



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A abstrativização do controle difuso de constitucionalidade
e a celeridade da tutela objetiva da ordem constitucional

Felipe Lopes Alves D'Amico

Rio de Janeiro
2013

FELIPE LOPES ALVES D'AMICO

**A abstrativização do controle difuso de constitucionalidade
e a celeridade da tutela objetiva da ordem constitucional**

Artigo Científico apresentado como exigência
de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Néli Fetzner

Nelson Tavares

Mônica Areal

Rio de Janeiro
2013

A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE E A CELERIDADE DA TUTELA OBJETIVA DA ORDEM CONSTITUCIONAL

Felipe Lopes Alves D'Amico

Graduado pela Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio de Janeiro.

Resumo: Uma importante mudança no sistema do controle difuso de constitucionalidade poderá ser promovida pelo Supremo Tribunal Federal, justamente com a intenção de torná-lo mais eficaz e pragmático. A mudança em questão refere-se à nova interpretação do art. 52, X, CRFB/88, que teria sido objeto de uma mutação constitucional, em que as decisões de inconstitucionalidade do Plenário do STF, em sede de controle difuso, passariam a ser revestidas de eficácia *erga omnes* e vinculante, sem que para isso houvesse a atuação do Senado Federal. Essa possível mudança está sendo denominada de Abstrativização do Controle Difuso de Constitucionalidade.

Palavras-Chave: Direito Constitucional. Efeitos *erga omnes* e vinculante. Controle difuso de constitucionalidade. Mutação constitucional.

Sumário. Introdução. 1. Noções prévias. 1.1 Origem da abstrativização do controle difuso. 2. Mutação constitucional e fundamentos da abstrativização. 3. Críticas à tese da abstrativização. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Ao analisar as Constituições brasileiras, percebe-se que o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos é um assunto que vem ganhando cada vez mais importância e um tratamento cada vez mais detalhado, com a finalidade de torná-lo mais útil e seguro na defesa da Constituição. Basta verificar a Carta Maior de 1891 e constatar que a verificação de compatibilidade com a Constituição era feita somente por meio do controle difuso. Em 1934, duas inovações foram criadas: a suspensão da execução da lei declarada

inconstitucional, exercida pelo Senado Federal, e a cláusula de reserva do plenário (hoje prevista no art. 97, CRFB/88).

Já a Constituição Federal de 1988, em que convivem tanto o controle difuso como o concentrado, seguindo a tendência, trouxe algumas modificações significativas, destacando-se, por exemplo, o aumento dos legitimados ativos para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade e a possibilidade de edição das súmulas vinculantes, criadas pela EC nº 45 de 2004.

A par disso, observa-se que, atualmente, uma importante mudança no ordenamento jurídico pátrio poderá ser promovida pelo Supremo Tribunal Federal, guardião da Magna Carta, no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, justamente com a intenção de torná-lo mais eficaz e pragmático.

A mudança em questão refere-se à nova interpretação do art. 52, X, CF/88, o qual teria sido objeto de uma mutação constitucional, em que as decisões de inconstitucionalidade do Plenário do STF, em sede de controle difuso, passariam a ser revestidas de eficácia *erga omnes* e vinculante, sem que para isso houvesse a atuação do Senado Federal. Essa tese está sendo denominada de Abstrativização do Controle Difuso de Constitucionalidade.

Essa possível mudança, há muito defendida por Carlos Alberto Lúcio Bittencourt, ganhou importância em recente decisão monocrática do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, no bojo da reclamação 4.335-5/AC, da qual é o relator, ajuizada pela Defensoria Pública da União, em face de decisão do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco, que indeferiu pedido de progressão de regime em favor de 10 (dez) condenados pela prática de crimes hediondos, então assistidos pela DPU.

Assim é que, em breves considerações, controle de constitucionalidade é um mecanismo utilizado para verificar se as leis e atos normativos estão em acordo com os moldes da Constituição. Isso acontece, principalmente, por ser a Constituição

hierarquicamente superior a qualquer lei e ato normativo existente no nosso ordenamento jurídico.

No controle difuso de constitucionalidade essa verificação é feita diante de um caso concreto e produzirá efeitos somente entre as partes do processo, caso não tenha sua execução suspensa pelo Senado Federal. Entretanto, com a abstrativização do controle difuso, toda a decisão definitiva do STF já seria, por si só, dotada de eficácia *erga omnes*. Diferentemente do modelo concentrado, em que o controle de constitucionalidade fica a cargo somente de um órgão, que no Brasil é o STF, a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo pelo modelo difuso poderá ser suscitada perante qualquer juiz.

Por fim, informa-se que para a realização desta obra foi utilizada metodologia bibliográfica, uma vez que foram consultadas obras, artigos científicos e pesquisas de jurisprudência, e o método de abordagem foi o dedutivo, pois se partiu de conceitos gerais para, ao fim, examinar a questão específica da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade.

1. NOÇÕES PRÉVIAS SOBRE A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO

Antes da conceituação do que seria o controle difuso abstrativizado e de adentrar nas divergências que foram suscitadas pela doutrina e pelo Supremo Tribunal Federal, cabe situar o leitor no tema. Justamente com esse intuito, inicia-se com três perguntas, basicamente com o mesmo conteúdo, mas de autores diferentes, que serão respondidas ao longo do artigo. São elas:

(1) Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de uma Emenda Constitucional, por

que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, de valer tão-somente para as partes? ¹

(2) Ora, no contexto atual, é absolutamente sem sentido, chegando a ser teratológica, a explicação de que, no controle difuso, o Supremo decide *inter partes*, enquanto que no controle concentrado decide *erga omnes*. E tudo isso só porque o STF, na primeira hipótese, declara a inconstitucionalidade resolvendo uma questão incidental e, na segunda, declara a mesma inconstitucionalidade solucionando a própria questão principal. Onde está a lógica disso, já que – seja decidido incidentalmente *tantum* ou principalmente *tantum* – o órgão prolator da decisão é o mesmo? ²

(3) Quando a Corte Constitucional cumula competências de controle concentrado e de atuação como última instância do controle difuso, tal como ocorre no Brasil, surge um problema de coerência. Se o ordenamento jurídico aceita que uma Corte possa eliminar de maneira inapelável e geralmente vinculante uma norma inconstitucional, como admitir que a mesma Corte com a mesma composição, quando aprecia a constitucionalidade de uma mesma norma como última instância do controle difuso só possa afastar sua aplicação no caso concreto? E como admitir que as instâncias inferiores possam continuar aplicando a norma declarada inconstitucional no controle difuso, devendo essa última se pronunciar novamente e constantemente sobre a constitucionalidade? ³

Conforme visto, as decisões sobre a inconstitucionalidade em sede de controle difuso produzem efeitos *inter partes*; já as decisões proferidas em sede de controle concentrado possuem eficácia *erga omnes e vinculante*. Essa diferença entre o controle difuso-incidental e o controle concentrado-abstrato, segundo parte da doutrina e para alguns Ministros do STF, não mais faz sentido. Busca-se, assim, atribuir também eficácia *erga omnes e vinculante* às decisões proferidas em sede de controle difuso-incidental.

Os motivos para tanto serão vistos no decorrer deste artigo. Assim, pouco importará se o processo é objetivo ou subjetivo, se o controle é difuso ou concentrado, se abstrato ou concreto, se incidental ou principal. Todas as decisões sobre a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo proferidas pelo STF, em sede de controle difuso, também serão atribuídas, por

¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *O papel do Senado Federal no controle federal de constitucionalidade: Um caso clássico de mutação constitucional*. p. 263. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/176518/1/000694300.pdf>> Acesso em: 21 set. 2012.

² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *O Princípio do “Stare Decisis” e a decisão do Supremo Tribunal Federal no Controle Difuso de Constitucionalidade*. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.) *Leituras Complementares: Controle de Constitucionalidade*. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 403.

³ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Saraya Regina Gasparetto. *Efeito transcendente e concentração do controle difuso na jurisprudência (autocriativa) do Supremo Tribunal Federal*. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.) *Leituras Complementares: Controle de Constitucionalidade*. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 299.

si só, de efeitos *erga omnes* e vinculante, sem que para isso haja a participação do Senado Federal. É sobre isso que versa a tese do abstrativização do controle difuso de constitucionalidade⁴. Passamos a sua análise.

1.1 A ORIGEM DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO

A abstrativização do Controle Difuso pode se conceituada como uma tese ou ideia que visa a atribuir eficácia *erga omnes* e vinculante às decisões definitivas de inconstitucionalidade do STF (e somente do STF, e não de outros Tribunais ou Juízos) proferidas no âmbito do controle difuso de constitucionalidade. Atualmente, para que essas decisões tenham eficácia *erga omnes* e vinculante, é preciso que haja a atuação do Senado Federal, consoante dispõe o art. 52, X, CRFB/88, que irá suspender a execução da norma declarada inconstitucional. Com essa tese da abstrativização não mais será necessária a atuação do Senado Federal, pois a decisões do Supremo Tribunal Federal, no controle difuso, por si só, já produziriam efeitos contra todos e de forma vinculante. Busca-se, no que tange à eficácia da decisão, aproximar o controle difuso do controle concentrado.

Essa tese teve origem, ainda que de forma discreta, com o ex-senador Carlos Alberto Lúcio Bittencourt, em 1949, que sustentava, apoiando-se na doutrina de Liebman, a diferença entre coisa julgada e eficácia natural da decisão declaratória de inconstitucionalidade. Aquela seria apenas uma qualidade da decisão que é imutável, e só produz efeitos entre as partes do

⁴ Alguns autores sustentam que o nome correto para esta tese seria ‘A abstração do controle *concreto*’, e não do controle difuso de constitucionalidade. Nesse sentido, afirma Daniel da Costa Reis: “De se notar que o assunto está na seara da dicotomia controle concreto/abstrato, e não na do controle difuso/concentrado. Na espécie, vale ressaltar que controle difuso é aquele realizado por qualquer magistrado; e controle concentrado o é somente por um Tribunal. Por outro lado, quando se trata de controle concreto/abstrato, está-se perquirindo se ele é feito a partir de um caso concreto ou se o é em abstrato. De outro modo, no âmbito do controle difuso/concentrado, o foco está no sujeito que realiza o controle. Por isso, falar-se na dicotomia controle concreto/abstrato é diferente de mencionar a alusiva ao controle difuso/concentrado” (REIS, Daniel Costa. *Da Abstrativização do Controle Concreto de Constitucionalidade*. Disponível em: < http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?=20090716113114636 > Acesso em 20 out. de 2012).

processo. A eficácia natural da decisão são os efeitos de obrigatoriedade e imperatividade que dela decorrem, atuando em relação a todos. Em suas palavras:

É justamente por força da ‘eficácia natural’ da sentença declaratória da inconstitucionalidade, que esta passa a atuar em relação a todos, sem distinção, tenham ou não sido partes no processo, atingindo em cheio o ato visado, que se torna, pelo força do decreto judiciário, írrito, insubsistente, inoperante, ineficaz para todos os efeitos”. Salienta, ainda, que “o juiz inferior não pode ter como constitucional, para aplicá-lo a um caso concreto, o ato legislativo que os tribunais superiores declaram inconstitucionais em outro processo. Se um tribunal de instância superior – diz Black – se pronunciou contra a constitucionalidade de uma lei, ou a seu favor, essa decisão é obrigatória para todos os tribunais inferiores e a questão não pode mais ser discutida por estes [...] Quando a decisão fôr do mais alto tribunal, sua obrigatoriedade é conclusiva em relação a todos os outros juízes e tribunais do país, de qualquer grau, sejam federais ou estaduais [...]” Por fim, estabelece que “o objetivo do art. 45, nº IV, da Constituição - (atual art. 52, X, CF/88) - é apenas tornar pública a decisão do tribunal levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos. Dizer que o Senado ‘suspende a execução’ da lei inconstitucional é, positivamente, impropriedade técnica, uma vez que o ato, sendo ‘inexistente’ ou ‘ineficaz’, não pode ter suspensão a sua execução.”⁵

Hodiernamente, essa tese ganhou enorme repercussão jurídica com a Reclamação n. 4335/ AC, que ainda tramita perante o STF, com o voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, acompanhado pelo voto-vista do já aposentado Eros Grau. Segundo Gilmar Mendes, conforme explicitou em seu voto, essa transformação da eficácia *inter partes* em *erga omnes* e vinculante teria sido possível porque teria ocorrido o fenômeno chamado de mutação constitucional⁶. Explica-se.

No *Habeas Corpus* n. 82.959, foi declarada a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, pelo Supremo Tribunal Federal, que vedava a progressão de regime aos condenados pela prática de crimes hediondos. Essa decisão, porém, foi proferida no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, em processo subjetivo, de forma incidental e diante de

⁵ BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. Atualizado por José Aguiar Dias. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. p. 142.

⁶ Percebe-se que Gilmar Mendes e Lúcio Bittencourt concluíram que as decisões de inconstitucionalidade no controle difuso devem ter eficácia *erga omnes* e vinculante. O que diferenciou uma tese da outra foram suas fundamentações. Para Mendes, conforme destacou em seu voto na Reclamação 4.335/AC, essa transformação foi possível porque ocorreu uma mutação constitucional; para Bittencourt haveria uma diferença entre coisa julgada (que se limitaria às partes) e eficácia natural da decisão declaratória de inconstitucionalidade (que possui eficácia *erga omnes*). Argumentou, ainda, este último autor, que é incoerente a suspensão feita pelo Senado Federal, pois não há como suspender uma lei que é nula ou inexistente.

um caso concreto. Porém, como as decisões proferidas no âmbito de controle difuso somente produzem efeitos *inter partes*, essa declaração de inconstitucionalidade não poderia atingir quem não foi parte neste *Habeas Corpus*.

Com fundamento nesse julgamento, a Defensoria Pública da União requereu ao Magistrado da Vara de Execuções Penais de Rio Branco, em outro processo que não o *HC*, o benefício da concessão de progressão de regime em favor dos seus assistidos, e teve seu pedido julgado improcedente. O magistrado⁷ assim se manifestou:

Como a decisão se deu no controle difuso de constitucionalidade (análise dos efeitos da lei no caso concreto), a decisão do Supremo terá que ser comunicada ao Senado para que o parlamento providencie a suspensão da eficácia do dispositivo declarado inconstitucional. (...) Quanto à decisão do STF de declarar inconstitucional o artigo da Lei 8.072/90 que veda a progressão de regime de cumprimento de pena para condenados por crimes hediondos e equiparados, é pacífico que, tratando-se de controle difuso de constitucionalidade, somente tem efeitos entre as partes. Para que venha a ter eficácia para todos é necessária a comunicação da Corte Suprema ao Senado Federal, que, a seu critério, pode suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (art. 52, X, da CF). (...) Assim, não havendo qualquer notícia de que o Senado Federal tenha sido comunicado e que tenha suspenso a eficácia do artigo declarado incidentalmente inconstitucional, o que se tem até a presente data é que ainda está em vigor o art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, que veda a progressão de regime. Se a decisão do Supremo Tribunal Federal tivesse sido tomada em sede de ação direta de inconstitucionalidade (controle concentrado), produziria eficácia contra todos e efeito vinculante, relativa aos demais órgãos do Judiciário e até à Administração Pública direta e indireta, nos exatos termos do art. 102, § 2º, da Constituição Federal. Todavia, como dito, não foi o que se verificou - a decisão se deu no controle difuso. A remansosa e respeitada doutrina nacional tem pacificado esse entendimento sobre as formas de controle de constitucionalidade.

Insatisfeita com esta decisão de 1º instância, a Defensoria ajuizou a já citada reclamação, perante o STF, em face dessa decisão do Juiz de Direito, sustentando que o Magistrado estaria descumprindo a decisão proferida no *HC* n. 82.959, pois esta decisão, mesmo tendo sido proferida em sede de controle difuso, seria revestida de eficácia *erga omnes* e vinculante.

Assim, tramita, hoje, no STF, a Reclamação n. 4335/AC, em que os Ministros da Corte discutem se as decisões de inconstitucionalidade, proferidas no âmbito de controle

⁷Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(rc1%204335\(\(GILMAR%20MENDES\).NORL.%20OU%20\(GILMAR%20MENDES\).NPRO.\)\)%20NAO%20S.PRES.&base=baseMonocraticas](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(rc1%204335((GILMAR%20MENDES).NORL.%20OU%20(GILMAR%20MENDES).NPRO.))%20NAO%20S.PRES.&base=baseMonocraticas)> Acesso em 23 de out. de 2012.

difuso, deveriam produzir efeitos *erga omnes* e vinculante ou se permaneceriam produzindo efeitos *inter partes* (ou, em outras palavras, se ocorreu verdadeiramente uma mutação constitucional). Segundo Gilmar Mendes, que julgou procedente a reclamação, teria ocorrido a Mutação Constitucional, o que legitimou essa transformação do efeito *inter partes* em *erga omnes* e vinculante.

2 – MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E FUNDAMENTOS DA ABSTRATIVIZAÇÃO

A mutação constitucional é um processo informal de reforma da Constituição. Muda-se o sentido do texto, mas a gramática permanece inalterada. Segundo Uadi Lammêgo Bulos⁸, a mutação constitucional é:

o processo informal de mudança da Constituição, por meio do qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados à letra da Lex Legum, quer através da interpretação, em suas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio da construção (construction), bem como dos usos e costumes constitucionais.

Nesse mesmo sentido, assim asseverou Inocêncio Mártires Coelho⁹:

ocorre que, por vezes, em virtude de uma evolução na situação de fato sobre a qual incide a norma, ou ainda por força de uma nova visão jurídica que passa a predominar na sociedade, a Constituição muda, sem que as suas palavras hajam sofrido modificação alguma. O texto é o mesmo, mas o sentido que lhe é atribuído é outro. Como norma não se confunde com o texto, repara-se aí, uma mudança da norma, mantido o texto. Quando isso ocorre no âmbito constitucional, fala-se em mutação constitucional.

Ressalta-se, entretanto, que a nova interpretação, fruto da mutação, deve encontrar sentido com o texto da Constituição, ou seja, existe um limite, imposto pelo próprio texto, em que as interpretações não podem se desvincular. Caso contrário, haverá apenas uma mutação inconstitucional, uma reforma não permitida pela Lei Maior. Essa nova interpretação também não poderá violar outro preceito que esteja inserido na Carta Magna.

⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 57.

⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 263.

Para o Ministro Gilmar Mendes teria ocorrido uma mutação do art. 52, X, CRFB/88. A literalidade do artigo permaneceria a mesma, mas o sentido que se extrai dele teria mudado. Diz o art. 52, X, CF/88: “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: (...) X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.” Deste texto, devido à mutação constitucional, passaríamos a lê-lo de outra forma:

Art. 52, X, CF/88: Compete privativamente ao Senado Federal: (...) X – dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo.

Assim, o Senado Federal não mais suspenderia a execução da lei declarada inconstitucional, mas sim publicaria a decisão de inconstitucionalidade do STF no Diário Oficial do Congresso Nacional, pois estas decisões já teriam, por si só, efeitos *erga omnes* e vinculante. Se o Senado se mantiver inerte, a decisão, de qualquer forma, atingirá a todos, pois não mais lhe competirá suspender a execução da norma declarada inconstitucional.

Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo, a própria decisão da Corte contém essa força normativa¹⁰. Com a mutação constitucional essa seria a nova função da Alta Casa Legislativa, uma função de publicação, e não mais de suspensão. Foram essas as lições de Lúcio Bittencourt ao dizer que:

Se o Senado não agir, nem por isso ficará afetada a eficácia da decisão, a qual continuará a produzir todos os seus efeitos regulares que, de fato, independem de qualquer dos poderes. O objetivo do art. 45, IV, da Constituição – a referência é ao texto de 1967 – é apenas tornar pública a decisão do tribunal, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos. Dizer que o Senado ‘suspende a execução’ da lei inconstitucional é, positivamente, impropriedade técnica, uma vez que o ato, sendo ‘inexistente’ ou ‘ineficaz’, não pode ter suspensa a sua execução.¹¹

¹⁰Reclamação 4.335/AC. Voto do Relator Min. Gilmar Ferreira Mendes.

¹¹BITTENCOURT, op. cit., p.142.

Entretanto, essa mutação constitucional não surgiu do nada. São vários os argumentos, defendidos pelo Ministro Gilmar Mendes e por parte da doutrina, que fundamentam essa reforma informal da constituição. Vejamos esses argumentos:

(1) Houve uma ampliação do sistema concentrado-abstrato com o advento da Constituição Federal de 1988, que alargou o rol dos legitimados ativos com direito à propositura das ações diretas. O controle difuso, amplamente utilizado pelas Constituições anteriores, perdeu de forma significativa a utilidade que possuía, pois com as ações diretas o controle concentrado de constitucionalidade se tornou mais útil e célere, já que uma única decisão possui força normativa suficiente para atingir a todos. O controle difuso, com efeitos *inter partes*, exige que cada indivíduo ajuíze a sua própria ação transbordando o poder judiciário de processos idênticos. Nas palavras de Gilmar Mendes:

A ampliação do controle abstrato de normas, inicialmente realizada nos termos do art. 103 e, posteriormente, com o advento da ADC, alterou significativamente a relação entre o modelo difuso e o modelo concentrado. Assim, passou a dominar a eficácia geral das decisões proferidas em sede de controle abstrato (ADI e ADC) [...]. Vê-se, assim, que a Constituição de 1988 modificou de forma ampla o sistema de controle de constitucionalidade, sendo inevitáveis as reinterpretações ou releituras dos institutos vinculados ao controle incidental de inconstitucionalidade, especialmente da exigência da maioria absoluta para declaração de inconstitucionalidade e da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal.¹²

Nessa mesma linha de raciocínio, Dirley da Cunha Jr. obtempera que a ampliação do controle concentrado e o inigualável reforço e proeminência atribuídos às decisões nele proferidas, com eficácia *erga omnes* e força vinculante, suscita a necessidade de repensar o papel do Supremo Tribunal Federal no controle difuso de constitucionalidade¹³. Dessa forma, num sistema em que se adota também o controle concentrado-principal, com as decisões de inconstitucionalidade operando efeitos *erga omnes* e *vinculantes*, a participação do Senado para conferir eficácia geral às decisões do Supremo Tribunal Federal, prolatadas em sede de controle incidental, é providência anacrônica, obsoleta e contraditória¹⁴.

¹²MENDES, op. cit., p. 269.

¹³CUNHA JÚNIOR, op. cit., p. 418.

¹⁴Ibid., p. 423.

(2) A suspensão realizada pelo Senado Federal é inútil quando o Supremo Tribunal Federal não declara a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, mas apenas se limita a determinar qual é a orientação / interpretação adequada; quando faz uma interpretação conforme a Constituição; ou quando faz uma declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. Esta função do Senado, por uma interpretação literal do art. 52, X, se aplica tão-somente nas hipóteses em que o Supremo declara a inconstitucionalidade da lei. Segundo o referido Ministro:

Deve-se observar, outrossim, que o instituto da suspensão da execução da lei pelo Senado mostra-se inadequado para assegurar eficácia geral ou efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal que não declaram a inconstitucionalidade de uma lei, limitando-se a fixar a orientação constitucionalmente adequada ou correta. Isso se verifica quando o Supremo Tribunal afirma que dada disposição há de ser interpretada dessa ou daquela forma, superando, assim, entendimento adotado pelos tribunais ordinários ou pela própria Administração. [...] Portanto, das decisões possíveis em sede de controle, a suspensão de execução pelo Senado está restrita aos casos de declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo.¹⁵

(3) É insustentável a alegação de que as decisões, no âmbito do controle difuso, proferidas nas ações coletivas tenham eficácia restrita às partes do processo.

Nesse caso, a atuação do Senado é completamente inútil, pois essas decisões, devido à natureza das ações em que foram proferidas, produzem efeitos *erga omnes*, independentemente de qualquer outro instituto.

(4) Outro argumento favorável à mutação constitucional foi a inovação trazida pela Emenda Constitucional nº 45/2004: as súmulas vinculantes. Nesse caso, caso haja decisões reiteradas, em sede de controle difuso-incidental, sobre a inconstitucionalidade de lei, o próprio STF, mediante aprovação de dois terços dos seus membros, poderá editar uma súmula de caráter vinculante e geral. Percebe-se que o próprio STF poderá conferir eficácia *erga omnes* e vinculante às decisões de inconstitucionalidade proferidas no âmbito do controle difuso. Fica evidente que esse instituto enfraqueceu de forma significativa o papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade.

¹⁵ MENDES, op. cit., p. 269.

Nesse caso, a súmula acabará por dotar a declaração de inconstitucionalidade proferida em sede incidental de efeito vinculante. 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, reclamo por solução geral.. [...] Ressalte-se que a adoção da súmula vinculante reforça a idéia de superação do art. 52, X, da CF, na medida em que permite aferir a inconstitucionalidade de determinada orientação pelo próprio Tribunal sem qualquer interferência do Senado Federal.¹⁶

Novamente, o papel do Senado Federal é inútil, pois o próprio STF poderá, a seu bel-prazer, desde que cumpridos os requisitos, editar uma súmula vinculante, que conferirá eficácia geral e obrigatória às decisões reiteradas proferidas em sede de controle difuso.

(5) Outro argumento é a repercussão das declarações de inconstitucionalidade, proferidas em sede de controle difuso, sobre os demais Tribunais do país. O foco, aqui, refere-se à mitigação do art. 97, CRFB/88. A questão teve origem na jurisprudência do STF e, posteriormente, foi incorporada à legislação processual civil, com a reforma feita pela Lei 9.756/98, que introduziu o parágrafo único ao art. 481, CPC. Caso a lei já tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo, os Tribunais não mais necessitarão de submeter à questão ao plenário ou ao órgão especial.

A conclusão a ser feita é de que as declarações de inconstitucionalidade, mesmo sendo proferidas em sede de controle difuso, de certo modo acabam por influenciar (ou seja, geram repercussão) os outros Tribunais. Conforme asseverou Gilmar Ferreira Mendes:

Esse entendimento marca uma evolução no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, que passa a equiparar, praticamente, os efeitos das decisões proferidas nos processos de controle abstrato e concreto. A decisão do Supremo Tribunal Federal, tal como colocada, antecipa o efeito vinculante de seus julgados em matéria de controle de constitucionalidade incidental, permitindo que o órgão fracionário se desvincule do dever de observância da decisão do Pleno ou do Órgão Especial do Tribunal a que se encontra vinculado. Decide-se autonomamente com fundamento na declaração de inconstitucionalidade (ou de constitucionalidade) do Supremo Tribunal Federal proferida *incidenter tantum*.¹⁷

Esse entendimento, consoante afirmou o Ministro Marco Aurélio, privilegia o princípio da celeridade e economia processual. Além disso, obedece ao comando constitucional do art. 5, LXXVIII, CF/88, que garante a todos a razoável duração do processo

¹⁶ Ibid., p. 272.

¹⁷ Ibid., p. 266.

e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Realmente, não faz sentido acionar o plenário dos tribunais para decidir sobre uma questão que já foi decidida anteriormente pelo STF. Reforça, inclusive, o princípio da segurança jurídica, pois nada impediria que o plenário dos tribunais chegasse à conclusão de que a referida lei é constitucional, gerando uma tremenda insegurança jurídica.

(6) O controle difuso teve sua origem, no ordenamento jurídico nacional, com a Constituição de 1891, conforme já analisado. Houve enorme influência do sistema norte-americano, lugar de surgimento do controle difuso de constitucionalidade. Acontece que no sistema dos Estados Unidos da América, sempre difuso e incidental – não existe neste país o controle concentrado-abstrato - prevalece o princípio do *stare decisis*, que confere caráter geral e vinculante às decisões de inconstitucionalidade proferidas pela Suprema Corte norte-americana. O controle é sempre difuso-incidental, realizado diante de um caso concreto, mas se a controvérsia chegar a Suprema Corte, a decisão de inconstitucionalidade terá efeitos gerais e obrigatórios. Assim, ameniza-se um dos maiores problemas do controle difuso, que é a insegurança jurídica.

A Suprema Corte desempenha um papel determinante e hegemônico no domínio do sistema da judicial review of legislation, haja vista que lhe cumpre, em razão do princípio do *stare decisis*, isto é, da eficácia vinculante de suas decisões ou da força de seus precedentes, a última e definitiva voz a respeito das questões constitucionais do país. A consequência prática disto, de onde o sistema haure a sua funcionalidade, é que, mesmo decidindo um caso concreto, as decisões da Supreme Court produzem eficácia erga omnes, vinculando a todos. Desse modo, o princípio do *stare decisis* provoca uma verdadeira transformação em pronunciamento com eficácia erga omnes daquele que seria uma pura e simples *cognitio incidentalis* de inconstitucionalidade com eficácia limitada ao caso concreto.¹⁸

Ocorre que, o sistema de controle de constitucionalidade do direito brasileiro, ao copiar o controle difuso do sistema norte-americano, não estabeleceu no nosso ordenamento jurídico o princípio do *stare decisis*. Assim, as decisões do STF produziam efeitos somente *inter partes*, sendo que qualquer outro juízo poderia adotar posicionamento diverso do adotado pelo STF. Em 1934, para amenizar esse problema, foi introduzido na Constituição

¹⁸ CUNHA JÚNIOR, op. cit., p. 411.

vigente o instituto da suspensão da execução realizado pelo Senado Federal, para que esta casa legislativa funcionasse como se fosse o princípio do *stare decisis*, conferindo eficácia *erga omnes* às decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, no controle difuso.

Assim, criou-se uma fórmula complexa, que permanece até hoje, em que, para conferir eficácia geral às decisões definitivas de inconstitucionalidade do STF, no âmbito do controle difuso, é necessária a participação de dois órgãos de poderes diferentes, um do Poder Legislativo e outro do Poder Judiciário. Bastaria, apenas, que fosse consagrado no nosso ordenamento o princípio do *stare decisis*, e a simples decisão do STF já conteria essa força vinculante e geral. Mas não foi isso o que aconteceu. Essa solução, inclusive, colocaria fim às intermináveis divergências doutrinárias e jurisprudências sobre a suspensão realizada pelo Senado Federal.

Todos esses argumentos levaram o Ministro Gilmar Mendes a defender a ocorrência do fenômeno da mutação constitucional do art. 52, X, CF/88, que levaria a modificação do papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade.

Essa conclusão do Min. Gilmar Mendes foi fortemente abraçada por grandes doutrinadores constitucionalistas pátrios, que não hesitaram em se manifestar.

Segundo Luís Roberto Barroso:

a verdade é que, com a criação da ação genérica de inconstitucionalidade, pela EC n. 16/65, e com o contorno dado à ação direta pela Constituição de 1988, essa competência atribuída ao Senado Federal tornou-se um anacronismo. Uma decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, seja em controle incidental ou em ação direta, deve ter o mesmo alcance e produzir os mesmos efeitos. Respeitada a razão histórica da previsão constitucional, quando da sua instituição em 1934, já não há lógica razoável em sua manutenção.¹⁹

A favor também desse posicionamento, Dirley da Cunha Júnior, categoricamente afirma que:

Por esses motivos somos da opinião de que se deva eliminar do sistema a intervenção do Senado nas questões constitucionais discutidas incidentalmente para

¹⁹ BARROSO, op. cit., p. 131.

transformar o Supremo Tribunal Federal em verdadeira Corte com competência para decidir, ainda que nos casos concretos, com eficácia geral e vinculante, à semelhança do *stare decisis* da Supreme Court dos Estados Unidos da América.²⁰

Nesse mesmo sentido, Zeno Veloso faz a seguinte observação:

[...] e compete ao Senado Federal, através de resolução, suspender a execução da lei (CF, art. 52, X.). Não me canso de criticar esta solução, que me parece equivocada [...] limito-me a dizer que o certo, a meu ver, seria a própria sentença definitiva do STF ser dotada de eficácia erga omnes.²¹

3 - CRÍTICAS À TESE DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO

A idéia da Abstratização do controle difuso não é unânime na doutrina e nem entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal. Embora seja uma tese que prima pela lógica e pela efetividade da prestação jurisdicional, alguns doutrinadores entendem, sob o ponto de vista jurídico, que ela é inadmissível no ordenamento jurídico pátrio. Analisar-se-á, neste tópico, as principais críticas feitas à idéia da abstratização, com o objetivo de verificar se a referida tese, realmente, apresenta algumas falhas que a torne inaplicável na sistemática jurídica brasileira.

A primeira crítica que se faz é que o art. 52, X da CRFB/88 é fruto do Poder Constituinte Originário. Segundo Alexandre de Moraes²², o Poder Constituinte Originário é inicial, ilimitado, autônomo e incondicionado. A função suspensiva exercida pelo Senado lhe foi conferida por este Poder, não cabendo a nenhum órgão jurisdicional determinar que se faça de forma diferente, sob pena de uma inversão de valores, ou seja, aquele que manda ser contrariado por aqueles que lhe devem obediência.

Além disso, o Poder Constituinte Originário elaborou o referido artigo de uma forma bastante objetiva, que não permitisse múltiplas interpretações. Pela simples leitura do dispositivo é possível perceber que em nenhum momento ele faz menção ao dever de publicação do Senado Federal. Interpretá-lo dessa forma seria ir além dos limites impostos

²⁰ CUNHA JÚNIOR, op. cit., p. 423.

²¹ VELOSO, Zeno. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.) *Leituras Complementares: Controle de Constitucionalidade*. Salvador: Editora Juspodivm, 2010, p. 149-150.

²² MOARES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 23.

pelo próprio texto. Conforme já foi dito, a mutação constitucional não pode ser fruto da simples vontade do intérprete, pois deve guardar relação com texto interpretado. Foram essas as lições de Glauco Salomão Leite:

Todavia, no caso do dispositivo do art. 52, X, a CF, acredita-se que ele estabelece, de forma precisa e bastante objetiva, uma específica competência para o Senado Federal, o que restringe, sobremodo, as possibilidades interpretativas. De fato, é inviável, hermeneuticamente, sustentar que o preceito que defere ao Senado a atribuição para “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional pelo STF” perca, de maneira definitiva, esse significado e adquira em substituição, e por uma simples “releitura”, o sentido pelo qual caberia ao Senado apenas “realizar a publicação de decisão do STF que declarou, com eficácia erga omnes e efeito vinculante, a inconstitucionalidade de lei, no todo ou em parte”. Logo, essa mutação agride as possibilidades semânticas do texto constitucional, resultando em inovação não comportada por tal enunciado, o que implica no reconhecimento de sua ilegitimidade. Cuida-se, portanto, de uma mutação inconstitucional.

Mediante a pretendida mutação, importa observar, é implementada a perda de uma competência que fora atribuída ao Senado por uma decisão política do constituinte originário. De fato, se a Constituição, em sua dicção originária, conferiu ao Senado a competência para suspender a execução da lei reputada inválida pelo STF, excluindo-a do ordenamento jurídico, é porque esse efeito não decorre automaticamente da decisão do STF. Em outros termos, consoante a formatação dada pelo constituinte originário ao controle difuso, as decisões de inconstitucionalidade, inclusive as do STF, continuam produzindo apenas eficácia inter partes, o que, de resto, nada mais representa do que a propagação de uma tradição jurídica brasileira iniciada com a Constituição de 1891. E tal ocorre por conta de uma opção do próprio constituinte originário, que reintroduziu, no art. 52, X, da atual CF, a referida competência do Senado. Por isso, por mais que se admita a ênfase dada pela Constituição atual ao controle concentrado em detrimento do difuso, bem como o elevado número de processos no STF, não se pode simplesmente ignorar um preceito constitucional ainda em vigor por critérios de conveniência e/ou pragmatismo.²³

Não cabe ao Poder Judiciário, por meio de interpretações, definir a competência de um órgão de forma diferente do estabelecido na Constituição da República pelo Constituinte Originário. Qualquer forma de interpretação somente terá cabimento quando o texto permitir que dele se extraia diversos sentidos, o que não ocorre com o art. 52, X, CRFB/88²⁴. Por mais

²³ LEITE, Glauco Salomão. *A extensão da eficácia erga omnes e do efeito vinculante às decisões de inconstitucionalidade em controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal: hipótese de mutação (in) constitucional*. Disponível em: <http://www.ihj.org.br/pdfs/Artigo_Mutacao_Glauco.pdf>. Acesso em 07 fev. 2013.

²⁴ “O direito – compreendido no interior dessa ruptura paradigmática – não pode ser entendido como espaço de livre atribuição de sentido; essa questão assume especial relevância quando se trata do texto constitucional. Ou seja, em determinadas situações, mutação constitucional pode significar, equivocadamente, a substituição do poder constituinte pelo Poder Judiciário. E, com isso, soçobra a democracia. E este nos parece ser o ponto principal da discussão acerca dos votos proferidos na aludida Reclamação 4335-5.” (STRECK, Lenio Luiz et al. *A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1498, 8 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10253>>. Acesso em: 12 set. 2012.)

que a interpretação constitucional seja transitória ²⁵, ela não pode ser feita de qualquer jeito. A única maneira viável de transformar a competência do Senado em simples dever de publicação seria por meio de uma Emenda Constitucional, pois a própria Constituição permite sua alteração dessa forma.

A segunda crítica se refere à importância da função de suspensão da norma declarada inconstitucional exercida pelo Senado Federal. A decisão do controle difuso é *inter partes*, pois ela não pode atingir quem não fez parte do processo em que ela foi proferida. Caso contrário estar-se-ia violando alguns preceitos constitucionais como o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório. Como alguém poderia suportar os efeitos de uma decisão sem que tenha sido chamado para se defender no processo?

Assim, para democratizar o controle difuso, a decisão que era *inter partes* será transformada em *erga omnes* por um órgão que estará agindo em nome da sociedade. Por meio da Alta Casa Legislativa entende-se que a sociedade teve participação no processo e a decisão estará apta para atingir a todos, e não mais somente aqueles integrantes do processo.

Vejamos:

Dito de outro modo, atribuir eficácia erga omnes e efeito vinculante às decisões do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade é ferir os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LIV e LV, da Constituição da República), pois assim se pretende atingir aqueles que não tiveram garantido o seu direito constitucional de participação nos processos de tomada da decisão que os afetará [...] as decisões exsurgentes do controle difuso não possuem autonomia, pois dependem do ‘socorro’ do poder legislativo para adquirir força vinculante erga omnes. É uma questão de cumprimento do princípio democrático [...] na verdade, há uma questão que se levanta como condição de possibilidade na discussão da validade (e da força normativa) do art. 52, X, da Constituição do Brasil. Trata-se de uma questão paradigmática, uma vez que sua

²⁵ A interpretação constitucional é transitória, pois ela pode variar de acordo com a realidade fática de uma determinada sociedade. Assim, uma interpretação pode tornar-se obsoleta dando lugar a outra interpretação que melhor se adequará àquela sociedade. Para isso, basta que o próprio texto permita essas múltiplas interpretações. Observe-se: RE 341.717-SP. RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO. EMENTA: MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL EX DELICTO. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 68. NORMA AINDA CONSTITUCIONAL. ESTÁGIO INTERMEDIÁRIO, DE CARÁTER TRANSITÓRIO, ENTRE A SITUAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE E O ESTADO DE INCONSTITUCIONALIDADE. A QUESTÃO DAS SITUAÇÕES CONSTITUCIONAIS IMPERFEITAS. SUBSISTÊNCIA, NO ESTADO DE SÃO PAULO, DO ART. 68 DO CPP, ATÉ QUE SEJA INSTITUÍDA E REGULARMENTE ORGANIZADA A DEFENSORIA PÚBLICA LOCAL. PRECEDENTES. (Informação retirada do informativo 272, STF).

ratificação (o que vem sendo repetido pelo menos desde 1934), em uma Constituição dos tempos de Estado Democrático de Direito, dá-se exatamente pela exigência democrática de participação da sociedade no processo de decisão acerca da (in)constitucionalidade de uma lei produzida pela vontade geral.²⁶

A terceira crítica guarda relação com as súmulas vinculantes. Não há a necessidade de se fazer uma releitura – duvidosa – da Constituição Federal, pois o próprio Supremo poderá editar uma súmula vinculante justamente para atribuir eficácia *erga omnes* e vinculante às suas decisões proferidas em sede de controle difuso.

Aliás, em se tratando de controle de constitucionalidade, qual seria a utilidade das súmulas vinculantes, se a própria decisão do STF já fosse dotada de força normativa suficiente para atingir a todos e de forma obrigatória? Seria reduzir, de forma significativa, a utilidade dessas súmulas. O intuito de criá-las foi exatamente o de conferir eficácia geral e obrigatória às decisões do STF que, originariamente, somente produziam efeitos *inter partes*. Foi essa a observação feita pela Min. Sepúlveda Pertence ao julgar improcedente a reclamação 4335-5/AC e pelo Min. Joaquim Barbosa ao não conhecê-la²⁷.

Atente-se ao fato de que para editar uma súmula vinculante é necessária a aprovação de 3/5 dos membros do STF, ou seja, 8 votos a favor da edição da súmula. Já, para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, de acordo com o princípio da reserva do plenário, são necessários os votos da maioria absoluta dos membros do tribunal. Se a própria Constituição exige oito votos para transformar uma decisão *inter partes* em *erga omnes e vinculante* por meio de uma súmula vinculante, por que poderia o STF, pela simples alegação da ocorrência de uma mutação, com apenas 6 votos, fazer a mesma coisa? Não estaria o Supremo contrariando a Carta Magna? Nesse sentido:

²⁶ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1498, 8 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10253>>. Acesso em: 12 set. 2012.

²⁷ Informação retirada do informativo nº 463, STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo463.htm>>

Ora, uma decisão que não reúne sequer o quorum para fazer uma súmula não pode ser igual a uma súmula (quem tem efeito vinculante – e, aqui, registre-se, falar em ‘equiparar’ o controle difuso ao controle concentrado nada mais é do que falar em efeito vinculante). E súmula não é igual a controle concentrado.

Assim, ‘se o Supremo Tribunal Federal pretende – agora ou em futuros julgamentos – dar efeito vinculante em controle difuso, deve editar uma súmula (ou seguir os passos do sistema, remetendo a decisão ao Senado). Ou isso, ou as súmulas perderam sua razão de ser, porque valerão tanto ou menos que uma decisão por seis votos a cinco (sempre com o alerta de que não se pode confundir súmulas com declarações de inconstitucionalidade).²⁸

São esses os principais argumentos que levaram alguns doutrinadores e juristas a repudiar a tese abstratização do controle difuso de constitucionalidade, alegando a inconstitucionalidade da mutação constitucional pretendida pelo Min. Gilmar Ferreira Mendes. Resta-nos, neste momento, aguardar pelo julgamento final da rcl. 4335/AC, que poderá mudar, de forma brutal, toda a estrutura do controle de constitucionalidade no direito brasileiro.

CONCLUSÃO

No presente estudo, analisou-se a tendência da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, que está sendo discutida pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal na reclamação n. 4335/AC, ajuizada pela Defensoria Pública da União no Estado do Acre. Esta possível mudança, devido à sua inegável importância prática, suscitou enorme interesse na doutrina, sendo diversos os autores que sobre ela se manifestaram.

No decorrer deste artigo, explicou-se, de forma específica e detalhada, a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, mostrando os argumentos doutrinários favoráveis e desfavoráveis à adoção dessa tese, sempre com embasamento nos melhores juristas pátrios que se manifestaram sobre o tema em questão.

²⁸ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1498, 8 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10253>>. Acesso em: 12 set. 2012.

De um lado, argumenta-se pelo pragmatismo e efetividade da tese da abstrativização, de modo a tornar o controle de constitucionalidade menos demorado e minimizar a insegurança jurídica que o controle difuso pode gerar. Mostramos que a ampliação do sistema concentrado de constitucionalidade, com a Constituição Federal de 1988, teve como consequência a perda de utilidade do controle difuso.

Além disso, com as alterações legislativas, em especial as que se referem às súmulas vinculantes e à repercussão geral do recurso extraordinário, ficou clara a intenção do legislador em evitar o ajuizamento de processos idênticos, de modo que o Poder Judiciário não ficasse sobrecarregado.

Demonstrou-se o anacronismo da função exercida pelo Senado Federal, inserida, originariamente, na Constituição Federal de 1934 e que, caso aceita a tese da abstrativização, caberá a este órgão legislativo o simples dever de publicação das decisões do STF proferidas em sede controle difuso.

Tratou-se, dentre outros vários argumentos, do princípio do *stare decisis*, presente no controle difuso do direito norte-americano e inexistente no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro.

Por outro lado, é questionável se a mutação, pretendida pelo Min. Gilmar Ferreira Mendes, estaria de acordo com a atual Constituição Federal.

Alguns autores, alegam que o Senado exerce um importante papel de democratizar o controle difuso, de forma a legitimar a transformação de uma decisão com efeitos *inter partes* em uma com eficácia *erga omnes* e vinculante, sendo certo que não é possível transformá-lo em uma secretaria de publicações das decisões do Supremo Tribunal Federal.

Além disso, o art. 52, X, CRFB/88, não dá margem a múltiplos sentidos e sua correta interpretação seria do jeito que ele está escrito, ou seja, cabe ao Senado Federal a função de suspensão da execução da lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF.

Ademais, não caberia ao intérprete determinar que se faça de forma diferente daquilo que foi estabelecido pelo Poder Constituinte Originário. Caso se pretenda atribuir efeitos *erga omnes* e vinculantes às decisões do Supremo, em controle difuso, deve-se editar uma súmula vinculante ou alterar a Constituição Federal por meio de uma Emenda à Constituição.

Em que pese até o presente momento a votação da reclamação ainda pender de julgamento por parte de alguns Ministros, observa-se uma incerteza acerca do seu resultado.

Conforme já exposto, os Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau votaram no sentido de dar provimento à reclamação n.4335/AC, reconhecendo o efeito *erga omnes* requerido pela Defensoria Pública da União, no âmbito do controle difuso, dando ensejo ao fenômeno chamado de Abstrativização do Controle Difuso de Constitucionalidade. O Min. Joaquim Barbosa não conheceu da reclamação e o Min. Sepúlveda Pertence a julgou improcedente. Atualmente, ela se encontra suspensa em razão do pedido de vista do Min. Ricardo Lewandowski.

Desta forma, o acórdão que vier a ser proferido na reclamação n. 4335/AC não será, de forma alguma, um simples julgado. No caso de julgamento de improcedência da reclamação, reafirma-se o entendimento tradicional, mantendo-se a clássica separação entre o controle difuso e o controle concentrado. Julgando-a procedente, inova-se a ordem jurídica, com o reconhecimento de que as decisões do controle difuso, tanto quanto as do controle concentrado, também possuem eficácia *erga omnes* e vinculante.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. Atualizado por José Aguiar Dias. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. O Princípio do “Stare Decisis” e a decisão do Supremo Tribunal Federal no Controle Difuso de Constitucionalidade. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.) *Leituras Complementares: Controle de Constitucionalidade*. Salvador: Juspodivm, 2010.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Saraya Regina Gasparetto. Efeito transcendente e concentração do controle difuso na jurisprudência (autocriativa) do Supremo Tribunal Federal. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.) *Leituras Complementares: Controle de Constitucionalidade*. Salvador: Juspodivm, 2010.

LEITE, Glauco Salomão. *A extensão da eficácia erga omnes e do efeito vinculante às decisões de inconstitucionalidade em controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal: hipótese de mutação (in)constitucional*. Disponível em: <http://www.ihj.org.br/pdfs/Artigo_Mutacao_Glauco.pdf>. Acesso em 07 fev. 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. *O papel do Senado Federal no controle federal de constitucionalidade: Um caso clássico de mutação constitucional*. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/176518/1/000694300.pdf>> Acesso em: 21 set. 2012.

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

MOARES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Guilherme Peña De. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

REIS, Daniel Costa. *Da Abstrativização do Controle Concreto de Constitucionalidade*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090716113114636> Acesso em 20 out. 2012.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1498, 8 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10253>>. Acesso em: 12 set. 2012.

VELOSO, Zeno. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.) *Leituras Complementares: Controle de Constitucionalidade*. Salvador: Editora Juspodivm, 2010.