

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 30/01/2013

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/34559-abstrativiza-o-do-controle-difuso-realizado-pelo-supremo-tribunal-federal>

Autori: Roberson Bertone de Jesus, Severiano Diogo Sousa Gabriel

Abstrativização do controle difuso realizado pelo supremo tribunal federal

ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO REALIZADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

¹Severiano Diogo Sousa Gabriel

²Roberson Bertone de Jesus

O controle de constitucionalidade difuso, concreto ou incidental pode ser realizado por qualquer juízo ou tribunal. Surge num processo judicial comum, em que se apresenta a necessidade de apreciação da inconstitucionalidade da lei que está sendo aplicada na lide.

Nesse passo, para uma correta solução do conflito de interesses, objeto principal do processo, torna-se imprescindível a resolução da prejudicial de inconstitucionalidade. É apenas em caráter incidental que se discute a inconstitucionalidade, pois a questão principal, que deu origem à demanda jurisdicional, é que perfaz o essencial para as partes.

A questão inconstitucional pode ser resolvida por qualquer magistrado ou Tribunal de Justiça, podendo, uma vez preenchidos os requisitos legais, chegar ao Supremo Tribunal Federal via recurso extraordinário, órgão guardião e, portanto, que diz a última palavra acerca da melhor interpretação e aplicação das normas constitucionais.

No controle difuso, a decisão acerca da inconstitucionalidade ou constitucionalidade de determinado dispositivo, por ser prejudicial, tem efeitos apenas para as partes litigantes no processo, vez que o objetivo principal de tal feito judicial é resolver o conflito de interesses entre as partes, tratando-se, portanto, de feito subjetivo e que, em regra, mantém seus efeitos entre as partes, como dito.

Por outro lado, no controle abstrato, concentrado, o Supremo Tribunal Federal é o órgão competente para a sua realização quando o parâmetro é a Constituição Federal, pois sendo ele uma constituição estadual o órgão competente será o respectivo Tribunal de Justiça. Na via de controle abstrato não há litígio propriamente dito, não havendo que se falar em partes, pois a inconstitucionalidade é o tema principal da ação e, diferentemente do controle difuso em que o efeito em regra é inter partes, seus efeitos são *erga omnes* e vinculantes.

¹ Bacharel em direito pela Faculdade Católica de Uberlândia-MG.

² Docente no Curso de Direito da Faculdade Católica de Uberlândia-MG.

Ou seja, o controle de constitucionalidade consagra um procedimento de verificação de constitucionalidade objetivo em que seus efeitos devem ser observados por toda a sociedade brasileira, bem como pelo poder público, com exceção do Poder Legislativo no exercício da função típica de legislar.

Ocorre que, como dito, somente em regra os efeitos do controle de constitucionalidade difuso mantém seus efeitos inter-partes, pois a própria Constituição Federal, no art. 52, inciso X, prevê a possibilidade de ampliação de tal efeito quando se vale da legitimação do Senado Federal para isso.

5.1 O papel do Senado Federal no controle difuso

O Senado Federal é órgão legislativo que junto com a Câmara dos Deputados compõe o Congresso Nacional, possuindo sua previsão e competências estabelecidas na Constituição da República. Uma de tais competências é a de suspender no todo ou em parte, lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 52, X, da Carta Política.

Portanto, é justamente no art. 52, inciso X da Constituição Federal que surge a participação do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade. Nesse rumo, uma vez declarada a inconstitucionalidade de uma lei incidentalmente pelo STF a Corte Suprema envia tal decisão ao Senado Federal que, por meio de resolução, pode suspender, no todo ou em parte, a lei declarada inconstitucional, dando à decisão do STF, até então inter-partes, efeito contra todos (*erga omnes*).

Assim sendo, o Senado Federal tem papel de extrema importância no controle de constitucionalidade pela via difusa, vez que atua no sentido de legitimar a decisão do STF, bem como ampliando seus efeitos a toda sociedade brasileira.

Discussão se apresenta quando se analisa se a postura do Senado Federal em conferir amplo efeito à decisão do STF é discricionária ou não. Ademais, surge debate também acerca dos efeitos da resolução, se *ex nunc* ou *ex tunc*.

Tem prevalecido junto ao STF que a suspensão da execução da lei pelo Senado Federal é ato discricionário do referido órgão. No entanto, caso Senado Federal resolva editar a resolução suspensiva deverá fazê-lo nos estreitos limites da decisão proferida pelo STF. Neste sentido é a opinião de Pedro Lenza:

Deve-se, pois, entender que o Senado Federal não está obrigado a suspender a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Trata-se de discricionariedade política, tendo o Senado Federal total liberdade para cumprir o art. 52, X, da CF/88. Caso contrário, estariamos diante de afronta ao princípio da separação de Poderes.³

Por outro lado, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, em uma de suas obras defende que com a adoção da Súmula Vinculante, o instituto do art. 52, X, da CF, perdeu sua credibilidade, uma vez que, a súmula, por si só, produz efeitos vinculantes, não necessitando da atuação do Senado. Assim leciona o renomado autor:

Não resta dúvida de que a adoção de súmula vinculante em situação que envolva a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo enfraquecerá ainda mais o já debilitado instituto da suspensão de execução pelo Senado. É que essa súmula conferirá interpretação vinculante à decisão que declara a inconstitucionalidade sem que a lei declarada inconstitucional tenha sido eliminada formalmente do ordenamento jurídico (falta de eficácia geral da decisão declarada de inconstitucionalidade). Tem-se efeito vinculante da súmula, que obriga a Administração a não mais aplicar a lei objeto da declaração de inconstitucionalidade (nem a orientação que dela dessume), sem eficácia *erga omnes* da declaração de inconstitucionalidade.⁴

Ademais, é mais enfático o referido autor do que a maioria da doutrina quando diz que a fórmula relativa ao papel do Senado em suspender a norma tem o simples efeito de dar publicidade à decisão dada pela Suprema Corte. De acordo com o autor, a suspensão realizada por aquela Casa de Legislativa, tem caráter apenas formal, excluindo do mundo jurídico uma lei que já perdera sua aplicabilidade. Assim conclui:

Dessa forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que publique a decisão no Diário de Congresso. 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 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 se cuida de decisão substantiva, mas de simples dever de publicação, tal como reconhecido a outros órgãos políticos

³ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 185.

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1252.

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.⁵

Tal entendimento, ainda não prevalecente pode representar um marco na interpretação do art. 52, X, da CF caso a tese seja acatada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal.

Noutro norte, quanto aos efeitos da resolução do Senado Federal, se com efeitos *ex nunc* ou *ex tunc*, há quem sustente que por ser o ato normativo apenas suspensivo e não uma declaração de inconstitucionalidade deve ocorrer, em regra, com efeitos *ex nunc*, ou seja, com produção de efeitos somente a partir da edição da resolução⁶. Entretanto, a Resolução de n. 10/2005 do Senado Federal permite a aplicação de efeitos *ex tunc*.

O fato é que uma vez emitida a resolução uma decisão que somente se aplicava entre as partes do processo passa a ser aplicada em face de toda a coletividade, sendo este o papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade, em que pese as anotações diversas.

5.2 Teoria da transcendência dos motivos determinantes

Uma nova perspectiva sobre os efeitos do controle difuso vem surgindo entre a doutrina e jurisprudência, é a teoria da transcendência dos motivos determinantes.

No controle difuso, a decisão que declara a norma inconstitucional produz efeitos apenas para as partes litigantes no processo (efeitos *inter partes*). Contudo, essa nova tendência vem trazendo novos horizontes com a perspectiva de inovar a abrangência destes efeitos, tornando-os com eficácia *erga omnes*. Esta suposta transcendência emprestaria ao controle difuso os efeitos abstratos do controle concentrado, o que em regra somente ocorreria quando o Senado Federal suspendesse a lei decretada inconstitucional pelo STF. O Prof.

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1252.

⁶ Com esse pensamento, Oswaldo Aranha Bandeira de Melo, Themístocles Brandão Cavalcanti, José Afonso da Silva, Nagib Salibi Filho e outros.

Pedro Lenza menciona que se faz necessário uma reforma constitucional para que a decisão da Suprema Corte em controle difuso tenha *per-si* efeito contra todos:

O efeito *erga omnes* da decisão foi previsto somente para o controle concentrado e 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 a atuação discricionária e política do Senado Federal.

Portanto, no controle difuso, 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 tendência – repita-se, bastante “atraente”- da transcendência dos motivos determinantes no controle difuso, com caráter vinculante.⁷

Quando o Supremo Tribunal Federal declara uma norma inconstitucional por meio de controle difuso, o realiza por meio de recurso extraordinário. Esta modalidade de recurso, por sua vez, tem requisitos muito precisos de admissibilidade, e um deles é a repercussão geral. O recurso apenas será aceito se ficar realmente claro que a inconstitucionalidade pode prejudicar a coletividade, além do mais afronta ao texto constitucional deve ser direta, em que pese surgir incidentalmente num caso concreto.

Os motivos determinantes que levariam o STF a aceitar o Recurso extraordinário, seriam os mesmos que determinariam a transcender os efeitos da decisão dando eficácia *erga omnes*. Desta maneira, não se daria eficácia geral a uma decisão de inconstitucionalidade por motivo de prejudicar as partes no litígio, mas também, por demonstrar que os efeitos abstratos têm maior eficácia, impedindo que novos casos idênticos se repitam, o que valorizaria a força normativa da Constituição, a supremacia da Constituição, a uniformização da interpretação do texto constitucional, fatos também que realçam a função do STF como órgão guardião da Constituição Federal.

A sistemática de aplicação da teoria dos motivos determinantes também retira seu fundamento de validade na *ratio decidendi*, ou seja, nas razões de decidir. Ou seja, os motivos essenciais que levaram à formação do juízo no julgado também passam a vincular, devendo

⁷ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 188-189.

ser observados pelos juízes e tribunais, o que pode se dar tanto no controle difuso quanto no controle concentrado.

Pelo menos em dois grandes julgados o STF aplicou tal teoria. Num primeiro momento no HC 82.959/SP, ocasião em que num processo eminentemente subjetivo o STF ampliou seus efeitos garantindo a progressão de regime nos crimes hediondos, em flagrante homenagem ao princípio da individualização da pena.

Outro julgado que merece destaque envolve o RE 197.917/SP, julgado que tratou da limitação constitucional do número de vereadores proporcional ao número de habitantes.

Do exposto, vê-se que a teoria dos motivos determinantes é uma das formas existentes e consagradoras da abstrativização do controle difuso, sendo a fórmula jurisprudência utilizada pelo STF para atingir tal intento.

5.3 Outras formas de abstrativização do controle difuso

No texto constitucional, com o advento da emenda constitucional n. 45/2004, foram introduzidas duas novidades que possuem flagrante intenção de abstrativização do controle concreto: a) o advento da súmula vinculante e b) a repercussão geral do recurso extraordinário. Trata-se o instituto da súmula vinculante de instrumento legitimador de entendimento consagrado pela Corte Suprema, que depois de reiteradas decisões sobre matéria constitucional pode cristalizar o entendimento com a emissão de súmula. Por outro lado, a exigência de repercussão geral para o recebimento de recurso extraordinário também possui o condão de consagrar a abstrativização do controle difuso porque impõe a um feito subjetivo o preenchimento de requisitos objetivos, o que dá natureza objetiva ao feito e legitima o STF a consagrar tal entendimento na Corte e futuramente servirá para inadmissão de recursos com assuntos semelhantes.

No mesmo caminho, a legislação infraconstitucional foi alterada:

A Lei 9.756/1998 acrescentou dispositivo no diploma processual conferindo poderes ao relator para negar seguimento ou dar provimento a recurso, conforme entendimento adotado em súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal ou de Tribunal Superior (CPC, art. 557, *caput* e §1º-A). A partir desta inovação, o

STF adotou o entendimento de que a existência de precedente firmado pelo Plenário autoriza o julgamento imediato de causas que versem o mesmo tema, ainda que o acórdão do *leading case* não tenha sido publicado, ou, caso já publicado, ainda não haja transitado em julgado⁸.

Ademais, há que se consagrar ainda a súmula impeditiva de recursos, inovação da lei n. 11.276/2006, que introduziu o §1º no art. 518 do CPC e prevê a possibilidade do não recebimento de uma apelação, caso a decisão esteja em consonância com enunciado de súmula do STJ ou STF.

Tem-se também a lei n. 11.672/2008 (lei dos recursos repetitivos) que introduz no ordenamento jurídico nacional a possibilidade de suspensão de feitos com idêntica discussão de direito até que o STJ sedimente o entendimento acerca da matéria a ser aplicado aos demais casos.

Nesse passo, uma vez publicado o acórdão paradigmático do STJ os feitos com ele coincidentes terão seus recursos especiais denegados. Já aqueles feitos divergentes ao entendimento encampado pela Corte Superior serão reanalisados pelo Tribunal de origem, conforme art. 543 do CPC.

Do exposto, o que se vê é um trabalho conjunto do constituinte derivado, da jurisprudência dos Tribunais Superiores, bem como do legislador infraconstitucional em dar maior amplitude aos feitos julgados pelo STJ e pelo STF, tendo em vista uma busca de otimização, racionalização e efetivação dos mencionados Tribunais que são guardiões da interpretação da lei federal, bem como da constituição.

CONCLUSÃO

O controle de constitucionalidade no Brasil sofreu diversas modificações para chegar ao que é hoje. Observando sua evolução nas Constituições que o Brasil teve, percebe-se que foi muito importante a influência de outros países no controle de constitucionalidade então adotado.

Analizando as modalidades de inconstitucionalidade que podem existir nas leis ou atos normativos, denota-se que, mesmo se estes fizerem parte do ordenamento jurídico, como

⁸ NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 5ª Ed., São Paulo: Método, 2011, p. 277.

válidos, podem padecer de vício de constitucionalidade, podendo ser objeto de controle posterior pelo judiciário.

O papel que os diversos Poderes exercem, realizando o controle, antes e depois da entrada em vigor da norma, é bastante significativo, pois demonstra que o constituinte lhe deu esta prerrogativa preocupando-se com a prevenção máxima de que não permaneça no mundo jurídico uma espécie normativa que não se coadune com a Constituição, o que acaba por consagrar a força normativa e máxima efetividade da constituição.

Observando-se as vias de controle judicial de constitucionalidade vê-se que também são imprescindíveis para o regular ajustamento das leis e atos normativos com a Carta Magna. O controle difuso é importante, pois as partes litigantes em processo judicial podem questionar a constitucionalidade da lei que está sendo aplicada no caso concreto, evitando assim que uma norma inconstitucional as prejudique. Por sua vez, o controle concentrado também se revela de notável importância, pois em que pese abstrato, seus efeitos se irradiam por todo o ordenamento jurídico, atuando a Corte Suprema muita das vezes como um legislador negativo, que retira do ordenamento jurídico normas que afrontam o texto constitucional.

Importante também é o papel de todos os Poderes quando impedem que uma norma inconstitucional seja inserida no ordenamento jurídico, realizando o controle preventivo.

No que se refere ao papel do Senado, o art. 52, X, da Constituição Federal, vem perdendo sua credibilidade, em razão da própria ineficiência de tal poder na efetivação do mencionado texto constitucional, o que, conforme já anotado, tem levado a Suprema Corte, bem como o constituinte derivado e o legislador infraconstitucional a introduzirem alternativas de efetivação do texto constitucional. Um exemplo, com a adoção da súmula vinculante, não é mais necessário que o Senado proceda à edição de resolução para dar eficácia *erga omnes* às decisões do STF em face de controle difuso, pois a súmula, por si só, tem o condão de vincular os demais órgãos do judiciário e da administração pública. Quando a Suprema Corte declarar a inconstitucionalidade de norma por meio do controle difuso, poderá dar eficácia *erga omnes* a decisão por meio do instituto da súmula vinculante.

No entanto, seria conveniente uma reforma no texto constitucional para, formalmente, por fim a discussão sobre a discricionariedade ou vinculação que tem o Senado para dar eficácia geral nas decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal quando realiza o controle

difuso. Sabendo-se que o STF não mais necessita do Senado para dar eficácia geral às suas decisões, e positivando assim a tendência da abstrativização do controle difuso.

A abstrativização do controle difuso de constitucionalidade até agora tem se mostrado relevante, pois todos sabem que o Judiciário brasileiro é falido: falta de pessoal; falta de recursos; acúmulo de processos, entre outros problemas. Nesse rumo, buscar alternativas para racionalizar o sistema e dar mais efetividade a ele é uma necessidade.

No entanto, deve-se tomar muito cuidado, pois, todos sabem que os Tribunais Superiores são políticos e que muitas das suas decisões sofrem influências inclusive partidárias, o que pode colocar por terra todas as tentativas de avanço, caso o interesse público visado seja substituído por interesses pontuais, singulares.

Nesse norte, conclui-se a presente explanação com a seguinte anotação: Somente o tempo dirá se as mudanças que indicam uma melhor racionalização do Poder Judiciário foram efetivamente colocadas à disposição do interesse público. Tais alterações são relevantes sim, no contexto atual do país, no entanto, como dito, tratam-se de sérias transformações que geram efeitos em toda a sociedade e, portanto, a ela sempre deve servir. Se não a toda a sociedade, mas pelo menos à sua maioria, sob pena de “privatização da jurisdição constitucional”.

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Controle de Constitucionalidade de Leis e Atos Normativos*, São Paulo: Dialética, 1997.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR,Vidal Serrano.*Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

BARBOSA, Rui. *Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo*. In: *Trabalhos jurídicos*. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962.

BRASIL. Constituição, 1988.

BRASIL. Lei n° 9.868, de 10 de novembro de 1999.

BRASIL. Lei n° 9.882, de 03 de dezembro de 1999.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional: teoria do Estado e da Constituição*. Direito constitucional positivo. 17. Ed. rev. amp. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

DONIZETTI, Eupídio.*Curso Didático de Direito Processual Civil*. 12. ed. rev. atul. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

MACHADO, Daniel Carneiro. *A Coisa Julgada Inconstitucional*. Belo Horizonte: 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 233.

MENDES. Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 22. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2007.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 5^a Ed., São Paulo: Método, 2011.

SIQUEIRA JR, Paulo Hamilton. *Direito Processual Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.