



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Mutação Constitucional no Controle de Constitucionalidade no Sistema Difuso

Gracieli Guimarães da Silva Cardoso

Rio de Janeiro
2012

GRACIELI GUIMARÃES DA SILVA CARDOSO

Mutação Constitucional no Controle de Constitucionalidade no Sistema Difuso

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do Título de Pós-Graduação.

Orientadores:

Prof.Nelson Tavares

Prof.Mônica C. F. Areal.

Rio de Janeiro
2012

MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO SISTEMA DIFUSO

Gracieli G. da Silva Cardoso

Graduada pela Faculdade de
Direito da Candido Mendes-
Campos dos Goitacazes.
Advogada.

Resumo: O presente artigo pretende demonstrar a mutação constitucional no Controle de Constitucionalidade no Sistema Difuso e o papel do Senado Federal na suspensão da norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal incidentalmente, conforme no artigo 52, inciso X, da Constituição Federativa do Brasil.

Palavras-chave: Constitucionalidade, Supremacia da Constituição, Poder Constituinte, Senado Federal, Superior Tribunal Federal, Mutação Constitucional.

Súmano: Introdução. 1. Conceito de Constituição. 1.1- Supremacia da Constituição. 2. Formas de Controle de Constitucionalidade. 2.1. Controle Repressivo e Preventivo. 2.2. Controle Judiciário e Político. 2.3. Controle Formal e Material. 2.4. Controle Concentrado, e Difuso. 3. Sistema Difuso de Controle de Constitucionalidade. 3.1. Cláusula de Reserva de Plenário. 4. Controle Difuso e o Senado Federal. 5. Possibilidade de Efeito *Erga Omnes* pelo STF e Mutação. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho tem por objetivo buscar a atenção para a informalidade no processo de mudança da Constituição, ou seja, da mutação constitucional, da nova interpretação constitucional e o papel do Senado Federal no que tange a suspensão da norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

O Constituinte originário da Constituição da República Federativa do Brasil de 1998 concedeu ao Senado Federal a competência para suspender a eficácia da norma considerada inconstitucional incidentalmente pelo STF. O Senado Federal teria a

discricionabilidade de suspender e conceder o efeito *erga omnes* da decisão do Supremo Federal, conforme artigo 52, inciso X, da Constituição Federativa do Brasil.

Todavia, o STF vem interpretando o artigo 52, inciso, X, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de forma diversa. O Supremo vem suspendendo a norma declarada inconstitucional incidentalmente, aplicando o efeito *erga omnes* da lei declarada inconstitucional, sem, no entanto, passar pela decisão do Senado Federal.

Sendo assim, sem esgotar o tema, busca-se no artigo saber se essa informalidade de mutação constitucional, ou seja, nova interpretação ao artigo 52, inciso X, da CRFB, coloraria em risco o sistema de separação de poderes e, com isso, conseqüentemente, contribuiria para um excesso de poder pelo judiciário na fiscalização das leis no país.

O Controle de Constitucionalidade no Sistema Difuso, vale dizer, modalidade de Controle de Constitucionalidade é caracterizada pela verificação de compatibilidade material e formal de uma lei para com a Constituição da República por qualquer órgão jurisdicional no caso concreto.

Quando o Supremo Tribunal Federal (STF) decide sobre a inconstitucionalidade, o Senado Federal é privativamente competente para suspender a norma declarada inconstitucional, estendendo efeito *ergam omnes*, conforme art. 52, inciso X, da Constituição da República Federativa do Brasil.

O presente trabalho estabelece como premissa a reflexão sobre a estrutura da Constituição Federativa no Brasil. Busca saber o que representa a rigidez constitucional e as formalidades legais para mudar a Constituição.

O trabalho mostra que a Constituição tem como característica marcante para o controle de constitucionalidade a rigidez Constitucional, e a decorrente supremacia da constituição em relação às outras normas jurídicas, pois é a essência do constitucionalismo moderno e grande conquista na proteção dos direitos fundamentais.

O artigo demonstra o problema com o desaparecimento dos limites ao poder constituinte derivado representa ao comprometimento do Estado de Direito e da segurança jurídica que este Estado deve oferecer, pois o STF teria outros mecanismos para mudar a Constituição da República Federativa do Brasil.

Diante desse panorama, deve ser avaliado se é benéfica a mutação constitucional, ou seja, que diante da hermenêutica e pela realidade social, há evidência de mudanças informais na Constituição da República no que tange a competência em estender o efeito *erga omnes* no sistema difuso pelo Supremo Tribunal.

Além disso, busca a nova interpretação diante do papel do Senado Federal no processo de controle de constitucionalidade no sistema difuso. Deve ser analisado se diante da ampla possibilidade que surgiu na Constituição de 1988 em relação ao controle de constitucionalidade, se houve redução no que tange o significado do controle de constitucionalidade no sistema difuso. Deve ser analisado qual o papel do Senado Federal no controle difuso.

E ainda, deve observar se o controle difuso tornou-se obsoleto, como também, analisar a posição do STF em utilizar a decisão como forma de antecipar o efeito vinculante de seus julgamentos em relação ao controle de constitucionalidade incidental.

Sendo assim, não há contribuição social a nova interpretação da Constituição e sim estaria colocando a risco o sistema de freios e contrapesos recíproco entre os poderes e de grande valor para que ocorra um Estado Democrático de Direito. Além disso, fica notória a necessidade de respeitar a existência do limite para uma nova interpretação constitucional com processo informal de mudança da Constituição, pois pode gerar insegurança jurídica no ordenamento jurídico.

1 – CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO

O conceito de Constituição estará condicionado a partir de uma concepção prévia. Diante do conceito como objeto jurídico, tem-se que a Constituição é Lei Fundamental e Suprema de um Estado.

Constituição contém normas referentes à estruturação do Estado, à formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos. Conforme Pedro Lenza¹ a Constituição da República individualiza os órgãos competentes para a edição de normas jurídicas, legislativas ou administrativas.

A Constituição é vocábulo que pode ser entendido em sentido político, sociológico ou puramente político.

Constituição em sentido político é produto de certa decisão política fundamental. As leis constitucionais seriam os demais dispositivos inseridos no texto do constitucional, mas não contem matéria de decisão política fundamental².

Para o sentido jurídico, capitaneada por Hans Kelsen, a Constituição é norma fundamental hipotética, que serve de fundamento lógico de validade da norma positiva suprema, dentro de um ordenamento jurídico, que regula a criação de outras normas³.

Já o sentido material e formal da Constituição o que importa para distinguir um sentido do outro é o conteúdo. Para aquele sentido o que importa é o conteúdo, já para este não importa o conteúdo, mas a forma pela qual foi introduzida no ordenamento jurídico.⁴

¹ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13 ed. São Paulo: 2009, p. 25-30.

² *Ibid.*

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*

E ainda, a constituição no sentido sociológico, é a soma dos fatores reais de poder que existem em determinado país.⁵

1.1 – SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

O ordenamento jurídico deve ser visualizado, conforme Hans Kelsen, como uma estrutura hierarquizada de normas, em que a base remonta na ficção da norma fundamental hipotética da qual se utilizou como base a Supremacia da Constituição como ponto de apoio para as demais normas do ordenamento jurídico.

A Supremacia da Constituição é a proeminência que as normas constitucionais possuem na estrutura do ordenamento jurídico e faz com que elas sirvam de fundamento para todos os demais atos normativos, ou seja, localiza-se como a base da pirâmide normativa.

Deve ser salientado que a Supremacia da Constituição é o princípio da hermenêutica constitucional mais importante porque é um dos pressupostos do controle de constitucionalidade. Não é possível a Constituição Federal em um sistema de controle não aceitar a Supremacia da Constituição⁶.

A Constituição é a norma de maior valor hierárquico do ordenamento jurídico, por isso, precisa ser protegida dos arbítrios e excessos do poder público. Todas as normas constitucionais derivadas e infraconstitucionais gozam de presunção relativa de constitucionalidade, ou seja, nasce produzindo seus efeitos essenciais até que venham ser declaradas, conforme o caso, inconstitucionais.

⁵ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13 ed. São Paulo: 2009, p. 30-40

⁶ BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 4 ed. São Paulo: 2009, p. 40-45.

O princípio da Supremacia da Constituição⁷ gera um princípio de forma bem instintiva, até o início do século XX, porém o grande responsável pela organização conceitual foi o positivista Hans Kelsen. Para ele, o fundamento de validade da norma tem relação com o fundamento da norma superior, ou seja, ele visava construir uma escala hierárquica de normas, de modo que se possa avaliar a validade de norma inferior, a partir da verificação, se a mesma se adéqua com conteúdo da norma superior.

Para Hans Kelsen, o fundamento de validade da norma não se preocupa se o conteúdo moral vinculado por ela é um conteúdo bem aceito ou não pela sociedade, e sim, que o fato está adequado por uma norma superior. A partir dessa afirmativa foi possível construir a pirâmide kelsiana em que ele estabelece nível de importância das normas.⁸ Para saber se uma norma é válida, precisa fazer uma verificação se ela está de acordo com aquela que lhe serve de fundamento.

Mesmo com a crise positivista e com a época pós-positivista, não significava, exatamente, que estava abandonando todo o aspecto do positivismo, até porque nos dias atuais é utilizada a técnica positivista na solução dos conflitos das normas⁹. Em geral, quando duas normas entram em conflito, utilizam-se as mesmas técnicas utilizadas na teoria de Kelsen. A primeira técnica é a verificação da hierarquia da norma; se não solucionar, deve utilizar a regra da especialidade da norma; e ainda, se precisar deve verificar qual norma é mais nova. Com isso, é solucionado o conflito aparente das normas na maioria das vezes.

A teoria da Supremacia da Constituição Federal é importante porque visa a fornecer sentido hierárquico as normas dentro do ordenamento jurídico. Com isso, gera alguma segurança para a Constituição Federal, pois é um sistema de verificação de compatibilidade diferida. As normas não se estabelecem no mesmo plano, existem normas superiores a outras

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 54-61.

⁸ *Ibid.*

⁹ BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 4 ed: São Paulo: 2009, p. 62-67.

normas. Essa construção da teoria hierárquica vai fornecer a possibilidade de fazer um controle de qualidade dessas normas¹⁰.

Deve ser observado que só terá Supremacia da Constituição se tiver uma Constituição escrita e rígida. Países que não adotam a constituição escrita e rígida não conseguem assumir a Supremacia da Constituição e, por conseqüência, não tem um sistema de controle¹¹.

2 – CONCEITO E FORMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Diante da supremacia da constituição e da sua força vinculante, mister observar as formas e modos de defesa da Constituição diante dos atos do poder público.

O Controle de Constitucionalidade é a verificação da compatibilidade material e formal das normas para com a Constituição Federal, evitando a quebra da unidade do ordenamento jurídico e a violação dos direitos e garantias fundamentais¹².

É bom dizer que o controle de constitucionalidade é um meio de impedir que a norma contrária à Constituição permaneça no ordenamento jurídico, ou seja, é a verificação da adequação ou da compatibilidade de uma determinada lei ou de um ato normativo em relação à Constituição vigente, verificando seus requisitos formais e materiais.

O controle de constitucionalidade encontra alicerce em três principais princípios, que são o princípio da rigidez constitucional; o princípio da supremacia constitucional e o princípio da presunção de constitucionalidade das leis¹³.

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 70-80

¹¹ *Ibid.*

¹² MARTINS, Flavia Bahia. *Direito Constitucional*, 2 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 122-128

¹³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 85-91.

Sendo assim, quem controla a Constituição, ou seja, o órgão pode ter controle político, controle jurisdicional ou controle misto. Já quanto ao modo de controle pode ser incidental ou principal. Por sua vez, quanto ao momento do controle pode ser preventivo e repressivo ou sucessivo.

2.1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE REPRESSIVO E PREVENTIVO

O controle de constitucionalidade preventivo ocorre antes da conversão de um projeto de lei e tem o objetivo de impedir que um ato inconstitucional entre em vigor. Normalmente o controle preventivo é político, tendo em vista que é exercido pelo executivo, legislativo no curso do processo de elaboração das leis, como por exemplo, no veto do Presidente ¹⁴.

Enquanto que no controle repressivo, sucessivo, ou *a posteriori*, por sua vez, ocorre quando a lei já está em vigor, e destina-se a paralisar-lhe a eficácia. O controle repressivo é normalmente judicial e dividido entre os sistemas difusos e concentrado de constitucionalidade. Entretanto, na jurisprudência do STF encontram-se exemplos de controle judicial preventivo, como ocorreu por meio da impetração do Mandado de Segurança por parlamentar no curso de processo legislativo inconstitucional¹⁵.

2.2. CONTROLE JUDICIÁRIO E POLÍTICO

O controle político e judiciário está relacionado quanto aos órgãos que exercem o controle de constitucionalidade. O controle judiciário ou jurisdicional ocorre quando realizado por quem presta jurisdição, ou seja, somente por juízes ou órgãos do Poder Judiciário¹⁶.

¹⁴ *Íbid.*

¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*, Saraiva, 1990, p. 50-55.

¹⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24 ed. São Paulo: Atlas S/A. 2009, p. 125-130.

Já o controle político ocorre quando realizado por órgãos políticos como, em regra, pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo¹⁷.

No Brasil vigora o controle judicial, ou seja, cabe aos órgãos do Poder Judiciário determinar acerca da constitucionalidade ou não de uma norma, embora, também ocorra esporadicamente controle político de constitucionalidade.

2.3. CONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL

O controle formal está relacionado à técnica e não examina o conteúdo ou a substância da lei em exame. O controle de constitucionalidade formal é aquele estritamente jurídico e que confere ao órgão competente a função de examinar a conformidade das leis com a Constituição, observando as formas estatuídas, além disso, observa se a regra não fere uma competência deferida constitucionalmente a outros poderes¹⁸.

Já o controle de constitucionalidade material está relacionado com incompatibilidade de conteúdo, substância, entre lei ou ato normativo e a Constituição, ou seja, é um confronto com uma regra ou princípio constitucional¹⁹. A inconstitucionalidade material está também relacionada a aferição do desvio de poder ou do excesso de poder legislativo.

2.4. CONTROLE CONCENTRADO E DIFUSO

O Brasil na Constituição de 1988 amplia os mecanismos de controle de constitucionalidade. Ao final dos anos 80, aplicava no ordenamento jurídico o controle de constitucionalidade no sistema difuso como também a do sistema concentrado. Deixando

¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1221-1227.

¹⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24 ed. São Paulo: Atlas S/A. 2009, p. 522-523.

¹⁹ *Ibid.*

assim, o sistema difuso de ser a novidade do ordenamento jurídico, já que estava abrindo novos meios de controle de constitucionalidade.

Quanto ao órgão que exerce o controle de constitucionalidade pode ser concentrado ou difuso. O controle concentrado é exercido por um único órgão, na qual se veicula diretamente uma questão de inconstitucionalidade mediante a formulação de um pedido declaratório de inconstitucionalidade. A competência para o julgamento é concentrada no Supremo Tribunal Federal (STF), que se pronuncia na via principal, isto é, na conclusão de seu julgamento.

A discussão é feita em tese, de forma abstrata e sem vinculação ao caso concreto. Há uma pretensão genérica de sanear o ordenamento jurídico, com isso, pode-se afirmar que há um interesse na sociedade nessa modalidade de controle²⁰.

Já o controle difuso é exercido por qualquer órgão jurisdicional. Todo juiz exerce o controle de constitucionalidade no sistema difuso, o termo difuso é justamente porque o exercício ocorre de forma dispersa entre os órgãos do Poder Judiciário²¹. A questão deve ser suscitada pelas partes ou pelo Ministério Público, e ainda, pode ser reconhecida a questão *ex officio* pelo juiz ou tribunal.

3 – SISTEMA DIFUSO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Esse sistema tem origem americana, nascido no caso *Madison versus Marbury*, também conhecido como controle por via de exceção ou defesa, deriva da atuação normal jurídica da aplicação da norma ao caso concreto. Emanada do critério de hermenêutica, que é critério de hierarquia. É atribuição de qualquer juízo ou tribunal aplicar a lei ao caso concreto,

²⁰ FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 320-324.

²¹ *Ibid.*

essa competência é difundida ou difusa, daí o nome é método difuso, por causa da competência²².

Esta modalidade de controle é da competência de qualquer juízo ou tribunal (difusa ou difundida), pois decorre da atividade judicial normal de aplicação de uma norma ao caso concreto, ou seja, em caso de conflito aparente entre normas com hierarquia diferenciada. Qualquer parte pode suscitar a questão na defesa de seus interesses por determinados bens da vida (via defesa ou exceção) e o que se pretende, na realidade, é a não aplicação de determinada norma sob o entendimento de que a norma é inválida. O órgão julgador conhece a questão, mesmo de ofício, na fundamentação de sua decisão.

Quando duas normas estão aparentemente em conflito devem ser aplicadas a um caso concreto, porém essas normas diferem do estado hierárquico em que uma é superior a outra e estão em contrariedade. Ao afastamento da norma inferior (utilizando o critério hierárquico) e fornecendo evidência da norma superior, está aplicando a solução de conflito, ou seja, controle de constitucionalidade difuso.

O controle de constitucionalidade difuso defende os interesses da vida no caso concreto, daí o termo via de defesa ou exceção²³. A defesa do interesse da parte que não está muito preocupada se o ordenamento jurídico vai ficar ou não utilizando tal norma. A parte quer defender o próprio interesse, ou seja, a parte pretende o bem da vida. Porém, para ter acesso ao bem da vida, a parte pode alegar que pretende a não aplicação de uma lei por entender inválida.

A questão pode ser conhecida de ofício, pois se trata de questão prejudicial de mérito. Nas questões de mérito, em geral, o juiz não conhece de ofício, porém, essa é uma exceção em que o juiz conhece de ofício. Isso significa que não é questão processual, e sim, de mérito, por isso, deve ser conhecido antes da questão principal. Deve ser observado que a

²² MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24 ed. São Paulo: Atlas S/A. 2009, p. 450-453.

²³ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Quinze Anos de Constituição*. 1 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 243-251.

questão é prejudicial de mérito que não pode ser convertida em questão principal, por consequência, não pode estar no dispositivo²⁴.

Além disso, a legitimidade para questionar é de qualquer parte que tem o interesse prejudicado em qualquer processo. Qualquer parte pode veicular uma questão de inconstitucionalidade, pois não há requisito específico. As partes têm interesse subjetivo, isso é, perseguem um determinado bem da vida e, com isso, veiculam a questão de inconstitucionalidade para defender seus interesses particulares. Então, não há nenhuma pretensão altruísta em uma argumentação de inconstitucionalidade para um caso concreto. A parte só pretende que lei não se aplique no caso concreto, com isso, refuta a aplicação da lei. Por isso, que a discussão se faz em caso concreto e não em abstrato²⁵.

Podem ser objeto desse controle a lei, o ato normativo (estadual, federal, e municipal). A norma paradigma será a Constituição da República. No âmbito estadual pode-se utilizar também essa modalidade de controle, tendo por objeto a lei ou ato normativo estadual ou municipal em face da constituição estadual²⁶.

3.1- CLAÚSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO

Conforme o artigo 97 da Constituição da República Federativa da Brasil de 1998 (CRFB) dispõe que a inconstitucionalidade de qualquer ato normativo estatal só pode ser declarada pelo voto da maioria absoluta da totalidade dos membros do Tribunal ou, onde

²⁴ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24 ed. São Paulo: Atlas S/A. 2009, p. 314-321.

²⁵ PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade – Conceitos, sistemas e efeitos*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 422-435.

²⁶ *Ibid.*

houver, dos integrantes do respectivo órgão especial, sob pena de absoluta nulidade da decisão emanada do órgão fracionário²⁷.

A regra do artigo 97, da CRFB limita a atuação dos Tribunais em conflito de constitucionalidade, é necessário que seja declarado a inconstitucionalidade de uma norma, pelo voto da maioria absoluta do plenário ou órgão especial. Em relação a essa regra há dois detalhes. A Constituição da República no art. 97, da CRFB dispõe sobre Tribunais, com isso, faz com que seja uma regra restritiva de competência, ou seja, deve ser interpretada restritivamente. Isso significa que eventuais outros julgamentos colegiados que não sejam realizados por tribunais, não devem observar a regra de reserva de plenário. A segunda observação é que a regra de reserva de plenário é aplicada a declaração de inconstitucionalidade, o que corresponde dizer que a turma pode se pronunciar pela constitucionalidade e não pode se pronunciar pela inconstitucionalidade²⁸. Então, nem toda questão de constitucionalidade que chega à Câmara Cível é encaminhada pelo plenário porque ela tem competência para pronunciar sobre constitucionalidade.

Pode ao enfrentar uma questão pela primeira vez, uma Turma se pronunciar pela constitucionalidade. Sendo assim, de uma forma indireta, os juízes de uma Turma Recursal acabam tendo mais poderes para decidir a questão de constitucionalidade do que um desembargador de uma Câmara Cível. E ainda, os juízes monocráticos têm mais poderes, indiretamente, porque decidem sozinhos²⁹. A cláusula de reserva do plenário não impede que o juiz monocrático declare a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo do Poder Público, a cláusula apenas visa dar uma segurança jurídica maior. Porém, a cláusula não pode ser aplicada para a declaração de inconstitucionalidade dos órgãos fracionários dos tribunais.

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 99-121.

²⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24 ed. São Paulo: Atlas S/A. 2009, p. 321-324.

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 115- 118.

Conforme o artigo 481, do Código de Processo Civil, prevê que os órgãos fracionários não remeterão a questão a plenário se antes já tiver ocorrido manifestação do pleno ou órgão especial do tribunal ou plenário do Supremo Federal. Essa situação para a maioria da doutrina acaba criando um efeito vinculante para os tribunais. O órgão fracionário pode decidir pela constitucionalidade de uma lei, mas não tem a mesma autonomia para decidir sobre a inconstitucionalidade, devendo assim, respeitar os requisitos já mencionados³⁰.

4. CONTROLE DIFUSO E O SENADO FEDERAL

Desde a primeira Constituição da República do Brasil adotou a exigência de que a eficácia geral da declaração de inconstitucionalidade no sistema difuso proferida pelo STF dependa do Senado Federal. A mesma exigência foi preservada na Constituição de 1988.

Deve ser salientado que o Brasil copiou o sistema difuso do modelo dos Estados Unidos da América do Norte, por isso, houve uma crise. O modelo de controle dos Estados Unidos da América do Norte, que são países que trabalham com sistema judiciário anglo-saxônico de formação de interesse vinculante, ou seja, uma vez decidido pela Corte, os órgãos inferiores ficariam vinculados aquela decisão. O mesmo não ocorre no Brasil, pois este trabalha com sistema romano-germânico em que não há vinculação³¹.

Em 1926 houve uma reforma constitucional e criou-se a possibilidade de o Senado Federal suspender uma execução de uma norma declarada inconstitucional pelo STF, justamente com o objetivo de fornecer eficácia *erga omnes*. A intenção dessa atuação do

³⁰ *Ibid.*

³¹ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1222-1224.

Senado é de pacificação dos demais órgãos do Poder Judiciário. Desde 1926 até atualmente vem sendo mantida a competência do Senado para gerar efeito *erga omnes*, na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 encontra-se disciplinado no artigo 52, X³².

Conforme artigo 52, inciso X, da CRFB, o Senado tem competência privativa para suspender a execução da norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. O objetivo do artigo mencionado é fornecer o efeito *erga omnes* às decisões definitivas sobre inconstitucionalidade nos recursos extraordinários. Além disso, o ato de suspensão de execução da norma é um ato de suspensão de eficácia suspensa. É um caso excepcional em que a vigência não combina com a eficácia. Em regra, a lei em vigor é eficaz³³.

Há duas questões relevantes, a saber, que ainda não há solução, se o Senado é obrigado ou não a suspender a execução da norma declarada inconstitucional. Majoritariamente entende que a atuação do Senado é facultativa, inclusive é posição do Supremo Tribunal Federal. O Senado tem uma atribuição exclusiva e um amplo espaço de discricionariedade para decidir se suspende ou não a execução da norma, avaliando a conveniência do sistema. Esse argumento é reforçado por não haver um mecanismo constitucional de expressão do ato do Senado. Então, como não há mecanismo previsto na Constituição da República para expressão do Senado, o Supremo Federal não tem nada o que fazer porque fica impedido de suspender a norma pelo princípio da separação dos poderes.

Além disso, deve buscar a abrangência da suspensão pelo Senado, da mesma forma, prevalece a facultatividade do Senado, tendo em vista que há um espaço de discricionariedade, ou seja, pode ser em todo ou em parte.

E ainda, há divergência se o Senado concederia o efeito retroativo ou a partir da decisão, ou seja, podendo ser *ex tunc* ou *ex nunc*. Porém, como se trata de ato político, o

³² MENDES, Gilmar Ferreira. *Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 357-362.

³³ *Ibid.*

Senado tem a discricionariedade de escolher o efeito da decisão, tendo em vista que a função é prestar eficácia *erga omnes* a decisão do Supremo.

Deve ser salientado que o Senado deve ater-se à extensão do julgado do STF, ou seja, não tem competência para analisar o mérito. Sendo assim, a inércia do Senado nada afeta a separação dos poderes, pois, como já mencionado somente presta a eficácia *erga omnes* se considerar conveniente.

5 – POSSIBILIDADE DE EFEITO *ERGA OMNES* PELO STF E MUTAÇÃO

O ponto nodal do artigo científico está relacionado ao limite da interpretação constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, às chamadas mutações constitucionais. Deve-se observar os novos parâmetros de interpretação, pois a mutação pode ferir os princípios da certeza e da segurança jurídica.

Com a mutação constitucional ocorre alterações semânticas dos preceitos da Constituição Federal amoldando a letra da lei ao um novo espírito. Todavia, deve-se levar em conta a *mens* do Poder Constituinte Originário, tendo em vista que a nova interpretação pode gerar excesso do Poder Judiciário, ferindo assim, a separação dos poderes.

A mutação constitucional pode ferir o núcleo duro das Constituições, ou seja, o comando essencial da Constituição Federal, ocasionando assim, uma reforma informal da Constituição Federal, podendo assim, ferir Cláusula Pétreas.

Constituição de 1988 reduziu a importância do controle de constitucionalidade no sistema difuso, tendo em vista que houve ampliação do controle de constitucionalidade abstrato. Além disso, pela própria nulidade da lei inconstitucional já geraria o efeito *erga omnes* automaticamente pela sua ineficácia ou inexistência da norma.

Além disso, pela transcendência dos motivos determinantes da sentença ou pela abstrativização do controle difuso ou objetivação do controle difuso (*ratio decidendi*), o Supremo Federal adotou a teoria comparativista e abstrativou o controle difuso. Quando o artigo 52, inciso X, da CRFB menciona “no todo ou em parte”, o Senado não pode suspender além da decisão do STF. Nesse caso, trata-se de reforma constitucional sem modificação de texto³⁴. Sendo assim, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o Senado só estaria dando publicidade a decisão.

Na abstrativização do controle difuso, o Ministro Gilmar Mendes demonstrou na sua decisão, que de acordo com artigo 52, inciso X, da CRFB, a suspensão da eficácia da norma gera simples efeito de publicidade, pois seria força normativa da Constituição Federal, como também, pelo princípio da supremacia da constituição e sua aplicação uniforme a todos os destinatários. Além disso, mencionou que o Supremo Tribunal é guardião da Constituição Federal e seu interprete máximo, e por último, também argumentou pela dimensão política das decisões do STF³⁵. Com isso, diante da decisão prolatada estaria ocorrendo a mutação constitucional.

A mutação constitucional ocorre quando há um processo informal de mudança da constituição, por meio dessa mudança são atribuídos novos sentidos, conteúdos, que não foram observados pela constituição, quer por meio da interpretação, em seus diversos métodos e modalidades, quer por intermédio da construção, bem como, dos usos e dos costumes constitucionais³⁶.

³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 305-308.

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 118-120.

³⁶ *Ibid.*.

E ainda, a mutação constitucional é a modificação semântica da Constituição, resultante da hermenêutica e de decisões judiciais do STF³⁷. A mutação não altera o texto constitucional, o que modifica é a interpretação que se dá a norma que é objeto de nova interpretação³⁸.

É entendimento do STF que o Senado somente confere publicidade à decisão do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que mesmo se este não fosse agir, nem, por isso, ficaria afetada a eficácia da decisão. E ainda defendem que quando a Constituição da República menciona que o Senado pode “suspender a execução”, estaria usando termo atécnico, pois o ato sendo inexistente ou eficaz não pode ter suspensa a sua execução³⁹.

Por outro giro, o STF teria outros mecanismos para suspender a norma declarada inconstitucional sem esbarrar na norma esculpida pelo poder constituinte originário. É certo que a súmula vinculante enfraquece o instituto da suspensão da execução pelo Senado Federal, todavia, ainda sim, seria um dos meios adequado pelo STF suspender uma norma declarada incidentalmente inconstitucional. O STF não pode reformar a Constituição ao argumento de que o Senado só estaria dando publicidade ao ato⁴⁰.

6- CONCLUSÃO

O presente artigo científico demonstrou a importância da supremacia constitucional e a rigidez constitucional para que ocorra o controle de constitucionalidade e, conseqüentemente, para segurança jurídica.

³⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 128-136.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ *Ibid.*

O controle de constitucionalidade no sistema difuso ocorre entre as partes no caso concreto. Além disso, quando incidentalmente é julgado pelo Supremo Tribunal Federal, a Constituição permite que ocorra pelo Senado a suspensão da lei declarada inconstitucional gerando efeito *erga omnes*. Esse mecanismo atribuído pelo constituinte originário teve o objetivo de preservar a separação dos poderes.

Além disso, o grande divisor de águas do controle concentrado para o controle difuso seria o efeito, tendo em vista que no controle difuso o efeito é *inter partes*, exceto se o Senado, conforme dispõe no artigo 52, inciso X, da Constituição da República Federativa do Brasil, entender necessário que o efeito seja *erga omnes*.

Porém, o Supremo Tribunal Federal decidiu em sede de controle incidental que a norma seria inconstitucional e gerou efeito *erga omnes*, sem, no entanto, passar pelo crivo do Senado, pois entende que o Senado Federal só estaria conferindo publicidade a decisão do STF.

Porém, a mutação constitucional feita pelo STF sobre a suspensão de execução da lei pelo Senado fere a Constituição, tendo em vista que a norma é cristalina quando dispõe que cabe privativamente ao Senado Federal a suspensão da norma considerada inconstitucional. Além disso, a mutação constitucional deve respeitar as cláusulas pétreas, pois neste caso, estaria desrespeitando a separação dos poderes.

Sendo assim, o STF fere a separação dos poderes, pois há outros mecanismos jurídicos para o STF adotar e suspender a norma, conforme a Emenda Constitucional nº45 de 2004, que trouxe a possibilidade para o Supremo Tribunal Federal emitir súmulas vinculantes para permitir o efeito *erga omnes*.

Com isso, com desaparecimento da atuação do Senado Federal geraria insegurança jurídica, como também, estaria sendo colocado em risco o sistema de freios e contrapesos, conseqüentemente, maculando o Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS:

- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito*. 2 ed. São Paulo/Rio de Janeiro.
- BOLETTI, Ronaldo. *Controle de Constitucionalidade das Leis*. 2 ed. São Paulo: Forense, 2001.
- BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: [HTTP://.www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)> Acesso em: 01 abril 2012.
- CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. São Paulo: Almedina, 2011.
- CAPPELLETT, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*, 2 ed. São Paulo: Pallotti, 1992.
- MARTINS, Flavia Bahia. *Direito Constitucional*. Niterói RJ: Impetus, 2009.
- FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. *Direito Constitucional Comparado*. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13 ed. São Paulo: 2009.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade- Estudos de Direito Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Celso Bastos, 1999.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 2004.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24 ed. São Paulo: Atlas S/A. 2009.
- PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade- conceitos, sistemas e efeitos*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.