

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL – UFRGS**  
**UNIDADE ACADÊMICA DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATU SENSU***  
**CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DO ESTADO**

**MATEUS DE FARIAS KLEIN**

**A INSEGURANÇA JURÍDICA DO SISTEMA DE CONTROLE DE  
CONSTITUCIONALIDADE JUDICIAL MISTO NO DIREITO BRASILEIRO: O  
ESVAZIAMENTO DO EFEITO *INTER PARTES*.**

**PORTO ALEGRE**

**2018**

MATEUS DE FARIAS KLEIN

A INSEGURANÇA JURÍDICA DO SISTEMA DE CONTROLE DE  
CONSTITUCIONALIDADE JUDICIAL MISTO NO DIREITO BRASILEIRO: O  
ESVAZIAMENTO DO EFEITO *INTER PARTES*.

Trabalho de Conclusão de Curso de  
Especialização apresentado como  
requisito parcial para obtenção do título de  
Especialista em Direito, pelo Curso de  
Especialização em Direito do Estado da  
Universidade Federal do Rio Grande  
do Sul - UFRGS

ORIENTADOR: PROF. DR. MARCELO S. DUQUE

Porto Alegre

2018

## RESUMO

O controle de constitucionalidade talvez seja o tema mais importante para o Direito Constitucional. O controle de constitucionalidade judicial das leis no direito brasileiro é ordinariamente exercido pelo Poder Judiciário através do método difuso e/ou concentrado. O sistema adotado de controle é o sistema misto, ou seja, no ordenamento brasileiro é possível exercer o controle difuso e o controle concentrado. Busca-se no presente analisar a mutação do controle difuso adotada pelo Supremo Tribunal Federal, Corte a qual estabeleceu efeitos inerentes ao controle concentrado em sede de controle difuso. Seria este posicionamento da Corte Suprema Brasileira a mudança dos efeitos aplicados aos casos de controle difuso?

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade. Controle difuso e concentrado. Efeitos *erga omnes* e *inter partes*.

## ABSTRACT

Judicial review is perhaps the most important issue for Constitutional Law. The Judiciary ordinarily exercises the judicial review of laws in Brazilian law through the diffuse and / or concentrated method. The adopted system of control is the mixed system, that is, in the Brazilian order it is possible to exercise diffuse control and concentrated control. The present work analyzes the mutation of the diffuse control adopted by the Federal Supreme Court, which established inherent effects of the control concentrated in diffuse control. It would be this position of the Brazilian Supreme Court to change the effects applied to cases of diffuse control?

Key words: Judicial review. Diffuse control and concentrated control. *Erga omnes* and *inter partes* effects.

## Sumário

1 INTRODUÇÃO .....	7
2 DA BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DOS SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE JUDICIAL.....	10
2.1 Breve Histórico – Sistema Americano, Europeu e Brasileiro.....	11
2.4.1 Estados Unidos da América.....	11
2.4.2 Europeu .....	12
2.4.3 Brasileiro .....	13
2.4.3.1 Constituição Imperial de 1824 .....	13
2.4.3.2 Constituição de 1891 .....	14
2.4.3.3 Constituição de 1934 .....	16
2.4.3.4 Constituição de 1937 .....	17
2.4.3.5 Constituição de 1946 .....	18
2.4.3.6 Constituição de 1967 .....	19
2.4.3.7 Constituição de 1988 .....	20
3 DOS SISTEMAS DE CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE .....	20
3.1 Dos Sistemas de controle judicial: Difuso e Concentrado .....	22
3.1.1 Controle Difuso .....	22
3.1.2 Controle Concentrado.....	25
3.2 Quanto aos efeitos .....	30
3.2.1 Efeitos no Controle Difuso .....	31
3.2.2 Efeitos no Controle Concentrado .....	33
3.2.3 Modulação dos Efeitos.....	36
3.3 Da cláusula de reserva de plenário .....	41
4 DA TEORIA DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO E DA TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES .....	46
4.1 Da Teoria da Abstrativização do Controle Difuso.....	46
4.2 Da Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes.....	48
4.3 O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: a prescindibilidade do art. 52, X, da Constituição Federal, sua mutação e a desnecessidade do sistema misto de controle de constitucionalidade no direito brasileiro. ....	50

4.3.1 Da prescindibilidade do sistema misto com a convergência para a eficácia erga omnes .....	52
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	53
REFERÊNCIAS .....	56

## 1 INTRODUÇÃO

Diante das recentes decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade, onde a Corte passou a adotar o efeito *erga omnes* mesmo sendo a demanda em sede de controle difuso, o presente trabalho busca verificar a ocorrência de mutação constitucional nos efeitos das decisões e a alteração interpretativa do art. 52, X, da Constituição Federal, eis que a Corte Suprema está por afastar a necessidade que o Senado Federal em realizar ato que acabe por suspender os efeitos da lei ou ato normativo que fora impugnado. A hipótese a ser verificada é se o esvaziamento do efeito *inter partes* nas decisões proferidas em sede de controle difuso estaria a alterar o sistema de controle?

No desenvolvimento da pesquisa levou-se em consideração essa alteração no posicionamento do Supremo Tribunal Federal nas decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade onde estas passaram a transcender a aplicação da decisão que antes era restrita entre as partes, sendo desnecessária a atuação do Senado Federal para conferir efeito contra todos.

O marco referencial teórico na investigação compreendeu a necessária revisão doutrinária em obras jurídicas, privilegiando as fontes primárias. Assim, a metodologia utilizada no presente trabalho é com base em pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. O referencial teórico utilizado é com base nos ensinamentos de Gilmar Mendes, Alexandre de Moraes, Teori Zavascki, Luís Roberto Barroso, Paulo Bonavides, Raul Machado Horta, onde merece destaque a doutrina de Gilmar Mendes no que se refere ao escopo principal do presente trabalho.

O capítulo inicial do presente trabalho realizou uma análise da evolução do instituto do controle de constitucionalidade das normas sob o prisma histórico e como ele foi sendo inserido no ordenamento constitucional brasileiro. A análise evolutiva brasileira se dá a partir da Constituição de 1824 e sob o aspecto global, a partir do direito estadunidense e europeu.

No segundo capítulo, após a contextualização histórica acerca do sistema de controle de constitucionalidade passou-se a abordar a modalidade de controle repressivo exercido pelo Poder Judiciário. Diante do sistema misto de controle adotado pelo Brasil, temos que os feitos das decisões vêm sofrendo mutação constitucional, em especial aos efeitos tratados nas decisões proferidas pelo

Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso. Neste capítulo também é abordado sobre a modulação dos efeitos das decisões proferidas em sede de controle judicial de constitucionalidade, bem como a necessidade de observância da cláusula de reserva de plenário.

No terceiro e último capítulo abordou-se acerca da teoria da abstrativização do controle difuso e teoria dos motivos determinantes ou transcendência dos motivos da decisão, eis que o efeito vinculante se projetaria não somente para a parte do dispositivo da decisão, mas também aos fundamentos que levaram a tomada daquela decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Órgão Especial de Tribunal de Justiça, conforme o caso. A possibilidade de o Judiciário proferir decisões vinculantes decorre do próprio texto constitucional. Contudo, poderia o Judiciário alterar os efeitos de decisões proferidas em sede de controle difuso?

Por isso, a análise de posicionamentos da Corte Suprema acerca da teoria da abstrativização do controle difuso é tema chave nesse trabalho a fim de verificar a consolidação ou não de mutação constitucional sobre os efeitos proferidos em sede de controle difuso de constitucionalidade. A crítica central é a insegurança jurídica que o sistema misto provoca, pois o efeito *inter partes* não confere estabilidade na interpretação das normas o que gera a instabilidade das relações

Para tratar das questões objeto desse estudo e como meio para atingir os objetivos propostos adotou-se como base lógica para orientar o processo de investigação o método dedutivo, isto é, partindo-se da formulação dos problemas gerais, buscaram-se posições científicas que os sustentassem ou os negassem, para que ao final fosse apontada a prevalência ou não das hipóteses elencadas, sendo que a insegurança provocada pelo sistema misto acarreta em quebra de isonomia e gera discrepâncias na interpretação e no próprio acesso aos direitos e garantias previstos na Constituição.

## 2 DA BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DOS SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE JUDICIAL

O controle de constitucionalidade adotado pelo sistema constitucional brasileiro com a Constituição Federal de 1988 é o misto, ou seja, adotou tanto o controle concentrado quanto o controle difuso das normas.<sup>1</sup>

O controle, para ser atingido, necessita de um paradigma, um modelo, para comparar seus atos com seus ditames. Controle é diretamente ligado ao termo comparação. Quando se menciona controle de constitucionalidade é importante visualizar a comparação com o texto constitucional.

A constitucionalidade ou a inconstitucionalidade levam a conceitos que se referem a relação, onde esta se estabelece entre uma coisa (Constituição) e outra (comportamento) que está ou não de acordo, que possui ou não possui sentido, se tem base na Constituição ou não. A inconstitucionalidade, na realidade, não se trata de um vício, por mais que seu resultado acarrete situação que afeta o comportamento de órgão ou poder.<sup>2</sup> A inconstitucionalidade não gera, por si só, a invalidade de ato ou ação, porém pode determinar ou resultar em invalidade, ou seja, não se trata de um valor jurídico negativo, embora esta invalidade constitucional enseje nulidades.<sup>3</sup>

Ualdi Lammego Bullos entende que “controle de constitucionalidade é o instrumento de garantia da supremacia das constituições”.<sup>4</sup> Regina Maria Macedo Nery Ferrari entende que “a Constituição de um Estado é sua norma suprema, sua norma fundamental, e é nela que se deve buscar o fundamento de validade de todas as normas existentes nos ordenamento jurídico”.<sup>5</sup>

Verifica-se, portanto, que controle é comparação, onde o controle de constitucionalidade significa comparar com a Constituição, sendo necessário compreender o porquê de as normas constitucionais serem elevadas a grau de relevância suprema dentro da sociedade. Tem-se como requisito prévio à existência

---

<sup>1</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 195.

<sup>2</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo II. Constituição e inconstitucionalidade. 3. ed. rev e ampl. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 310-311.

<sup>3</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo II. Constituição e inconstitucionalidade. 3. ed. rev e ampl. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 331.

<sup>4</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 181.

<sup>5</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 812.

do controle de constitucionalidade a necessidade precípua de preservar a supremacia, formal e material, das constituições.

## 2.1 Breve Histórico – Sistema Americano, Europeu e Brasileiro

Para se compreender de forma mais acurada sobre os sistemas de controle de constitucionalidade é necessário ter uma razoável compreensão das ideias que o fizeram surgir, em especial o modelo americano e o modelo europeu (leia-se austríaco).<sup>6</sup>

### 2.4.1 Estados Unidos da América

O sistema de controle de constitucionalidade surge com na sua forma difusa, como um incidente em um caso concreto, conforme a célebre decisão proferida pela Suprema Corte Americana em 1803. O então Presidente da Corte, John Marshall, quando da análise do caso *Marbury vs. Madison*, fundamentou sua decisão na supremacia da Constituição. Entendeu o magistrado que ato normativo ou ato legislativo ordinário não poderia ir de encontro aos preceitos esculpidos na Constituição. No caso, o magistrado Marshall se baseou em 3 argumentos base: a supremacia da Constituição, a nulidade de lei que contrarie o texto constitucional e a função do Poder Judiciário como intérprete final e guardião da Constituição.<sup>7</sup>

Ali nascia o controle difuso de constitucionalidade. Os argumentos bailares utilizados por Marshall são até hoje os utilizados para o controle difuso de constitucionalidade. Partiu da jurisprudência e não da Constituição que emergiu o controle de constitucionalidade das leis. É inegável que o precedente do caso supramencionado tem como inigualável mérito o de ilustrar a supremacia da Constituição sobre as leis e atos normativos.<sup>8</sup>

Logo, no sistema americano a lei é inconstitucional porque é contrária a uma norma superior, sendo considerada absolutamente nula e, portanto, ineficaz. O Juiz que pratica o exercício do poder de controle não anula, mas declara nulidade da lei inconstitucional.

---

<sup>6</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 188.

<sup>7</sup> HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 91-144.

<sup>8</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 707-199.

## 2.4.2 Europeu

O controle de constitucionalidade europeu, mais precisamente o austríaco, vai em outra linha daquela defendida pelos americanos. O austríaco Hans Kelsen é quem inicia a ideia do Tribunal Constitucional, o qual seria independente dos demais poderes, propiciando soluções mais eficazes para a garantia da supremacia da Constituição. A solução idealizada por Kelsen, materializada na Constituição austríaca de 1920 dá-se o nome de controle concentrado de constitucionalidade das normas.<sup>9</sup> Entende-se que era preciso que a Constituição estabelecesse um órgão com competência para verificar a compatibilidade de leis e atos normativos produzidos com as normas constitucionais.<sup>10</sup>

No sistema de controle concentrado, a inconstitucionalidade, cuja consequência é a invalidade do ato ou norma, e, sendo assim, acarreta na inaplicabilidade de lei ou ato normativo, não pode ser declarada por qualquer juiz, sendo necessário que apenas aqueles detentores da jurisdição constitucional aptos a invalidar a lei ou ato normativo. Logo, juízes ordinários não são investidos no poder para conhecer, mesmo que incidentalmente, a invalidade da lei ou ato normativo.<sup>11</sup>

A teoria da anulabilidade da norma inconstitucional defendida por Hans Kelsen, a qual influenciou a Corte Constitucional austríaca, caracteriza-se como uma teoria constitutiva a natureza jurídica da decisão que a reconhece. No sistema austríaco a Corte Constitucional não declara uma nulidade, mas cassa, anula, uma lei que, até o momento que a Corte pronuncie que o ato é inconstitucional, é válida e eficaz. Esse sistema adota a sistemática de que as leis ou atos normativos podem ser objeto de controle, sendo que elas permanecem válidas até o momento que surja o questionamento na via abstrata.

Por isso, diante destes dois modelos de sistemas de controle judicial de constitucionalidade, necessário verificar a evolução dos mesmos diante das constituições brasileiras.

---

<sup>9</sup> HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 118-129.

<sup>10</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 733.

<sup>11</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves, 2. ed. rev e ampl. Porto Alegre: Fabris, 1984. p. 84-85.

### 2.4.3 Brasileiro

O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro sofreu substancial alteração com a promulgação da Constituição de 1988. Contudo, importa a realização do contexto histórico de cada uma das constituições brasileiras, em especial da de 1988, para melhor compreensão do tema, eis que foi paulatina a evolução do modelo brasileiro de controle de constitucionalidade.<sup>12</sup>

#### **2.4.3.1 Constituição Imperial de 1824**

A Constituição Imperial outorgada em 1824 não contemplava quaisquer dos modelos hoje adotados na Constituição de 1988. Cabia ao Poder Legislativo a tarefa de velar pela guarda da Constituição.<sup>13</sup>

A Carta Imperial trazia uma configuração de poderes inspirada na doutrina de Benjamin Constant, ou seja, uma divisão quadripartite: Poder Legislativo, Poder Executivo, Poder Judiciário e Poder Moderador.<sup>14</sup> Em razão deste Poder Moderador, por meio do qual o imperador poderia intervir nos outros poderes, estando, portanto acima deles, acabou por inviabilizar o controle de constitucionalidade por parte do Poder Judiciário.

A Carta política do Império era do tipo semiflexível, sendo que delegava a competência para realizar controle de constitucionalidade do Poder Legislativo, conforme se verifica no art. 178 da Carta Imperial, *in verbis*:<sup>15</sup>

Art. 178. É só constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivas dos poderes políticos, e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos. Tudo o que não é constitucional pode ser alterado sem as formalidades referidas pelas legislaturas ordinárias.

No contexto Imperial, os juristas entendiam ser correto o Poder Legislativo realizar o controle de constitucionalidade. Entretanto, o Poder Legislativo jamais edita leis para posteriormente declará-las inconstitucionais. Assim, negava-se poder ao juiz, ou seja, não havia espaço para o controle judicial da constitucionalidade das

---

<sup>12</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 196.

<sup>13</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo G. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1083.

<sup>14</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 75.

<sup>15</sup> BECKER, Antonio. **Constituições Brasileiras de 1824 a 1988**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Letra legal, 2004. p. 21.

leis.<sup>16</sup> Com a existência do Poder Moderador, previsto no art. 98 da Carta Imperial, corroborava ainda mais para que não houvesse sistema de controle de constitucionalidade das leis, muito menos pelo Poder Judiciário.

#### **2.4.3.2 Constituição de 1891**

Com o regime republicano surge uma nova concepção sobre o controle de constitucionalidade. A Constituição de 1891 reconheceu a competência do Supremo Tribunal Federal para rever sentenças das Justiças dos Estados em última instância, quando se questionasse a validade ou a aplicação de tratados e leis federais e a decisão do Tribunal fosse contra ela, ou quando se contestasse a validade de leis ou de atos dos governos locais, em face da Constituição ou das leis federais, e a decisão do Tribunal considerasse válidos esses atos ou leis impugnadas.<sup>17</sup>

O sistema adotado pela Constituição Republicana prevê que os tribunais não irão decidir sobre a validade ou não das leis, mas prevê que das decisões finais dos juízes ou tribunais caberá recurso para o Supremo Tribunal Federal quando se questionar sobre a validade de tratados e leis federais, sendo que a decisão proferida pelas instâncias ordinárias lhes for contrária. Pela via recursal, poderá o Supremo Tribunal Federal invalidar uma norma e reformar a decisão proferida caso esteja em desacordo com a Constituição.<sup>18</sup>

A Lei de n. 221, de 20-11-1894, veio a explicitar, ainda mais, o sistema judicial de controle de constitucionalidade, consagrando no art. 13, § 10, a seguinte cláusula: “Os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição”.<sup>19</sup>

A concepção americana pôde ser especialmente observada pela criação do Supremo Tribunal Federal nos moldes da Suprema Corte dos Estados Unidos da América e tendo como finalidade adequar a dinâmica das forças regionais ao recente sistema federalista. A Carta de 1891 reconheceu a competência do

---

<sup>16</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 740.

<sup>17</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo G. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1085.

<sup>18</sup> BARBOSA, Rui. Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo. **Revista de Trabalhos jurídicos**. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962, p. 54-55.

<sup>19</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo G. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1086.

Supremo Tribunal Federal para praticar o *judicial review* das decisões dos Estados, em última instância.<sup>20</sup>

Como as ideias republicanas não empolgavam tanto quanto a novidade que representava a instituição da federação brasileira, o controle difuso acabou se prestando – tal como o próprio Supremo Tribunal Federal – muito mais para garantir a República contra eventuais maiorias parlamentares que apoiassem o retorno à Monarquia. É dessa postura do Supremo Tribunal Federal que várias decisões tomadas por aquela Corte em seus primórdios terão nítido caráter antimonarquista e em favor dos direitos constitucionais.<sup>21</sup>

A Carta de 1891 suprimiu ainda o sistema dual, em que coexistiam a jurisdição e o contencioso administrativo (de orientação francesa) em prol do sistema de jurisdição única, ou seja, o controle dos atos administrativos pela justiça comum, em mais uma prova da acolhida do *judicial control* norte-americano.<sup>22</sup>

#### **2.4.3.3 Constituição de 1934**

A Constituição de 1934 trouxe inovações importantes para o sistema de controle de constitucionalidade, mesmo que mantendo o sistema difuso. No art. 179 ficou estabelecido o *quorum* especial da maioria absoluta dos membros dos tribunais para que uma norma ou ato do Poder Público fosse declarada inconstitucional. O quórum especial para se declarar a inconstitucionalidade primou pelo ideário da segurança jurídica.<sup>23</sup>

Em que pese ter sido importado do direito norte-americano, no Brasil o quórum qualificado ficou conhecido como Reserva de Plenário (atualmente positivado no art. 97). É nesta Constituição que surge o broto da ação direta de inconstitucionalidade.

Esse controle judicial configurava um sucedâneo do direito de veto, atribuindo-se à Corte Suprema o poder de declarar a constitucionalidade da lei de intervenção e afirmar, *ipso facto*, a inconstitucionalidade da lei ou ato estadual.

<sup>20</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 196-197.

<sup>21</sup> Supremo Tribunal Federal. **HC 300, Relator o Ministro Costa Barradas, julgado em 27 de abril de 1892.** Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+300%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+300%2EACMS%2E%29&base=baseA cordaos&url=http://tinyurl.com/cefbngk>>. Acessado em: 01 de jul. 2018.

<sup>22</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 740-744.

<sup>23</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 197.

Conforme Gilmar Ferreira Mendes não se tratava de formulação de um juízo político, exclusivo do Legislativo, mas de exame puramente jurídico.<sup>24</sup>

A Constituição de 1934 introduziu a competência do Senado para suspender a execução de lei, decreto, regulamento ou deliberação, desde que a declaração de inconstitucionalidade fosse realizada pelo Poder Judiciário, em especial pelo Supremo Tribunal Federal. Os efeitos conferidos a estas decisões era o efeito *erga omnes*.<sup>25</sup>

Não obstante a breve vigência do Texto Constitucional de 1934, em virtude de convulsões políticas daquele tempo, não se pode negar o transcendental significado de suas inovações para o desenvolvimento do controle de constitucionalidade nacional, sendo a mais relevante de todas a instituição da representação interventiva, que significou, a partir de sua formalização em 1965, uma coexistência em nosso ordenamento dos modelos americano e austríaco de controle da constitucionalidade.<sup>26</sup>

Não se deve omitir, ainda, que a Constituição de 1934 continha expressa ressalva à judicialização das questões políticas, dispondo o art. 68 que "é vedado ao Poder Judiciário conhecer das questões exclusivamente políticas".

#### **2.4.3.4 Constituição de 1937**

A Constituição de 1937, apesar de manter o sistema difuso e o quórum qualificado, acabou por retroceder em alguns aspectos. no caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderia o Chefe do Executivo submetê-la novamente ao Parlamento. Confirmada a validade da lei por 2/3 de votos em cada uma das Câmaras, tornava-se insubsistente a decisão do Tribunal.<sup>27</sup>

Logo, se as duas casas confirmassem a lei por dois terços de seus membros a decisão do tribunal ficaria sem efeito. Cumpre notar que a Carta de 1937 além de expressamente vedar ao Judiciário conhecer das questões exclusivamente políticas

---

<sup>24</sup> MENDES, Gilmar. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999. p. 239.

<sup>25</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo. Saraiva, 2011. p. 197.

<sup>26</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 744-747.

<sup>27</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo G. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1086.

(art. 94), tirou do Mandado de Segurança a qualidade de garantia constitucional, passando este a ser disciplinado pela legislação ordinária.<sup>28</sup>

Para se ter uma ideia do grau autoritário desta Constituição, um de seus dispositivos concedia aos governos estaduais a competência legislativa das Assembleias enquanto estas não se reunissem, enquanto outro extinguiu a Justiça Federal.<sup>29</sup>

Verifica-se que na sistemática da Constituição de 1937 não existia de fato a separação dos poderes<sup>30</sup>, pois o poder legislativo podia ser colocado em recesso ou até mesmo dissolvido a qualquer momento pelo Chefe do Poder Executivo.

#### **2.4.3.5 Constituição de 1946**

Dotada do mesmo espírito democrático da Carta de 1934, a Constituição de 1946, também conhecida como a Constituição da Redemocratização, consagrou o voto secreto, o regime de partidos, a representação proporcional, o instituto da suplência, a validade dos diplomas e a competência da justiça eleitoral para o julgamento de todas as fases de um pleito.<sup>31</sup>

O Texto Magno de 1946 restaura a tradição do controle judicial no Direito brasileiro. A par da competência de julgar os recursos ordinários (art. 101, II, a, bec), disciplinou-se a apreciação dos recursos extraordinários: "a) quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal; b) quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada; e c) quando se contestar a validade de lei ou ato de governo local em face desta Constituição ou de lei federal, e a decisão recorrida julgar válida a lei ou o ato". Preservou-se a exigência da maioria absoluta dos membros do Tribunal para a eficácia da decisão declaratória de inconstitucionalidade (art. 200). Manteve-se, também, a atribuição do Senado Federal para suspender a execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal (art. 64).<sup>3233</sup>

---

<sup>28</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 197-198.

<sup>29</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica – uma nova crítica do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 442.

<sup>30</sup> ACCIOLI, Wilson. **Instituições de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense.

<sup>31</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica – uma nova crítica do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 444.

<sup>32</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 198.

<sup>33</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo G. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1090.

A Emenda Constitucional nº. 16, de 26 de novembro de 1965, introduziu em nosso sistema o controle abstrato de normas perante o Supremo Tribunal Federal. Ao dar nova redação à alínea k do art. 101, I, da Constituição de 1946, a Emenda determinou que caberia ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República, que detinha iniciativa privativa a respeito. Nascia o instituto que hoje conhecemos por Ação Direta de Inconstitucionalidade.<sup>34</sup>

#### **2.4.3.6 Constituição de 1967**

A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº. 1/69 mantiveram, em suas linhas básicas, o sistema de controle da Constituição de 1946, com as modificações da Emenda nº. 16/65. Houve, no entanto, a disciplina, pelo texto de 1969, do controle de constitucionalidade estadual para fins de intervenção em município. A representação para fins de intervenção federal, confiada ao Procurador-Geral da República, foi ampliada, com o objetivo de assegurar não só a observância dos chamados princípios sensíveis (art. 10, VII), mas também prover a execução de lei federal (art. 10, VI, primeira parte). A competência para suspender o ato estadual foi transferida para o Presidente da República (art. 11, §2º). Preservou-se o controle de constitucionalidade *in abstracto*, exatamente como estabelecido pela Emenda nº. 16, de 1965.<sup>35</sup>

Não se pode deixar de destacar o relevante papel representado pela Emenda Constitucional nº. 7, de 1977, pois suas disposições muito influenciariam os rumos de nosso controle de constitucionalidade. A Emenda nº. 7/77 introduziu, ao lado da representação de inconstitucionalidade, a representação para fins de interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual, outorgando ao Procurador-Geral da República a legitimidade para provocar o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal. Essa interpretação feita pelo Supremo teria força vinculante e seria o ponto de partida do hoje tão conhecido efeito vinculante, cuja evolução significativa se daria sob o manto da atual Constituição, passando pela Emenda Constitucional nº.

---

<sup>34</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 749-751.

<sup>35</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo G. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1094.

3, de 1993 e pela Lei 9.868, de 1999, antes de atingir seu estágio final com a Emenda Constitucional nº. 45, de 2004.<sup>36</sup>

#### **2.4.3.7 Constituição de 1988**

No Brasil, o sistema de controle de constitucionalidade sofreu substancial reforma com o advento da Constituição de 1988. O texto constitucional de 1988 manteve o sistema já tradicional de controle de constitucionalidade incidental ou difuso, porém com a introdução de novos instrumentos, tais como o mandado de injunção, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, mandado de segurança coletivo e, com grande relevância, a ação direta de inconstitucionalidade, a Carta de 1988 conferiu um novo panorama ao sistema de inconstitucionalidade brasileiro.<sup>37</sup>

A Constituição promulgada em 05 de outubro de 1988 manteve o controle difuso criado na CF/1981, bem como as alterações que lhe foram incorporadas com a CF/1934, quais sejam: exigência do voto de pelo menos a maioria absoluta dos membros dos tribunais para declarar a inconstitucionalidade de uma lei (art. 97); a possibilidade do Senado Federal suspender os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal “erga omnes” (art. 52, X) e, por fim, a ação interventiva federal (art. 34, VII) e estadual (art. 35), que, não obstante serem ações diretas, processam-se num caso concreto. Além de manter o sistema de controle de constitucionalidade de constituições anteriores, a Constituição de 1988 ampliou significativamente o direito de propositura da ação direta, que havia sido inserida em nosso ordenamento coma EC n. 16/65. Ademais, criou a chamada ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a EC n. 03/93 trouxe ao sistema mais duas ações de controle direto de constitucionalidade: a ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental.<sup>38</sup>

Assim, com os avanços introduzidos pela Carta de 1988 tem-se que o Brasil possui um dos modelos de controle de constitucionalidade judicial mais avançados do mundo.

Superado o contexto histórico, analisaremos as vias jurisdicionais do controle repressivo de normas adotados pelo Brasil.

---

<sup>36</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 751-756.

<sup>37</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 277-278.

<sup>38</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 756-758.

### 3 DOS SISTEMAS DE CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle de constitucionalidade é o mecanismo de verificação da compatibilidade de um ato normativo em face da Constituição Federal. As normas que compõem o ordenamento jurídico brasileiro devem estar de acordo com o Texto Maior, ou seja, devem guardar uma compatibilização vertical. O controle de constitucionalidade tem por fundamento o princípio da Supremacia Constitucional, o qual dispõe de que as normas constitucionais estão no ápice da pirâmide hierárquica de Kelsen.<sup>39</sup>

Com relação ao princípio da Supremacia Constitucional, o qual é fundamental para o controle de constitucionalidade, José Afonso da Silva<sup>40</sup> explica referido princípio da seguinte forma:

O princípio da supremacia da constituição que, no dizer de Pinto Ferreira, 'é reputado como pedra angular, em que assenta o edifício do moderno direito político'. Significa que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas.

Logo, a Constituição está no topo da pirâmide das normas, utilizando-se da doutrina *kelseniana*, sendo que as leis e normas não podem contrariá-la, de modo material ou formal, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade.

No que se refere aos sistemas, o Brasil, no âmbito do Poder Judiciário, adota o sistema misto de controle de constitucionalidade: o controle difuso (via de exceção) e o controle concentrado (via de ação). Os métodos de controle emanam de um ou vários órgãos judicantes para conhecer e decidir sobre a inconstitucionalidade.<sup>41</sup>

Ualdi Lammêgo Bulos consagra que “ambos são vias jurisdicionais de declaração de inconstitucionalidade. Equivalem aos meios consagrados pela ordem

---

<sup>39</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

<sup>40</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 19 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 45.

<sup>41</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 815.

jurídica para o Poder Judiciário realizar a justiça constitucional, reprimindo a existência de normas incompatíveis com a supremacia da constituição”.<sup>42</sup>

### **3.1 Dos Sistemas de controle judicial: Difuso e Concentrado**

No controle concentrado (via de ação ou abstrata), o objeto da ação é a própria inconstitucionalidade e, sendo assim, sua função é muito mais nobre que a função do controle difuso norte-americano. No controle difuso (via de exceção ou de defesa), o objeto da ação é um caso concreto. A questão da inconstitucionalidade é meramente incidental no processo. Em sede de controle difuso, busca-se preservar a parte, num caso concreto, de uma inconstitucionalidade. O controle concentrado busca manter o sistema harmônico, expurgando normas que não sejam compatíveis com o Texto Fundamental.

#### **3.1.1 Controle Difuso**

O controle difuso, existente no Brasil desde a Constituição de 1891, permite a todo e qualquer juiz ou tribunal apreciar a inconstitucionalidade das leis ou atos normativos. Está regulamentado de forma implícita na Constituição Federal de 1988 (art. 5º, XXXV; art. 102, III; art. 103, a) e seu procedimento é regrado pelo Código de Processo Civil (art. 948-950). O Supremo Tribunal Federal o exerce em sede de recurso extraordinário (art. 102, III, a, b, c), em sede de recurso ordinário ou quando analisa a inconstitucionalidade de normas fundadas em decisões recorridas. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça esta Corte exercita o controle difuso por intermédio do recurso especial.<sup>43</sup>

No sistema de controle difuso numa discussão sobre qualquer relação jurídica posta ao crivo do Poder Judiciário, pode ser suscitado o incidente de inconstitucionalidade de determinada ou determinadas normas. Nestes casos o Poder Judiciário é provocado a se manifestar sobre este incidente para então proferir a decisão sobre o caso concreto. Esta análise é indispensável para a análise do mérito, sendo que sem a qual não há como julgar o caso. Nessas situações estamos diante do controle difuso.

---

<sup>42</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 200.

<sup>43</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 201.

O sistema de controle difuso também é conhecido como via incidental, justamente por ser um incidente dentro de determinado caso concreto, eis que restringe entre as partes os efeitos da declaração. Esse controle pela via de exceção é aquele que se configura como o mais adequado para prover a defesa do cidadão contra os abusos normativos emanados do Poder, eis que lhe garante suscitar a controvérsia a fim de ver garantido seus direitos individuais.<sup>44</sup>

Na via de exceção o objeto não é a declaração da inconstitucionalidade em si, mas sim, no caso concreto, no curso de qualquer ação, de preservar e evitar a lesão dos direitos individuais, onde a validade de uma lei cuja finalidade frente à Constituição é contestada.<sup>45</sup> Deste momento é que surge o controle difuso.

Alexandre de Moraes<sup>46</sup>, entende que

O controle difuso caracteriza-se, principalmente, pelo fato de ser exercitável somente perante um caso concreto a ser decidido pelo Poder Judiciário. Assim, posto um litígio em juízo, o Poder Judiciário deverá solucioná-lo e para tanto, incidentalmente, deverá analisar a constitucionalidade ou não da lei ou do ato normativo. A declaração de inconstitucionalidade é necessária para o deslinde do caso concreto, não sendo pois objeto principal da ação.

A solução dos litígios deveria sempre sofrer o filtro constitucional, a fim de que o juiz somente pudesse resolver o litígio caso após a análise da validade ou não de lei ou ato normativo que é prejudicial à solução do caso que lhe é submetido.<sup>47</sup> É dever do magistrado examinar a compatibilidade do texto legal com a Constituição.<sup>48</sup> Lênio Streck, nesse particular, pondera que “ao contrário dos tribunais, o juiz não declara a inconstitucionalidade do texto normativo; deixa de aplicá-lo”.<sup>49</sup> A declaração de inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário requer o voto da maioria de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, denominada como cláusula de reserva de plenário, conforme veremos mais adiante.

---

<sup>44</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 32ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 333.

<sup>45</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Direito constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 818.

<sup>46</sup> MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 32 ed. rev. e atual. até a EC n.º 91. São Paulo: Atlas, 2016. p. 1134-1135.

<sup>47</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 770.

<sup>48</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 828.

<sup>49</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 362.

No sistema judiciário brasileiro as decisões sobre a constitucionalidade proferidas pelos órgãos inferiores do Poder Judiciário não são, em princípio, definitivas, podendo a controvérsia ser levada, em última instância, ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal, por meio do recurso extraordinário (CF, art. 102, III).

Contudo, é conferido somente ao Supremo Tribunal Federal a possibilidade, por si próprio, apreciar a questão de inconstitucionalidade que não tenha sido suscitada previamente. Essa sua prerrogativa lhe é exclusivíssima face sua posição institucional.<sup>50</sup>

Em sendo suscitada inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, o magistrado ao decidir sobre a causa, deverá, necessariamente, verificar a questão da constitucionalidade levantada. Face isso que no controle difuso de constitucionalidade o objeto não é a verificação da constitucionalidade ou não de determinada lei ou ato normativo, mas sim uma relação jurídica que é afetada por esta situação de inconstitucionalidade.<sup>51</sup>

Luiz Guilherme Marinoni<sup>52</sup> entende que

No controle concreto, a análise da constitucionalidade da norma – que é pressuposto à resolução da demanda – se apresenta conjugada à aferição de direito subjetivo ou interesse legítimo, cuja tutela jurisdicional dela depende. A constitucionalidade da norma, em outras palavras, não é o objeto ou mesmo o fim do processo. Ou seja, o processo não é instaurado em virtude de dúvida acerca da legitimidade da norma nem objetiva definir sua constitucionalidade, declarando-se a sua inconstitucionalidade ou constitucionalidade.

O modelo difuso pressupõe uma relação jurídica preexistente como condição imprescindível para o exercício do controle de constitucionalidade a fim de defender direito individual. No controle difuso o Poder Judiciário não se reporta ao mérito da causa, sendo que a sentença se presta para resolver a questão prévia de inconstitucionalidade e não o caso concreto em si. O litígio será resolvido após a solução do incidente.<sup>53</sup>

Porém, nem todas as matérias podem ser submetidas ao controle difuso, tais como: leis ou atos normativos revogados; normas constitucionais originárias; ato

---

<sup>50</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 202.

<sup>51</sup> VICENTE, Paulo; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado**. 16. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 759.

<sup>52</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 770.

<sup>53</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 200.

inconstitucional com efeito *erga omnes*, crises de legalidade, leis e atos de efeitos concretos, súmulas, ementas de leis diversas de seu conteúdo, respostas ao Tribunal Superior Eleitoral, convenções coletivas de trabalho, normas regimentais do processo legislativo, resoluções. Contudo, esses temas podem ter sua aplicabilidade afastada na análise do caso concreto, mas não em si mesmas.

De maneira diversa reside o controle concentrado de constitucionalidade, o qual autoriza que apenas a cúpula do Poder Judiciário aprecie a inconstitucionalidade das leis ou atos normativos, prescindindo de um caso concreto, conforme se verá.

### 3.1.2 Controle Concentrado

O controle concentrado de constitucionalidade surgiu através da doutrina de Hans Kelsen<sup>54</sup> o qual conclui em seu posicionamento de haver um único órgão para exercer o controle que

se o controle da constitucionalidade das leis é reservado a um único tribunal, este pode deter competência para anular a validade da lei reconhecida como inconstitucional não só em relação a um caso concreto mas em relação a todos os casos a que a lei se refira – quer dizer, para anular a lei como tal. Até esse momento, porém, a lei é válida e deve ser aplicada por todos os órgãos aplicadores do Direito

Este modo de controle busca obter a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em abstrato, ou seja, sem ter a vinculação com algum caso concreto. Visa a declaração de invalidade da lei. Este modo tem a finalidade de garantir segurança jurídica nas relações, evitando-se que nas relações sejam utilizadas normas inconstitucionais.<sup>55</sup>

Ao contrário do controle difuso, no controle concentrado não há um caso concreto como requisito para análise da constitucionalidade da lei ou ato normativo, razão pela qual se diz que a ação é fundada em direito em tese ou em abstrato. A tutela a ser protegida é da própria ordem jurídica, a fim de conferir maior estabilidade nas relações, onde os efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade são

---

<sup>54</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1985. p. 288-290.

<sup>55</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 32. ed. rev. e atual. até a EC n.º 91. São Paulo: Atlas, 2016. p. 1148.

*erga omnes*, ou seja, aplicável a todos, não sendo mais a norma suscetível a questionamento, porque extirpada do mundo jurídico.<sup>56</sup>

Não se trata nas ações de controle concentrado de direitos subjetivos ou vinculados à um caso em tela, mas sim de buscar a retirada do mundo jurídico de lei ou ato normativo inconstitucional. Trata-se da hipótese de a inconstitucionalidade vir a ser declarada em tese, quando o controle é exercido em uma ação cuja finalidade é o exame da validade da lei em si, e não mais examinada, incidentalmente, em um processo comum.<sup>57</sup>

Assim, o sistema de controle por via de ação oportuniza que a norma questionada em tese, em abstrato, seja impugnada sem que haja uma relação jurídica preexistente, onde o questionamento da lei ou ato normativo perante o tribunal, se acolhido, fará com que tenha sua validade anulada e cujo efeito será contra todos.<sup>58</sup>

O exercício do controle de constitucionalidade repressivo, exercido pelo Poder Judiciário, face à Constituição Federal é realizado pelo Supremo Tribunal Federal, de forma exclusiva. No âmbito dos Tribunais Estaduais geralmente é realizado pelos órgãos especiais, porém para a retirada de lei ou ato normativo estadual ou municipal, que afronte à Constituição Estadual. No ordenamento existem 4 ações para realizar o controle concentrado: a) ação direta de inconstitucionalidade (ADI); b) ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO); c) ação declaratória de constitucionalidade (ADC); d) arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 103, ampliou o rol dos legitimados a proporem ações em sede de controle concentrado ou contribuiu para o aumento do volume deste tipo de ação submetida ao controle do Judiciário.<sup>59</sup>

Acerca dessa ampliação do rol de legitimados a proporem ações em sede de controle concentrado, Gilmar Mendes<sup>60</sup> entende que

---

<sup>56</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 905.

<sup>57</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 854.

<sup>58</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 314.

<sup>59</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 906.

<sup>60</sup> MENDES, Gilmar. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999. p. 255-256.

Com isso satisfaz o constituinte apenas parcialmente a exigência daqueles que solicitavam fosse assegurado o direito de propositura da ação a um grupo de, v.g., dez mil cidadãos ou que defendiam até mesmo a introdução de uma ação popular de inconstitucionalidade.

(...)

O monopólio de ação outorgado ao Procurador-Geral da República no sistema de 1967/69 não provocou uma alteração profunda no modelo incidente ou difuso. Este continuou predominante (...).

A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso, ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103) (...).

Convém assinalar que, tal como já observado por Anschutz ainda no regime de Weimar, toda vez que se outorga a um Tribunal especial atribuição para decidir questões constitucionais, limita-se, explícita ou implicitamente, a competência da jurisdição ordinária para apreciar tais controvérsias.

Portanto, parece quase intuitivo que, ao ampliar de forma significativa, o círculo de entes e órgão legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal, no processo de controle abstrato de normas, acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade.

A crítica realizada por Gilmar Mendes é no sentido da ampliação das possibilidades do acesso pela via abstrata em detrimento da via concreta. Essa ampliação acarretaria em uma diminuição do controle incidental.

Com relação ao objeto das ações que versam sobre o exercício do controle de constitucionalidade em abstrato, temos de forma clara, que podem ser submetidos as leis e os atos normativos federais ou estaduais contrários à Constituição. A competência originária, conforme abordado neste trabalho é do STF no âmbito federal e dos Tribunais de Justiça quando se tratar de leis ou atos normativos estaduais ou municipais contrários à Constituição Estadual.<sup>61</sup>

Não há controle concentrado de normas municipais frente à Constituição Federal, mas sim frente à Constituição Estadual. Logo, se as normas da Constituição Federal de 1988 forem violadas por leis ou atos normativos municipais, e as normas constitucionais estiverem repetidas, reproduzidas ou imitadas na Constituição do respectivo ente estadual da federação, caberá o controle perante o Tribunal de Justiça Estadual.<sup>62</sup>

Se lei ou ato normativo municipal (ou distrital de natureza municipal) violar norma da Constituição do Estado, que seja repetida na Constituição Federal, cabe

---

<sup>61</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 921.

<sup>62</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 203-204.

ação de controle concentrado perante o Tribunal Estadual. Porém, do acórdão proferido pelo Tribunal caberá, de forma excepcional, recurso extraordinário par ao Supremo Tribunal Federal, haja vista matéria constitucional envolvida no julgamento.<sup>63</sup> Nas hipóteses de lei ou ato normativo municipal estar em desacordo com a Constituição Federal, existem duas formas de realizar o controle de constitucionalidade: pela arguição de descumprimento de preceito fundamental (CF, art. 102, § 1º, c/c a Lei n. 9.882/99, art. 1º, parágrafo único, I); e pela fiscalização difusa, exercida, no caso concreto, por qualquer juiz ou Tribunal.<sup>64</sup>

Assim, nem todas os atos normativos podem ser submetidos ao crivo do controle de constitucionalidade repressivo judicial, *e.g.*, normas constitucionais originárias, leis revogadas, leis anteriores à Constituição, resoluções. Logo, somente atos regulamentares poderiam ser submetidos ao crivo da análise de constitucionalidade. O controle abstrato não se destina a ato não dotado de abstração e generalidade. Ou seja, os atos de efeitos concretos não abrem ensejo para a ação direta de inconstitucionalidade, sendo ainda insuscetíveis de controle abstrato determinados atos, ainda que revestidos sob a forma de lei, como as leis orçamentárias.<sup>65</sup>

Com relação aos chamados atos jurídicos de efeitos concreto, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a Corte sempre foi firme no entendimento de que as normas secundárias, que têm como fundamento de validade outras que não a Lei Maior, não estão sujeitas a essa fiscalização, pois haveria sempre uma questão de prévia legalidade que demandaria o exame da compatibilidade entre a norma impugnada e aquela que lhe dá fundamento.

Gilmar Mendes<sup>66</sup> critica o posicionamento da Corte, nos seguintes termos:

A extensão dessa jurisprudência, desenvolvida para afastar do controle abstrato de normas os atos administrativos de efeito concreto, às chamadas leis formais suscita, sem dúvida, alguma insegurança, porque coloca a salvo do controle de constitucionalidade um sem-número de leis.(...)  
Outra há de ser, todavia, a interpretação se se cuida de atos editados

---

<sup>63</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 930-932.

<sup>64</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 205.

<sup>65</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 926.

<sup>66</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 181-182.

sob a forma de lei. Nesse caso, houve por bem o constituinte não distinguir entre leis dotadas de generalidade e aquelas outras, conformadas sem o atributo da generalidade e abstração. (...)

Ora, se a Constituição submete a lei ao processo de controle abstrato, até por ser este o meio próprio de inovação na ordem jurídica e o instrumento adequado de concretização da ordem constitucional, não parece admissível que o intérprete debilite essa garantia da Constituição, isentando um número elevado de atos aprovados sob a forma de lei do controle abstrato de normas e, muito provavelmente, de qualquer forma de controle. É que muitos desses atos, por não envolverem situações subjetivas, dificilmente poderão ser submetidos a um controle de legitimidade no âmbito da jurisdição ordinária. Ressalte-se que não se vislumbram razões de índole lógica ou jurídica contra a aferição da legitimidade das leis formais no controle abstrato de normas, até porque abstrato – isto é, não vinculado ao caso concreto – há de ser o processo e não o ato legislativo submetido ao controle de constitucionalidade.

Por derradeiro, cumpre observar que o entendimento do Supremo Tribunal acima referido acaba, em muitos casos, por emprestar significado substancial a elementos muitas vezes acidentais, a suposta generalidade, impessoalidade e abstração ou a pretensa concretude e singularidade do ato do Poder Público.

Ora, se determinado ato administrativo é contrário a lei fundamental, não pode o STF deixar de declará-lo inconstitucional sob o argumento de que não houve ofensa direta, pois, mesmo reflexa, estará coexistindo norma de categoria inferior afastando norma de categoria superior. Porém, a declaração deverá considerar sempre a presunção de constitucionalidade na modulação dos efeitos, bem como os princípios da legalidade e isonomia em face do administrado.

Por fim, reitera-se que no Brasil que se as normas são incompatíveis com o texto constitucional de 1988, mesmo as anteriores à sua promulgação, as mesmas não são recepcionadas, ou seja, não se chega a cogitar da inconstitucionalidade, mas sim de recepção e não recepção.

Realizada a contextualização dos sistemas de controle de constitucionalidade, passa-se a análise acerca dos efeitos das decisões proferidas.

### **3.2 Quanto aos efeitos**

A declaração de inconstitucionalidade, dependendo do modo que é realizado pelo Poder Judiciário, gera, em regra, dois efeitos: o *ex nunc* e o *ex tunc*. No caso do controle difuso, os efeitos em regra são *ex tunc* e *inter partes*, em outras palavras: a decisão é retroativa e alcança somente as partes envolvidas em determinada demanda. Já no caso do controle abstrato, os efeitos podem ser *ex tunc*, *ex nunc* ou

*pro futuro*, ou seja, é possível a modulação dos efeitos temporais para que a decisão seja retroativa ou não, ou ainda passe a valer condicionada a um evento futuro. Ademais, a decisão no controle concentrado é *erga omnes* – possui efeitos gerais.

Sobre a eficácia das sentenças na jurisdição constitucional, Teori Zavascki<sup>67</sup> entende que

A eficácia das sentenças, ou seja, sua aptidão para produzir efeitos, tema já reconhecidamente complexo na processualística comum, ganha contornos ainda mais instigantes no âmbito da jurisdição constitucional. Aqui os efeitos dos julgados são enormemente potencializados por circunstâncias peculiares, nomeadamente as relacionadas com a validade *erga omnes* e a força vinculante que delas provém. Em contrapartida, a geração desses efeitos acarreta problemas também típicos da jurisdição constitucional, como os que decorrem dos inevitáveis conflitos propiciados pela coexistência, no sistema, de dois instrumentos de controle para um mesmo preceito normativo: o controle em abstrato – concentrado na Suprema Corte e, se tratando de questão constitucional estadual, nos tribunais de justiça dos Estados, produzindo sentenças com eficácia *erga omnes* – e o concreto – difuso também pelos órgãos judiciários inferiores, apto a produzir sentença com força de lei, em regra, para a situação em particular.

Uadi Lammêgo Bulos, de forma mais ampliativa, entende que os efeitos de declaração de inconstitucionalidade no controle difuso são: efeitos retroativos (ou *ex tunc*); efeitos vinculantes entre as partes (ou *inter partes*); efeitos prospectivos (ou futuros, *ex nunc*, *pro futuro*, *a posteriori*); efeitos gerais (ou genéricos, *erga omnes*). No controle concentrado: efeitos gerais (*erga omnes*); efeitos repristinatórios; efeitos retroativos (*ex tunc*, *ab initio* ou *ex origine*); efeitos prospectivos (*ex nunc*, *pro futuro* ou *a posteriori*); efeitos vinculantes (vinculatórios ou vinculativos).<sup>68</sup>

De regra, quando declarada a constitucionalidade, através de ação direta de constitucionalidade (ADC), o efeito será sempre *ex tunc*, ou seja, retroage à data da edição do ato normativo. Entretanto, se houver declaração de inconstitucionalidade, pela via de ação direta de inconstitucionalidade, em regra, também produzirá efeitos *ex tunc*.

Todavia, por motivos de *segurança jurídica*, ou de *excepcional interesse social*, o Supremo Tribunal Federal ou o órgão Especial de Tribunal Estadual poderá conceder eficácia *ex nunc*, ou seja, a partir do trânsito em julgado da decisão ou de

---

<sup>67</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 21.

<sup>68</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 340-343.

outro momento que venha a ser fixado), ou, ainda, restringir os efeitos da decisão, mediante votação por maioria de 2/3 (dois terços) de seus membros.

Diante disso, analisaremos os efeitos no controle difuso, no controle concentrado e a possibilidade de modulação dos efeitos de uma sentença proferida na jurisdição constitucional.

### 3.2.1 Efeitos no Controle Difuso

A doutrina majoritária adota o entendimento de que a decisão prolatada em sede de controle difuso de constitucionalidade possui natureza declaratória e com eficácia subjetiva (efeito *inter partes*).<sup>69</sup>

No controle difuso, os efeitos da decisão atingem as partes envolvidas no litígio, ou seja, os efeitos da sentença valem somente para as partes que litigaram em juízo, não extrapolando os limites estabelecidos na lide. Em relação a estas partes que litigarem no processo onde incidentalmente se der a declaração de inconstitucionalidade, os efeitos em regra serão *ex tunc*, ou seja, retroagirão à data da edição da lei, tornando-a incapaz de gerar seus efeitos lesivos em relação àquela parte que arguiu a inconstitucionalidade. Os efeitos prospectivos (*ex nunc*) no controle difuso só recairão em relações jurídicas futuras, não retroagindo para desconstituir relações consolidadas antes do seu surgimento, sendo que somente depois que o Senado editar resolução para suspender a executoriedade da norma é afetará as hipóteses futuras. Os efeitos gerais (*erga omnes*) atingem a todos de modo indistinto, sendo que ocorre quando o Senado publica resolução suspendendo a lei declarada inconstitucional por sentença definitiva do Supremo (art. 52, X, da CF).<sup>70</sup>

A questão de a declaração de inconstitucionalidade proferida *incidenter tantum* produzir efeitos somente *inter partes* não gera maiores perplexidades no caso de essa decisão ser proferida por juiz monocrático ou por qualquer tribunal.

A decisão não faz coisa julgada em relação à lei cuja inconstitucionalidade foi declarada quando da análise de caso concreto, ou seja, a norma persiste no muno jurídico alheio as partes. Na vigência de uma lei qualquer juiz ou Tribunal por entendê-la como constitucional e continuar a aplicá-la, pelo menos até que o Senado

---

<sup>69</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

<sup>70</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 340-341.

Federal emita resolução suspendendo a execução da lei declarada inconstitucional após a apreciação do Supremo Tribunal Federal.<sup>71</sup> Contudo, outra parte da doutrina entende que as decisões tomadas pelo Plenário ou Órgão Especial em sede de controle difuso, mesmo sem deterem de eficácia *erga omnes*, transcendem a relação *inter partes* estabelecida no caso concreto e alastram seus efeitos no âmbito do Tribunal a que o caso estiver vinculado que, via de consequência, vincula os órgãos fracionários daquela Corte.<sup>72</sup>

Teori Zavascki defendia que a essência da regra é para que seus efeitos surtam para além caso concreto<sup>73</sup>, entendimento o qual também é adotado pela maioria dos membros do Poder Judiciário.<sup>74</sup>

Contudo, não podemos excluir a regra prevista no art. 52, inciso X, da Constituição Federal de 1988, sendo que pela regra, a decisão do Supremo Tribunal Federal que declara a inconstitucionalidade pela via difusa, em princípio, não tem caráter *erga omnes*, devendo a deliberação ser comunicada ao Senado Federal.

### 3.2.2 Efeitos no Controle Concentrado

Os efeitos no controle concentrado de constitucionalidade podem ser: *erga omnes* (válido para todos), *ex tunc* (efeitos retroativos), vinculantes (para o Poder Judiciário e os órgãos da administração), efeitos prospectivos (*ex nunc*, *ab initio* ou *ex origine*) e efeitos repristinatórios (reentrada em vigor de norma aparentemente revogada, ocorrendo quando uma norma que revogou outra é declarada inconstitucional).<sup>75</sup>

No procedimento do controle concentrado da constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal, ao decidir, em Ação Direta de Inconstitucionalidade, pela inconstitucionalidade da norma (lei ou ato normativo), traz nessa mesma decisão o

---

<sup>71</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros 2001.

<sup>72</sup> AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade: comentários ao art. 97 da Constituição e os arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

<sup>73</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 26.

<sup>74</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 617.389**, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 08/05/2012 – Processo eletrônico DJe-099, Divulg. 21-05-2012, Public. 22-05-2012: “(...) III – A existência de orientação do Plenário da Corte sobre a questão constitucional debatida legitima o julgamento monocrático do recurso nos termos do art. 557 do CPC. IV - Agravo regimental improvido.”

<sup>75</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 343.

efeito de retirar a eficácia da lei ou ato normativo, sendo desnecessária qualquer participação do Senado Federal, ao contrário do que estabelece no controle difuso. a norma declarada inconstitucional desaparece, para os efeitos de sua execução, sua aplicabilidade, seja pela decisão do Senado, no caso do controle difuso, seja pela decisão do Supremo Tribunal Federal, no caso do controle concentrado em ADI, bem como nas ADC.<sup>76</sup>

Com relação a extensão do mérito dos efeitos de decisão proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade, o Ministro do Supremo, Sidney Sanches<sup>77</sup>, assim entendeu:

A decisão proferida pela Corte, no julgamento de mérito de ação direta de inconstitucionalidade, esta, sim, tem eficácia "erga omnes", por envolver o controle concentrado ("in abstracto") de constitucionalidade, mas não comporta execução. E para preservação de sua autoridade, nessa espécie de ação, o S. T. F. só excepcionalmente tem admitido Reclamações, e apenas a quem tenha atuado no respectivo processo, não sendo esse o caso da Reclamante.

Com a declaração de inconstitucionalidade proferida pela Corte competente, Supremo Tribunal Federal ou Tribunal Estadual, conforme o caso, diante da eficácia *erga omnes*, ou seja, contra todos, não há mais a possibilidade de execução da norma. Juiz, Tribunal, Administração Pública, deixarão de aplicar a lei ou ato normativo declarado inconstitucional.

Expurgada do mundo jurídico, a norma deixa de produzir qualquer efeito, conforme preceitua o § 2º, do art. 102, da Constituição Federal.<sup>78</sup>

Percebe-se pela leitura do aludido dispositivo que as decisões do Supremo em sede de controle concentrado (ADI e ADC) irão produzir efeito vinculante em relação a todos os demais órgãos do Poder Judiciário, bem como relativamente aos órgãos da administração pública direta e indireta, em todos os entes políticos da federação.

---

<sup>76</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 885-891.

<sup>77</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação. n.º 447-PE**. Tribunal Pleno, relator: Ministro Sidney Sanches, julgado em: 16/02/1995. Conhecida em parte, votação unânime. DJ 31/3/1995.

<sup>78</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 22 de jun. 2018.

Assim, as decisões em sede de controle concentrado possuem os seguintes efeitos: a) eficácia contra todos (*erga omnes*); b) efeitos retroativos (*ex tunc*); c) efeito vinculante; d) efeito repristinatório em relação à legislação anterior.

A eficácia contra todos significa que a decisão tem aplicação a todos os indivíduos que estariam sujeitos à aplicação da lei ou ato normativo impugnado. Os efeitos *ex tunc* significam que produzem efeitos retroativos pois expurgam a lei ou ato normativo desde a sua origem. O efeito vinculante significa que relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, ficam vinculadas à decisão proferida pela Corte competente, não podendo mais aplicar a norma inconstitucional. O efeito vinculante se aplica inclusive ao Poder Legislativo, conforme entendeu o Supremo Tribunal Federal (STF, ADI 864/RS, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ, 151:422), mas não o impede que este reproduza total ou parcialmente a mesma norma. A decisão de mérito de inconstitucionalidade também é dotada de efeitos repristinatórios em relação ao direito anterior de norma que havia sido revogada ou alterada pela norma declarada inconstitucional.<sup>79</sup>

Com isso, é como se a lei anteriormente revogada pela lei declarada inconstitucional em ação direta jamais tivesse perdido sua vigência, não sofrendo solução de continuidade. O Ministro Celso de Mello<sup>80</sup>, sobre o tema, decidiu que

A declaração de inconstitucionalidade *in abstracto*, considerado o efeito repristinatório que lhe é inerente, importa em restauração das normas estatais revogadas pelo diploma objeto do processo de controle normativo abstrato. É que a lei declarada inconstitucional, por incidir em absoluta desvalia jurídica, não pode gerar quaisquer efeitos no plano do direito, nem mesmo o de provocar a própria revogação dos diplomas normativos a ela anteriores. Lei inconstitucional, porque inválida, sequer possui eficácia derogatória. A decisão do Supremo Tribunal Federal que declara, em sede de fiscalização abstrata, a inconstitucionalidade de determinado diploma normativo tem o condão de provocar a repristinção dos atos estatais anteriores que foram revogados pela lei proclamada inconstitucional

Para que haja a pronúncia da inconstitucionalidade das normas revogadas, impedindo a restauração de sua vigência, é necessário que o autor da ação direta impugne ao mesmo tempo, além da norma revogadora, todos os atos normativos,

---

<sup>79</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 355.

<sup>80</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 2.215**. Relator: Ministro Celso de Mello. Publicado no D.J.U. em 17.04.2001.

que, embora revogados, reipristinariam com o reconhecimento da inconstitucionalidade da norma revogadora.

Em sede de Controle Concentrado de Constitucionalidade, especificamente na Ação Declaratória Genérica de Inconstitucionalidade (ADI), parcela da doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal agasalharam a teoria da nulidade<sup>81</sup> quando da declaração de uma lei inconstitucional, conforme se depreende de trecho de voto do Ministro Celso de Mello<sup>82</sup>:

Atos inconstitucionais são, por isso mesmo, nulos e destituídos, em consequência, de qualquer carga de eficácia jurídica. A declaração de inconstitucionalidade de uma lei alcança, inclusive, os atos pretéritos com base nela praticados, eis que o reconhecimento desse supremo vício jurídico, que inquina de total nulidade os atos emanados do poder público, desampara as situações constituídas sob sua égide e inibe – ante a sua inaptidão para produzir efeitos jurídicos válidos – a possibilidade de invocação de qualquer direito

Não obstante, a mera eficácia *ex tunc*, pura e simplesmente, acabava, não raro, por gerar situações incompreensíveis, seja para aqueles que tiveram dado direito auferido, seja porque ocorreu o ato jurídico perfeito, seja porque decorreu o fenômeno do direito adquirido, seja para a própria administração que via dado interesse social extirpado, criando situações que colocava em colusão o próprio primado da segurança jurídica, vetor do arcabouço constitucional, a quem cabe no Brasil ao Supremo Tribunal Federal resguardar em caráter último.<sup>83</sup>

A Lei Federal n. 9.868/1999, que regulamenta o processo e o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Ação Declaratória de Constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, inseriu dispositivos que viabilizam a atenuação do regime da sanção de nulidade no ordenamento brasileiro. Logo, o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado, pode proferir sentença com eficácia não retroativa. Seus efeitos seriam prospectivos, para o futuro, a partir do trânsito em julgado, mantendo o ato jurídico perfectibilizado.

Trata-se, portanto, de no sistema de controle concentrado de constitucionalidade ser cabível a modulação dos seus efeitos da sentença preferida em jurisdição constitucional, conforme se verá a seguir.

---

<sup>81</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 346-347.

<sup>82</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 652**. Relator: Ministro Celso de Mello. Publicado no D.J.U. em 02.04.1993.

<sup>83</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 348.

### 3.2.3 Modulação dos Efeitos

O princípio da modulação temporal dos efeitos do controle de leis e atos normativos permite que o Supremo Tribunal Federal, o Pleno ou o Órgão Especial de Tribunais de Justiça, possam manipular ou graduar os efeitos temporais das decisões proferidas, com grande carga de discricionariedade e razoabilidade. Este princípio permite que o tribunal competente possa restringir ou limitar os efeitos temporais da declaração abstrata de inconstitucionalidade.<sup>84</sup>

Em decorrência desse princípio, com a edição da Lei Federal n. 9.868/99<sup>85</sup>, o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade passou por modificações nas quais se inseriram normas (art. 27) que se destacaram, em face do defendido tradicionalmente pela doutrina, considerando razões de segurança jurídica ou de interesse social excepcional, com *quorum* qualificado, podendo restringir os efeitos da decisão ou resolver que esta somente tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que fixar. Os efeitos são do ato administrativo e do ato legislativo declarado inconstitucional, não do ato do legislador constituinte, pois a inconstitucionalidade não pode ser sanada. Se a decisão será retroativa (*ex tunc*) ou irretroativa (*ex nunc*), é um problema de segurança jurídica e política judiciária, gerando efeitos: quanto ao tempo (retroativa/irretroativa); nas partes (difuso – *inter partes*/concentrado – *erga omnes*) e, finalmente, no processo (declaratória ou constitutiva).<sup>86</sup>

O art. 27 da Lei Federal n. 9.868/1999, dispõe:

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

---

<sup>84</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 359.

<sup>85</sup> BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm)>. Acesso em: 22 de jun. 2018.

<sup>86</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 1000-1014.

No mesmo sentido, é a redação prevista na Lei Federal nº 9.882/1999, que em seu artigo 11<sup>87</sup> dispõe:

Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado

É possível perceber, então, que o legislador brasileiro optou por um modelo diferenciado, em que é possível, a depender do caso, a adoção de outras medidas que não somente a declaração de nulidade total da norma.

Em que pese os conceitos indeterminados referidos no art. 27, os mesmos encontram fundamento no texto constitucional.<sup>88</sup> A restrição, modulação dos efeitos demanda a partir de um juízo lastreado na “segurança jurídica” ou em casos de “excepcional interesse social”, a manutenção dos interesses que seriam atingidos pela retroatividade face a lei declarada inconstitucional.<sup>89</sup>

No que tange ao aspecto formal, vislumbra-se, conforme o texto normativo citado, que a modulação dos efeitos exige a decisão por maioria de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal. Nesse ínterim, a necessidade do quórum qualificado quando da aplicação de efeitos *ex nunc* ou *ex tunc* na decisão que declara a inconstitucionalidade da norma, reflete a percepção de que tal limitação impediria a aplicação do instituto quando não necessário.<sup>90</sup>

Cabe ressaltar que o afastamento do princípio da nulidade só ocorrerá quando demonstrado que a declaração de inconstitucionalidade traria danos à segurança jurídica ou a algum outro valor constitucional diretamente vinculado ao interesse social. Assim sendo, o procedimento adotado de um *quorum* especial, de dois terços dos votos, garante uma maior restrição na utilização da modulação dos efeitos da decisão.

---

<sup>87</sup> BRASIL. **Lei n.º 9.882/1999, de 03 de dezembro de 1999.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9882.htm)>. Acesso em: 05 de jun. 2018.

<sup>88</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2011. p. 360.

<sup>89</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 1001.

<sup>90</sup> AVILA, Ana Paula. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no Controle de Constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 57.

No que diz respeito ao aspecto temporal, o artigo 27 da lei de n. 9.868/99 prevê que o Supremo Tribunal Federal terá a opção de declarar a inconstitucionalidade apenas a partir do trânsito em julgado da decisão (declaração de inconstitucionalidade *ex nunc*). Poderá, ainda, declarar a inconstitucionalidade, com a suspensão dos efeitos por algum tempo a ser fixado na sentença (declaração de inconstitucionalidade com efeito *pro futuro*). Nessa hipótese, por motivo de segurança jurídica ou de interesse social, a lei continuará sendo aplicada por um determinado prazo, a ser determinado pelo próprio Tribunal.<sup>91</sup>

No que tange à aplicação da possibilidade de flexibilização dos efeitos de decisão de inconstitucionalidade tem-se a adoção pelo Supremo Tribunal Federal, como se vê em trecho de voto paradigmático do Ministro Gilmar Mendes<sup>92</sup> ao analisar a teoria da nulidade nos autos do RE 364.304:

A teoria da nulidade tem sido sustentada por importantes constitucionalistas. (...) Essas questões – e haveria outras igualmente relevantes – parecem suficientes para demonstrar que, sem abandonar a doutrina tradicional da nulidade da lei inconstitucional, é possível e, muitas vezes, inevitável, com base no princípio da segurança jurídica, afastar a incidência do princípio da nulidade em determinadas situações. Não se nega o caráter de princípio constitucional ao princípio da nulidade da lei inconstitucional. Entende-se, porém, que tal princípio não poderá ser aplicado nos casos em que se revelar absolutamente inidôneo para a finalidade perseguida (casos de omissão ou de exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade), bem como nas hipóteses em que a sua aplicação pudesse trazer danos para o próprio sistema jurídico constitucional (grave ameaça à segurança jurídica)". (RE 364.304-AgR, voto do Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 03.10.2006, DJ de 06.11.2006).

Na opinião de Ives Gandra Martins<sup>93</sup>, para o qual a subvenção de efeitos díspares à declaração de inconstitucionalidade traduz a hipótese de que o Estado, ainda que, atuando ilegitimamente, produza situações jurídicas pautadas na incongruência normativa, vez que a norma declarada inconstitucional com efeitos *ex nunc*, acaba por validar os efeitos por tal já produzidos.

---

<sup>91</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 1000-1014.

<sup>92</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 364.304-AgR. Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 03.10.2006, DJ de 06.11.2006. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=RE&numero=364304&origem=AP>>. Acesso em: 08 de jun. 2018.

<sup>93</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 206.

Por isso que a nulidade somente deverá ser afastada ou mitigada quando possível demonstrar, diante de ponderação concreta, que a declaração da inconstitucionalidade e a consequente nulidade da lei ou ato normativo, colocarão em risco a segurança jurídica ou outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social.<sup>94</sup> A decisão de inconstitucionalidade não pode, por si só, desconstituir todas as coisas julgadas materiais instituídas, como se fosse um efeito automático, decorrente da decisão que reconhece a inconstitucionalidade.<sup>95</sup>

Parte da doutrina entende como não sendo viável a adoção do efeito *ex nunc* em decisões terminativas, sob o argumento de que, principalmente no campo da ordem tributária, poder-se-ia gerar uma irresponsabilidade impositiva, onde mesmo com um posicionamento final por parte do Supremo Tribunal Federal, estaria o Estado autorizado a permanecer com o produto arrecadado com base em legislação ilegal, que afronte o texto constitucional.<sup>96</sup>

A modulação dos efeitos, por certo, pode trazer avanços para a segurança jurídica. Contudo, devemos observar os conceitos de segurança jurídica e excepcional interesse social a fim de evitar abusos. O art. 27 da Lei Federal n. 9.868/1999 somente deve ser invocado em situações excepcionais.

A segurança jurídica, elemento do Estado de Direito, visa conferir equilíbrio nas relações humanas construídas em sociedade, vez que confere homogeneidade às condutas e atitudes dos indivíduos, regulando-as normativamente e politicamente.<sup>97</sup>

Nesse diapasão, idealiza-se que o legislador quando da criação normativas citadas anteriormente e ao utilizar o conceito jurídico indeterminado segurança jurídica conferiu ao jurista a função de construir o sentido do mesmo, conforme o caso concreto analisado.<sup>98</sup>

---

<sup>94</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 360.

<sup>95</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 1009.

<sup>96</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 206.

<sup>97</sup> RAMÍREZ, Federico Arcos. **La seguridad jurídica: una teoría formal**. Madri, Espanha: Dykinson, 2000. p. 32.

<sup>98</sup> AVILA, Ana Paula. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no Controle de Constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p.75-77.

Ademais, segundo Ingo Wolfgang Sarlet<sup>99</sup>, o princípio da segurança jurídica prediz duas dimensões: a objetiva e a subjetiva. Pela dimensão objetiva destaca-se o entendimento de patamar mínimo de continuidade. A dimensão subjetiva induz a confiança aduzida pelo indivíduo na continuidade das relações jurídicas que lhe são peculiares. Insta ressaltar que a confiança conferido por tal princípio incide na publicidade, transparência, legalidade, impessoalidade dos atos prestados pelo Poder Público, sem restrições.

O princípio da segurança jurídica configura-se como instrumento de proteção dos direitos e garantias fundamentais, sendo parte integrante do Estado Democrático de Direito. César Garcia ensina que entre os pressupostos essenciais aptos a proporcionar um critério de segurança através do universo jurídico, encontram-se: a) a subsistência da lei positiva; b) a efetividade das leis apenas no que tange aos eventos posteriores à sua edição; c) a consciência pública da subsistência legal; d) a regularidade da subsistência legal, com anseios permanentes.<sup>100</sup>

Além da segurança jurídica existe o excepcional interesse social. Cumpre assinalar que o interesse social não se confunde com o interesse imediato do Estado e, sim, a noção de “bem comum”, “coletividade”. Desta feita, a Corte Constitucional quando da aplicação do instituto não pode se valer de critérios políticos, vez que tais não são legítimos a fundamentar a jurisdição constitucional.<sup>101</sup> Não obstante, o Supremo ou o Órgão Especial do Tribunal de Justiça, também podem mitigar os efeitos da norma declarada inconstitucional para: garantir a autoridade da coisa julgada; proibir enriquecimento sem causa; preservar a estabilidade das relações jurídicas.<sup>102</sup>

Sabe-se que os conceitos de excepcional interesse social e segurança jurídica são conceitos indeterminados, sendo, quando aplicados em uma decisão,

---

<sup>99</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro.** Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15197-15198-1-PB.pdf>>. Acesso em: 26 de maio. 2018.

<sup>100</sup> GARCIA NOVOA, César. **Seguridad jurídica e derecho tributario**, In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Org.). Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba. São Paulo: Malheiros, 1997. v. 1: Direito Tributário. P. 45-47.

<sup>101</sup> AVILA, Ana Paula. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no Controle de Constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 165.

<sup>102</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2011. p. 360.

conexos ao princípio da proporcionalidade, com o intuito de conferir justiça às mesmas.

Em apertada síntese, no sistema jurídico brasileiro tem-se desenvolvido técnicas de interpretação constitucional que permitem a suspensão dos efeitos da lei em caráter excepcional, até que a decisão definitiva seja prolatada, além de possibilitar que o STF module os efeitos de suas decisões, por meio de técnicas de declarações parciais ou totais de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, efeitos *ex tunc*, *ex nunc*, *pro futuro* e interpretação conforme a constituição.

### 3.3 Da cláusula de reserva de plenário

Desde a Constituição Federal de 1934, introduziu-se o princípio da reserva de plenário pelo qual, na forma do atual art. 97 da CF/1988: Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo com o poder público. Embora criado na época em que somente havia o controle difuso, estendeu-se também ao controle abstrato/concentrado e esse princípio espelha o princípio da presunção de constitucionalidade das leis.<sup>103</sup> Trata-se da chamada cláusula de reserva de plenário.

Essa cláusula de reserva de plenário é o parâmetro normativo que institui o quórum de votação para os membros de um tribunal declararem a inconstitucionalidade dos atos do Poder Público. No Brasil, essa cláusula é conhecida como incidente de arguição de inconstitucionalidade.<sup>104</sup>

Assim, distribuído o processo em determinada turma ou câmara, de tribunal competente, verificada a suscitação de questionamento incidental sobre a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, a análise da mesma será encaminhada para o pleno ou órgão especial do Tribunal, para que resolva a questão suscitada.<sup>105</sup>

Entretanto, essa interpretação de ser sempre necessária ou não a utilização da cláusula de reserva de plenário em sede de controle difuso já foi levada para

---

<sup>103</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>104</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 377.

<sup>105</sup> LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 19. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 461.

manifestação do Supremo Tribunal Federal, onde o Ministro Celso de Mello (RE 190.725-8/PR), se manifestou nos seguintes termos:

... a exigência de maioria qualificada para a declaração da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo justifica-se pela preocupação de só permitir ao Poder Judiciário tal declaração quando o vício seja manifesto e, portanto, salte aos olhos de um grande número de julgadores experientes caso o órgão seja colegiado. (...). Essa exigência, por outro lado, acautela contra uma futura variação de jurisprudência no mesmo Tribunal. Assim, a inconstitucionalidade tem de ser declarada pelos votos conformes de um número de juízes equivalente a metade e mais um dos membros do Tribunal ou do órgão competente nele formado.

O disposto no art. 97 da Constituição Federal constitui-se como elemento indispensável para a condição de eficácia jurídica da própria declaração de inconstitucionalidade dos atos do Poder Público. O Supremo Tribunal Federal, sobre o tema, editou Súmula Vinculante<sup>106</sup> sobre o tema:

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

Porém, nos casos em que já ocorrera manifestação pela inconstitucionalidade de determinada norma pelo colegiado competente, o Supremo Tribunal Federal, com base no princípio da economia processual, entendeu por ser dispensado a repetição do procedimento para cada caso concreto.

Segundo o Min. Ilmar Galvão<sup>107</sup>

declarada a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada lei, pela maioria absoluta dos membros de certo Tribunal, soaria como verdadeiro despropósito, notadamente nos tempos atuais, quando se verifica, de maneira inusitada, a repetência desmesurada de causas versantes da mesma questão jurídica, vinculadas à interpretação da mesma norma, que, se exigisse, em cada recurso apreciado, a renovação da instância incidental da arguição de inconstitucionalidade, levando as sessões da Corte a

---

<sup>106</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante n. 10**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1216>>. Acesso em: 02 jun. 2018.

<sup>107</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 190.725-8**. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02 de jun. 2018.

uma monótona e interminável repetição de julgados da mesma natureza

A Lei Federal n. 9.756/1998<sup>108</sup>, ao acrescentar parágrafo único ao art. 481 do Código de Processo Civil de 1973 (equivalente ao art. 949, parágrafo único do Código de Processo Civil de 2015), estabeleceu que “os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão”.

Trata-se, portanto, de mitigação da cláusula de reserva de plenário. Esta verdadeira *cláusula de reserva de plenário* atua como verdadeira condição de eficácia jurídica da própria declaração jurisdicional de inconstitucionalidade dos atos do Poder Público, aplicando-se para todos os tribunais, via difusa, e para o Supremo Tribunal Federal, também no controle concentrado.

Alexandre de Moraes<sup>109</sup>, entende

O Supremo Tribunal Federal, porém, entende, excepcionalmente, dispensável a aplicação do art. 97 da Constituição Federal, desde que presentes dois requisitos:

- a. existência anterior de pronunciamento da inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal;
- b. existência, no âmbito do tribunal *a quo*, e em relação àquele mesmo ato do Poder Público, de uma decisão plenária que haja apreciado a controvérsia constitucional, ainda que desse pronunciamento não tenha resultado o formal reconhecimento da inconstitucionalidade da regra estatal questionada

A regra da cláusula de reserva de plenário foi fixada para o Plenário ou para o órgão especial. Logo, Câmaras e Turmas não estão elencadas. O problema surge com relação ao próprio Supremo Tribunal Federal cuja Corte não detém de órgão especial, ou seja, todas as questões acerca de inconstitucionalidade devem ser decididas pelo Pleno, em que pesem as normas Regimentais da Corte estabelecerem a possibilidade das Turmas realizarem a análise.

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou em algumas oportunidades sobre a desnecessidade de exigência de cláusula de plenário quando na sua competência recursal mantém o acórdão recorrido que declarou a

---

<sup>108</sup> BRASIL. **Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1988**. Dispõe sobre o processamento de recursos no âmbito dos tribunais. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9756.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9756.htm)>. Acesso em: 02 jun. 2018.

<sup>109</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 32. ed. rev. e atual. até a EC n.º 91. São Paulo: Atlas, 2016. p. 1135.

inconstitucionalidade, pois nesses casos a Corte Suprema estaria apenas a roborar a decisão já proferida. Pondera o STF que a reserva de plenário é exigida para declarar a inconstitucionalidade da norma e expurgá-la do ordenamento.<sup>110</sup>

Sobre o tema da cláusula de reserva de plenário, a Corte deverá revistá-lo, a fim de elidir questões que ainda permanecem duvidosas.

Percebe-se, por conseguinte, que a *cláusula de reserva de plenário* não veda a possibilidade de o juiz monocrático declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, mas, sim, determina uma regra especial aos tribunais para garantia de maior segurança jurídica. Além disso, não se aplica para a declaração de *constitucionalidade* dos órgãos fracionários dos tribunais.<sup>111</sup>

Sobre a possibilidade do juízo monocrático, mesmo que no exercício do controle difuso, declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, o Supremo Tribunal Federal assentou que a cláusula de reserva de plenário não é submetida aos juízes singulares.<sup>112</sup>

Entendeu o Ministro, no caso supracitado, que deveria o julgador ter suscitado a questão de inconstitucionalidade para o órgão competente, não tendo competência para fazê-lo, razão pela qual determinou que a questão prejudicial de inconstitucionalidade fosse suscitada perante o plenário da Corte Estadual.

Gilmar Mendes<sup>113</sup>, ao analisar o tema, doutrina que

Se ao Supremo Tribunal Federal compete, precipuamente, a guarda da Constituição Federal, é certo que a interpretação do texto constitucional por ele fixada deve ser acompanhada pelos demais Tribunais, em decorrência do efeito definitivo outorgado à sua decisão. Pouco importa que a decisão do Tribunal de origem tenha sido proferida antes daquela do Supremo Tribunal Federal no *leading case*, pois, inexistindo o trânsito em julgado e estando a controvérsia constitucional submetida à análise deste Tribunal, não há qualquer óbice para aplicação do entendimento fixado pelo órgão responsável pela guarda da Constituição da República.

---

<sup>110</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo em Recurso Extraordinário nº 661.288**. Relator: Ministro Dia Toffoli. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02 de jun. 2018.

<sup>111</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 32. ed. rev. e atual. até a EC n.º 91. São Paulo: Atlas, 2016. p. 1136.

<sup>112</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 69.921**. Relator: Ministro Celso de Mello. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02 de jun. 2018.

<sup>113</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo G. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1123.

Clèmerson Clève<sup>114</sup>, em obra publicada antes do Código de Processo Civil de 2015, entendia que não havia norma específica para tratar sobre os incidentes de inconstitucionalidade no primeiro grau de jurisdição, situação que permanece com a atual lei processual civil, sendo que a questão de inconstitucionalidade deverá ser resolvida em conjunto com todas as demais questões que envolvam o caso concreto.

No exercício do controle difuso o pedido principal do interessado não é a declaração da inconstitucionalidade em si, mas sim a garantia de defesa de um direito individual. Logo, o tema da cláusula de reserva de plenário, por certo, deverá ter apreciação por parte do Plenário do Supremo Tribunal Federal, a fim de elidir esses pontos.

#### **4 DA TEORIA DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO E DA TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES**

A teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade se caracteriza por uma decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, Pleno ou Órgão Especial de Tribunal de Justiça, em sede de controle difuso de constitucionalidade, a qual passa a produzir efeito *erga omnes*, ou seja, efeito vinculante.

A Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes encontra fundamento na doutrina alemã e leciona que não somente o dispositivo do acórdão, mas, também, os fundamentos determinantes da decisão teriam efeitos vinculantes. Deste modo, a *ratio decidendi*, ou seja, a razão da decisão, aquilo que serviu de fundamento para o julgado, passaria a vincular a Administração Pública e os demais Órgãos do Poder Judiciário.

##### **4.1 Da Teoria da Abstrativização do Controle Difuso**

A teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade busca prover aspectos objetivos a esse tipo de controle, a fim de consagrar a força

---

<sup>114</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 105.

normativa<sup>115</sup> da Constituição Federal, bem como conferir maior segurança jurídica nos precedentes proferidos pelas Cortes competentes.

O Supremo Tribunal Federal até recentemente não admitia a teoria da abstrativização no controle difuso, porém ao julgar as ADI 3406/RJ e ADI 3470/RJ, vulgarmente chamada de “ADI do Amianto”, se utilizou da teoria da abstrativização da inconstitucionalidade declarada em controle difuso, atribuindo a essa declaração de inconstitucionalidade também efeitos imediatos *erga omnes* como sucede na declaração em controle concentrado.

Esta interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal implica que quando a Corte decidir a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, mesmo que em sede de controle difuso, a decisão estará imbuída dos mesmos efeitos se fosse proferida em sede de controle concentrado, ou seja, terá efeito *erga omnes* e vinculado.

Em decorrência do destaque atribuído ao modelo abstrato, parte da doutrina tem sustentado a ocorrência de um “movimento de convergência”<sup>116</sup> entre os dois modelos constitucionais.

A doutrina denominou de “abstrativismo” esta tendência de aplicar os efeitos do controle abstrato ao controle concreto (difuso). Aliás, essa inclinação não é só doutrinária, uma vez que o STF também a vem aplicando em alguns julgados. No que se refere à teoria dos motivos determinantes ou transcendência dos motivos da decisão, o efeito vinculante se projeta não somente para a parte dispositiva da sentença, mas também para as motivações que alicerçaram a decisão proferida pelo STF.<sup>117</sup>

Teori Zavascki<sup>118</sup> entendia que a autorização para que o Supremo Tribunal Federal pudesse proferir decisões vinculantes em sede de controle difuso, decorre da própria Constituição Federal.

---

<sup>115</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 19.

<sup>116</sup> LEAL, Roger Stiefelmann. **A convergência dos Sistemas de Constitucionalidade: aspectos processuais e institucionais**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. RDCI 57/62, out. – dez. 2006. Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso (organizadores). Edições Especiais Revista dos Tribunais 100 anos: doutrinas essenciais (...). vol. V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 494.

<sup>117</sup> NOVELINO, Marcelo. **Teoria da Constituição e Controle de Constitucionalidade**. Bahia: Juspodivm, 2008.

<sup>118</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 135.

## 4.2 Da Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes

De acordo com a dicção do art. 102, § 2º, da CF/88, apenas o Poder Judiciário e a Administração Pública Federal, Estadual e Municipal estão vinculadas, formalmente, às decisões do STF. O uso da teoria da transcendência dos motivos determinantes em controle difuso é a mitigação dos efeitos da sentença declaratória de inconstitucionalidade em casos específicos e determinados. Os efeitos dessa declaração podem ter uma amplitude muito ampla, vinculando inclusive as decisões proferidas pelos demais tribunais.<sup>119</sup>

Luís Roberto Barroso<sup>120</sup> conceitua a teoria nos seguintes termos:

Em sucessivas decisões, o Supremo Tribunal Federal estendeu os limites objetivos e subjetivos das decisões proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade, com base em uma construção que vem denominando transcendência dos motivos determinantes. Por essa linha de entendimento, é reconhecida eficácia vinculante não apenas à parte dispositiva do julgado, mas também aos próprios fundamentos que embasaram a decisão. Em outras palavras: juízes e tribunais devem acatamento não apenas à conclusão do acórdão, mas igualmente às razões de decidir.

Contudo, nem toda a fundamentação da decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade vinculará a Administração Pública e os demais Órgãos do Poder Judiciário, mas apenas as razões principais da decisão (*ratio decidendi*), e não aquelas que, de forma oblíqua, servem como reforço de fundamentação (*obiter dictum*).<sup>121</sup>

Porém, nem toda a doutrina partilha deste entendimento. Marinoni e Mitidiero<sup>122</sup> entendem que

A coisa julgada outorga proteção ao dispositivo da decisão de mérito transitada em julgado. Os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da decisão, a versão dada pela sentença aos fatos, adotada como seu fundamento, e a apreciação de questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo não fazem coisa julgada. (...)

<sup>119</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 341.

<sup>120</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6. ed. Rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 238-239.

<sup>121</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 978.

<sup>122</sup> MARINONI, Luis Guilherme. Mitidiero Daniel. **Código de processo civil: comentado artigo por artigo**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 448.

O direito brasileiro adotou a teoria restritiva dos limites objetivos da coisa julgada. A fundamentação da decisão, incluída aí a análise de questão prejudicial, e a versão dada aos fatos pelo órgão julgador não vinculam – não restam imutáveis e indiscutíveis em eventuais processos subsequentes.

Segundo o entendimento acima exposto, as razões não teriam o poder de fazer coisa julgada. Este tema certamente será trazido novamente para discussão perante o Supremo Tribunal Federal, ainda mais após a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, legislação a qual trouxe vários mecanismos de vinculação de decisões.

Fredie Didier Jr.,<sup>123</sup> ao analisar a transcendência dos efeitos em controle difuso entende que

ao se deparar com os fatos da causa, o juiz deve compreender o seu sentido, a fim de poder observar qual a lei que se lhes aplica. Identificada a lei aplicável, ela deve ser conformada à Constituição através das técnicas de interpretação conforme, de controle de constitucionalidade em sentido estrito e de balanceamento dos direitos fundamentais (princípio da proporcionalidade). Nesse sentido, o julgador cria uma norma jurídica (= norma legal conformada à norma Constitucional) que vai servir de fundamento jurídico para a decisão a ser tomada na parte dispositiva do pronunciamento. É nessa parte dispositiva que se contém a norma jurídica individualizada, ou simplesmente norma individual (= definição da norma para o caso concreto; solução da crise de identificação). A norma jurídica criada e contida na fundamentação do julgado compõe o que se chama de *ratio decidendi*, (...) Trata-se de "norma jurídica criada diante do caso concreto, mas não uma norma individual que regula o caso concreto", que, por indução, pode passar a funcionar como regra geral, a ser invocada como precedente judicial em outras situações

Essa parte da doutrina compreende que o sistema jurídico brasileiro já compreende um instituto capaz de alcançar esse objetivo, qual seja: a súmula vinculante.

No entanto, para a parcela da doutrina que acolhem a transcendência dos motivos da decisão, a súmula seria prescindível, desde que se houvesse consenso que a *ratio decidendi* extraída dos recursos extraordinários comporta efeito

---

<sup>123</sup> DIDIER Jr., Fredie. O Recurso Extraordinário e a Transformação no Controle Difuso de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. In: NOVELINO, Marcelo (org.). Leituras Complementares de Direito Constitucional – Controle de Constitucionalidade e Hermenêutica Constitucional. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 269.

vinculante. Em sede de controle concentrado o efeito vinculante é mais claro, em razão de estar desconectado do caso concreto.<sup>124</sup>

Contudo, a Corte Suprema em seus últimos julgados vem rejeitando a teoria da transcendência motivos, como por exemplo na Reclamação 3014/SP. Tal assertiva decorre do fato de o modelo de votação do STF ser agregativo e não deliberativo, ou seja, cada Ministro prolata o voto com fundamentação própria o que dificulta a extração de única fundamentação para o dispositivo.

### **4.3 O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: a prescindibilidade do art. 52, X, da Constituição Federal, sua mutação e a desnecessidade do sistema misto de controle de constitucionalidade no direito brasileiro.**

Na esteira do já abordado no presente trabalho, necessário aclarar que a lei inconstitucional é, em regra, considerada lei nula. A inconstitucionalidade é a nulidade da lei ou ato normativo e não sua revogação ou suspensão. Logo, a lei ou ato normativo não produz efeitos dotados de validade. Ainda, a decisão que declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo é dotada de efeitos retroativos (*ex tunc*). Com base na modulação dos efeitos das decisões, esse efeito *ex tunc* pode ser excepcionado, preservando atos realizados em determinado lapso temporal, a coisa julgada.<sup>125126</sup>

A Constituição Federal prevê, em seu art. 52, X, que compete privativamente ao Senado suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Conforme Uadi Lammêgo Bulos, há muito tempo o Supremo Tribunal Federal já se posicionou no sentido de que o inciso X, do art. 52, da CF, se restringe ao controle difuso, não sendo aplicável às decisões conferidas em sede de controle concentrado.<sup>127</sup>

Assim, as decisões proferidas em sede de controle concentrado independentemente de intervenção do Senado Federal, são dotadas de efeitos *erga omnes*. Contudo, via de regra, as decisões proferidas em sede de controle difuso de

---

<sup>124</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 361.

<sup>125</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 1045.

<sup>126</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, v. 41, n. 162, p. 149-168, abr./jun. 2004.

<sup>127</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 220-221.

constitucionalidade, para transcender os efeitos entre as partes e adquirir o efeito *erga omnes*, necessariamente haveria de ter a intervenção do Senado Federal. Ou seja, somente se por decisão de conveniência política o Senado poderia suspendê-la.<sup>128</sup>

Com a atuação do Senado, se o mesmo retira a validade da lei do ordenamento jurídico, os efeitos passam a ser *ex tunc*. O ato do Senado serve para conferir publicidade a decisão do Supremo Tribunal Federal. No âmbito dos Estados-membros essa publicidade fica a cargo das Assembleias Legislativas, em relação as decisões proferidas pelo Pleno ou Órgão Especial de Tribunal de Justiça.<sup>129</sup>

O Supremo Tribunal Federal, não raras vezes, vem ampliando os efeitos de suas sentenças proferidas em sede de controle difuso, dispensando a chancela senatorial.<sup>130</sup>

Destaca-se que o Código de Processo Civil de 2015 acabou por conferir, consolidando entendimentos doutrinários, jurisprudenciais e legais quando da égide do Código de Processo Civil de 1973, efeito vinculante as decisões proferidas pelos Tribunais competentes, sem a intervenção do Senado.

Embora a eficácia vinculante seja indispensável a qualquer precedente constitucional, a eficácia *erga omnes* é conatural ao controle objetivo e não à decisão proferida *inter partes*.<sup>131</sup> Decisões em controle incidental acabam por ter eficácia que transcendem o âmbito da decisão, que indica que o Supremo Tribunal Federal acaba por fazer uma releitura do art. 52, X, da CF.<sup>132133</sup>

Logo, os efeitos conferidos no controle direto e incidental não possuem mais distinção face a mutação constitucional do art. 52, X, da CF. Na hipótese do Supremo Tribunal Federal ter se manifestado sobre a inconstitucionalidade, dispensa-se submeter ao Plenário de qualquer Tribunal, conferindo segurança jurídica ao tema. A eficácia é ampla.

---

<sup>128</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 882-883.

<sup>129</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, DF, v. 41, n. 162, p. 149-168, abr./jun. 2004.

<sup>130</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 220-221.

<sup>131</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 883.

<sup>132</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, DF, v. 41, n. 162, p. 149-168, abr./jun. 2004.

<sup>133</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 885-886.

Resta ao Senado a competência de dar publicidade as decisões que versam sobre declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

#### 4.3.1 Da prescindibilidade do sistema misto com a convergência para a eficácia *erga omnes*

O sistema de controle de constitucionalidade adotado pelo Brasil é o misto. Porém, diante da mutação constitucional na interpretação do art. 52, X, da Constituição Federal, da possibilidade do Supremo Tribunal Federal, Pleno ou Órgão Especial de Tribunal de Justiça, conferir efeito *erga omnes* as suas decisões, o sistema misto passa a trazer mais insegurança do que segurança jurídica nas relações.

Os fundamentos determinantes de um caso (controle difuso) podem vincular outros com normas idênticas, *e.g.*, IPTU progressivo, taxa de iluminação pública. Por mais que essas decisões foram proferidas em casos concretos, a *ratio decidendi* deve ser a mesma a ser utilizada pelos Tribunais, ilustrando a teoria dos motivos determinantes.<sup>134</sup>

Depreende-se da análise do Código de Processo Civil de 2015 a inserção de vários mecanismos de uniformização de jurisprudência e a geração de decisões com efeitos vinculantes. Por certo que ao solver uma demanda dotada de Repercussão Geral, Recursos Especiais Repetitivos, Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, nesses casos a Corte Julgadora transcende as partes vinculadas ao caso concreto, sendo que os efeitos da sua decisão, bem como suas razões de decidir vincularão os demais tribunais, órgãos fracionários ou juízes singulares, conforme o caso.

Teoria Albino Zavascki<sup>135</sup> sempre defendeu que as decisões em sede de jurisdição constitucional, mesmo quando na via de exceção (controle difuso) deveriam transcender as partes envolvidas, sendo dotadas de efeitos *erga omnes*.

É nessa linha que o Código de Processo Civil incorpora vários conceitos doutrinários que podem vir a levar o afastamento do sistema misto, a fim de manter o controle difuso da constitucionalidade das leis, eis que mecanismos dentro deste controle podem trazer segurança jurídica nas relações, pois vinculam não somente a

<sup>134</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 220-221.

<sup>135</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 2. ed. Rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 26.

decisão em si, mas a *ratio decidendi*, sendo que a vinculação de decisões encontra esteira no texto constitucional atual.

Pelo sistema difuso, ainda seria possível que boa parte dos legitimados a propor ações pela via concentrada, possa usar de instrumentos para acessar a jurisdição constitucional, seja pela via das ações constitucionais seja pela via das ações processuais civis.

Logo, possível que se mantenha o sistema de controle difuso no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro face aos instrumentos para acessar a jurisdição constitucional e os dispositivos legais que permitem a transcendência dos motivos determinantes para outros tribunais, juízes e, porque não, para a Administração Pública e ao Poder Legislativo.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente a busca na identificação do atual posicionamento doutrinário e jurisprudencial sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade em sede controle difuso e concentrado foi tarefa ampla para o pesquisador, principalmente em função da jurisprudência sobre o tema. Cuidou o pesquisador no sentido de acautelar-se diante dos autores que defendiam apenas nas soluções propostas pelo texto constitucional, sem adentrar nas possíveis mutações interpretativas.

O controle de constitucionalidade em Estados de Direito é de fundamental importância para a manutenção da ordem constitucional. Conforme visto, a evolução do controle de constitucionalidade no Brasil teve significativa alteração com a Constituição Federal de 1988.

Em que pese as diversas formas e momentos para exercer o controle de constitucionalidade no sistema brasileiro, o controle de constitucionalidade repressivo pela via judicial é instrumento de fundamental importância para a efetivação dos direitos dos cidadãos e para manter a ordem constitucional.

A ampliação do rol trazida pela CF para os legitimados a proporem ações de controle concentrado, sem dúvida proporcionou evitar que normas em desacordo jamais fossem impugnadas.

Além disso, certo é que com a alteração dos efeitos para ações em sede de controle difuso, o caso concreto acabou por gerar ainda mais importância dentro do ordenamento para casos que envolvam a inconstitucionalidade de normas.

A abstrativização das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade acabou por implicar numa metamorfose constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal de 1988. Na prática verifica-se que quando é o Supremo Tribunal Federal, ou o órgão especial do Tribunal de Justiça, que declara uma lei ou ato normativo inconstitucional, mesmo que em sede de controle difuso de constitucionalidade, a decisão tem efeito *erga omnes* e efeito vinculante.

O STF apenas comunica ao Senado Federal com o objetivo de que a referida Casa Legislativa produza o ato de conferir publicidade ao ato acerca do decidido pela Corte.

Pela regra, conforme verificado ao longo do trabalho o controle difuso possui efeito *inter partes* e não vinculantes, ou seja, com o novo posicionamento do STF, após declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo em controle difuso, deverá comunicar o Senado. Este poderá suspender a execução, no todo ou em parte, da lei viciada (art. 52, X).

Nesses casos, a decisão do Senado Federal não é obrigatória, ou seja, trata-se de ato discricionário. Porém, se decidir suspender, os efeitos da decisão do STF passam de *inter partes* para *erga omnes*.

Este posicionamento busca evitar incongruências no sistema e permite que a decisão tomada em controle difuso tenha a mesma eficácia daquela tomada em sede de controle abstrato.

Percebeu-se que a convergência dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade entre os modos abstrato e difuso é movimento inquestionável, tanto na doutrina quanto no Supremo Tribunal Federal. Esse movimento aliado aos instrumentos processuais permitiu verificar que o sistema misto adotado pelo Brasil traz mais insegurança do que segurança jurídica.

As novas regras do Código de Processo Civil/2015, em especial no § 5º, do art. 535, repisa esse posicionamento:

Art. 535. A Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu representante judicial, por carga, remessa ou meio eletrônico, para, querendo, no prazo de 30 (trinta) dias e nos próprios autos, impugnar a execução, podendo arguir:

III - inexecuibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;

§ 5º Para efeito do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

Assim, os Ministros do STF passaram a reinterpretar o art. 52, X, da CF, conferindo ao mesmo o sentido de que cabe ao Senado de publicar a decisão do STF. A eficácia vinculante já é inerente a própria decisão.

Contudo, o STF não passou a adotar a teoria da transcendência dos motivos determinantes, a qual, além do dispositivo, os motivos determinantes (*ratio decidendi*) da decisão também seriam vinculantes. Não é o que ocorre atualmente.

Por fim, se o Plenário do STF decidir a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, ainda que em controle difuso, essa decisão terá os mesmos efeitos do controle concentrado, ou seja, eficácia *erga omnes* e vinculante.

Para essa corrente, o art. 52, X, da CF/88 sofreu uma mutação constitucional e, portanto, deve ser reinterpretado. Dessa forma, o papel do Senado, atualmente, é apenas o de dar publicidade à decisão do STF. Em outras palavras, a decisão do STF, mesmo em controle difuso, já é dotada de efeitos *erga omnes* e o Senado apenas confere publicidade a isso.

Diante disso, com as inovações dos instrumentos processuais que acabam por transcender as partes no caso concreto. A lei processual civil incorpora vários conceitos doutrinários que podem vir a levar o afastamento do sistema misto, a fim de manter o controle difuso da constitucionalidade das leis, eis que mecanismos dentro deste controle podem trazer segurança jurídica nas relações, eis que vinculam não somente a decisão em si, mas a *ratio decidendi*, sendo que a vinculação de decisões encontra esteira no texto constitucional atual.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Flávio da Silva. Sobre a possibilidade de controle de constitucionalidade de lei pelo Poder Executivo. Revista CEJ, Brasília, Ano XV, n. 52, p. 6-11, jan./mar. 2011.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade: comentários ao art. 97 da Constituição e os arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012

AVILA, Ana Paula. A modulação de efeitos temporais pelo STF no Controle de Constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 28ª ed. rev. e atual. Até a emenda constitucional 67. São Paulo: Malheiros editores. 2011.

BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. - 6. ed. - São Paulo: Saraiva, 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BECKER, Antonio. Constituições Brasileiras de 1824 a 1988. Vol. 1. Rio de Janeiro: Letra legal, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 22 de jun. 2018.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1988. Dispõe sobre o processamento de recursos no âmbito dos tribunais. Portal da Legislação, Brasília. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9756.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9756.htm)>. Acesso em: 02 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 179.170/CE – Distrito Federal. Relator: Ministro Moreira Alves. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02 jun. 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 617389 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 08/05/2012 – Processo eletrônico DJe-099, Divulg. 21-05-2012, Public. 22-05-2012: “(...) III – A existência de orientação do Plenário da Corte sobre a questão constitucional debatida legítima o julgamento

monocrático do recurso nos termos do art. 557 do CPC. IV - Agravo regimental improvido.”

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 32ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo. Saraiva, 2011.

CAMPOS, Miguel. Poder Executivo. Negativa de Aplicação de Lei Supostamente Inconstitucional: Correntes Doutrinárias. Controvérsia. Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná, Curitiba, n. 2, p. 11-32, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro. O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2ª ed. reimpressão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

DIDIER Jr., Fredie. O Recurso Extraordinário e a Transformação no Controle Difuso de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. In: NOVELINO, Marcelo (org.). Leituras Complementares de Direito Constitucional – Controle de Constitucionalidade e Hermenêutica Constitucional. Salvador: Juspodivm, 2008.

DUARTE, Sara Meinberg Schmidt de Andrade. Possibilidade de os Estados-membros editarem, no âmbito da competência legislativa concorrente, lei que afronte normas gerais nacionais que estejam em desconformidade com a Constituição da República, ainda que a inconstitucionalidade das normas gerais não tenha sido reconhecida pelo Poder Judiciário. Minas Gerais. 2003. 36-37 f. Monografia (especialização em Poder Legislativo) – Instituto de Educação Continuada, Pontifícia Universidade Católica.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de direito constitucional. - 3. ed. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Direito constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FRANCO FILHO, Alberto de Magalhães. O controle de constitucionalidade de normas municipais. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n. 70, nov 2009. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6648](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6648)>. Acesso em maio 2017.

GARCIA NOVOA, César. Seguridad jurídica e derecho tributario, In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Org.). Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba. São

Paulo: Malheiros, 1997. v. 1: Direito Tributário. P. 45-47, apud FERRARI, Regina Maria Macedo Nery, Op. Cit., p. 304-306.

HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Trad. Por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HORTA, Raul Machado. Direito Constitucional. 5ª ed. rev. e atual. por Juliana Campos Horta. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1985. p. 288-290.

LEAL Roger Stiefelmann. A convergência dos Sistemas de Constitucionalidade: aspectos processuais e institucionais. Revista de Direito Constitucional e Internacional. RDCI 57/62, out. – dez. 2006. Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso (organizadores). Edições Especiais Revista dos Tribunais 100 anos: doutrinas essenciais (...). vol. V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional esquematizado. 16 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 14 ed. rev. e atual. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2010.

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

MENDES, Gilmar. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. Revista de Informação Legislativa, Brasília, DF, v. 41, n. 162, p. 149-168, abr./jun. 2004. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/953>> Acesso em: 22 de jun. 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Municipal Brasileiro. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo II. Constituição e inconstitucionalidade. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 32 ed. rev. e atual. até a EC n.º 91. São Paulo: Atlas, 2016.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Constitucional descomplicado. 16ª ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2017.

RAMÍREZ, Federico Arcos. La seguridad jurídica: una teoría formal. Madrid, Espanha: Dykinson, 2000.

RAMOS, Elival da Silva. A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção. São Paulo: Saraiva, 1994.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Direito Constitucional. 2017. Notas de Aula.

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

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 19 ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Malheiros, 2001.

STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica – uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004

TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TEMER, Michel. Elementos de Direito Constitucional. São Paulo: Ed. Malheiros, 2006. p. 44-45.

ZAVASCKI, Teori Albino. Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional. 2ª ed. rev. atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012