou profundo respeito e dedicação a  
mim, incentivando a todo o momento minha  
permanência e conclusão do curso, agora  
vivo este momento único em minha vida,  
com você e por você, te amo!*

## AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por sua infinita misericórdia, pelo cuidado, pela sabedoria, pela oportunidade de realizar um antigo desejo, que é de se formar em um curso superior, Deus age de formas que não podemos entender ou imaginar, e nos proporciona a cada dia a oportunidade de servi-lo e de sermos surpreendidos pelo seu amor.

A minha esposa pela inquestionável cumplicidade, determinação, empenho, como mulher e mãe de nosso amado filho Arthur, que Deus nos deu a honra de recebê-lo, e mesmo em meio a tantas mudanças em nossas vidas, nada nos faltou.

Não poderia deixar de mencionar minha sogra, Alice, que estendeu seus cuidados de mãe a mim, sempre preocupada e sensível as minhas lutas e dificuldades no estudo e trabalho, sem dúvida alguma a sua contribuição foi fundamental para minhas conquistas.

E a toda minha família, que nos momentos mais difíceis, e olha que não foram poucos, sempre trouxeram palavras de motivação e carinho, tenho certeza que esta conquista não é só minha, mas de todos àqueles que estão próximos e verdadeiramente desejam o melhor pra mim e para minha família.

Ao meu orientador, Prof. Me. Silvério dos Santos Oliveira, que apesar de toda a correria e inquietações comuns ao término do curso, nos proporcionou um pouco de tranquilidade em meio às tribulações, e como sempre, nos atendeu com a gentileza e cortesia que lhe é peculiar, tanto no exercício da docência, quanto na atribuição de Chefe do Departamento do Curso de Direito.

Por fim, quero encerrar com uma palavra que tem origem na língua africana Zulu, cuja significação seria: *“Uma pessoa é uma pessoa através (por meio) de outras pessoas”* ou ainda *“Sou o que sou pelo que nós somos”* .

*Ubuntu.*

## RESUMO

No controle difuso de constitucionalidade brasileiro a regra é de que os efeitos são *inter partes*, ou seja, somente entre as partes litigantes, e *ex tunc*, produzindo efeitos desde a data de sua vigência, tornando nulo todos os atos praticados sob sua égide. Entretanto, surge na atualidade a possibilidade de aplicação automática do efeito *erga omnes* e força vinculante, por meio da teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença, o que se contrapõe ao que foi literalmente disposto no art. 52, X, da Constituição Federal de 1988, abrindo assim discussão a respeito de uma possível mutação constitucional no dispositivo em questão. Neste sentido, o presente trabalho tem como objetivo geral, verificar se a teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença poderia ser aplicada às decisões preferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nos recursos extraordinários, em sede de controle difuso de constitucionalidade, conferindo às decisões efeitos *erga omnes* e força vinculante, sem que haja ruptura da ordem constitucional prevista no art. 52, X da CF/88, que atribui ao Senado Federal competência para editar Resolução, suspendendo a eficácia da lei considerada inconstitucional em caráter definitivo pelo STF, no controle difuso de constitucionalidade, de igual forma desvirtua o procedimento previsto no art. 103-A, que atribui força vinculante às decisões proferidas pelo STF aos demais órgãos do Poder Judiciário, autarquias e demais órgão da administração pública direta e indireta.

**Palavras-chave:** Direito Constitucional, Controle de Constitucionalidade. Supremo Tribunal Federal. Senado Federal. Mutação Constitucional.



## ABSTRACT

In the diffuse control of Brazilian constitutional rule is that the effects are *inter partes*, ie only between the disputing parties, and *ex tunc*, taking effect from the date of the agreement, voiding all acts carried out under its aegis. However, arises today the possibility of automatic application of the erga omnes effect and binding force through the theory of the transcendence of the decisive reasons for the decision, which is contrary to what was literally the provisions of art. 52, X, of the 1988 Federal Constitution, thus opening discussion of a possible constitutional mutation in the device in question. In this sense, the present work has as main objective to determine whether the theory of the transcendence of the decisive reasons for the sentence could be applied to the preferred decisions by the Supreme Court, the extraordinary resources, headquarters of diffuse control of constitutionality, giving the decisions effects erga omnes and binding force, without rupture of the constitutional order laid down in art. 52, X CF/88, which gives the Senate the power to edit resolution suspending the effectiveness of the law ruled unconstitutional by the Supreme Court on a permanent basis, in the diffuse control of constitutionality, similarly distorts the procedure laid down in art. 103-A, which gives binding force to the decisions rendered by the Supreme Court to the rest of the judiciary bodies, local authorities and other organ of direct and indirect public administration.

Keywords: Constitutional Law, Judicial Review. Federal Court of Justice. Federal Senate. Constitutional change.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>9</b>
<b>2 DAS CONSTITUIÇÕES.....</b>	<b>13</b>
<b>3 DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....</b>	<b>17</b>
3.1 DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL.....	18
<b>3.1.1 Do Tribunal Constitucional.....</b>	<b>20</b>
3.1.1.1 <i>Das prerrogativas, atribuições e limitações.....</i>	<i>23</i>
<b>3.1.2 Do controle difuso de constitucionalidade.....</b>	<b>26</b>
3.1.2.1 <i>Da sentença no controle difuso de constitucionalidade.....</i>	<i>28</i>
<b>3.1.3 Do controle abstrato de constitucionalidade.....</b>	<b>29</b>
3.1.3.1 <i>Da sentença no controle abstrato de constitucionalidade.....</i>	<i>30</i>
<b>4 O CONGRESSO NACIONAL E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE..</b>	<b>32</b>
4.1 DO CONTROLE PREVENTIVO.....	32
4.2 DO CONTROLE REPRESSIVO.....	33
<b>4.2.1 Limitação aos atos do Poder Executivo (Poder Regulamentar e Delegação Legislativa).....</b>	<b>34</b>
<b>4.2.2 Da rejeição de Medida Provisória.....</b>	<b>35</b>
4.3 DA RESOLUÇÃO DO SENADO FEDERAL.....	36
4.3.1 <i>Da hipótese de mutação constitucional do art. 52, X da CF/88.....</i>	<i>37</i>
<b>5 A TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES DA SENTENÇA.....</b>	<b>40</b>
<b>6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>48</b>
<b>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>50</b>

## 1 INTRODUÇÃO

No Brasil o controle de constitucionalidade é misto, e se desenvolve de duas formas: concentrado, onde o objeto principal é a declaração de (in)constitucionalidade de lei ou ato normativo, de competência originária do Supremo Tribunal Federal, e difuso, de forma incidental no curso de um processo principal, o objetivo (pedido) neste caso, não seria a declaração de inconstitucionalidade, contudo, seu reconhecimento se aproveita como fundamento (causa de pedir), sendo competente o juiz ou tribunal que esteja julgando o processo principal, alcançando por via recursal o Supremo Tribunal Federal.

No controle de constitucionalidade concentrado a decisão proferida pelo STF tem efeito *erga omnes* e força vinculante, “relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”, nos termos do art. 102 § 2º, da CRFB de 1988.

Já no controle de constitucionalidade difuso, em regra, as decisões operam os efeitos *ex tunc*, retroagindo a data da entrada em vigor da norma, e *inter partes*, vinculando apenas àqueles que integram o litígio, a vinculação de terceiros se daria apenas com a edição de súmula vinculante, na forma do art. 103-A da CF/88, ou ainda por meio de Resolução do Senado Federal, suspendendo no todo ou em parte a execução da lei declarada inconstitucional, art. 52, X, da CF/88.

De acordo com dados oficiais do Supremo Tribunal Federal, somente no ano de 2014 foram julgados mais de setenta mil processos, isto se nos restringirmos aos Recursos Extraordinários, o total global de processos julgados neste mesmo ano foi de quase cem mil processos, ou seja, mais da metade de todos os julgamentos do STF são de Recursos Extraordinários.

Dada a quantidade elevada de Recursos Extraordinários que são julgados todos os anos pelo Supremo Tribunal Federal, e a necessidade de uma celeridade processual maior, tendo em vista as limitações físicas e técnicas para realização de todo contingente já existente, surgiram, após a Constituição de 1988, mecanismos de limitação de acesso ao Plenário do STF, dentre as quais destaca-se o instituto da repercussão geral, trazida pela Emenda Constitucional nº 45/2005, que acresceu o § 3º ao art. 102 da CF/88.

O art. 543-A, § 1º da Lei nº 5.869, acrescentado pela Lei nº 11.418/2006, determina que, “§ 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a

existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa."

Já nesse ponto é possível suscitar um questionamento, considerando que o objeto principal do controle difuso de constitucionalidade exercido por meio de recurso extraordinário não é a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, mas a resolução de um caso concreto por meio da hermenêutica jurídica constitucional em seu grau mais elevado, o que infere na questão de como seria possível, ultrapassar os interesses subjetivos da causa, se o meio processual adequado do ponto de vista de uma maioria considerável de juristas seria o controle abstrato de constitucionalidade?

Entretanto, é possível ainda, observar uma tendência atual à mitigação ou até mesmo supressão dos limites impostos aos efeitos das decisões proferidas pelo STF no âmbito do controle de constitucionalidade difuso.

Ocorre que, alguns doutrinadores e Ministros do STF "aditem" ou já se utilizaram dos fundamentos ou motivos determinantes da sentença proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade para decisões em outras demandas constitucionais tanto em controle difuso de constitucionalidade como negativa de provimento em controle concentrado de constitucionalidade, atribuindo desta forma efeito *erga omnes* e força vinculante às decisões proferidas em controle difuso de constitucionalidade, o que diga-se de passagem, não é a regra.

É neste contexto e momento que emerge a teoria dos motivos determinantes da sentença, fomentando a ideia de que, por ser o Supremo Tribunal Federal um tribunal constitucional, toda e qualquer decisão ali proferida trata de matéria constitucional, independentemente de ser realizado por via difusa ou abstrata, e que embora a parte dispositiva da sentença proferida no recurso extraordinário seja aplicável tão somente às partes litigantes, os motivos ou fundamentos que determinam a sentença seriam oponíveis *erga omnes*, vinculando tribunais, juízes e administração pública direta e indireta à sua observância.

Discussão recente sobre o tema foi a Reclamação 4.335-5/AC, onde o Ministro Relator Gilmar Mendes sustentou a tese de ter havido uma mutação constitucional no art. 52, X da CF, atribuindo à Resolução do Senado Federal, competência para dar tão somente publicidade à suspensão da execução de lei declarada inconstitucional, pois a decisão proferida pelo STF seria suficiente para suspender-lhe a eficácia, entendimento este acompanhado pelo também Ministro,

Eros Grau.

No mesmo sentido o RE 197.917, que teve por consequência a redução do número de vereadores de todo o país por meio de resolução do Tribunal Superior Eleitoral, questionada posteriormente na Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 3345/DF, sendo declarado ao final constitucional; ou ainda, Recurso Especial de nº 828.106 - SP (20060069092-0 – 15/05/2006), que tem por fundamento Recursos Extraordinários já julgados. Outras decisões similares serão demonstradas no desenvolvimento do trabalho.

Assim, o tema em questão propõe verificar a possibilidade de estender a teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença às decisões proferidas pelo STF no controle difuso de constitucionalidade, atribuindo automaticamente o efeito *erga omnes* e força vinculante, sem que ocorra a ruptura de expressa ordem constitucional, aplicando para tanto, o método hipotético-dedutivo proposto por Karl R. Popper, combinado com o método dialético de Georg W. F. Hegel

Foram empregadas as técnicas de pesquisa documental, nestes compreendidos arquivos públicos, fontes estatísticas, entre outros; e a pesquisa bibliográfica, que, segundo Lakatos e Marconi (2003, p. 183) “[...] abrange toda bibliografia já tornada pública em relação ao tema de estudo, [...] publicações avulsas, boletins, jornais, revistas, livros, pesquisas, monografias, teses, material cartográfico [...] rádio, gravações em fita magnética e audiovisuais: filmes e televisão.”.

O trabalho foi desenvolvido em três capítulos, que se apresentam da seguinte forma: 1. Das Constituições; 2. O Congresso Nacional no controle de constitucionalidade e 3. A teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença;

No primeiro capítulo foram introduzidas noções básicas quanto aos conceitos de Constituição, controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, bem como uma breve exposição do *modus operandi* do controle de constitucionalidade brasileiro.

O segundo capítulo traz como pauta a forma de participação do Congresso Nacional no controle de constitucionalidade brasileiro, sua atuação preventiva, bem como sua participação no controle repressivo, incluindo-se neste caso, a delegação da competência para suspensão da eficácia de lei considerada inconstitucional em

caráter definitivo pelo Supremo Tribunal Federal, por meio de Resolução, com previsão no art. 52, X da CF/88, considerado por alguns doutrinadores, como ultrapassado ou obsoleto, caracterizando desta forma uma autêntica hipótese de mutação constitucional.

No terceiro capítulo apresenta-se a teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença, que em tese abriria uma oportunidade de reestruturação do modelo de controle de constitucionalidade brasileiro, apresentando similaridades entre o controle difuso e abstrato de constitucionalidade, e de como as sentenças proferidas em ambas as esferas poderiam ser aproveitadas para outros julgados, melhorando em tese, o desempenho do Tribunal Constitucional, promovendo inclusive uma justiça mais eficiente e eficaz.

## 2 DAS CONSTITUIÇÕES

Nas palavras de Ferdinand Lassalle, eis a resposta imediata que um jurisconsulto provavelmente daria ao questionamento do que é uma Constituição:

Constituição é um pacto juramentado entre o rei e o povo, estabelecendo princípios alicerçais da legislação e do governo dentro de um país. Ou generalizando, pois existe também a Constituição nos países de governo republicano: “A Constituição é a lei fundamental proclamada pelo país, na qual baseia-se a organização do Direito público dessa nação (LASSALLE, 1993, p. 10)

O que para o autor, não responderia a questão, pois o que acima foi dito apenas define ou conceitua o que seria uma Constituição do ponto de vista jurídico, não abrangendo sua essência de fato. Neste sentido propõe-se questionar qual seria a diferença entre uma Lei e a Constituição?

Lassalle (1993) continua sua exposição conceitual dizendo que, em um primeiro momento é possível identificar uma semelhança superficial, ambas são Leis, com respectivas aprovações legislativas, entretanto, a Constituição se diferencia pela função no ordenamento jurídico, estabelecendo-se como lei fundamental, definindo os limites da atuação estatal, garantindo que os direitos fundamentais conquistados não sejam simplesmente sobrepostos.

Neste sentido, uma Constituição não pode ser contida em um suporte de papel, pois transcende a literalidade do texto, representando a “soma dos fatores reais de poder que regem um país” (LASSALLE, 1993, p. 30).

De igual modo, para José Joaquim Gomes Canotilho seria esta a significação habitual para a palavra Constituição:

“Constituição é uma ordenação sistemática e racional da comunidade política, plasmada num documento escrito, mediante o qual se garantem os direitos fundamentais e se organiza, de acordo com o princípio da divisão de poderes, o poder político” (CANOTILHO, 1993, p. 12)

Para José Afonso da Silva (2008, p. 37-38).

A constituição do Estado, considerada sua lei fundamental, seria, então, a organização dos seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado.

Paulo Bonavides assim conceitua uma Constituição (2008, 80-81):

Do ponto de vista material, a Constituição é o conjunto de normas pertinentes à organização do poder à distribuição da competência, ao

exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais como sociais. Tudo quanto for, enfim, conteúdo básico referente à composição e ao funcionamento da ordem política exprime o aspecto material da Constituição

O positivismo jurídico de Hans Kelsen (1999), entende por válida somente a Constituição em seu sentido jurídico, uma norma jurídica não existe por sua facticidade, mas pela significação jurídica atribuída ao fato natural, constituindo assim um ato/fato jurídico ou antijurídico, nas palavras de José Afonso da Silva:

A concepção de Kelsen toma a palavra constituição em dois sentidos: no lógico-jurídico e no jurídico-positivo; de acordo com o primeiro, constituição significa norma fundamental hipotética, cuja função é servir de fundamento lógico transcendental da validade da constituição jurídico-positiva que eqüivale à norma positiva suprema, conjunto de normas que regula a criação de outras normas, lei nacional no seu mais alto grau. (SILVA, 2005, p. 39)

Para Silva (2005), concepções como a de Kelsen e Lassalle, são unilaterais e por isto não conseguem abranger todo o real significado do que seria uma Constituição, neste sentido entende que:

A constituição é algo que tem, como forma, um complexo de normas (escritas ou costumeiras); como conteúdo, a conduta humana motivada pelas relações sociais (econômicas, políticas, religiosas etc.); com o fim, a realização dos valores que apontam para o existir da comunidade; e, finalmente, com o causa criadora e recriadora, o poder que emana do povo. Não pode ser compreendida e interpretada, se não se tiver em mente essa estrutura, considerada como conexão de sentido, como é tudo aquilo que integra um conjunto de valores. (SILVA, 2005, p. 39)

Sendo assim, podemos abstrair que são três as concepções tradicionais na doutrina quanto a natureza de uma Constituição: em seu sentido *sociológico*, (LASSALLE, 1993), a Constituição de um Estado seria a soma dos fatores reais de poder que o regem; já em seu sentido *político*, “é a decisão política fundamental, consistindo em um conjunto de decisões sobre o modo e a forma de existência da unidade.política.” Carl Schmitt (*apud* HOLTHE, 2009, p. 30); e em seu sentido *jurídico*, como norma fundamental hipotética, da qual todas as outras normas se condicionam e nela se limitam.

Segundo Holthe (2009) a Constituição (moderna) “surge apenas no final do século XVIII com o movimento denominado **constitucionalismo**, tendo como origens formais as Constituições: norte-americana de 1787 e francesa de 1791.” (HOLTE, 2009, p. 27, grifo do autor).

Antônio Riccitelli (2007, p. 72) assevera ainda que:

Para o liberalismo, Constituição é um documento escrito e solene que organiza o Estado, tem a separação dos poderes como pressuposto e visa



particularmente a garantir os direitos do indivíduo. O polêmico conceito de Constituição associado ao liberalismo converge encontrando seu vértice no art. 16 da célebre declaração decorrente da Revolução Francesa de 1789, apresentando o seguinte texto: “A sociedade na qual não está assegurada a garantia dos direitos nem determinada a separação dos poderes não tem Constituição”. Mencionada declaração fundamenta o movimento político e jurídico conhecido como constitucionalismo, cujo foco principal é estabelecer governos moderados e limitados em seus poderes em decorrência da submissão a constituições formais.

O liberalismo experimentado na época da Revolução Francesa, citado por Riccitelli (2007), teria fomentado um novo entendimento quanto ao que seria de fato uma Constituição, consonante a isto, Barroso (2005) afirma que o marco histórico do neoconstitucionalismo na Europa Ocidental se deu no constitucionalismo pós-guerra, reestabelecendo uma conexão entre a constitucionalidade e a democracia, isto se evidencia na Constituição alemã de 1949 e conseqüente criação do Tribunal Constitucional Federal em 1951, bem como na Constituição italiana, de 1947, cuja Corte Constitucional foi instalada em 1956, de igual modo, a reconstitucionalização de Portugal em 1976 e da Espanha em 1978.

No Brasil o marco histórico do constitucionalismo moderno se deu em 1988, com a promulgação da vigente carta constitucional, nascida num ambiente de reconstitucionalização e redemocratização do país.

Para Coelho (2009) as Constituições podem ser classificadas quanto a forma; ao conteúdo; à origem; ao modo de elaboração; à estabilidade ou consistência; e quanto à extensão.

Quanto a forma, podem ser escritas, consolidadas em um texto formal, solene; ou não escritas, quando baseiam-se em usos, costumes, legislações esparsas, jurisprudências de cunho constitucional.

Quanto ao conteúdo, podem ser materiais quando os textos contêm normas materialmente constitucionais; ou formais, quando incluem preceitos políticos que não estão ligados diretamente a preceitos constitucionais.

Quanto à origem, se denominam populares, democráticas, ou promulgadas, àquelas derivadas de assembleias constituintes e com participação popular; outorgadas, quando são derivadas do livre arbítrio do governante.

Quanto ao modo de elaboração, são dogmáticas ou ortodoxas, quando elaboradas a partir de credos, princípios ou dogmas; históricas ou ecléticas, cuja materialização ocorre em um longo período de tempo.

Quanto à estabilidade ou consistência, as imutáveis não podem ser

reformadas ou emendadas; nas rígidas, admitem-se emendas, reformas, ou revisões, entretanto, o processo é mais dificultoso e criterioso; já as flexíveis, podem ser alteradas por processo legislativo mais simplificado; e as semirrígidas, que são em parte flexíveis e rígidas.

Sobre a rigidez constitucional, Silva (2005) reafirma Coelho (2009), corroborando o entendimento de que esta decorre de uma maior dificuldade de modificação, e desta rigidez, por sua vez, emana o princípio da supremacia da constituição, que em suas palavras “É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas. “. (SILVA, 2005, p. 45)

Quanto à extensão, as constituições podem ser sintéticas ou concisas, quando disciplinam as regras básicas de organização do Estado; e analítica ou prolixas, quando possuem diversos desdobramentos, visando abranger o máximo da realidade social.

### 3 DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Gilmar Mendes (2009) e José Afonso da Silva (2005) entendem que, para a defesa da Constituição e manutenção de sua força vinculante em relação aos Poderes Públicos, deve existir um controle de constitucionalidade para os atos do Poder Público, incluindo-se neste caso, os atos normativos e leis. Para estes doutrinadores o controle de constitucionalidade pode ser exercido por meio de três sistemas: o político, o jurisdicional e o misto.

O controle político é exercido pelos órgãos de natureza política, p. ex., o Poder Legislativo. O controle jurisdicional ocorre por outorga constitucional ao Poder Judiciário, que exerce o controle constitucional das leis e demais atos do Poder Público, quanto a adequação material e formal em relação aos preceitos e princípios constitucionais. O controle misto, é exercido em parte pelo Poder Público e em parte pelo Poder Judiciário, como ocorre p. ex., na Suíça.

Segundo Silva (2005), são dois os critérios do controle de constitucionalidade, o controle difuso, por via de exceção ou concreto, que se aplica aos casos concretos do qual a inconstitucionalidade não é o pedido mas a causa de pedir; e o controle concentrado ou abstrato, que é exercido pelos legitimados constitucionalmente; em sede de direito comparado, pode se observar que o exercício do controle de constitucionalidade pode ser exercido ainda por iniciativa do próprio juiz, como ocorre no direito alemão.

Para Tavares (2007), não há que se falar em controle misto de constitucionalidade, mas em controle combinado, pois a “mistura” seria evidente contradição, ou é exercido o controle difuso, ou o controle concentrado.

Está, pois, incorreto falar em modelo misto, sem maiores explicações. Para entender o modelo brasileiro atual (que nesse ponto, é semelhante ao português), valem as seguintes colocações.

Na hipótese de controle difuso, o Supremo Tribunal Federal também o realizará por estar inserido no contexto dos diversos órgãos que são habilitados a reconhecer (difusamente e para o caso concreto) a inconstitucionalidade. Isso ocorre, naquela instância suprema, mediante a propositura de recurso extraordinário.

Na hipótese de controle concentrado, o S.T.F. recebe ações diretas, propostas por determinados legitimados, decifrando em tese (embora com possibilidade – por vezes necessária – de apoio fático) o problema da inconstitucionalidade.

Assim, o S.T.F., no Brasil, tanto realiza o controle abstrato-concentrado como o controle difuso-concreto. Por isso, pode-se dizer que, no Brasil, o modelo é *combinado*: só o S.T.F. (= controle concentrado) pode realizar controle abstrato (objetivo, em tese). E qualquer instância judicial (=difuso) pode fazer o controle de constitucionalidade para resolver adequadamente o

caso concreto (que é a preocupação principal nesse modelo). (TAVARES, 2007, p. 220)

É certo que a doutrina majoritária adota o termo controle “misto” de constitucionalidade, tanto pela característica jurídico-política, como pelos procedimentos concentrado ou incidental.

### 3.1 DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

Nos ensinamentos de José Afonso da Silva (2005), a Constituição brasileira é a lei fundamental suprema do Estado brasileiro, que tem como uma das características basilares, sua rigidez (de difícil modificação). A supremacia da Constituição, e sua obrigatória observância é condição de validade para os demais atos normativos, devendo estar em conformidade total com os preceitos e princípios constitucionais. Neste mesmo sentido, Siqueira Júnior (2012, p. 239):

O sistema jurídico pátrio é composto de um conjunto escalonado de normas jurídicas, no qual a norma de maior hierarquia é a Constituição Federal, que dá fundamento de validade para todas as demais normas de hierarquia inferior. Dessa forma, o controle de constitucionalidade é a verificação da compatibilidade das normas com a Constituição, do ponto de vista material e formal, de maneira a oferecer harmonia e unidade a todo o sistema. Dentro desse contexto, entende-se por inconstitucionalidade qualquer ofensa ao texto constitucional, quer quanto ao processo de elaboração legislativa a ser seguido (inconstitucionalidade formal), quer quanto ao conteúdo da norma (inconstitucionalidade material). Assim, o controle de constitucionalidade tem por finalidade impedir, dentro do sistema jurídico, a existência de atos normativos contrários à Constituição e ao próprio Estado de Direito consagrado no texto constitucional.

O controle de constitucionalidade jurisdicional brasileiro foi instituído pela Constituição de 1891, trazendo consigo forte influência do controle de constitucionalidade norte-americano, acolhendo neste caso o critério de controle difuso de constitucionalidade, por via de exceção, até hoje vigente

As constituições posteriores, trouxeram algumas mudanças para o controle de constitucionalidade, adotando-se certas características do método de controle concentrado, sem contudo, se equivar ao controle de constitucionalidade concentrado praticado na Europa

Pela Constituição de 1934 foram mantidas as regras do controle difuso de constitucionalidade, trazendo, entretanto, algumas novidades, como a ação direta de inconstitucionalidade interventiva, e a regra de declaração de inconstitucionalidade

de lei ou ato normativo pelos tribunais, somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros. Neste mesmo momento foi atribuído ao Senado Federal a competência para suspender, no todo ou em parte, a eficácia de lei ou ato normativo declarado inconstitucional, em decisão definitiva.

A emenda constitucional 16 de 16 de dezembro de 1965, introduziu na Constituição de 1946, uma nova modalidade de ação direta de inconstitucionalidade, genérica, de competência do Supremo Tribunal Federal, ao qual caberia “processar e julgar originariamente a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, federal ou estadual, apresentada pelo Procurador-Geral da República” (SILVA, 2005, p. 51), a emenda constitucional estatuiu ainda que:

[...] a lei poderia estabelecer processo, de competência originária do Tribunal de Justiça, para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato municipal, em conflito com a constituição estadual (art. 19). Esta última inovação não prosperou tal como previsto, mas a Constituição de 1969 instituiu a ação direta interventiva para a defesa de princípios da constituição estadual, promovida pelo Chefe do Ministério Público do Estado e de competência do Tribunal de Justiça (art. 15, § 3º, d). (SILVA, 2005, p. 51)

A Constituição de 1988 já previa a inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º), bem como ampliou a legitimação para propositura de ação direta de inconstitucionalidade, tanto por ação como por omissão, e que por meio da emenda 3 de 17 de março de 1993, introduziu nova modalidade de controle de constitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade.

Deste modo, a Constituição Federal Brasileira de 1988, reconheceu tanto a ocorrência da inconstitucionalidade por ação, como por omissão, estabelecendo uma técnica específica para manutenção da supremacia constitucional, que a Teoria do Direito Constitucional denomina como controle de constitucionalidade das leis, Ferreira Filho (2012, p. 118), esclarece que:

Na Constituição vigente, tanto se estabelece controle preventivo como controle repressivo.

O primeiro é atribuído ao Presidente da República, que o exerce por intermédio do veto. Com efeito, o art. 66, § 1º, autoriza o Presidente a vetar o projeto de lei que lhe parecer inconstitucional. Esse veto, contudo, pode ser superado pelo Congresso Nacional (art. 66, § 4º). Esta deliberação do Congresso não exclui a possibilidade de a questão ser examinada pelo Judiciário e por este ser reconhecida a inconstitucionalidade.

O controle repressivo é confiado ao Judiciário.

Quanto ao controle repressivo, reafirma Silva (2005) que o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, da forma prevista na atual carta constitucional vigente, pode ser classificado como, jurisdicional, combinando os

critérios difuso e concentrado.

O controle de constitucionalidade brasileiro é combinado, sendo exercido tanto de forma preventiva como repressiva. Segundo Siqueira Júnior (2012) o controle preventivo tem por finalidade verificar a constitucionalidade de lei ou ato normativo antes de seu ingresso no ordenamento jurídico, sendo exercida tanto pelo Poder Legislativo (comissões) quanto pelo Poder Executivo (veto presidencial), tema este que será desenvolvido mais à frente. Já o controle repressivo, tem por finalidade afastar do ordenamento jurídico norma já vigente, entretanto, em desacordo com o texto constitucional, sendo exercida pelo Poder Judiciário de forma concentrada ou incidental.

### **3.1.1 Do Tribunal Constitucional**

O controle de constitucionalidade tem duas naturezas distintas, uma formada no modelo norte-americano (difuso) onde a verificação de inconstitucionalidade, de lei ou ato normativo se dá no caso concreto ou por via incidental. E o modelo Europeu, concentrado, por via de ação direta, que segundo Silva (2005, p. 558) “[...] chegou à institucionalização das Cortes Constitucionais, a partir de 1920, como os únicos tribunais competentes para solucionar conflitos constitucionais, fundado no critério de controle concentrado.”.

No Brasil, inicialmente adotou-se o sistema jurisdicional de controle de constitucionalidade, instituído pela Constituição de 1891, influenciada pelo modelo norte-americano, adotando neste caso difuso de controle de constitucionalidade, evoluindo posteriormente para um controle misto, combinando o controle difuso e o controle abstrato por via de ações diretas ao Tribunal Constitucional, sendo competente para apreciar matérias constitucionais, não restringindo entretanto, a possibilidade de apreciação de matérias constitucionais por juízes singulares e demais tribunais por via de exceção, no controle difuso de constitucionalidade.

Desta mesma forma disciplina Cintra; Dinamarco, e Grinover (2010, p. 199-200):

O sistema brasileiro não consagra a existência de uma corte constitucional encarregada de resolver somente as questões constitucionais do processo sem decidir a causa (como a italiana). Aqui, existe o controle difuso da constitucionalidade, feito por todo e qualquer juiz, de qualquer grau de jurisdição, no exame de qualquer causa de sua competência — ao lado do

controle concentrado, feito pelo Supremo Tribunal Federal pela via da ação direta da inconstitucionalidade ou da ação declaratória de constitucionalidade. O Supremo Tribunal Federal constituiu-se, no sistema brasileiro, na corte constitucional por excelência, embora configurada segundo um modelo muito diferente dos europeus.

Paixão (2007), ao analisar a função política do Supremo Tribunal Federal, propôs uma periodização com ênfase à atuação do próprio Tribunal, que se demonstra relevante no entendimento de sua importância histórica na democracia nacional:

1) *Fase inicial* (1891-1897), que constitui um período de hesitação, em que o Supremo Tribunal Federal ainda estava em busca de seu papel institucional na República recém proclamada. Foi um período marcado por atritos e desgastes com dois Presidentes da República (Floriano Peixoto e, em menor dimensão, Prudente de Moraes), bem como pela produção de uma jurisprudência conservadora, por vezes até reacionária. Foi um período marcado também por uma grande instabilidade na composição do Tribunal (39 Ministros nomeados em seis anos).

2) *Fase de ampliação do papel institucional* (1897-1926), quando o Supremo ocupou, pouco a pouco, o espaço que lhe havia sido reservado pela Constituição de 1891, e se valeu de uma interpretação ampliativa do instituto do habeas corpus para suprir a falta de norma processual que amparasse direitos necessitados de proteção urgente. Também foi um período de maior estabilidade na composição do Tribunal, durante o qual passaram por ele alguns de seus integrantes mais marcantes.

3) *Fase de contenção imposta* (1926-1945), que foi um período durante o qual vários setores políticos entenderam que o Supremo Tribunal Federal tinha “ido longe demais” e procuraram refrear sua capacidade de exercer função política. Este período teve início com a limitação do alcance do habeas corpus, a partir de uma nova redação dada à Constituição de 1891 por emenda promulgada em 1926, e prosseguiu como decorrência da Revolução de 1930. Foi um período durante o qual diversos atentados contra a independência do Supremo Tribunal Federal foram cometidos.

4) *Fase de contenção voluntária* (1945-1964), período em que o Supremo Tribunal Federal recobrou suas prerrogativas, mas inovou pouco na seara política. Não por falta de oportunidade, ou por alguma limitação, mas porque, de um modo geral, estando de acordo com as orientações postas pelos outros ramos do poder, optou por confirmá-las.

5) *Fase de enfrentamento* (1964-1968), quando o Supremo Tribunal Federal – apesar de uma nova série de atentados à sua independência, por meio dos Atos Institucionais do Regime Militar iniciado em 1964 – procurou fazer com que a Constituição e a legislação vigentes fossem observadas, e para isso invalidou diversos atos do governo federal.

6) *Fase de esvaziamento da competência* (1968-1988), período marcado pelo pouco espaço jurídico remanescente para que o Supremo Tribunal Federal exercesse função política. (PAIXÃO, 2007, p.113)

Importante ressaltar que, as fases históricas apontadas por Paixão (2007), remetem somente à proclamação da República em 1889 e a Constituição de 1891, não traçando ligação entre o Supremo Tribunal de Justiça do Império e o Supremo

Tribunal Federal, pois em seu entendimento “foram atribuídas ao Tribunal republicano responsabilidade e relevância muito maiores do que as conferidas a seu antecessor” (PAIXÃO, 2007, p. 114)

O Supremo Tribunal Federal foi inicialmente formado (1891) por 15 ministros, conforme art. 56, da carta constitucional em vigência à época, “O Supremo Tribunal Federal compor-se-á de quinze Juízes, nomeados na forma do art. 48, nº 12, dentre os cidadãos de notável saber e reputação, elegíveis para o Senado.”.

Sendo competente para nomeação dos respectivos ministros, o Presidente da República, nos termos do art. 48, nº 12: “Compete privativamente ao Presidente da República: 12º) nomear os membros do Supremo Tribunal Federal e os Ministros diplomáticos, sujeitando a nomeação à aprovação do Senado. Na ausência do Congresso, designá-los-á em comissão até que o Senado se pronuncie;”

Os ministros designados para compor a primeira formação do Supremo Tribunal Federal em 1891, “era principalmente de las regiones más importantes del país en ese momento. Seis eran del triangulo del sudeste, el resto del nordeste. En este primer conjunto de ministros no hay representantes ni del sur ni del centro oeste del país.” (2013, p. 392), e ainda:

Con relación al perfil de los ministros en este período, las primeras capas tienen varias particularidades. De los quince miembros iniciales, diez habían sido Jefes de la Policía en diversos estados o en varios consecutivamente. En ese momento, tal posición era considerada un cargo importante y estaba íntimamente vinculado con la función judicial. Además, de los quince ministros siete habían sido diputados. Finalmente, de los quince integrantes iniciales, nueve se habían desempeñado en cargos ejecutivos: cuatro como presidentes de provincia y cinco como vice presidentes de provincia. Recordemos que una característica de esta fase inicial es que la movilidad territorial de los ministros antes de alcanzar la Alta Magistratura era elevada. En este sentido, el estado de origen en general no coincidía con el lugar donde se realizarían los estudios ni donde comenzarían con la actividad profesional. Un dato, el presidente del Alto Tribunal era afiliado al partido conservador. Sin embargo, este hecho no era marginal. En esta línea, más de la mitad de los magistrados que alcanzaron el Alto Tribunal en este período eran afiliados a partidos políticos. (RÍO, 2013, p. 392-393)

O art. 101 da Constituição Federal de 1988, define a atual forma de composição do Supremo Tribunal Federal “[...] onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.”, desta forma, o ingresso não se faz por carreira, mas por nomeação, o parágrafo único do mesmo artigo determina que a nomeação dos Ministros é de competência do Presidente da República, após aprovação da escolha por maioria absoluta dos membros do Senado Federal.



Para Grinover (2010), ainda é necessário que os indicados ao Supremo Tribunal Federal estejam no pleno gozo de seus direitos políticos, bem como, serem brasileiros natos.

### 3.1.1.1 *Das prerrogativas, atribuições e limitações.*

Uma vez nomeados os Ministros gozam de todas as prerrogativas, impedimentos e garantias destinadas aos demais juízes togados. Sendo que nos crimes de responsabilidade serão julgados pelo Senado Federal e nos comuns pelo próprio Supremo Tribunal Federal.

As atribuições do Supremo Tribunal Federal estão previstas no art. 102, da CF/88, *in verbis*:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual;

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;

c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;

d) o *habeas corpus*, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o *habeas data* contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;

e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território;

f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;

g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro;

i) o *habeas corpus*, quando o coator ou o paciente for tribunal, autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância;

i) o *habeas corpus*, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância;

j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados;

l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da

- autoridade de suas decisões;
- m) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais;
  - n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados;
  - o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal;
  - p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade;
  - q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;
  - r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público;

II - julgar, em recurso ordinário:

- a) o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;
- b) o crime político;

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Cintra, Dinamarco e Grinover, (2010, p. 200) afirmam que:

Mesmo sendo institucionalmente um órgão de superposição, nem sempre funciona o Supremo Tribunal Federal em grau de recurso. Justamente em face de seu relevante papel, como cabeça do Poder Judiciário, atribui-lhe a Constituição uma competência originária, como verdadeiro tribunal especial para o processo e julgamento de determinadas causas que perante ele se iniciam, transformando-o em órgão - especial - de primeiro e único grau (art. 102, inc. x).

O inciso III do artigo 102, da CF/88, apresenta o instituto do recurso extraordinário, que se desenvolve por meio de exceção ou via incidental, chegando ao Supremo Tribunal Federal, em última instância de recurso, cuja função é dar a palavra final a respeito do questionamento constitucional, resolvendo em contrapartida caso concreto, cujo objeto não é a declaração de inconstitucionalidade, mas disso se aproveita.

Ademais, o Supremo funciona como órgão de segundo grau nos casos de recurso ordinário previstos pela Constituição no art. 102, inc. II. Trata-se de competência estabelecida segundo critérios políticos, seja para evitar que fiquem privados de toda e qualquer instância recursal os *habeas corpus*, *habeas data*, mandados de segurança ou de injunção impetrados diretamente perante Tribunais Superiores (STJ, TST, TSE, STM) e denegados (letra a), seja para maior prudência no julgamento dos crimes

políticos (letra b — a competência do Supremo para julgá-los em recurso ordinário exclui a que normalmente seria dos Tribunais Regionais Federais: v. art. 109, inc. iv).

Julgando o recurso ordinário, manifesta-se já o Supremo Tribunal como órgão de superposição, uma vez que dá a última palavra sobre causas vindas das diversas Justiças. Esse caráter assume feição mais nítida, quando se passa ao recurso extraordinário, que cabe contra julgamento de tribunais de qualquer Justiça. No julgamento do recurso extraordinário, o Supremo assume a condição de órgão de terceiro e às vezes até quarto grau de jurisdição (quando interposto de decisão proferida pelo Tribunal Superior do Trabalho ou pelo Tribunal Superior Eleitoral — art. 121,§ 3º). (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2010, p. 201)

No contexto do Recurso Extraordinário, foi inserida pela Emenda Constitucional de nº 45/2004 a necessária 'repercussão geral' da matéria debatida, com a finalidade de transpor ao Plenário do Supremo Tribunal Federal, somente os casos em que haja de fato relevância social, conforme bem explicita Cintra; Dinamarco, e Grinover (2010, p. 200):

Inexiste previsão constitucional de recurso extraordinário (STF) com fundamento específico no dissídio jurisprudencial entre tribunais do país acerca de interpretação de textos da Constituição Federais. Mas a função unificadora da interpretação da Constituição não fica afastada porque, no julgamento final das questões sobre a compatibilidade de leis ou atos normativos com ela, a sua palavra final será, em si mesma, fator de unificação (pela influência que exerce sobre a jurisprudência dos outros tribunais). Por outro lado, pela emenda constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, essa missão unificadora atribuída ao recurso extraordinário fica limitada aos casos em que o Supremo Tribunal Federal reconhecer a ocorrência, ou a perspectiva de ocorrência, da “repercussão geral das questões discutidas no caso” (art. 102, § 2a); isso significa que o Supremo Tribunal Federal só se ocupará de recursos extraordinários interpostos em causas cujo julgamento seja de interesse geral da população ou do Estado, não daquelas cuja solução se confine nos lindes das exclusivas esferas de direitos das partes.

Outro papel relevante no mundo jurídico desenvolvido pelo Supremo Tribunal Federal, é a edição de súmulas vinculantes, que consolidam entendimentos preponderantes no Tribunal, trazendo maior celeridade processual, uma vez que por elas se vinculam os demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta nas esferas federal, estadual e municipal, neste mesmo sentido:

Uma outra importante competência tem também o Supremo Tribunal Federal, de caráter abertamente normativo, que é a competência para editar súmulas vinculantes. Como está no art, 103-A da Constituição Federal, “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”. As súmulas vinculantes terão autêntica força lei, com generalidade e abstração para se imporem em todos os casos nos quais ocorram as situações de fato nelas descritas. E, para a

efetividade de sua imposição dispõe também a Constituição Federal que “do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, determinando que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso”. O sistema de súmulas vinculantes é disciplinado em nível infraconstitucional pela lei n. 11.417, de 19 de dezembro de 2006. (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER. 2010, p. 200)

As súmulas vinculantes, proporcionam maior objetividade nas apreciações constitucionais pelos demais órgãos do Poder Judiciário, da administração pública direta e indireta, fornecendo de forma clara e sucinta o entendimento do Supremo Tribunal Federal, quanto às questões amplamente debatidas, das quais o entendimento já está assentado na jurisprudência do Tribunal Constitucional.

Quanto aos limites do papel a ser desempenhado pelo tribunal, o conhecimento convencional é no sentido de que ele só pode atuar como legislador negativo— paralisando a eficácia de uma norma existente —, mas não como legislador positivo, inovando no ordenamento jurídico pela criação de norma anteriormente inexistente. (BARROSO, 2012, p. 480)

É entendimento comum entre a doutrina majoritária, o posicionamento apontado por Barroso (2012), pois não cabe ao judiciário inovar o ordenamento jurídico por meio de decisões jurisdicionais, o que se conhece por ativismo judicial, neste sentido importante asseverar cabe ao julgador constitucional através da mais profunda hermenêutica jurídica, encontrar o real propósito da lei ou ato normativo, e em caso de incompatibilidade com a Constituição, tão somente negar-lhe a eficácia.

### **3.1.2 Do controle difuso de constitucionalidade**

O controle de constitucionalidade difuso ou incidental, ocorre no curso de um processo jurisdicional, visando a resolução de um conflito constitucional para solução de uma controvérsia intersubjetiva, o objeto da lide não é a declaração de (in)constitucionalidade de uma lei ou ato normativo, mas esta serve na resolução de um caso concreto e específico, podendo ser arguida pelo autor, réu ou ainda de ofício pelo Tribunal ou magistrado.

Segundo Tavares (2007), Holthe (2009) e Ferreira Filho (2007), o controle concreto de constitucionalidade surgiu na Suprema Corte norte-americana, no caso *Marbury vs. Madison*, em 1.803, e em parte, é refletido no modelo de controle de constitucionalidade brasileiro, neste sentido, Paulo Bonavides (2004) assevera que a

via de exceção passou a existir no Brasil, desde a Constituição de 1891, que previa recursos endereçados a um Tribunal Supremo, quando das sentenças prolatadas em última instância na Justiça Estadual.

Por ocorrer no curso de um processo jurisdicional, o controle de constitucionalidade difuso não é exercido somente pela Corte Constitucional, pois este “[...] não é o único órgão jurisdicional competente para o exercício da jurisdição constitucional [...]”(SILVA, 2007, p. 532), sendo autorizados à análise do prejudicial de inconstitucionalidade, qualquer Tribunal ou magistrado, neste mesmo sentido Barroso (2012, p. 289).

O órgão judicial, seja federal ou estadual, poderá deixar de aplicar, se considerar incompatível com a Constituição, lei federal, estadual ou municipal, bem como quaisquer atos normativos, ainda que secundários, como o regulamento, a resolução ou a portaria. Não importa se o tribunal estadual não possa declarar a inconstitucionalidade de lei federal em via principal e abstrata ou se o Supremo Tribunal Federal não possa, em ação direta, invalidar lei municipal. Se um ou outro estiver desempenhando o controle incidental e concreto, não há limitações dessa natureza.

Importante ressaltar que, a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo nos Tribunais, somente poderá ser realizada pelo Pleno ou por órgão específico, devido à Cláusula de Reserva de Plenário, contida no art. 97, da Constituição Federal de 1988, *in verbis*: “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.”

A Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil) ainda vigente, estabelece procedimento específico para a arguição de inconstitucionalidade por via de exceção, nos arts. 480 a 482:

Art. 480. Argüida a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, ouvido o Ministério Público, submeterá a questão à turma ou câmara, a que tocar o conhecimento do processo.

Art. 481. Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno.

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.

Art. 482. Remetida a cópia do acórdão a todos os juízes, o presidente do tribunal designará a sessão de julgamento.

§ 1º O Ministério Público e as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, se assim o requererem, poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade, observados os prazos e condições fixados no Regimento Interno do Tribunal.

§ 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.

§ 3º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

Já a Lei 13.105 de 16 de março de 2015 que institui o novo Código de Processo Civil, apresenta poucas alterações no texto legal:

Art. 948. Arguida, em controle difuso, a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, após ouvir o Ministério Público **e as partes**, submeterá a questão à turma ou à câmara à qual competir o conhecimento do processo.

Art. 949. Se a arguição for:

I - rejeitada, prosseguirá o julgamento;

II - acolhida, a questão será submetida ao plenário do tribunal **ou ao seu órgão especial, onde houver**.

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.

Art. 950. Remetida cópia do acórdão a todos os juízes, o presidente do tribunal designará a sessão de julgamento.

§ 1º As pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade se assim o requererem, observados os prazos e as condições previstos no regimento interno do tribunal.

§ 2º A parte legitimada à propositura das ações previstas no art. 103 da Constituição Federal poderá manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação, no prazo previsto pelo regimento interno, sendo-lhe assegurado o direito de apresentar memoriais ou de requerer a juntada de documentos.

§ 3º Considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, o relator poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades. (*grifo nosso*)

Siqueira Júnior (2012), pondera que, conforme doutrina dominante a inconstitucionalidade declarada por via de exceção, se aplica somente as partes litigantes, não atingindo desta forma a terceiros, caso a Corte Suprema entenda necessário, poderá remeter a decisão para apreciação do Senado Federal, que nos termos do art. 52, X, da CF/88, poderá no todo ou em parte suspender o efeito da lei declarada inconstitucional.

### 3.1.2.1 Da sentença no controle difuso de constitucionalidade

Para Siqueira Júnior (2012), há duas correntes doutrinárias no que tange aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso, a) a norma jurídica é ineficaz desde seu início, o que invalida todos os atos praticados sob sua égide, operando efeito *ex tunc*, e b) pela presunção de validade da norma jurídica até então

vigente, admite-se que a norma continua válida até que seja considerada inconstitucional, sendo de fato retirada do ordenamento jurídico, neste caso opera-se o efeito *ex nunc*.

Para José Afonso da Silva (2005) a declaração de inconstitucionalidade oriunda do controle difuso produz efeitos *ex tunc*, pois tal declaração de inconstitucionalidade não revoga e não anula a lei, devendo o Senado Federal suspender sua executoriedade, conforme art. 52, X da CF/88.

Em suma, a decisão proferida no controle difuso de constitucionalidade tem eficácia *ex tunc*, produzindo efeitos tão somente entre as partes litigantes, com a Resolução do Senado Federal, suspendendo em parte, ou totalmente o ato normativo considerado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, se produz efeitos *erga omnes* (sobre todos), e *ex nunc*, ou seja, os efeitos produzidos operam somente a partir da publicação da Resolução do Senado Federal.

Para Cunha Júnior (2010, p. 151):

Destarte, e em resumo, são efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade no controle incidental, independentemente do órgão jurisdicional que o exerça: a) a inconstitucionalidade inter partes da lei ou do ato, e b) a retroatividade da decisão, que pronuncia a nulidade (efeitos *ex tunc*) da lei ou do ato, ressalvada a hipótese de limitação dos efeitos, com base nas leis 9.868 e 9882/99.

A Lei nº 9.868/99, em seu art. 27 inovou quanto aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo proferida pelo STF, permitindo que por maioria de dois terços de seus membros, possa se restringir os efeitos da declaração ou decidir que sua eficácia opere somente a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

### **3.1.3 Do controle abstrato de constitucionalidade**

O controle de constitucionalidade abstrato, diferentemente do controle concreto, tem por objeto a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, derivado do modelo de controle de constitucionalidade austríaco kelseniano, predominante nos países da Europa.

O controle concentrado é aquele realizado exclusivamente pelo órgão de cúpula do Judiciário: o STF, quanto à Constituição Federal e os Tribunais de Justiça, quanto às Constituições Estaduais.

Através do ajuizamento de ações específicas, o controle concentrado busca a discussão “em tese” (controle abstrato) da compatibilidade de um ato normativo com a Lei Maior, sem levarem conta qualquer situação subjetiva individual. (HOLTHE, p. 157)

A atual Carta Constitucional brasileira prevê em seu art. 102 dentre as principais atribuições do Supremo Tribunal Federal:

I - processar e julgar, originariamente:  
a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (CF/88)

Já o art. 103, elenca taxativamente quais são os legitimados a propor a ação direta de inconstitucionalidade, bem como, a ação declaratória de constitucionalidade:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:  
I - o Presidente da República;  
II - a Mesa do Senado Federal;  
III - a Mesa da Câmara dos Deputados; (CF/88)  
IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;  
V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;  
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.

A Constituição Federal de 1988 ampliou consideravelmente os legitimados à propositura de ação direta de inconstitucionalidade, o que antes se restringia ao Procurador-Geral da República.

### *3.1.3.1 Da sentença no controle abstrato de constitucionalidade*

Apesar do controle de constitucionalidade ser uma atividade jurisdicional, trata-se de um exercício atípico, pois neste caso não há um caso concreto a ser resolvido, ou uma controvérsia entre partes, o que está posto a julgamento é a própria lei ou ato normativo que em tese possa se contrapor ao propósito Constitucional, “Trata-se de um processo objetivo, sem partes, que não se presta à tutela de direitos subjetivos, de situações jurídicas individuais”. (BARROSO, 2012, p. 476)

O artigo 92, inciso I, da Constituição Federal de 1988, apresenta o Supremo Tribunal Federal como órgão do Poder Judiciário, cuja competência precípua é a



guarda da Constituição, o que inclui:

I - processar e julgar, originariamente: a) a **ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal**; [...] III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; (art. 102, CF/88, grifo nosso).

A alínea 'a' do inciso I do referido artigo produz efeitos, em regra, *erga omnes* e força vinculante, neste sentido, Alexandre de Moraes:

Declarada a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo federal ou estadual, a decisão terá efeito retroativo (*ex tunc*) e para todos (*erga omnes*), desfazendo, desde sua origem, o ato declarado inconstitucional, juntamente com todas as conseqüências dele derivadas, uma vez que os atos inconstitucionais são nulos (6) e, portanto, destituídos de qualquer carga de eficácia jurídica, alcançando a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, inclusive, os atos pretéritos com base nela praticados (efeitos *ex tunc*). Assim, a declaração de inconstitucionalidade "decreta a total nulidade dos atos emanados do poder Público, desampara as situações constituídas sob sua égide e inibe - ante a sua inaptidão para produzir efeitos jurídicos válidos - a possibilidade de invocação de qualquer direito". (MORAES, 2003, p. 624)

As decisões definitivas de mérito (sejam pela procedência ou pela improcedência), proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo. (MORAES, 2003, p. 640).

Quanto ao momento da aplicação, em regra, o efeito que se opera é *ex-tunc*, ou seja, a partir do momento em que a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo é declarada, todos os atos e efeitos produzidos até aquele momento serão considerados nulos. Em casos específicos, poderá o Supremo Tribunal Federal, ainda, restringir os efeitos da declaração:

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.

O artigo supra foi extraído da Lei nº 9. 868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade, a ação nele prevista é denominada por alguns juristas como 'modulação' dos efeitos da sentença.

## 4 O CONGRESSO NACIONAL E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O Congresso Nacional pode atuar de duas formas no controle de constitucionalidade, de forma preventiva, com a finalidade de impedir o ingresso de normas inconstitucionais no sistema jurídico, por meio de Comissões específicas, debates, discussões e votações no Plenário. (SIQUEIRA JÚNIOR, 2012). De forma repressiva, por meio de limitação dos atos do Poder Executivo, ou quando na rejeição de Medida Provisória, também de competência do Poder Executivo. E de forma indireta, no controle jurisdicional, suspendendo a eficácia da lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, conforme Ferreira Filho (2012, p. 127):

Nas hipóteses de controle difuso, a decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal é por este comunicada ao Senado Federal. Cabe, então, a esta Câmara suspender a execução do ato, o que significa suspender-lhe a eficácia.

Note-se que essa suspensão não é posta ao critério do Senado, mas lhe é imposta como obrigatória. Quer dizer, o Senado, à vista da decisão do Supremo Tribunal Federal, tem de efetuar a suspensão da execução do ato inconstitucional. Do contrário, o Senado teria o poder de convalidar ato inconstitucional, mantendo-o eficaz, o que repugna ao nosso sistema jurídico.

O posicionamento de Ferreira Filho (2012), quanto a obrigatoriedade da edição da Resolução pelo Senado Federal não é entendimento comum entre a doutrina majoritária, pois, partindo deste ponto de vista, a Resolução editada pelo Senado Federal seria mero ato de publicidade, o que destoaria com o preceito que se extrai do art. 52, X da CF/88 e seu contexto histórico constitucional.

### 4.1 DO CONTROLE PREVENTIVO

O controle preventivo de constitucionalidade "[...] é realizado antes de o ato normativo entrar em vigor, antes de a norma existir no mundo jurídico, ou seja, na fase em que ainda não se tem a lei, mas simplesmente um projeto de lei." (SILVA, 2007, p. 100)

Em direito comparado um exemplo de controle preventivo adotado na França:

A Constituição francesa de 1958 prevê, em seu art. 56, que o Conselho Constitucional seja composto de nove membros, para um mandato de nove anos. Cada terço dos membros do referido Conselho deve ser renovado em períodos de três anos, sendo três membros nomeados pelo presidente da

República, três pelo presidente da Assembléia Nacional e três pelo presidente do Senado. Além desses membros, todos os ex-presidentes da França compõem, de forma vitalícia, o Conselho Constitucional. A Constituição francesa estabelece que o aludido Conselho, entre outras funções, deverá se pronunciar sobre a conformidade das leis orgânicas e dos regulamentos das assembleias parlamentares com a Constituição, antes de entrarem em vigor (art. 61). A decisão do Conselho Constitucional sobre a inconstitucionalidade de uma determinada disposição, além de impedir a promulgação e a entrada em vigor da regra inconstitucional, é de observância obrigatória a todas as autoridades administrativas e jurisdicionais (art. 62). (SILVA, 2007, p. 100)

No Brasil o controle preventivo de constitucionalidade se dá da seguinte forma:

[...] quando o projeto de lei está tramitando no Congresso Nacional, tanto na Câmara dos Deputados quanto no Senado existe uma comissão encarregada de analisar se esse projeto é compatível ou não com a Constituição. Todos os projetos devem passar por essas comissões, submetendo-se ao controle prévio da constitucionalidade. Atualmente, no Senado, essa comissão chama-se Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Na Câmara dos Deputados, o nome é Comissão de Constituição e Justiça e de Redação.

Ainda há um segundo momento em que deve ocorrer o controle preventivo da constitucionalidade no Brasil. Depois de o projeto de lei ser aprovado em ambas as Casas Legislativas (Câmara dos Deputados e Senado Federal), ele é encaminhado ao presidente da República que, concordando com o projeto, o sancionará e, no caso de discordar, deverá vetá-lo. Uma das hipóteses previstas no § 1º do art. 66 da Constituição Federal é a de o presidente da República vetar o projeto por entendê-lo inconstitucional. É o chamado veto jurídico. (SILVA, 2007, p. 100)

No controle preventivo de constitucionalidade, o objetivo principal é o de impedir que normas eivadas de inconstitucionalidade, cheguem a integrar o ordenamento jurídico.

#### 4.2 DO CONTROLE REPRESSIVO

O controle repressivo de constitucionalidade no Brasil, em regra, é exercido pelo Poder Judiciário, e se dá após o ato normativo infraconstitucional já ter ingressado no ordenamento jurídico, excepcionalmente, a Constituição Federal de 1988, prevê duas possibilidades em que o Poder Legislativo poderá exercer o controle repressivo de constitucionalidade.

#### 4.2.1 Limitação aos atos do Poder Executivo (Poder Regulamentar e Delegação Legislativa)

A primeira forma de controle repressivo de constitucionalidade exercido pelo Congresso Nacional diz respeito a limitação dos atos do Poder Executivo que extrapolem poder regulamentar ou a delegação legislativa que foi constitucionalmente prevista:

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

[...]

V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;

Neste sentido, Roberto Baptista Dias da Silva (2007, p.102)

Somente em situações excepcionais o controle repressivo fica a cargo do Poder Legislativo, como na hipótese do art. 49, V, da Constituição Federal, que estabelece a competência do Congresso Nacional de sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa.

Corroborando o entendimento com maiores detalhes, Pedro Lenza (2005, p. 634):

A primeira exceção a regra vem prevista no artigo 49, V da CF/88, que estabelece ser competência exclusiva do Congresso Nacional sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa. Mencionado controle será realizado através de decreto legislativo a ser expedido pelo Congresso Nacional. Vejamos as hipóteses: a) Sustar os atos normativos de Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar: como veremos melhor ao tratarmos do Poder Executivo, é de competência privativa do Presidente da República expedir decretos e regulamentos para a fiel execução da lei (art. 84, IV). Portanto, ao Chefe do Executivo compete regulamentar uma lei expedida pelo Legislativo e tal procedimento será feito através de decreto. Pois bem, se no momento de se regulamentar a lei o Chefe do Executivo extrapolá-la, disciplinando além do limite nela definido, este 'a mais' poderá ser afastado pelo legislativo. b) Sustar os atos do Poder Executivo que exorbitem dos limites de delegação legislativa: como veremos ao estudar as espécies normativas, a Constituição atribuiu competência ao Presidente da República para elaborar lei delegada, mediante delegação do Conselho Nacional, através de resolução, especificando o conteúdo e os termos de seu exercício (art. 68). Pois bem, no caso de elaboração de lei delegada pelo Presidente da República, extrapolando os limites da aludida resolução, poderá o Congresso Nacional, através de Decreto Legislativo, sustar o referido ato que exorbitar os limites da delegação legislativa.

Deste modo, quando o Poder Executivo ao expedir decretos e regulamentos, ultrapassar os limites da própria lei, caberá ao Congresso Nacional sustar os atos ou afastar a matéria desproporcional ao texto legal.

A outra hipótese repousa sobre a possibilidade de o Presidente da República quando na elaboração de lei delegada, mediante resolução do Conselho Nacional,

extrapolar os limites que esta lhe impõe, neste caso poderá o Congresso Nacional por Decreto Legislativo sustar o ato que exorbitar os limites da delegação legislativa.

#### 4.2.2 Da rejeição de Medida Provisória

A segunda hipótese em que o Poder Legislativo poderá atuar no controle de constitucionalidade das leis e atos normativos de forma repressiva, é na rejeição de Medida Provisória editada pelo Poder Executivo, após parecer de Comissão própria:

Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

[...]

§ 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes.

[...]

§ 9º Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional. (Constituição Federal de 1988)

Ao explicar sobre o tema, Alexandre de Moraes (2005, p. 634) aponta que:

[...] a edição de Medida Provisória, pelo Presidente da República, reveste-se de dois momentos significativos e inconfundíveis: o primeiro diz respeito a um ato normativo com eficácia imediata de lei, o segundo é a sujeição desse ato ao Congresso Nacional, para que este não apenas ratifique seus efeitos imediatos produzidos, mas a converta em lei, com eficácia definitiva. Dessa maneira, esse ato normativo poderá ser objeto de Controle Repressivo de Constitucionalidade, seja por via de Ação Direta de Inconstitucionalidade, seja por parte do Poder Legislativo.

Como disciplina o art. 62 da CF/88, ao expedir Medida Provisória, o Chefe do Executivo deverá submetê-la ao Congresso Nacional, para ratificação dos efeitos produzidos desde sua expedição, e ato contínuo a converta em lei, atribuindo à Medida Provisória eficácia definitiva, entretanto, quando da emissão do parecer da comissão mista de Deputados e Senadores, for apontada inconstitucionalidade no ato emanado do Poder Executivo, poderá novamente o Congresso Nacional atuar no controle de constitucionalidade de forma repressiva, sem contudo exaurir a possibilidade de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade via judiciário.

### 4.3 DA RESOLUÇÃO DO SENADO FEDERAL

Tarefa importante é atribuída ao Senado Federal, quando lei ou ato normativo é julgado inconstitucional em caráter definitivo pelo Supremo Tribunal Federal, no curso de um recurso extraordinário, por via de exceção (controle difuso de constitucionalidade).

De acordo com os ensinamentos de Paulo Hamilton Siqueira Júnior (2012), a competência para suspender no todo ou em parte, lei ou ato normativo que foi declarado inconstitucional, em sede de controle difuso de constitucionalidade cabe ao Senado Federal, conforme declara a seguir:

o Supremo Tribunal Federal em última instância, ao decidir definitivamente um caso concreto, poderá incidentalmente declarar a inconstitucionalidade de lei. Nos termos do seu Regimento Interno, o Senado conhecerá da declaração, proferida em decisão definitiva pelo Supremo Tribunal Federal, de inconstitucionalidade total ou parcial de lei mediante: I – comunicação do Presidente do Tribunal; II – representação do Procurador-Geral da República; III – projeto de resolução de iniciativa da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. A comunicação, a representação e o projeto deverão ser instruídos com o texto da lei cuja execução se deva suspender, do acórdão do Supremo Tribunal Federal, do parecer do Procurador-Geral da República e da versão do registro taquigráfico do julgamento. Lida em plenário, a comunicação ou representação será encaminhada à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, que formulará projeto de resolução suspendendo a execução da lei, no todo ou em parte. (SIQUEIRA JÚNIOR, 2012, p. 270)

Neste mesmo sentido Dirley da Cunha Júnior (2012, p. 151), sustenta que:

[...] a Constituição de 1988, na esteira das Constituições anteriores (a partir da Constituição de 1934), outorgou ao Senado Federal a competência para, ao suspender a execução do ato normativo declarado incidentalmente inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, conferir efeito *erga omnes* a essa decisão da Excelsa Corte, de efeitos originariamente *inter partes*, estendendo os efeitos da declaração de inconstitucionalidade a todas as pessoas.

Há grande discussão doutrinária quanto a natureza da atribuição constitucionalmente conferida ao Senado Federal, alguns doutrinadores entendem que tal ato é discricionário, cabendo tão somente ao Senado a decisão de tornar a declaração de inconstitucionalidade oponível a todos, já outros entendem que a atividade exercida pelo Senado é vinculado, ou seja, o Senado Federal é obrigado a dar publicidade ao ato normativo ou lei considerada inconstitucional, pois a decisão do Supremo Tribunal Federal por si só, impõe o efeito *erga omnes*.

Discussão esta que se aponta possível hipótese de mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal de 1988, tema que passaremos a aduzir.

#### 4.3.1 Da hipótese de mutação constitucional do art. 52, X da CF/88.

Para o Ministro Gilmar Mendes (2012) o papel do Senado Federal no processo de controle de constitucionalidade brasileiro deveria ser revisto, pois quando do surgimento do instituto no Brasil em 1934 crescia uma concepção de divisão de Poderes, que no seu entendimento já se encontra superada, pois neste mesmo período “outros países já atribuíam eficácia geral às decisões proferidas em sede de controle abstrato de normas, tais como o previsto na Constituição de Weimar de 1919 e no modelo austríaco de 1920.” (p. 3383)

Entende ainda que a ampliação da legitimação para propositura de ação direta de inconstitucionalidade, trazida na Constituição Federal de 1988, reduziu o significado do controle de constitucionalidade difuso, de modo que, se persistirmos em um modelo de controle de constitucionalidade misto, a ênfase deveria se dar sob o perfil concentrado, por sua presteza e celeridade.

Ainda que se aceite, em princípio, que a suspensão da execução da lei pelo Senado retira a lei do ordenamento jurídico com eficácia *ex tunc*, esse instituto, tal como foi interpretado e praticado, entre nós, configura antes a negação do que a afirmação da teoria da nulidade da lei inconstitucional. A não aplicação geral da lei depende exclusivamente da vontade de um órgão eminentemente político e não dos órgãos judiciais incumbidos da aplicação cotidiana do direito. Tal fato reforça a ideia de que, embora tecêssemos loas à teoria da nulidade da lei inconstitucional, consolidávamos institutos que iam de encontro à sua implementação. Assinale-se que se a doutrina e a jurisprudência entendiam que lei inconstitucional era *ipso jure* nula, deveriam ter defendido, de forma coerente, que o ato de suspensão a ser praticado pelo Senado destinava-se exclusivamente a conferir publicidade à decisão do STF. (p. 3387)

Outro equívoco apontado por Gilmar Mendes é a adoção de súmulas vinculantes, cuja a previsão está no art. 103-A da CF/88 (introduzida pela EC 45/2004), “A súmula vinculante, ao contrário do que ocorre no processo objetivo, decorre de decisões tomadas em casos concretos, no modelo incidental, no qual também existe, não raras vezes, reclamação por solução geral.” (MENDES, 2012, p. 3400). Entretanto a súmula vinculante confere força vinculante às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal sem que a vigência do dispositivo legal seja afetada, isto por conta da “necessária” Resolução do Senado Federal (art. 52, X da CF/88) que lhe suspenda no todo ou em parte a eficácia.

Nos parece neste ponto haver uma contradição, ou no mínimo uma disfunção no controle de constitucionalidade adotado no ordenamento jurídico brasileiro; como é possível que o Tribunal Constitucional entenda ser inconstitucional uma lei ou ato

normativo, em caráter definitivo, mesmo que em via incidental, podendo inclusive atribuir-lhe força vinculante, nos termos do art. 103-A, e não possa retirar a eficácia de tal instrumento normativo *erga omnes*, qual o sentido de outorgar tal função ao Senado Federal?

É neste sentido que o Ministro Gilmar Mendes defende entendimento de que a Resolução emitida pelo Senado Federal tem simples efeito de publicidade:

[...] 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. Assim, o Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, uma vez que não cuida de decisão substantiva, mas de simples dever de publicação, tal como reconhecido a outros órgãos políticos em alguns sistemas constitucionais (Constituição austríaca, art. 140, 5, publicação a cargo do Chanceler Federal, e Lei Orgânica da Corte Constitucional Alemã, art. 31, 2, publicação a cargo do Ministro da Justiça). A não publicação não terá o condão de impedir que a decisão do Supremo assuma a sua real eficácia. (2012, p.3400)

A adoção da súmula vinculante no controle de constitucionalidade difuso, acabou por reforçar “a ideia 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.” (MENDES, 2012, 3400)

Em sentido contrário se posiciona Barroso, ao dizer que

No direito norte-americano, de onde se transplantara o modelo de controle incidental e difuso, as decisões dos tribunais são vinculantes para os demais órgãos judiciais sujeitos à sua competência revisional. Isso é válido inclusive, e especialmente, para os julgados da Suprema Corte. Desse modo, o juízo de inconstitucionalidade por ela formulado, embora relativo a um caso concreto, produz efeitos gerais. Não assim, porém, no caso brasileiro, onde a tradição romano-germânica vigorante não atribui eficácia vinculante as decisões judiciais, nem mesmo às do Supremo Tribunal. Desse modo, a outorga ao Senado Federal de competência para suspender a execução da lei inconstitucional teve por motivação atribuir eficácia geral, em face de todos, “*erga omnes*”, à decisão proferida no caso concreto, cujos efeitos se irradiam, ordinariamente, apenas em relação às partes do processo.

[...]a atuação do Senado Federal não tem caráter vinculado, mas discricionário, sujeitando-se ao juízo de conveniência e oportunidade da casa legislativa. Trata-se de ato político, não sujeito a prazo, podendo o Senado suspender o ato normativo, no todo ou em parte, ou simplesmente não suspendê-lo, negando, assim, a extensão *erga omnes* da decisão do Supremo" (BARROSO, 2009, p. 129).

Importante ressalva quanto a segurança jurídica frente as mutações constitucionais, é apresentada por Clève e Lorenzetto (2015, p. 144-145):

Ao reconhecer a possibilidade da realização de alterações informais da Constituição via Judiciário e Executivo, a demanda por limites se faz premente. As mutações constitucionais encontram limites, portanto, nos direitos fundamentais, que compõem o aspecto mais elementar do pacto



entre os indivíduos e o Estado, mas, de igual maneira, no “programa normativo” das disposições constitucionais, em seu núcleo mínimo inafastável. Dessa forma, o aspecto dinâmico característico da mutação constitucional, que procura resolver a equação resultante de eventual déficit de compatibilidade entre o mundo do ser e do dever ser, relaciona-se com os princípios que guiam a organização de um Estado democrático de Direito. Dentre tais princípios, o da segurança jurídica acaba por enfeixar as demandas por estabilização e o reforço por limites aos abusos de poder.

De igual modo, se reapresenta a ideia de preservação da autoridade legislativa e segurança jurídica, no discurso de Campos (2015, p. 273)

A ocorrência de mutações, embora desejável em certa medida, por permitir uma abertura da ordem jurídica à contingência, encontra limitações decorrentes da própria natureza da lei enquanto manifestação de um poder de império. Há uma dimensão objetiva do texto legal que permanece inalterável, sob pena de esgotamento do princípio da separação de poderes e da preservação da autoridade legislativa.

É possível compreender a argumentação apresentada pelo Ministro do STF Gilmar Mendes, no sentido de que mudanças significativas aconteceram no controle de constitucionalidade brasileiro, entretanto a proposta de uma mutação constitucional formal, no contexto da atuação do Senado Federal quando na emissão da Resolução prevista no art. 52, X, da CF, poderia ocasionar certa insegurança jurídica, no que tange ao possível abuso de poder por parte do Poder Judiciário, usurpando uma competência originária do Poder Legislativo, neste ato representado pelo Senado Federal.

## 5 A TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES DA SENTENÇA

Ante o contexto exposto, a respeito do controle de constitucionalidade brasileiro, de modelo misto, cujo molde difuso têm passado por diversas transformações ao longo das constituições já promulgadas, bem como na vigência da atual Carta Magna, e a hipótese de mutação constitucional do art. 52, X, da CF/88, que delega ao Senado Federal atribuir efeito *erga omnes* às decisões proferidas em definitivo pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade, se apresenta no sentido de corroborar com a mudança formal do controle de constitucionalidade brasileiro, a teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença.

É certo que o Supremo Tribunal Federal já vem atribuindo efeito vinculante aos motivos ou fundamentos determinantes de sentenças proferidas até mesmo em controle difuso de constitucionalidade, por meio do recurso extraordinário, com a finalidade de limitar o número sempre crescente de ações que chegam à apreciação do Plenário, como bem observa o também Ministro do STF, Gilmar Mendes (2012, p. 3392):

Recorde-se, a propósito, que o Supremo Tribunal Federal, em decisão unânime de 7-4-2003, julgou prejudicada a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.919 (Rel. Min. Ellen Gracie), proposta contra o Provimento n. 556/97, editado pelo Conselho Superior da Magistratura paulista. A referida resolução previa a destruição física dos autos transitados em julgado e arquivados há mais de cinco anos em primeira instância. A decisão pela prejudicialidade decorreu do fato de o Superior Tribunal de Justiça, em mandado de segurança coletivo, impetrado pela Associação dos Advogados de São Paulo (AASP), ter declarado a nulidade daquele ato.

No julgamento da ADI 4.071, o Relator, Min. Menezes Direito, negou seguimento à ação direta de inconstitucionalidade por entender que a Corte já se havia manifestado no sentido da constitucionalidade da norma impugnada em um recurso extraordinário. Essa decisão foi posteriormente confirmada pelo Plenário do STF.

**Observe-se, ainda, que, nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade de leis municipais, o STF tem adotado postura significativamente ousada, conferindo efeito vinculante não só à parte dispositiva da decisão de inconstitucionalidade, mas também aos próprios fundamentos determinantes.** É que são numericamente expressivos os casos em que o STF tem estendido, com base no art. 557, *caput* e § 1º-A, do CPC, a decisão do Plenário que declara a inconstitucionalidade de norma municipal a outras situações idênticas, oriundas de Municípios diversos. Em suma, tem-se considerado dispensável, no caso de modelos legais idênticos, a submissão da questão ao Plenário.

Nesse sentido, Maurício Corrêa, ao julgar o RE 228.844-SP — no qual se discutia a ilegitimidade do IPTU progressivo cobrado pelo Município de São José do Rio Preto, no Estado de São Paulo —, valeu-se de fundamento

fixado pelo Plenário do Tribunal em precedente oriundo do Estado de Minas Gerais no sentido da inconstitucionalidade de lei do Município de Belo Horizonte que instituiu alíquota progressiva do IPTU.

Também Nelson Jobim, no exame da mesma matéria (progressividade do IPTU) em recurso extraordinário interposto contra lei do Município de São Bernardo do Campo, aplicou tese fixada em julgamentos que apreciaram a inconstitucionalidade de lei do Município de São Paulo.

Ellen Gracie utilizou-se de precedente oriundo do Município de Niterói, Estado do Rio de Janeiro, para dar provimento a recurso extraordinário no qual se discutia a ilegitimidade de taxa de iluminação pública instituída pelo Município de Cabo Verde, no Estado de Minas Gerais.

Carlos Velloso aplicou jurisprudência de recurso proveniente do Estado de São Paulo para fundamentar sua decisão no AI 423.252, em que se discutia a inconstitucionalidade de taxa de coleta e limpeza pública do Município do Rio de Janeiro, convertendo-o em recurso extraordinário (art. 544, §§ 3º e 4º, do CPC) e dando-lhe provimento.

Sepúlveda Pertence lançou mão de precedentes originários do Estado de São Paulo para dar provimento ao RE 345.048, no qual se arguia a inconstitucionalidade de taxa de limpeza pública do Município de Belo Horizonte.

Celso de Mello, ao apreciar matéria relativa à progressividade do IPTU do Município de Belo Horizonte, conheceu e deu provimento a recurso extraordinário tendo em conta diversos precedentes oriundos do Estado de São Paulo.

Ademais, no AI 712.743 (Rel. Min. Ellen Gracie), o Tribunal reconheceu a repercussão geral e reafirmou a jurisprudência da Corte sobre a inconstitucionalidade da cobrança do IPTU com alíquota progressiva, instituída por lei municipal, antes da Emenda Constitucional n. 29/2001. Ocorre que, embora o processo-paradigma seja do Município de Santos/SP, os ministros do STF têm determinado a devolução de processos oriundos de diversos entes federativos aos Tribunais de origem, para fins de aplicação do art. 543-B do CPC.

No AI 789.900 o Min. Ricardo Lewandowski aplicou o precedente a caso do Município de Caxias do Sul/RS; no RE 535.096 o Min. César Peluso vinculou processo do Município do Rio de Janeiro/RJ ao paradigma citado; e no RE 414.965 o Min. Joaquim Barbosa adotou igual procedimento em processo do Município de Porto Alegre/RS.

Também houve invocação desse paradigma nas decisões monocráticas dos seguintes processos oriundos de outros Municípios: RE 572.654 (Rel. Min. Ayres Britto), do Município de Guarulhos/SP; RE 542.503 (Rel. Min. Joaquim Barbosa), do Município de Campinas/SP; e RE 584.631 (Rel. Min. Cármen Lúcia), do Município de Tupã/SP.

Essa mesma circunstância ocorre em relação ao RE 591.033 (Rel. Min. Ellen Gracie), oriundo do Município de Votorantim/SP —, em que se debate a possibilidade de o Poder Judiciário determinar a extinção do processo sem julgamento de mérito em face da falta de interesse de agir do Município, tendo em vista o pequeno valor da execução fiscal. No caso, alega-se a impossibilidade de aplicação da Lei estadual n. 4.468/84 do Estado de São Paulo — a qual autoriza a não inscrição em Dívida Ativa e o não ajuizamento de débitos de pequeno valor — ao Município de Votorantim.

Dentre outros, os seguintes processos de outros Municípios que já foram vinculados ao paradigma indicado: AI 751.057 (Rel. Min. Ellen Gracie), do Município de Santo André/SP; RE 632.353 (Rel. Min. Joaquim Barbosa), do Município de Dois Córregos/SP; AI 713.212 (Rel. Min. Ayres Britto), do Município de Pederneiras/SP; AI 727.615 (Rel. Min. Cármen Lúcia), do Município de Santo André/SP; e AI 729.722 (rel. Min. Eros Grau), também do Município de Santo André/SP.

Em outros termos, o Supremo Tribunal Federal acabou por reconhecer eficácia *erga omnes* à declaração de ilegitimidade do ato normativo

proferida em mandado de segurança pelo STJ. *Quid juris*, então, se a declaração de inconstitucionalidade for proferida pelo próprio Supremo Tribunal Federal em sede de ação civil pública? **Se a decisão proferida nesses processos tem eficácia erga omnes (Lei n. 7.347, de 24-7-1985, art. 16), é difícil justificar a necessidade de comunicação ao Senado Federal.** (grifo nosso)

No controle concentrado de constitucionalidade, o doutrinador Pedro Lenza (2014), afirma também que o STF já "vinha atribuindo efeito vinculante, não somente ao dispositivo da sentença, mas, também, aos **fundamentos determinantes da decisão.**" (LENZA, 2014, p. 350, grifo do autor), embora o Plenário do Supremo Tribunal Federal ter refutado por diversas vezes a aplicação de tal teoria em suas decisões:

(cf. Rcl 2.475-AgR, da relatoria do ministro Carlos Velloso; Rcl 2.990-AgR, da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence; Rcl 4.448-AgR, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski; Rcl 3.014, de minha própria relatoria)" (Min. Ayres Britto, 08.09.2010). (Cf., ainda, nesse mesmo sentido, decisão da 1ª T. do STF, **Rcl 11.477-AgR**, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 29.05.2012, *Inf.668/STF.*) (LENZA, 2014, p. 351, grifo do autor)

Dirley da Cunha Júnior (2010) ensina, que não raramente as decisões preferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato de constitucionalidade produz efeitos não somente em sua parte dispositiva, mas se estende aos fundamentos determinantes da decisão:

A decisão final do Supremo Tribunal Federal que declara a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade da lei ou do ato normativo impugnado ou questionado tem eficácia contra todos (efeitos erga omnes) e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.[...] A vinculação, todavia, não alcança apenas o dispositivo da decisão. O Supremo Tribunal Federal vem atribuindo, não raro, efeito vinculante também aos fundamentos determinantes da decisão, e os aplicando a outras ações, com o que consagrou a teoria da transcendência dos motivos determinantes, como expôs, com propriedade, Pedro Lenza. Com efeito, uma vez que os fundamentos resultantes da interpretação da Constituição, quando realizada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato, devem ser observados por todos os tribunais e autoridades, contexto que contribui para a supremacia e desenvolvimento da ordem constitucional, nada mais justificável que se aplique, fora da ação direta, o que ficou nela consubstanciado a título de fundamentos determinantes que baseou a decisão. (p. 213-214)

De acordo com Pedro Lenza (2014), o Supremo Tribunal Federal já vinha atribuindo efeito vinculante também aos motivos determinantes da sentença, ao que se chamava "transcendência dos motivos determinantes da sentença" ou ainda "efeitos irradiantes", importante ressaltar a distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*, sendo a primeira a fundamentação essencial que determinou a sentença e a segunda, tão somente comentários que nada influiriam na decisão, neste sentido a

*ratio decidendi*, por se tratar de matéria exclusivamente constitucional, passaria a vincular todos os outros julgamentos que versem sobre a mesma controvérsia.

Fato é que no julgamento da Reclamação Constitucional nº 10.604 de 08 de setembro de 2010, o STF afastou a aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença, por haver na Reclamação 4.219, a manifestação de 6 Ministros contra a teoria da transcendência, complementa ainda Pedro Lenza (2014, p. 350):

Trata-se de verdadeira **jurisprudência defensiva**, no sentido de se evitar o número crescente de reclamações.

Com o máximo respeito, **não parece razoável** desprezar a teoria da transcendência no **controle concentrado**, já que a **tese jurídica** terá sido resolvida e o dispositivo deve ser lido, em uma perspectiva moderna, à luz da fundamentação (lembrando que somos contra a teoria da transcendência no controle difuso, cf. item 6.6.5).

De qualquer forma (e teremos que acompanhar essa tendência de não aceitação da teoria do transbordamento - **matéria pendente** de apreciação específica pelo Plenário em sua atual composição), nas palavras do relator Min. Ayres Britto, " ... no julgamento da Rei 4.219, esta nossa Corte retomou a discussão quanto à aplicabilidade dessa mesma teoria da 'transcendência dos motivos determinantes', oportunidade em que deixei registrado que tal aplicabilidade implica prestígio máximo ao órgão de cúpula do Poder Judiciário e **desprestígio igualmente superlativo aos órgãos da judicatura de base**, o que se contrapõe à essência mesma do **regime democrático**, que segue lógica inversa: a lógica da desconcentração do poder decisório. Sabido que democracia é movimento ascendente do poder estatal, na medida em que opera de baixo para cima, e nunca de cima para baixo. No mesmo sentido, cinco ministros da Casa esposaram entendimento rechaçante da adoção do transbordamento operacional da reclamação, ora pretendido. Sem falar que o Plenário deste Supremo Tribunal Federal já rejeitou, em diversas oportunidades, a tese da eficácia vinculante dos motivos determinantes das suas decisões (cf. Rel 2.475-AgR, da relatoria do ministro Carlos Velloso; Rel 2.990-AgR, da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence; Rei

4.448-AgR, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski; Rei 3.014, de minha própria relatoria)" (Min. Ayres Britto, 08.09.2010). (Cf., ainda, nesse mesmo sentido, decisão da 1.ª T. do STF, **Rel 11.477-AgR**, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 29.05.2012, Inf 668/STF.)

De forma contrária se posiciona José Joaquim de Gomes Canotilho (1993, p. 1048):

As decisões do TC que declarem, de forma abstracta, a inconstitucionalidade ou a ilegalidade, têm força obrigatória geral (cfr. art. 282.º/1 da CRP e art. 66.º da LTC). Costuma sintetizar-se o sentido desta fórmula recorrendo às ideias de vinculação geral (Bindungswirkung, na terminologia germânica) e de força de lei (Gesetzeskraft): (i) vinculação geral, porque as sentenças do TC declarativas da inconstitucionalidade ou da ilegalidade vinculam — mas apenas quanto à parte dispositiva das decisões e não quanto aos seus fundamentos determinantes, ou seja, a *ratio decidendi* — todos os órgãos constitucionais, todos os tribunais e todas as autoridades administrativas; (ii) força de lei, porque as sentenças têm valor normativo (como as leis) para todas as pessoas físicas e colectivas (e não apenas para os poderes públicos) juridicamente afectadas nos seus direitos e obrigações pela norma declarada inconstitucional.

A abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, por meio da teoria dos motivos determinantes da sentença é tema recente que propõe mudanças significativas na forma de controle de constitucionalidade atual, tornando a decisão preferida em um caso concreto, oponível *erga omnes*, assim como no controle abstrato de constitucionalidade. Se opõem a esta ideia Lima; Oliveira e Streck (2008, p. 51, grifo do autor):

A discussão sobre se o Senado está ou não obrigado a elaborar o ato é outra coisa. O que está em jogo na presente discussão é a própria sobrevivência do controle difuso e os efeitos que dele devem ser retirados. *Não por diletantismo* acadêmico-intelectual, mas pela objetiva e singela razão de que a Constituição da República possui determinação expressa sobre o papel do Senado neste sentido e que não foi revogada. Por isso cabe insistir nesse ponto, e não apenas em nome de uma suposta defesa da tradição pela tradição, *mas de todo um processo de aprendizagem social subjacente à história constitucional brasileira*; e da grave lesão que representa para o “modelo constitucional do processo” e do sistema de garantias constitucionais dos direitos fundamentais a atribuição de eficácia *erga omnes* de efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de recurso extraordinário.

Tal discussão iniciou-se com o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes, acompanhado do também Ministro Eros Grau, que entendem ter havido uma suposta mutação constitucional, que daria nova interpretação ao art. 52, X, da Constituição de 1988.

Os dois casos que deram maior repercussão ao tema foram, o *Habeas Corpus* 82.959/SP, relatado pelo Ministro Marco Aurélio, oportunidade em que o STF declarou a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º da Lei n. 8.072/90, que vedava a progressão de regime dos condenados por crimes hediondos, neste momento a decisão proferida pelo STF alcançou tão somente as partes envolvidas na questão constitucional.

Entretanto, logo após a prolação da sentença, a Defensoria Pública da União aforou reclamação de nº 4.335/AC, alegando descumprimento da decisão proferida no *Habeas Corpus* 82.959, pelo juiz singular, impedindo a progressão de regime de condenado por crime hediondo.

No mesmo sentido o RE 197.917, que teve por consequência a redução do número de vereadores de todo o país por meio de resolução do Tribunal Superior Eleitoral, questionada posteriormente na Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 3345/DF, sendo declarado ao final constitucional; ou ainda, Recurso Especial de nº 828.106 - SP (20060069092-0 – 15/05/2006), que tem por fundamento Recursos

Extraordinários já julgados.

Ressalta-se que em nenhum dos casos houve manifestação por parte do Senado Federal, suspendendo no todo ou em parte a lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Para além dos argumentos como a mutação constitucional do art. 52, X da CF/88, utilizaram-se também de "questões afetas à economia processual, racionalização judiciária, efetividade constitucional, preponderância do controle abstrato sobre o concreto [...] e a transcendência dos motivos determinantes da sentença da decisão de inconstitucionalidade" (PUCCINELLI JUNIOR, 2012, p. 334)

Frise-se que o Ministro Sepúlveda manifestou-se no sentido que de fato o papel do Senado Federal está obsoleto, entretanto o meio adequado no momento para uniformização das decisões já seria a edição de súmulas vinculantes, na forma do art. 103-A da CF/88; de igual modo posicionou-se contrariamente a alegação de uma possível mutação constitucional do art. 52, X da CF/88, "que em sua ótica, andaria na contramão da literalidade deste preceito e das regras de autorrestrição" (PUCCINELLI JUNIOR, 2012, p. 337)

Assevera ainda Lima; Oliveira e Streck (2008, p.51, grifo do autor):

É preciso entender que a questão do papel do Senado no controle difuso de constitucionalidade diz respeito aos efeitos da decisão. Isso parece claro. O texto do art. 52, X, da Constituição do Brasil, somente tem sentido se analisado – *portanto, a norma que dele se extrai* - a partir de uma análise do sistema constitucional brasileiro. O sistema é misto. Portanto, parece óbvio que, **se se entendesse que uma decisão em sede de controle difuso tem a mesma eficácia que uma proferida em controle concentrado, cairia por terra a própria diferença.** É regra que o controle concentrado tenha efeitos *ex tunc* (a exceção está prevista na Lei no 9.868/99). O controle difuso tem na sua ratio o efeito *ex tunc* **entre as partes.**

Para o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, é necessário uma revisão do sistema de controle constitucional brasileiro, principalmente no que diz respeito ao controle difuso, conforme se observa:

A amplitude conferida pela Constituição de 1988 ao controle abstrato de normas contribuiu para tornar visíveis as inadequações ou insuficiências do modelo difuso de controle de constitucionalidade. Não só a notória superação do instituto da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal, mas também a complexidade e a demora na obtenção de julgamento definitivo da questão constitucional pelo Supremo Tribunal, na via incidental, exige reforma radical do sistema difuso de controle de constitucionalidade entre nós. (MENDES, 2012, p. 3407)

A adoção de estrutura procedimental aberta para o processo de controle difuso (participação de *amicus curiae* e outros interessados), a concepção de recurso extraordinário de feição especial para os julgados especiais, o reconhecimento de efeito transcendente para a declaração de

inconstitucionalidade incidental, a lenta e gradual superação da fórmula do Senado (art. 52, X), a incorporação do instituto da repercussão geral no âmbito do recurso extraordinário e a desformalização do recurso extraordinário com o reconhecimento de uma possível causa petendi aberta são demonstrações das mudanças verificadas a partir desse diálogo e intercâmbio entre os modelos de controle de constitucionalidade positivados no Direito brasileiro. Pode-se apontar, dentre as diversas transformações detectadas, inequívoca tendência para ampliar a feição objetiva do processo de controle incidental entre nós. (MENDES, 2012, p. 3433)

Na defesa das mudanças propostas, o Ministro Gilmar Mendes (2012) destaca dados estatísticos consideráveis, como p. ex.:

[...] entre 1991 e o ano de 2007, o total da soma de recursos extraordinários e agravos de instrumento distribuídos anualmente na Suprema Corte sempre superou 90% do total de processos distribuídos. Os dados também demonstram que o volume de processos total distribuídos aumentou de 16.226, no ano de 1990, para 90.839, no ano de 2000, atingindo o patamar de 116.216 processos distribuídos no ano de 2006. (MENDES, 2012, p. 3342)

No intuito de conter a crescente demanda junto a Suprema Corte, a Emenda Constitucional de nº 45 institui a repercussão geral, pacificada com a promulgação da Lei nº 11.418/2006, determinando que o Supremo Tribunal Federal, conhecerá recurso extraordinário quando a questão constitucional oferecer repercussão geral, ou seja, quando versar sobre questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, ultrapassando assim os interesses subjetivos da causa.

Para Gilmar Mendes (2012, p. 3375) "Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de emenda constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão somente para as partes?", para o Ministro, tal questionamento não passa de razões meramente históricas, não tendo aplicação prática na atualidade e principalmente no contexto do Poder Judiciário brasileiro.

Em sentido contrário, Pedro Lenza (2014, p. 321, grifo do autor):

O **efeito erga omnes** da decisão foi previsto somente para o **controle concentrado** e para a **súmula vinculante** (EC n. 45/2004) e, em se tratando de controle difuso, nos termos da regra do **art. 52, X, da CF/88**, somente após atuação discricionária e política do Senado Federal. No controle difuso, portanto, não havendo suspensão da lei pelo Senado Federal, a lei continua válida e eficaz, só se tornando nula no caso concreto, em razão de sua não aplicação. Assim, na medida em que a análise da constitucionalidade da lei no controle difuso pelo STF não produz efeito vinculante, parece que somente mediante necessária **reforma constitucional** (modificando o art. 52, X, e a regra do art. 97) é que seria possível assegurar a constitucionalidade dessa nova tendência - repita-se, **bastante "atraente"** - da transcendência dos motivos determinantes no controle difuso, com caráter vinculante. (LENZA, 2014, p. 321, grifo do autor)



Para Lenza (2014), a teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença não são um problema em si, pois poderiam de fato contribuir para um controle de constitucionalidade mais abrangente, de mais rápida aplicação e maior efetividade, contudo o que se questiona de forma incisiva, inclusive por maioria da doutrina é a forma de desconstituição da previsão constitucional do art. 52, X, CF/88.

Se a norma de fato perdeu seu sentido no atual contexto de controle de constitucionalidade brasileiro, o meio adequado para sua modificação, seria o poder constituinte derivado reformador, por meio de Emenda Constitucional, e não por declaração de mutação constitucional formal, proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As informações apresentadas no desenvolvimento do trabalho permitiram reforçar alguns entendimentos e vislumbrar novos rumos quanto ao controle de constitucionalidade brasileiro. Restou claro que, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, quanto a constitucionalidade de lei ou ato normativo em sede de controle difuso de constitucionalidade, devem, conforme previsão constitucional vigente, produzir efeitos tão somente entre as partes litigantes, por se tratar de discussão constitucional decorrente de um caso concreto, não sendo possível operar de forma automática o efeito *erga omnes*, uma vez que a Constituição Federal de 1988, delegou ao Senado Federal, órgão político, a função de suspender a eficácia da lei ou ato normativo julgado inconstitucional, em caráter definitivo.

Institutos que atribuem maior celeridade e eficiência ao processo constitucional já foram introduzidos no ordenamento jurídico nos últimos anos, a saber o da repercussão geral, permitindo que recursos extraordinários sejam levados à discussão do Plenário, somente quando versarem sobre questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, ultrapassando assim os interesses subjetivos da causa. Outra ferramenta importante são as súmulas vinculantes, que proporcionam maior objetividade nas apreciações constitucionais pelos demais órgãos do Poder Judiciário, da administração pública direta e indireta, fornecendo de forma clara e sucinta o entendimento do Supremo Tribunal Federal, quanto às questões amplamente debatidas, das quais o entendimento já está assentado na jurisprudência do Tribunal Constitucional.

Quanto à possível mutação constitucional do art. 52, X, da CF/88, não foi possível abstrair esta hipótese de forma tão clara quanto afirma o Ministro do STF, Gilmar Mendes, quisera ser a intenção do legislador, ampliar os efeitos da sentença no controle difuso de constitucionalidade, retirando ou diminuindo o papel do Senado Federal, não teriam sido inseridos neste contexto, a repercussão geral e a súmulas vinculantes, que possuem regras bem claras e definidas para sua aplicação no texto constitucional.

A teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença, ao nosso entendimento, são de valor considerável dentro do controle concreto de constitucionalidade, uma vez que, neste caso, o questionamento de

inconstitucionalidade de lei ou ato normativo é por si só o objeto da ação, não há interesses subjetivos atrelados ao deslinde da causa, sendo possível o aproveitamento dos fundamentos ou razões determinantes da sentença produzida dentro do controle abstrato de constitucionalidade.

Já no controle de constitucionalidade difuso, a teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença não deveria ser aplicada, embora mesmo que forçadamente já tenha sido utilizada pelo Supremo Tribunal Federal, o que ao nosso entendimento está equivocado, pois para se atribuir efeito vinculante às decisões do Tribunal existe procedimento formal estabelecido, qual seja o da súmula vinculante, e quanto ao efeito *erga omnes*, cabe comunicação ao Senado Federal para que este edite Resolução suspendendo no todo ou em parte o ato normativo ou lei considerada inconstitucional, a não observância destas formalidades poderia recair em usurpação de competência por parte do Poder Judiciário, criando uma instabilidade na harmonia entre os demais Poderes da União.

Por fim, concluímos que, cabe ao poder político legiferante produzir transformações significativas quanto às formalidades adotadas no controle de constitucionalidade brasileiro, e se de fato devem passar por uma revisão, não cabe ao Supremo Tribunal Federal neste sentido, agir à margem do que fora constitucionalmente previsto pelo poder constituinte ou derivado reformador, e que apesar de o STF ser o órgão incumbido à guarda de nossa Constituição Federal, seus membros não são eleitos pelo povo, tampouco seus assentos são ocupados pelo desempenho de carreira específica, ou meritocracia; os limites existem para que haja harmonia entre os Poderes.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito** (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Revista de Direito Administrativo, v. 240, p. 1-42, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 2ª ed. rev. e atual. Saraiva. São Paulo. 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6ª ed. rev. e atual. Saraiva. São Paulo. 2009.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (de 24 de fevereiro de 1891). Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm)>

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>.

BRASIL. **Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 17 jan. 1973.

BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Diário Oficial da União. Brasília, 11 nov. 1999

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª Ed. Malheiros. São Paulo. 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CAMPOS, Juliana Cristine Diniz. Mutações hermenêuticas e coisa julgada na jurisdição constitucional: os limites da mutabilidade do direito. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito** (RECHTD). 267-277, setembro-dezembro 2015

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Almedina. Coimbra. 1993

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. Malheiros, São Paulo. 2010.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Mutações constitucionais e segurança jurídica: entre mudança e permanência. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito** (RECHTD). 136-146, maio-

agosto 2015.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade** – Teoria e Prática. 4ª ed. JusPodivm. Salvador. 2010

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 33ª ed. rev. e atual. Saraiva. São Paulo. 2007

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 38. ed., rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012.

HOLTHE, Leo Van. **Direito Constitucional**. 5ª ed. Salvador. 2009.

LASSALLE, Ferdinand. **Que é uma Constituição?** Edições e Publicações Brasil. São Paulo. 1933.

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

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 18. ed. rev., atual. e ampl.- São Paulo: Saraiva, 2011.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; STRECK, Lenio Luiz. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso**: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi. Jacarézinho, 2008.

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

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17ª ed. São Paulo, Atlas, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito** / Hans Kelsen ; [Tradução João Baptista Machado]. 6ª ed. - São Paulo : Martins Fontes, 1998.

PAIXÃO, Leonardo A. **A função política do Supremo Tribunal Federal**. 2007. 258 p. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Curso de Direito Constitucional**. Saraiva. São Paulo. 2012

RICCITELLI, Antonio. **Direito constitucional: teoria do Estado e da Constituição**. 4.ed. Barueri, São Paulo: Manole, 2007.

RÍO, Andrés del. El establecimiento del Supremo Tribunal Federal brasileiro: trayectoria institucional y los límites de la política 1891-1898. **Historia Constitucional**, n. 14, 2013. <http://www.historiaconstitucional.com>, págs. 387-403

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24<sup>a</sup> ed. Malheiros Editores. São Paulo. 2005

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 3<sup>a</sup> ed. Malheiros. 2007.

SILVA, Roberto Baptista Dias da. **Manual de direito constitucional**. Barueri, São Paulo: Manole, 2007.

SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. **Direito Processual Constitucional**. 6<sup>a</sup> ed. São Paulo. 2012

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 5<sup>a</sup> ed. rev. e atual. Saraiva. São Paulo. 2007