



Universidade de Brasília - UnB

Faculdade de Direito

**O PAPEL DO SENADO FEDERAL NO CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE APÓS O JULGAMENTO DAS AÇÕES DIRETAS
DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 3.406/RJ E 3.470/RJ**

Pedro Mendonça Araújo

Brasília

2019

PEDRO MENDONÇA ARAÚJO

**O PAPEL DO SENADO FEDERAL NO CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE APÓS O JULGAMENTO DAS AÇÕES DIRETAS
DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 3.406/RJ E 3.470/RJ**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. João Costa Neto

Brasília

2019

PEDRO MENDONÇA ARAÚJO

**O PAPEL DO SENADO FEDERAL NO CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE APÓS O JULGAMENTO DAS AÇÕES DIRETAS
DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 3.406/RJ E 3.470/RJ**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito
da Universidade de Brasília, como requisito
parcial à obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Professor Doutor João Costa Neto
Orientador

Professora Doutora Daniela Marques de Moraes
Membro da banca examinadora

Professor Doutor Paulo César Vilella Souto Lopes Rodrigues
Membro da banca examinadora

Professor Mestre Mateus Rocha Tomaz
Membro da banca examinadora

Brasília

2019

*“When you walk through a storm
Hold your head up high
And don't be afraid of the dark
At the end of the storm
There's a golden sky
And the sweet silver song of a lark.”*

Richard Rodgers e Oscar Hammerstein II

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, ao Deus da minha vida. Ele que se fez homem, habitou entre nós e morreu em uma cruz pela minha salvação. Prova de amor maior não há! Guiai sempre os meus passos, Pai, e fazei cada vez mais o meu coração semelhante ao vosso. Agradeço também a Maria Santíssima, minha advogada, que intercede por mim lá do Céu. Que eu siga teu exemplo, Mãe, e permaneça fiel à vontade de Deus mesmo nas maiores adversidades.

Agradeço também à minha família, pois sem ela eu não teria chegado tão longe. Aos meus pais, gratidão por todo o amor, carinho e cuidado. Espero um dia poder retribuir tudo o que me deram. Ao meu irmão, gratidão pelo companheirismo e pela paciência por aturar as minhas impicâncias: é a forma pela qual eu expesso o meu amor. Conte sempre comigo.

À UnB, por ter me tornado uma pessoa mais humana e por expandir os meus conhecimentos. Foi dentro dessa Universidade que aprendi a respeitar as diferenças e que não são notas que definem quem somos. Espero um dia eu poder retornar tudo o que a UnB me proporcionou. Também não poderia deixar de agradecer pelas amizades que fiz ao longo desses cinco anos. Ao grupo “Chiquitos”, fica aqui o meu muito obrigado. Sem vocês a caminhada não teria sido tão leve! Em especial, agradeço às meninas “Alice”, Anna Luíza e Fernanda, por todo carinho e apoio nos bons e nos maus momentos. Que a gente não permita que as obrigações da vida diminuam o nosso contato. A amizade de vocês me fortalece muito!

À Laura, meu querido doce, pela maravilhosa companhia e pelas palavras de aconchego nos momentos de incerteza. A sua chegada mudou tudo em mim. Você é luz na minha vida.

Ao professor João Costa Ribeiro Neto, pela solicitude durante a elaboração deste trabalho.

Aos professores Paulo César Vilella Souto Lopes Rodrigues, Daniela Marques de Moraes e Mateus Rocha Tomaz por terem gentilmente aceitado participar da banca avaliadora desta monografia.

A todos que de alguma forma contribuíram para essa conquista.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a proposta de mutação constitucional do artigo 52, X da Constituição Federal. Desde a criação do mecanismo da suspensão da lei pelo Senado, em 1934, até os dias de hoje, o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade evoluiu bastante. Diversas inovações legislativas e jurisprudenciais propiciaram uma verdadeira transposição dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade do controle concentrado para o controle difuso. O Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de discutir esse assunto nos julgamentos da Reclamação nº 4335/AC e das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3406/RJ e 3470/RJ. Diante disso, os questionamentos que surgem são os seguintes: teria o STF adotado as teorias da abstrativização do controle difuso e da transcendência dos motivos determinantes? Seria legítima a proposta de mutação constitucional do artigo 52, X da CRFB? Para responder essas perguntas, serão explorados os fundamentos utilizados pela doutrina e pelos ministros do STF acerca do assunto, além de duas teorias acerca dos limites interpretativos do juiz constitucional.

Palavras-chave: mutação constitucional; controle difuso de constitucionalidade, suspensão da execução da lei pelo Senado, Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

The present study aims to analyse the purpose of constitutional mutation of article 52, X of Federal Constitution. Since the mechanism of Senate's suspensive law act was created, in 1934, up to now, the brazilian system of constitutional review has changed a lot. Several legislatives and in case-law innovations provided a real incorporation of concentrated constitutional adjudication decision effect's into diffused ones. The Federal Supreme Court has already discussed this issue in judgment of Complaint No. 4.335/AC and of Direct Unconstitutionality Action No. 3.406/RJ and No. 3.470/RJ. At that, the questions that arise are: would the Federal Supreme Court have adopted the theory of abstractivization of diffused control of constitutionality and the theory of transcendence of determinants reasons? Would it be lawful the purpose of constitutional mutation of article 52, X of CRFB? To answer this questions, it will be explored the arguments used by doctrine and ministers of the Supreme Court about this issue, as well as two theories about interpretative limits of constitutional judge.

Keywords: constitutional mutation; diffused control of constitutionality; Senate's suspensive law act; Federal Supreme Court.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

AG. REG – Agravo Regimental

A.I – Agravo de Instrumento

CPC – Código de Processo Civil

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

EC – Emenda Constitucional

HC – Habeas Corpus

MS – Mandado de Segurança

RCL - Reclamação

RE – Recurso Extraordinário

RESP – Recurso Especial

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TSE – Tribunal Superior Eleitoral

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO 1 – O SURGIMENTO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL E A CRIAÇÃO DA COMPETÊNCIA SENATORIAL	14
CAPÍTULO 2 - A EVOLUÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL E A APROXIMAÇÃO ENTRE OS SISTEMAS DE CONTROLE DIFUSO E CONCENTRADO	28
2.1 – Concepções do fenômeno da mutação constitucional	28
2.2 – O julgamento da Reclamação nº 4.335/AC	33
2.3 – Fundamentos favoráveis às teses da abstrativização do controle difuso e da mutação constitucional do artigo 52, X da Constituição	41
CAPÍTULO 3 – O JULGAMENTO DAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 3.406/RJ E 3.470/RJ E SUAS CONSEQUÊNCIAS	50
CONCLUSÃO	60
REFERÊNCIAS	63

INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva debater a tese da mutação constitucional do artigo 52, X da Constituição Federal após o julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3.406/RJ e nº 3.470/RJ. Para tanto, essencial que se discuta previamente acerca dos sistemas jurídicos do *common law* e do *civil law*, das modalidades de controle existentes e do contexto histórico no qual foi criada a competência do Senado para suspender a execução das leis declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

O Brasil adotou o sistema do *civil law*. Em grosseira síntese, esse sistema possui a lei como fonte primária do direito, a qual deve ser aplicada em sua literalidade pelo juiz no caso concreto. No *common law*, também há produção legislativa, mas as principais fontes do direito são os costumes e os precedentes judiciais. Nesse segundo sistema, “são as próprias decisões judiciais que criam, a partir dos costumes e das circunstâncias do caso concreto, as normas jurídicas a serem utilizadas no julgamento de casos análogos posteriores” (LEMOS JÚNIOR E BATISTA, 2018, p. 52-54). Natural, portanto, a vinculação obrigatória a esses precedentes (*stare decisis*) como forma de garantir certeza e previsibilidade na aplicação do direito.

Diante disso, inegável a influência das premissas do *civil law* sobre o controle de constitucionalidade que se desenvolveu no Brasil. Embora o modelo de controle adotado tenha sido o mesmo dos norte-americanos (sistema difuso de controle), os efeitos das decisões de inconstitucionalidade em cada um dos países eram totalmente distintos. Como o sistema brasileiro não dispõe do *stare decisis*, as decisões proferidas pelos tribunais superiores não vinculavam os órgãos judiciários de instâncias inferiores. Apenas as partes que compunham determinada relação processual eram afetadas pela decisão proferida em seu âmbito, por mais que em outros processos as questões de fato e de direito fossem as mesmas. Dessa forma, decisões contraditórias começaram a se proliferar pelo território nacional. Para conter o avanço da insegurança jurídica, foi criado, então, o mecanismo da suspensão da lei pelo Senado Federal, em 1934.

A partir de então, as decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo STF passariam a dispor de eficácia *erga omnes*, desde que o Senado suspendesse a execução da lei ou do ato normativo declarado inconstitucional pelo STF, mesmo em via incidental. Essa foi a solução encontrada pelos constituintes de 1934 para conciliar a teoria da inconstitucionalidade das leis com a estrita concepção de separação de poderes até então vigente. Na sistemática original da Constituição de 1934, o Conselho Federal (que viria a se tornar o Senado) foi previsto como

um órgão de coordenação entre os poderes, e não como um órgão pertencente ao Poder Legislativo (VILELLA, 2015, p. 29).

No entanto, Gilmar Ferreira Mendes, considerando as diversas alterações em matéria de controle ocorridas a partir da Constituição Federal de 1988, principalmente a amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de suspensão liminar da eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, e tendo em vista que a concepção de separação dos poderes vigente em 1934 encontra-se hoje ultrapassada, afirma que o dispositivo que prevê a suspensão da lei pelo Senado tornou-se obsoleto. Nesse sentido, o doutrinador questiona o porquê da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF no âmbito incidental valer tão somente para as partes em litígio, já que em ADI o STF pode até mesmo suspender liminarmente a eficácia da lei (MENDES, 2004, p. 14).

Diante de toda a evolução legislativa e jurisprudencial pós Constituição Federal de 1988 (que será tratada posteriormente nesta monografia), Gilmar Mendes conclui que a regra constante do artigo 52, X da CRFB sofreu mutação constitucional, a qual define como uma “reforma da Constituição sem modificação do texto”. Para ele, a prática constitucional sugere que a resolução do Senado tenha a única finalidade de tornar pública a decisão da Suprema Corte, a qual, por si só, já disporia de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante (MENDES, 2004, p. 30-31).

A tese da equiparação dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo STF possui importantes adeptos. Freddie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha sustentam que todas as decisões do STF - sejam elas advindas de controle difuso ou concentrado - devem ter os seus efeitos estendidos para além das partes, devido à função que a Corte possui de uniformizar a jurisprudência nacional e de fixar a interpretação das normas constitucionais (NEVES, 2014, p. 44). Na mesma linha, Dirley da Cunha Junior considera teratológica essa distinção de efeitos entre as decisões prolatadas em cada uma das formas de controle, também tendo em vista o papel de guardião da Constituição que o STF exerce (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 283). André Ramos Tavares, Clémerson Merlin Cléve e Luís Roberto Barroso são outros teóricos filiados a essa corrente.

No julgamento da Reclamação nº 4.335/AC, a qual teve fim em março de 2014, a discussão acerca da mutação constitucional do artigo 52, X da CRFB restou prejudicada por conta da edição superveniente da Súmula Vinculante nº 26. Àquela época, apenas dois ministros votaram no sentido de reconhecer a mutação constitucional. Após significativa mudança na

composição dos membros da Corte, a questão voltou a ser enfrentada no julgamento das ADIs 3.406/RJ e 3.470/RJ.

Ante o exposto, a finalidade da presente monografia é investigar se a Corte, enquanto instituição, adotou as teses da abstrativização do controle difuso e da transcendência dos motivos determinantes, e se o artigo 52, X da CRFB realmente sofreu mutação constitucional. Afinal, qual seria a legitimidade de tal proposta de mutação?

Para tanto, no primeiro capítulo, será feita uma análise histórica acerca das origens da competência senatorial. Nesse sentido, serão abordados: o surgimento do controle de constitucionalidade no Brasil, os debates na subcomissão responsável pela elaboração do anteprojeto de Constituição de 1934 e na Assembleia Constituinte de 1934, que culminaram com a criação da competência do Senado, e a evolução desse instituto em face das novas Constituições e das mudanças de orientação da Suprema Corte.

O segundo capítulo será dividido em três subcapítulos. No primeiro deles, serão apresentados alguns conceitos para o fenômeno da mutação constitucional. No segundo subcapítulo serão expostos os votos dos ministros do STF no julgamento da Reclamação nº 4.335/AC. O terceiro subcapítulo tratará de maneira mais aprofundada sobre os fundamentos que ensejam as teses da abstrativização do controle difuso e da mutação constitucional do artigo 52, X da CRFB, quais sejam, as alterações legislativas e jurisprudenciais pós-1988 que vêm conferindo eficácia *ultra partes* às decisões proferidas em jurisdição difusa. Nesse tópico, será demonstrado que a competência senatorial para suspender a execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo tornou-se um mecanismo que já não corresponde mais à realidade fática.

No terceiro capítulo será abordado o julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3.406/RJ e nº 3.470/RJ, e os seguintes questionamentos serão respondidos: teria o STF adotado as teorias da transcendência dos motivos determinantes e da abstrativização? Houve mutação constitucional do artigo 52, X da CRFB? Seria legítima essa proposta de releitura do papel do Senado em matéria de controle? Para responder a essa última pergunta, serão adotadas como referenciais as teorias do Direito como integridade, de Ronald Dworkin, e do pragmatismo jurídico, de Richard Posner. Importante o debate acerca da mutação constitucional do dispositivo supracitado para sabermos até que ponto a superação do limite textual da norma não configura um ativismo discricionário por parte do Supremo.

CAPÍTULO 1 – O SURGIMENTO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL E A CRIAÇÃO DA COMPETÊNCIA SENATORIAL

A origem do constitucionalismo moderno está atrelada às revoluções liberais ocorridas na segunda metade do século XVIII, como as Revoluções Americana e Francesa. Surgiram, então, as primeiras Constituições escritas para combater os excessos do regime absolutista e resguardar direitos e garantias fundamentais aos indivíduos. A criação dessa norma fundamental do Estado só seria possível através da instituição de um Poder Constituinte originário, cuja titularidade, segundo a lição de Joseph Emmanuel Sieyès, em sua obra “Qu’est-ce que le tiers État?”, pertenceria ao povo (SIEYES, 2001, p. 113).

Uadi Lammego Bulos lista algumas das principais características do constitucionalismo moderno. Dentre elas, está a separação dos poderes. Essa teoria, ventilada por Aristóteles¹, estudada por John Locke² e aprimorada por Montesquieu³, surgiu como alternativa para o enfraquecimento o poder do Estado. As Constituições não teriam qualquer eficácia enquanto instrumento de garantia das liberdades individuais, se todos os poderes estivessem concentrados nas mãos de uma pessoa. Segundo Montesquieu:

Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares (MONTESQUIEU, 2000, p. 168).

Ao passo que a concepção francesa da separação dos Poderes propõe atuações estanques, a matriz norte-americana da mesma teoria preza pelo controle e equilíbrio recíproco entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, a fim de que pudessem conter abusos um do outro nos exercícios de suas funções (CAPPELLETTI, 1984, p. 98). É no bojo desse sistema de “freios e contrapesos” que surge outra característica do constitucionalismo moderno: o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos.

O controle de constitucionalidade é a análise da compatibilidade da lei ou de qualquer outro ato normativo com a Constituição. Luís Roberto Barroso elenca dois pressupostos necessários para a existência do controle de constitucionalidade: a supremacia e a rigidez

¹ ARISTÓTELES. **A Política**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

² LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Trad. Alex Marins, São Paulo. Martin Claret: 2003.

³ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis**. Apresentação Renato Janine Ribeiro; tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, Saraiva: 2000.

constitucionais. De acordo com o primeiro pressuposto, a Constituição deve ocupar o topo da hierarquia normativa e ser o fundamento de validade de todo Direito. Qualquer ato normativo que seja incompatível com o conteúdo constitucional não há de subsistir. O segundo requisito, por sua vez, estabelece que o processo de elaboração das normas constitucionais deve ser distinto daquele para a criação de normas infraconstitucionais. Se o processo fosse o mesmo, os mandamentos do texto constitucional poderiam ser alterados ou revogados pelo legislador ordinário (BARROSO, 2012, p. 60-62).

Ainda de acordo com a doutrina de Luís Roberto Barroso, a decisão que inaugurou o controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno foi dada no caso *Marbury vs. Madison* em 1803. Nesse caso, a Suprema Corte norte-americana consagrou o princípio da supremacia da Constituição e a competência do Poder Judiciário para invalidar atos do Executivo e do Legislativo que a contrariassem, mediante o julgamento de casos concretos. Restou assentada na decisão do caso que a sanção para os atos contrários à Constituição seria a respectiva declaração de nulidade (BARROSO, 2012, p. 89).

O julgamento de *Marbury vs. Madison* originou o sistema norte-americano de controle, também conhecido como sistema difuso. Nele, todos os órgãos do Poder Judiciário possuem o poder-dever de afastar a aplicação de leis incompatíveis com a Constituição. Originário do *common law*, o direito norte-americano tem como fonte de direito, por excelência, os precedentes judiciais. No julgamento de casos iguais ou semelhantes, as decisões anteriormente prolatadas devem ser observadas pelos órgãos judiciários. Natural, portanto, que o *judicial review* norte-americano incorporasse o *stare decisis*, segundo o qual as decisões proferidas pelas cortes superiores são vinculantes com relação às instâncias inferiores. De acordo com o professor da Yale Law School Jonathan R. Macey, o mecanismo do *stare decisis* é capaz de proporcionar diversos benefícios aos sistemas jurídicos que o empregam, dentre eles, vantagens do ponto de vista econômico-processual e a segurança jurídica que assegura⁴.

Os países da Europa de tradição romano-germânica, aos quais é estranho o *stare decisis*, buscaram uma outra solução para garantir segurança a seu sistema jurídico. Na obra *Jurisdição Constitucional*, de Hans Kelsen, são esclarecidas as características fundamentais do modelo de controle concentrado, que veio a ser adotado por esses países. Com a contribuição de Kelsen, a Constituição austríaca de 1º de outubro de 1920 definiu um órgão judiciário especializado para decidir sobre a constitucionalidade das leis: o Tribunal Constitucional. Diferentemente do

⁴ MACEY, Jonathan R.. **The Internal and External Cost and benefits of stare decisis**. HeinOnline -- 65 Chi.-Kent L. Rev. 1989, p. 93-94.

modelo norte-americano, o sistema austríaco previa que a análise da constitucionalidade das leis ficasse desvinculada do julgamento de casos concretos. Seriam instaurados processos autônomos perante a Corte para decidir sobre cada questão. Ademais, foi adotada a tese da anulabilidade da lei inconstitucional, a qual dispõe que todos os efeitos produzidos pela lei ou ato normativo declarado inconstitucional até o momento de sua retirada do mundo jurídico devem ser preservados (KELSEN, 2003, p. 25). No entanto, essa tese não vingou na doutrina, nem nos ordenamentos dos países da Europa, com exceção da Áustria (BARROSO, 2012, p. 114).

Há ainda um terceiro modelo de controle de constitucionalidade: o modelo francês. Nele, a fiscalização da constitucionalidade da lei e de outros atos normativos não fica a cargo de um órgão jurisdicional, mas político: o Conselho Constitucional. Cappelletti afirma que razões históricas e ideológicas motivaram os franceses a ter desconfiança do Poder Judiciário (CAPPELLETTI, 1984, p. 96-97).

No Brasil, o controle de constitucionalidade foi introduzido com a Constituição provisória de 1890. Em seu artigo 59, §1º, o documento conferiu ao Supremo Tribunal Federal a competência para rever as sentenças dos juízos estaduais que violassem a Constituição ou as leis federais:

Art. 59

§ 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;

b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.

Ainda em 1890, o Decreto nº 848 estabeleceu em seu artigo 3º que “na guarda e aplicação da Constituição e das leis nacionais a magistratura federal só intervirá em espécie e por provocação da parte”. A Constituição de 1891, por sua vez, reproduziu o conteúdo do artigo 59, §1º da Constituição Provisória em seu artigo 60, §1º, “a” e “b”.

No entanto, foi tão só com a edição da Lei Federal nº 221 de 1894 que o controle de constitucionalidade se consolidou no Brasil. O artigo 13, §10º deste diploma conferiu a competência aos juízes e tribunais para que pudessem apreciar a validade de leis e

regulamentos, e para deixar de aplicá-los aos casos concretos, quando manifestamente inconstitucionais (ALENCAR⁵, 1978, p. 225).

As alterações formais feitas pelo constituinte originário de 1891 corroboraram para o surgimento do controle de constitucionalidade no Brasil. A Carta Magna de 1824, de fortes raízes francesas, atribuía a guarda da Constituição e da interpretação das leis ao Poder Legislativo. No entanto, a Constituição de 1891 importou o sistema de controle de constitucionalidade norte-americano, e adotou as formas de governo republicana e federativa de estado. Ademais, a comunidade jurídica brasileira da época passou a aceitar as premissas do controle norte-americano, dentre elas, a do reconhecimento da supremacia da Constituição e da legitimidade do Poder Judiciário para defendê-la (VILELLA, 2015, p. 14).

Entretanto, nem todas as características do sistema norte-americano puderam ser incorporadas ao direito brasileiro, principalmente por conta das diferentes origens. Ao contrário do direito norte-americano, o direito brasileiro pertence à família romano-germânico, no qual a principal fonte do direito é a lei. Embora a jurisprudência também seja fonte do direito, as regras por ela criadas são muito mais facilmente modificadas quando do julgamento de um novo caso. Essa incompatibilidade foi fundamental para o desenvolvimento do controle de constitucionalidade no Brasil como ele é hoje (VILELLA, 2015, p. 16-17).

Mauro Cappelletti já alertava para as consequências do controle difuso em países do *civil law*, nos quais não existe o princípio do *stare decisis*. Segundo ele, uma mesma disposição de lei poderia ser aplicada por um órgão judiciário e não aplicada por outro que a julgasse inconstitucional. Nem mesmo as decisões do órgão de cúpula do Poder Judiciário seriam capazes de vincular juízes e tribunais inferiores. Esse cenário de conflito entre órgãos e de incerteza do direito era extremamente preocupante para os indivíduos e para o Estado (CAPPELLETTI, 1984, p. 77-79).

A declaração de inconstitucionalidade na via incidental possui efeitos apenas para as partes que integram a relação processual (efeitos *inter partes*). Desse modo, qualquer das partes de uma nova relação processual que não deseje a aplicação de determinada lei em seu respectivo caso, deve arguir pela declaração de inconstitucionalidade perante o juízo, ainda que o Poder Judiciário já tenha se manifestado a respeito da lei anteriormente. Essa necessidade não criou maiores prejuízos nos Estados Unidos.

⁵ Publicação: Senado Federal, Serviço de Informação Legislativa.

Nesse país, a decisão de inconstitucionalidade proferida pela Suprema Corte torna a lei morta, embora ela permaneça existindo no ordenamento. Além disso, as decisões da Suprema Corte são vinculantes para todas as outras cortes inferiores (CAPPELLETTI, 1984, p. 81):

[...] Mas eis, ao invés, que, mediante o instrumento do stare decisis, aquela "mera não aplicação", limitada ao caso concreto e não vinculatória para os outros juízes e para os outros casos, acaba, ao contrário, por agigantar os próprios efeitos, tomando-se, em síntese, urna verdadeira eliminação, final e definitiva, válida para sempre e para quaisquer outros casos, da lei inconstitucional: acaba, em suma, por tornar-se uma verdadeira anulação da lei, além disso, com efeito, em geral, retroativo (CAPPELLETTI, 1984, p. 82).

O Brasil, no entanto, não assimilou o *stare decisis* em seu ordenamento. Os acórdãos proferidos pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário não tinham o condão de vincular outros juízes e tribunais inferiores. Havia a possibilidade de que juízes de primeira instância pudessem aplicar normalmente lei declarada inconstitucional pelo STF. Os inconvenientes citados por Cappelletti de conflito entre os órgãos e de incerteza do direito começaram a ocorrer dentro do território nacional (VILELLA, 2015, p. 19-20).

O Decreto nº 21.402 de 1932 determinou a realização de eleições à Assembleia Constituinte e criou uma comissão para elaborar o anteprojeto da nova Constituição Federal. Os trabalhos dessa comissão foram regulados pelas disposições do Decreto nº 22.040 de 1º de novembro de 1932. Ficou a cargo do Ministro da Justiça nomear uma subcomissão, composta de um terço dos membros da comissão original, para efetivamente participar da formação do anteprojeto (AZEVEDO⁶, 1993, p. 4-5).

No tocante à matéria de controle de constitucionalidade, a questão da manutenção dos efeitos das leis declaradas inconstitucionais pelo STF foi objeto de muitas discussões entre os membros da subcomissão, que propuseram as mais diversas soluções para a resolução do problema.

O sr. Góes Monteiro observa que, realmente, essa é uma das coisas que sempre lhe pareceram inconvenientes, no systema constitucional de 1891, pois não se póde comprehender que, depois de ter o Supremo Tribunal julgado em espécie uma lei inconstitucional, ella continue em vigor. Entende que deve haver um meio de evitar esse inconveniente.

(...)

O sr. Osvaldo Aranha entende que, efectivamente, precisamos de estabelecer na Constituição uma norma que venha corrigir a anomalia actual, decorrente do Supremo Tribunal julgar inconstitucional uma lei, no apreciar determinado fato, e continuar essa lei em vigor. É, portanto, uma lei julgada inconstitucional pelo Poder Judiciário, que continua a produzir innumerous outros casos para julgamentos futuros (AZEVEDO, 1993, p.536).

⁶ Publicação: Senado Federal, Secretaria de Documentação e Informação, Subsecretaria de Edições Técnicas.

Themístocles Cavalcante, por exemplo, propôs a criação de uma emenda para conferir ao Supremo competência para declarar a inconstitucionalidade das leis em tese mediante ação declaratória, em virtude de provocação das câmaras legislativas ou de qualquer interessado. No entanto, sua proposta foi considerada ofensiva à concepção de separação dos poderes até então vigente. Havia o temor de que o Poder Judiciário pudesse se sobrepor aos outros dois poderes (AZEVEDO, 1993, p. 536)

Guardadas as devidas proporções, a proposta de Themístocles Cavalcante só viria a se concretizar com a Emenda Constitucional nº 16 de 1965 com a introdução do controle abstrato de normas no Brasil.

Por sua vez, João Mangabeira propôs que o quórum a ser atingido para que uma lei fosse declarada inconstitucional pelo STF fosse de dois terços de seus ministros. No entanto, essa lei só seria expurgada do ordenamento com a concordância da Assembleia Nacional, do Presidente da República e do povo. Sugeriu ainda que fosse vedado arguir a inconstitucionalidade de uma lei aplicada por cinco anos, sem qualquer reclamação no Judiciário. Sua proposta tinha como intuito evitar que o Supremo se tornasse a única e definitiva instância responsável pela declaração de inconstitucionalidade, além de buscar conferir ao sistema jurídico coerência e estabilidade:

Art. A inconstitucionalidade de uma lei federal só poderá ser declarada pelo Supremo Tribunal, quando neste sentido votarem, pelo menos, dois terços dos seus membros.
§1.º. Verificado este caso, o presidente do Supremo Tribunal enviará, dentro de dez dias, uma copia da decisão ao presidente da Assembléa Nacional; e si esta aquiescer no julgamento, ou delle não dissentir por dois terços da totalidade dos seus membros, a lei será revogada. O mesmo ocorrerá, si reunida a assembléa, nada resolver dentro de trinta dias.
§2.º. Si a Assembléa, por dois terços da totalidade dos seus membros, discordar da decisão, comunicará o facto, dentro de 24 horas, ao Presidente da República. E si este, dentro de 5 dias, nada resolver ou acceitar o julgado, a lei ficará revogada. Si, porém, concordar com o voto da Assembléa, o dissidio entre o Supremo Tribunal e os outros poderes do Estado, será resolvido por um plebiscito.
§3.º. Não poderá ser arguida de inconstitucional a lei applicada sem reclamação por mais de cinco anos (AZEVEDO, 1993, p. 572).

A parte do dispositivo que condicionava a declaração de inconstitucionalidade ao aceite dos Poderes Executivo e Legislativo, e do povo, foi duramente criticada. Antônio Carlos considerava que o único Poder capaz de interpretar a Constituição com caráter decisório era o Judiciário. Ele defendia que a atuação do Presidente da República deveria ser vinculada, ou

seja, que só tivesse a opção de suspender as leis já declaradas inconstitucionais (AZEVEDO, 1993, p. 573).

Carlos Maximiliano, que além de membro da Comissão Itamaraty, foi deputado constituinte, propôs que a declaração de inconstitucionalidade do Supremo tivesse efeitos apenas dentro da esfera judiciária. Todos aqueles prejudicados pela mesma lei declarada inconstitucional poderiam requerer individualmente a tutela de seu direito por intermédio de um instrumento processual célere. Entretanto, diferentemente do modelo de controle até então vigente, os juízes e tribunais inferiores estariam obrigados a adotar o posicionamento do Supremo (AZEVEDO, 1993, p. 574):

Sympathizando, desde o princípio, com a idéia do sr. Themístocles Cavalcanti, ocorreu-lhe o seguinte: que a resolução do Judiciário tivesse efeito ou corresse sómente dentro da esfera judiciaria. Nesse sentido, formulou a sua emenda, já entregue á secretaria. Suggere, que, uma vez julgada inconstitucional não sómente uma lei, como um acto executivo, por dois terços, pelo menos, do Supremo Tribunal, isso consistirá fundamento para que quaesquer pessoas, em circunstancias identicas, tenham direito ao recurso para reclamar o reconhecimento de direito certo e incontestável.

Esse recurso acelerado, tem a marcha quasi do “habeas corpus” e não altera a Constituição. Todos os indivíduos em condições iguaes não precisarão da acção summaria especial e si tiver passado o prazo desta, em virtude desse julgado, terão recurso rapidissimo e barato (AZEVEDO, 1993, p. 574).

Castro Nunes propôs uma fórmula muito semelhante à que viria ser adotada em 1934. Sua emenda dispunha que as decisões de inconstitucionalidade do STF fossem encaminhadas ao Conselho Nacional, a fim de esse órgão as enviasse ao Presidente da República, que ficaria responsável por suspender a execução da lei até a sua revogação ou modificação definitiva pela Assembleia Nacional (AZEVEDO, 1993, p. 893):

Art. As decisões do Supremo Tribunal Federal, declaratórias da inconstitucionalidade de leis da Assembléa ou de decretos ou regulamentos do Poder Executivo serão encaminhadas ao Conselho para que este, de acordo com as conclusões do julgado, ou julgados, forme projecto que o Presidente da República baixará sob a fôrma de decreto, declarando, desde logo, revogado total ou parcialmente o acto, si fôr Executivo, ou apenas suspensa a sua execução, si se trata de lei da Assembléa, até que esta o revogue ou modifique (AZEVEDO, 1993, p. 893).

Segundo Castro Nunes, a sua proposta seria um meio-termo entre a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *interpartes* e a declaração de inconstitucionalidade em abstrato, pois visava retirar definitivamente a lei inconstitucional do ordenamento jurídico a partir de um caso concreto (AZEVEDO, 1993, p. 894).

João Mangabeira teceu críticas a essa emenda. Para ele, dentro de um regime democrático, uma lei da Assembleia Nacional só poderia ser suspensa ou revogada por outra lei da Assembleia. Ademais, afirmou que essa fórmula “poderia causar um conflito entre os três poderes, já que uma lei declarada inconstitucional pelo Supremo e com a eficácia suspensa pelo Presidente poderia não ser revogada pela Assembleia.” (VILELLA, 2015, p. 26). Vale ressaltar que a função do Conselho Federal à época da elaboração do anteprojeto da Constituição de 1934 era promover a coordenação entre os três poderes. Por fim, a emenda de Castro Nunes também foi rejeitada.

Parte da proposta de João Mangabeira e a proposta de Carlos Maximiliano em sua completude foram acolhidas pelos membros da subcomissão Itamaraty. O anteprojeto entregue à assembleia constituinte continha o seguinte dispositivo:

Art. 57 - Não se poderá arguir de inconstitucional uma lei federal aplicada sem reclamação por mais de cinco anos.

§1º - O Supremo Tribunal não poderá declarar a inconstitucionalidade de uma lei federal, senão quando nesse sentido votarem pelo menos dois terços dos seus Ministros.

*§2º - Só o Supremo Tribunal poderá declarar definitivamente a inconstitucionalidade de uma lei federal ou de um ato do Presidente da República. Sempre que qualquer tribunal ou juiz não aplicar uma lei federal, ou anular um ato do Presidente da República, por inconstitucionais, recorrerá **ex officio**, e com efeito suspensivo, para o Supremo Tribunal.*

§3º Julgados inconstitucionais qualquer lei ou ato do Poder Executivo, caberá a todas as pessoas que se acharem nas mesmas condições do litigante vitorioso, o remédio judiciário instituído para garantia de todo direito certo e incontestável (ALENCAR, 1978, p.234).

Apesar desse dispositivo, o problema da manutenção dos efeitos das leis declaradas inconstitucionais não foi resolvido, porque prevalecia dentro da subcomissão Itamaraty uma concepção estrita da separação dos poderes. Em síntese, esse princípio restaria violado se o Supremo pudesse declarar uma lei inconstitucional com eficácia *erga omnes*, e se os Poderes Executivo e Legislativo pudessem revisar a decisão do órgão de cúpula do Poder Judiciário (VILELLA, 2015, p. 26-27).

Embora o texto do anteprojeto tenha sido inteiramente rejeitado ao fim pela assembleia constituinte de 1934, os debates travados no âmbito da subcomissão Itamaraty foram muitas vezes lembrados pelos deputados constituintes. Também foram muitas as propostas para alterar a redação do artigo 57 do anteprojeto. O deputado Godofredo Viana, por exemplo, sugeriu o acréscimo de um quarto parágrafo ao artigo, no qual uma lei declarada inconstitucional em mais de um acórdão prolatado pelo STF seria considerada inexistente. Ficaria a cargo do Procurador

Geral da República a publicação da decisão no órgão oficial da União e do Estado. Segundo Godofredo Viana, essa fórmula teria como objetivo exaurir a produção de efeitos das leis declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal:

Vê-se pelo anteprojeto que, apesar de ser declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal, a lei continua de pé, ao contrário do que se passa no sistema austríaco, como vimos acima.

Vale dizer que esta continua a obrigar. De modo e maneira que o Executivo pode utilizar-se dela e às vezes tem mesmo o dever de se utilizar dela. Nem só o Executivo, senão o próprio Legislativo. Continua, também, a reger nos casos futuros as relações de direito que lhe derem origem. Não estanca a fonte de atos inconstitucionais e, conseqüentemente, de novos ônus para a Fazenda Pública.

Ora, não parece que devemos manter essa situação.

Bem sei que se vai argumentar com a independência harmônica dos poderes, com a necessidade de evitar a supremacia de um em prejuízo de outro, mesmo em se tratando do Judiciário.

Mas não convém que não nos aferremos a princípios por demais rígidos. Precisamos defrontar com segurança a realidade (ALENCAR, 1978, p. 236).

Por sua vez, Nilo Alvarenga propôs a criação de uma Corte de Justiça Constitucional, nos mesmos moldes do sistema austríaco, responsável exclusivamente por julgar as arguições de inconstitucionalidade com eficácia *erga omnes* (ALENCAR, 1978, p. 237-239). O intuito do deputado com a propositura de tal emenda era conciliar a questão dos efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade com a observância ao princípio da separação dos poderes. A Corte Constitucional não ficaria vinculada a nenhum dos poderes, e isso evitaria “os inconvenientes do judicialismo, da ditadura do Judiciário ou da sua supremacia sobre os demais poderes” (ALENCAR, 1978, p. 242-243). A sugestão de Nilo Alvarenga viria a ser comentada por Levi Carneiro:

O nobre Deputado Sr. Nilo de Alvarenga ofereceu a Emenda que tomou o nº 1.107, justificada brilhantemente da tribuna, para criação de uma “Corte de justiça constitucional”.

Não aderimos à sugestão, supondo que as nossas condições não a recomendam. Acreditamos, com o Sr. Pontes de Miranda, que a criação de tribunais dessa espécie, adstritos unicamente a questões constitucionais, não é mesmo recomendável.

Demais, o nosso Supremo Tribunal tem preenchido, vantajosamente, a missão que se atribuiria ao tribunal proposto - sem prejuízo das demais funções que exerce em relação a todo o Direito Privado (ALENCAR, 1978, p. 245).

Levi Carneiro apresentou substitutivo ao anteprojeto, conferindo competência ao Procurador-Geral da República para notificar as autoridades executivas e legislativas sobre as decisões de inconstitucionalidade de seus atos pelo STF. Essas notificações teriam o condão de orientar as autoridades competentes a revogarem os atos declarados inconstitucionais. Não

haveria nenhuma sanção no caso de inércia dessas autoridades. Essa foi a posição endossada pela Comissão Constitucional quando da elaboração de seu substitutivo ao anteprojeto (VILELLA, 2015, p. 29):

Quando a Corte Suprema, no julgamento de algum feito, declarar inconstitucional o dispositivo de lei ou ato governamental, incumbe ao Procurador-Geral da República comunicar, conforme a espécie, ao Presidente da República, ou ao Governador do Estado, e ao Presidente da Assembléia Nacional, ou da Assembléia Legislativa Estadual e ao Presidente do Conselho Federal, a decisão tomada, para revogação ou suspensão da lei ou ato (ALENCAR, 1978, p. 247).

Algumas emendas ainda viriam a complementar o substitutivo da Comissão Constitucional. A Emenda nº 1949 restringiu a comunicação do Procurador-Geral da República ao Conselho Federal, o qual passou a ser responsável por deliberar sobre a suspensão da execução, no todo ou em parte, de lei ou ato, deliberação ou regulamento declarados inconstitucionais pelo Judiciário. Se antes da Emenda nº 1949 os Poderes Executivo e Legislativo seriam notificados das decisões de inconstitucionalidade para que pudessem revogar seus próprios atos, após a sua edição a comunicação a esses dois poderes passou a ter o único propósito de dar-lhes conhecimento das declarações de inconstitucionalidade, sem que pudessem decidir pela revogação ou suspensão de seus atos (ALENCAR, 1978, p. 248).

Art. 105 -

§2º - Quando a Corte Suprema, no julgamento de algum feito, declarar inconstitucional qualquer dispositivo de lei ou ato governamental, incumbe ao Procurador-Geral da República comunicar a decisão ao Conselho Federal, para os fins do art. 101, IV, () bem como à autoridade legislativa ou executiva, de que tenha emanado o ato.*

() Art. 101 - Compete ao Conselho Federal:*

IV - suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário (ALENCAR, 1978, p. 248).

Por sua vez, a Emenda nº 711 sugeriu a troca da palavra “Conselho Federal” por “Senado”. Dentre os autores dessa emenda está Alcântara Machado, o qual incluía o Senado como parte integrante do Poder Legislativo. Segundo ele, as únicas duas hipóteses, dentre as doze atribuídas ao Senado, em que esse órgão poderia coordenar a atuação dos poderes, seriam as previstas no artigo 91, II e IV da Constituição de 1934, quais sejam, na suspensão da execução dos dispositivos ilegais dos regulamentos expedidos pelo Poder Executivo, e na suspensão da execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou

regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário, respectivamente (MACHADO, 1937, p. 145).

Prado Kelly, no entanto, defendia a atuação do Conselho Federal como órgão de coordenação dos poderes. Quando questionado por Prado Kelly a respeito do enquadramento do Conselho dentro do Poder Legislativo, Raul Fernandes respondeu que a Emenda nº 711 apenas trocava o nome do órgão para “Senado”, sem que fosse alterada a sua função de coordenador dos poderes (ALENCAR, 1978, p. 249-250). Após votação, a Emenda nº 711 foi aprovada, e os artigos 91, IV e 96 da Carta Magna de 1934 foram assim redigidos:

Art 91 - Compete ao Senado Federal:

[...]

IV - suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário.

Art. 96 - Quando a Corte Suprema declarar inconstitucional qualquer dispositivo de lei ou ato governamental, o Procurador-Geral da República comunicará a decisão ao Senado Federal para os fins do art. 91, nº IV, e bem assim à autoridade legislativa ou executiva, de que tenha emanado o ato.

De acordo com Cappelletti, a adoção de mecanismos de extensão dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade, como foi feito no Brasil em 1934, poderia evitar os inconvenientes de conflito entre órgãos e de incerteza do direito, além de revelar uma aspiração ao controle concentrado. No entanto, não há qualquer indício de que a intenção do legislador ao criar a competência do Senado tenha sido estabelecer o controle abstrato de normas no Brasil. A proposta de criação de um Tribunal Constitucional já havia sido feita anteriormente por Nilo Alvarenga e foi completamente rejeitada pelos constituintes. Assim sendo, a suspensão da lei pelo Senado não foi criada com o objetivo de abandonar a tradição norte-americana de controle, mas para solucionar eventuais problemas com relação aos efeitos das declarações de inconstitucionalidade pelo STF (ARAÚJO, 2011, p. 26-27). Nesse sentido, extrai-se trecho da obra de Paulo Brossard:

Com efeito, entre o sistema americano do julgamento in casu, e o sistema europeu do julgamento in thesi, o constituinte de 34, sem abandonar o sistema de inspiração norte-americana, tradicional entre nós, deu um passo no sentido de aproveitar algo da então recente experiência europeia; fê-lo conferindo ao Senado, órgão político, então denominado de “coordenação entre os poderes”, a faculdade de, em face de e com base em julgado definitivo do Supremo Tribunal Federal, que vincula apenas os litigantes, estender os seus efeitos, obviamente no que tange à inconstitucionalidade da norma, a quantos não foram parte no litígio, mediante a suspensão da lei ou decreto. Os efeitos do julgado são jurídicos e particulares; os da decisão do Senado

são políticos e gerais. “É um ato político, de alcance normativo”, segundo o Ministro Prado Kelly (RTJ, v. 38, pág. 19) (BROSSARD, 1976, p. 61).

Em 1937, após a instauração do regime político do Estado Novo por Getúlio Vargas, foi outorgada uma nova Constituição ao país. A Carta de 1937 instituiu uma “peculiar modalidade de revisão constitucional”, em seu artigo 96, parágrafo único (MENDES, 2014, p. 973). Segundo o dispositivo, a decisão do STF poderia ficar sem efeito, caso o Presidente da República entendesse que a lei declarada inconstitucional fosse “necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta”, e o Parlamento confirmasse o juízo do Presidente, por dois terços de votos em cada uma de suas Câmaras. Naturalmente, a competência atribuída ao Senado Federal pela Constituição de 1934 para suspender a execução das leis declaradas inconstitucionais foi suprimida (GOMES, 2014, p. 27-28).

Com o fim do Estado Novo em 1945, uma nova Constituição foi promulgada em 1946. O controle de constitucionalidade voltou a operar nos moldes da Constituição de 1934. O Senado Federal voltou a ter competência para suspender a lei declarada inconstitucional pelo Supremo e, dessa vez, incluído no capítulo referente ao Poder Legislativo. Outra modificação com relação à Carta de 1934 diz respeito aos atos passíveis de suspensão pelo Senado. Enquanto em 1934 a suspensão da execução era de “lei ou ato, deliberação ou regulamento”, em 1946 esse rol normativo ficou restrito a “leis e decretos”. No entanto, tal alteração não produziu efeitos concretos, já que o Senado “baixou resoluções suspendendo a execução de leis, decretos, decretos-leis, normas de Constituições estaduais, resoluções de assembleias legislativas, regimentos, etc” (ALENCAR, 1978, p. 270).

Em 1965, a Emenda Constitucional nº 16 instituiu a representação de inconstitucionalidade no Brasil. Embora a primeira manifestação do controle abstrato no país tenha se dado em 1934, com a criação da representação interventiva, foi tão somente através da representação de inconstitucionalidade que esse modelo de controle se consolidou (BARROSO, 2012, p. 239). O artigo 2º da EC nº16/65 inseriu a alínea “k” no artigo 101 da Carta de 1946, incluindo dentre as atribuições do STF processar e julgar “a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República”.

Ademais, o projeto da EC nº 16/65 continha ainda duas outras propostas em seu texto: a inclusão de um terceiro parágrafo ao artigo 101 da Carta de 1934, atribuindo eficácia *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF, e a alteração da redação do artigo 64, nos seguintes termos (MENDES, 2014, p. 976):

Art. 101

(...)

§3º - As disposições de lei ou ato de natureza normativa, consideradas inconstitucionais em decisão definitiva, perderão a eficácia, a partir da declaração do Presidente do Supremo Tribunal Federal publicada no órgão oficial da União. (ALENCAR, 1978, p. 272)

Art. 64. Incumbe ao Presidente do Senado Federal, perdida a eficácia de lei ou ato de natureza normativa (art. 101, §3º), fazer publicar no Diário Oficial e na Coleção das leis, a conclusão do julgado que lhe for comunicado (ALENCAR, 1978, p. 272).

Ambas as propostas foram rejeitadas em Plenário. Com a introdução da alínea “k” ao artigo 101 e a manutenção do texto original do artigo 64 da Carta de 1946, o Senado passou a ter competência para suspender também a execução de leis e atos normativos impugnados através do controle abstrato, fossem eles federais ou estaduais. Mesmo sob a égide da Constituição de 1967 e da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, a competência atribuída ao Senado no controle de constitucionalidade foi preservada (ALENCAR, 1978, p. 273-274):

A prática demonstra, portanto, que o Supremo Tribunal Federal vinha encaminhando à Câmara Alta, para os fins de que trata o art. 42. VII, da Emenda Constitucional nº 1/69, atos julgados inconstitucionais, tanto em razão da ação direta prevista pelo art. 119, I, quanto no caso da declaração de inconstitucionalidade incidente (ALENCAR, 1978, p. 274).

No entanto, em 1977, o Supremo Tribunal Federal definiu que as declarações de inconstitucionalidade proferidas em sede de controle abstrato de normas passariam a dispor de eficácia *erga omnes*. Assim sendo, as comunicações ao Senado Federal, para os fins do art. 42, VII, da Constituição de 1967/69, ficariam restritas às declarações de inconstitucionalidade proferidas no controle incidental (MENDES, 2014, p. 1252).

Por fim, a Constituição Federal de 1988 manteve a coexistência dos sistemas difuso e concentrado no Brasil. Se ainda havia alguma dúvida quanto à necessidade de atuação do Senado no âmbito do controle concentrado, essa foi sanada com a edição da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que definiu expressamente no §2º do artigo 102 da CRFB que as decisões do Supremo em ação direta de inconstitucionalidade ou em ação declaratória de constitucionalidade produzem eficácia contra todos e efeito vinculante (VILELLA, 2015, p. 38).

No âmbito difuso, as normas declaradas inconstitucionais pelo STF permaneceram possuindo, via de regra, eficácia *inter partes*. No entanto, a competência do Senado para suspensão da execução de lei ou ato normativo foi ratificada pela assembleia constituinte de 1988. Portanto, a atribuição de eficácia *erga omnes* às decisões do STF em controle difuso continua dependendo da edição de resolução pelo Senado Federal:

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

[...]

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, a evolução significativa do controle de constitucionalidade no Brasil pós 1988 propiciou o surgimento a tese da mutação constitucional do dispositivo supracitado, que possui como seu principal expoente Gilmar Mendes. No próximo capítulo, serão abordadas algumas correntes conceituais acerca do fenômeno da mutação constitucional, o julgamento da Reclamação nº 4.335/AC e os fundamentos utilizados por doutrina e jurisprudência que deram origem ao surgimento das teses da mutação constitucional do artigo 52, X e da abstrativização do controle difuso.

CAPÍTULO 2 - A EVOLUÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL E A APROXIMAÇÃO ENTRE OS SISTEMAS DE CONTROLE DIFUSO E CONCENTRADO

2.1 – Concepções do fenômeno da mutação constitucional

O fenômeno da mutação constitucional começou a ser estudado no final do século XIX e início do século XX por autores pertencentes à Escola Alemã de Direito Público. Influenciada pela doutrina do positivismo jurídico da época, essa Escola possuía como pressuposto metodológico básico a separação entre direito e política. Assim sendo, toda e qualquer modificação constitucional deveria advir da observância do procedimento legislativo formal. No entanto, Paul Laband, em sua obra *Wandlungen der Deutschen Reichsverfassung*, constatou que a Constituição do Reich poderia sofrer alterações significativas sem que fossem adotados os mecanismos formais de reforma (SÁNCHEZ URRUTIA, 2010, p. 107-108).

Laband reconhecia a importância da Constituição enquanto instrumento capaz de fornecer firmeza e estabilidade ao direito, mas considerava impossível o controle jurídico sobre todos os processos informais de mudança constitucional. Nesse sentido, o teórico sustenta a tese de que a obediência das leis ordinárias ao comando do texto da Constituição constitui um postulado de política legislativa, e não um axioma jurídico. Em assim sendo, Ana Victoria Sánchez Urrutia conclui que Laband não atribuía superioridade hierárquica da Constituição sobre as leis do Parlamento (SÁNCHEZ URRUTIA, 2010, p. 109-110).

Inspirado na tese de Laband, Georg Jellinek distingue a mutação da reforma constitucional tendo em vista o elemento volitivo como critério. Enquanto a reforma da Constituição se daria através de atos de vontade, não necessariamente conforme o Direito, a mutação constitucional ocorreria sem consciência do efeito da mudança (JELLINEK, 1991, p. 7).

Para ele, o direito positivo seria incapaz de controlar o poder estatal e as forças políticas reais, que operam segundo suas próprias leis, e a mutação constitucional poderia decorrer das práticas parlamentares, administrativas e jurisdicionais; das necessidades políticas, práticas convencionais, desuso, lacunas e integração (JELLINEK, 1991, p. 84).

Apesar de toda contribuição teórica prestada pela Escola Alemã de Direito Público, a inexistência de um modelo de controle de constitucionalidade das leis e a brevidade da Constituição do Reich impediram que os conceitos de reforma e mutação constitucional fossem bem explicitados pelos dois autores, que, de certa forma, se limitaram a demonstrar o

descompasso entre a realidade fática e o texto da Constituição (SÁNCHEZ URRUTIA, 2000, p. 113).

O período entreguerras constitui uma época de muita reflexão acerca das mudanças constitucionais e das relações entre o poder político e a constituição escrita. Desde o dogmatismo racional de Kelsen até as concepções dinâmicas de Constituição de Heller e Smend, todas as doutrinas produzidas nesse período representam uma reação ao trabalho da Escola Alemã de Direito Público, cada qual a sua maneira (SÁNCHEZ URRUTIA, 2000, p.116).

Rudolf Smend tece fortes críticas ao postulado metodológico da Escola Alemã de Direito Público, responsável pela separação entre realidade e norma. Sua teoria integrativa confere ênfase ao caráter dinâmico do Estado e da Constituição. Para o autor, a Constituição seria responsável pela “regulação jurídica do Estado, ou melhor, da dinâmica vital na qual se desenvolve a vida do Estado, é dizer, do seu processo de integração” (SMEND, 1985, p. 132).

Nesse sentido, a atuação do Estado não ficaria restrita somente aos aspectos expressamente contemplados na Constituição, do mesmo modo que a Constituição não seria capaz de regular todas as funções vitais do Estado. A vigência efetiva da Constituição, portanto, dependeria de sua integração com variáveis externas ao campo do direito inerentes à dinâmica estatal. Nesse processo integrativo, as normas constitucionais deveriam ser interpretadas de forma extensiva e flexível para suprirem as suas próprias lacunas (SMEND, 1985, p. 133-134). Uma das principais características da teoria de Smend, portanto, é reconhecer a possibilidade das mutações constitucionais, devido à tendência da Constituição de abarcar não só a totalidade do Estado, como também todo o processo integrador (SÁNCHEZ URRUTIA, 2000, p. 122-124).

Adepto da teoria de Rudolf Smend, o chinês Hsu Dau-Lin define mutação constitucional como uma incongruência existente entre realidade e norma. De acordo com ele, a mutação constitucional pode ocorrer em quatro hipóteses distintas: mediante uma prática estatal que não viola formalmente a Constituição; pela impossibilidade do exercício de certos direitos; em decorrência de uma prática contrária à Constituição e através da interpretação da Constituição (SÁNCHEZ URRUTIA, 2000, p. 126).

Contrapondo-se a Jellinek, Hsu afirma que a mutação constitucional mediante prática que não viola a Constituição não deriva de uma lacuna, até porque, para o autor, não existem lacunas no texto constitucional. Nos casos em que a prática não viola a Constituição, a mutação

surgiria da existência de uma nova situação que não corresponde ao sentido da Constituição (VECCHI, 2006, p. 83-84).

Quanto à segunda hipótese, Dau-Lin mais uma vez opõe-se à tese de Jellinek. Enquanto Jellinek alega ser possível a mutação constitucional pelo desuso de faculdades estatais, Dau-Lin sustenta que a Constituição se transforma pela impossibilidade de cumprir-se, principalmente por conta da prática política e das exigências da realidade, e não pelo mero desuso. Para ele, uma norma que perde a sua vigência social também deixaria de ter existência material. Nesse caso, a aplicação da norma seria inconstitucional (DAU-LIN, 1998, p. 59).

A terceira espécie de mutação se dá por meio de uma prática estatal contrária à Constituição, que se dê através de reformas materiais ou por intermédio da legislação ordinária. Dois seriam os requisitos necessários para a ocorrência de uma reforma material da Constituição: a obtenção da maioria qualificada e a ausência de modificação expressa do texto. Por fim, a mutação também poderia decorrer de interpretação que desconsidere o sentido literal da norma constitucional ou que despreze a intenção do legislador no momento de sua criação (SÁNCHEZ URRUTIA, 2000, p. 128-129).

Para Dau-Lin, o fundamento jurídico da mutação constitucional residiria na própria essência da Constituição, enquanto instrumento responsável por promover a unidade vital do Estado e que está em constante evolução para se adaptar a uma sociedade dinâmica. Nesse sentido, a mutação seria fenômeno intrínseco ao Direito ensejada por três características da Constituição: a elasticidade e incompletude de suas normas, as peculiaridades do Estado como objeto da regulação jurídica e a falta de uma norma ou instância superior que a valide (DAU-LIN, 1998, p. 175).

Hermann Heller também desenvolveu importante teoria a respeito da matéria. Acredita ele que a Constituição reproduz as relações reais de poder, assim como Ferdinand Lassalle. No entanto, afirma que essas relações de poder estão em constante movimento e se modificam a cada instante. Esse caráter dinâmico seria responsável por promover a organização do Estado. (HELLER, 1968, p. 295).

A teoria constitucional de Heller também assume a Constituição como uma unidade e totalidade, que abarca o ser e o dever ser. Nesse sentido, o documento seria integrado por duas partes autônomas: uma normada (normatividade) e outra não normada (normalidade). Dentro da parte normada, ainda seria possível dividi-la em partes jurídica e extrajurídica. Enquanto a normalidade decorreria das práticas constitucionais não positivadas, a normatividade adviria das normas positivas em si. Haveria uma recíproca na relação entre esses elementos: a

normalidade fática seria capaz de produzir normatividade, e a normatividade, mediante sua força impositiva, produziria uma normalidade (VECCHI, 2006, p. 74-76).

Heller ainda alega que a modificação da Constituição poderia ocorrer de duas maneiras distintas: através da mudança sobre o conteúdo dos princípios ou como consequência das mutações constitucionais que supõem a superação da normatividade pela normalidade (SÁNCHEZ URRUTIA, 2000, p. 117). No entanto, a relação de mútuo complemento entre normatividade e normalidade não permite que um aspecto ceda diante do outro, ainda que a pretensão de eficácia da Constituição esteja condicionada à sua capacidade de reproduzir as relações de poder existentes. A conversão da normalidade em normatividade dependeria, portanto, da importância que ela vá ter para a existência dos grupos de uma determinada sociedade (HELLER, 1968, p. 298).

A principal crítica que Konrad Hesse faz a essas três teorias é que nenhuma delas estabeleceu limites bem definidos à mutação constitucional. A Escola Alemã de Direito Público não acredita que possa haver qualquer limite a esse fenômeno, já que as forças reais do poder seriam irresistíveis, e a tentativa de submetê-las ao direito seria um esforço em vão (CUNHA GONÇALVES, 2018, p. 17).

A teoria de Smend e Dau-Lin até tentou delimitar quais seriam esses limites, mas não apresentou um resultado tangível. De acordo com eles, a realidade fática seria incorporada à Constituição segundo seu sentido global e às necessidades vitais do Estado. No entanto, fica difícil definir qual seria esse sentido global e essas necessidades vitais no contexto de sociedades altamente complexas e segmentadas. Heller, por sua vez, tratou da questão de forma genérica e pouca precisa. Para Hesse, o autor apenas deslocou a problemática dos limites para o campo dos princípios. Por possuírem caráter mutável, os princípios conteriam o frenesi das transformações sociais e conservariam o caráter estático da Constituição (CUNHA GONÇALVES, 2018, p. 17-18).

Diante de todas as imprecisões dessas teorias, Hesse decidiu investigar quais seriam os limites dentro dos quais os processos informais de mudança da Constituição poderiam operar de forma legítima (CUNHA GONÇALVES, 2018, p. 18). Em sua obra “A força normativa da Constituição”, Hesse rejeita o postulado positivista da divisão entre ser e dever ser. Segundo ele, foi essa a premissa responsável pelo surgimento da tese da exclusiva força determinante das relações fáticas, a qual possui Ferdinand Lassalle como grande expoente. Lassalle afirma que a Constituição real de um país resultaria da soma de seus fatores reais do poder, enquanto

a Constituição jurídica não passaria de uma mera folha de papel subordinada à realidade fática (HESSE, 1991, p. 1-4).

Segundo Hesse, as Constituições que almejam realizar sua pretensão de eficácia não podem desconsiderar os elementos de ordem fática nos momentos de sua construção e interpretação, mas também possuem força normativa própria para conter os avanços das forças sócio-políticas. A aquisição dessa força normativa dependeria da capacidade do texto constitucional de se adaptar à realidade circundante. Nesse sentido, Hesse afirma que “a força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo” (HESSE, 1991, p. 4-7).

Tomando por base os trabalhos de Friedrich Muller, Hesse conclui que as normas constitucionais são compostas por um programa normativo, representado pelo comando do texto, e pelo âmbito normativo, que compreende a realidade na qual o texto está inserido. Assim sendo, as alterações que eventualmente ocorram na realidade fática poderão provocar a modificação no conteúdo da própria norma. Para que isso possa acontecer, faz-se necessário que o programa normativo - que corresponde ao próprio texto - contemple os fatos modificados no âmbito normativo. Portanto, a norma constitucional só pode ser informalmente alterada dentro dos marcos delimitados pelo texto normativo (CUNHA GONÇALVES, 2018, p. 24). Nesse sentido, extrai-se o seguinte trecho da obra “O papel do Senado no controle de constitucionalidade”, de Igor de Araújo Vilella:

Frise-se que, para Hesse, essa interpretação precisa restringir-se ao texto posto, já que, por meio de mutação constitucional, o texto não pode ser alterado. Admite-se que as alterações fáticas relevantes possam influir na compreensão que se possui acerca de determinada norma. Não se pode aceitar, no entanto, que se extrapole os limites interpretativos estabelecidos pelo texto normativo. Com efeito, quando surgir uma nova interpretação extraída de uma norma e ela estiver em clara contradição com o texto normativo, essa interpretação não pode ser considerada uma mutação constitucional lícita. Em hipóteses tais trata-se, na verdade, de um rompimento com a constituição, porque “onde o intérprete passa por cima da Constituição ele não mais interpreta, senão ele modifica ou rompe a constituição” (VILELLA, 2015, p. 62).

Todas as vezes que a atividade interpretativa extrapola as possibilidades de compreensão lógica do texto normativo, desrespeitando os limites traçados pelo texto, encerram-se as chances de uma mutação constitucional legítima. Esses casos configuram uma quebra da Constituição. Ademais, o intérprete deve comprovar a real modificação do âmbito normativo, não bastando apenas a invocação da força normativa da Constituição como fundamento para a mudança informal. A validade e a legitimidade desse fenômeno dependem

do condicionamento dos fatos modificados ao programa normativo (CUNHA GONÇALVES, 2018, p. 25-26).

Luís Roberto Barroso aponta a existência de dois limites da mutação constitucional: a observância aos possíveis sentidos do texto que será interpretado e a preservação dos princípios fundamentais da Constituição (BARROSO, 2009, p. 127). Uadi Lâmmego Bulos, por sua vez, não acredita que se possa definir limites à mutação constitucional, tendo em vista que o fenômeno deriva da atuação de forças elementares, que variam conforme as transformações ocorridas na realidade fática e que estão em constante transformação. O único limite, na verdade, seria a consciência do próprio intérprete em obedecer ao comando dos princípios fundamentais contidos na Constituição (BULOS, 1996, p. 43).

Anna Cândida da Cunha Ferraz, em seu livro “Processos informais de mudança da Constituição”, estabelece duas características essenciais para uma autêntica mutação constitucional. A primeira delas diz respeito à obediência ao texto e ao espírito da Constituição quando de suas alterações de sentido, significado e alcance. A segunda é que tais alterações não são operadas por meio dos mecanismos formais de reforma do Poder Constituinte Derivado. Sempre que o intérprete ultrapassar os limites constitucionais fixados pelas normas, contrariando a Constituição, as modificações ali ocorridas serão mutações inconstitucionais (FERRAZ, 2015, p. 10).

Dentre as modalidades de mutação constitucional apontadas pela doutrina, a autora trabalha em sua obra com a interpretação constitucional nas três esferas de poder, e com os usos e costumes. O processo de mutação via interpretação constitucional pode se dar de várias maneiras, que foram enumeradas por Ferraz de forma não taxativa:

A mutação constitucional por via interpretativa é claramente perceptível numa das situações seguintes: a) quando há um alargamento do sentido do texto constitucional, aumentado-se-lhe, assim, a abrangência para que passe a alcançar novas realidades; b) quando se imprime sentido determinado e concreto ao texto constitucional; c) quando se modifica interpretação anterior e se lhe imprime novo sentido, atendendo à evolução da realidade constitucional; d) quando há adaptação do texto constitucional à nova realidade social, não prevista no momento da elaboração da Constituição; e) quando há adaptação do texto constitucional para atender exigências do momento da aplicação constitucional; f) quando se preenche, por via interpretativa, lacunas do texto constitucional (FERRAZ, 2015, p. 59).

Feitas essas considerações, passemos à análise do julgamento da Reclamação nº 4.335/AC, no qual foi discutida pelo Supremo a mutação constitucional do artigo 52, X da CRFB.

2.2 – O julgamento da Reclamação nº 4.335/AC

No julgamento do *Habeas Corpus* 82.959/SP⁷, de relatoria do ministro Marco Aurélio, o Plenário do STF declarou a inconstitucionalidade *incidenter tantum* do §1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/1990, permitindo a progressão de regime de cumprimento de pena aos condenados pela prática de crimes hediondos. Entendeu-se que o dispositivo violava o direito constitucional à individualização da pena.

Apesar da decisão do Supremo Tribunal Federal no HC supracitado, o Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco, no Estado do Acre, indeferiu uma série de pedidos de progressão de regime a réus condenados por crimes hediondos. Segundo o magistrado, a norma prevista no §1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90 permanecia vigente, pois a inconstitucionalidade foi declarada em sede de controle difuso, possuindo assim efeitos *inter partes*. Ademais, afixou um aviso nas dependências do fórum com os seguintes dizeres:

Comunico aos senhores reeducandos, familiares, advogados e comunidade em geral que A RECENTE DECISÃO PLENÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL proferida nos autos do 'habeas corpus' nº 82.959, A QUAL DECLAROU A INCONSTITUCIONALIDADE DO DISPOSITIVO DA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS QUE VEDAVA A PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL (APT. 2º, § 1º DA Lei 8.072/907, 11 SOMENTE TERÁ EFICÁCIA A FAVOR DE TODOS OS CONDENADOS POR CRIMES HEDIONDOS OU A ELES EQUIPARADOS QUE ESTEJAM CUMPRINDO PENA, a partir da expedição, PELO SENADO FEDERAL, DE RESOLUÇÃO SUSPENDENDO A EFICÁCIA DO DISPOSITIVO DE LEI declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal. Rio Branco, 02 de março de 2.006. Marcelo Coelho de Carvalho Juiz de Direito. (fl.05-06) (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RECLAMAÇÃO 4.335/AC, Rel. Ministro GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 20/03/2014, Plenário, Data de publicação DJe: 22/10/2014).

Inconformada, a Defensoria Pública da União ajuizou a Reclamação Constitucional 4.335-5/AC em face da decisão proferida pelo juiz aludido, sob alegação de descumprimento da decisão da Suprema Corte no HC 82.959/SP.

Instada a se manifestar a pedido do ministro relator Gilmar Mendes, a autoridade reclamada opinou pelo não conhecimento da reclamação. Afirmou que não havia que se falar em preservação da competência do STF, pois os condenados cumpriam pena na Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco. Ressaltou ainda que a decisão prolatada naquele

⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Habeas Corpus 82.959- 7/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO, Data de julgamento: 23/02/2006, Plenário, Data de Publicação DJe: 01/09/2006.

HC precisava ter sido encaminhada ao Senado Federal para que tivesse sua eficácia expandida, nos termos do artigo 52, X da CRFB.

Em seu voto, Gilmar Mendes lança mão dos mesmos fundamentos utilizados em seu artigo “O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional”. De início, o relator cita alguns questionamentos frequentes a respeito do enquadramento dogmático do mecanismo da suspensão da execução da lei pelo Senado, como por exemplo, acerca do caráter discricionário ou vinculado do ato, sobre os efeitos e a natureza dessa suspensão, e sobre a abrangência das leis estaduais e municipais. Para responder essas perguntas, Gilmar Mendes retoma opiniões e debates travados na Subcomissão Itamaraty e nas assembleias constituintes de 1934 e 1946.

No que se refere ao caráter do ato praticado pelo Senado, afirma que o STF acolheu a tese do caráter discricionário da competência atribuída ao Senado no julgamento do MS 16.512/DF⁸. No entanto, há ainda uma corrente, a qual se perfilha Lúcio Bittencourt, que defende o caráter vinculado da suspensão da execução do ato normativo pelo Senado. Ainda no julgamento do MS 16.512/DF, a Suprema Corte também negou a possibilidade de revogação do ato de suspensão já editado ou de restrição do alcance da decisão prolatada pela Suprema Corte.

Com relação aos efeitos produzidos pelo ato do Senado, o ministro alega que o posicionamento da doutrina também não era unânime. Para Themístocles Cavalcanti e Celso Antônio Bandeira de Mello, por exemplo, a suspensão seria equiparada a uma revogação, produzindo somente efeitos *ex nunc*. As situações jurídicas anteriores à resolução suspensiva não seriam atingidas. Entretanto, havia quem sustentasse que a suspensão fosse ainda mais ampla do que a revogação, fulminando a lei declarada inconstitucional desde o seu nascedouro. Nesse sentido, o ato do Senado possuiria efeitos *ex tunc* e caráter declaratório.

A conclusão a que chegou o STF acerca da natureza do ato praticado pelo Senado também foi obtida no julgamento do MS 16.512/DF: semelhanças à parte, a suspensão da lei do Senado não se confunde com a revogação, tendo em vista que esse órgão é incompetente para restringir ou ampliar a extensão do julgado proferido pelo STF. Na verdade, trata-se apenas de ato político para emprestar eficácia *erga omnes* à decisão do STF.

Apesar das respostas fornecidas, o instituto da suspensão da lei pelo Senado passou a ter sua aplicação questionada. Como já dito anteriormente, foi rejeitada a proposta constante do

⁸ STF, MS 16.512/DF, Rel. Ministro OSWALDO TRIGUEIRO, Data de Julgamento: 25/05/1966, Plenário, Data de Publicação Dje: 03/08/1966.

Projeto da Emenda Constitucional nº 16/65 para que o Senado ficasse responsável unicamente pela publicação das decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo STF no Diário Oficial e na Coleção das leis. Em 1977, o STF definiu que as decisões de inconstitucionalidade proferidas em sede de controle abstrato passariam a gozar de eficácia *erga omnes* por si só, dispensando a participação do Senado nesse âmbito. Após a promulgação da Constituição Federal em 1988, o instituto perdeu força de vez:

[...] A amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de que se suspenda, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, contribuíram, certamente, para que se quebrantasse a crença na própria justificativa desse instituto, que se inspirava diretamente numa concepção de separação de Poderes - hoje inevitavelmente ultrapassada. Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de uma Emenda Constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão somente para as partes?

A única resposta plausível nos leva a crer que o instituto da suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão de índole exclusivamente histórica (STF, RCL 4.335/AC, Rel. Ministro GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 20/03/2014, Plenário, Data de publicação DJe: 22/10/2014).

Não bastasse o motivo supracitado, o ministro ainda afirma que o mecanismo previsto no artigo 52, X da CRFB não tem qualquer aplicação nos casos em que a Corte não declara a inconstitucionalidade da lei, mas tão só estabelece a interpretação que deve ser dada ao dispositivo. Nesses casos, o STF tão só se limita a destacar os significados normativos compatíveis ou não com a Constituição, e a sua decisão vale somente para as partes que compõe a relação processual.

Diante das razões invocadas, o ministro relator conclui que o papel do Senado em matéria de controle de constitucionalidade já não é mais o mesmo. A Constituição Federal de 1988 promoveu a ampliação no rol de legitimados para propositura da ação direta de inconstitucionalidade, e com isso o controle difuso perdeu muita força:

A ampla legitimação, a presteza e a celeridade desse modelo processual, dotado inclusive da possibilidade de se suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido de cautelar, fazem com que as grandes questões constitucionais sejam solvidas, na sua maioria, mediante a utilização da ação direta, típico instrumento do controle concentrado. Assim, se continuamos a ter um modelo misto de controle de constitucionalidade, a ênfase passou a residir não mais no sistema difuso, mas no de perfil concentrado. (STF, RCL 4.335/AC, Rel. Ministro GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 20/03/2014, Plenário, Data de publicação DJe: 22/10/2014).

Gilmar Mendes alega que a concepção de divisão de poderes hoje vigente é bastante distinta da concepção que se tinha em 1934, quando foi concebido o instituto da suspensão da execução da lei pelo Senado. Aduz ainda que esse mecanismo representa mais a negação do que a afirmação da teoria da nulidade da lei inconstitucional adotada no Brasil, tendo em vista a atribuição de efeitos gerais à declaração de inconstitucionalidade ficar a critério de um órgão político, e não de um órgão judicial. Isto posto, o relator defende que o ato de suspensão da lei pelo Senado deveria ter a finalidade exclusiva de dar publicidade à decisão do STF. Essa posição, sustentada inicialmente por Lúcio Bittencourt, seria capaz de manter coerência com a ideia de nulidade da lei declarada inconstitucional:

Se o Senado não agir, nem por isso ficará afetada a eficácia da decisão, a qual continuará a produzir todos os seus regulares efeitos que, de fato, independem da colaboração de qualquer dos outros poderes. O objetivo do art. 45, IV, da Constituição - a referência é ao texto de 1967 - é apenas tornar pública a decisão do tribunal, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos. Dizer que o Senado 'suspende a execução' da lei inconstitucional é, positivamente, impropriedade técnica, uma vez que o ato, sendo 'inexistente' ou 'ineficaz', não pode ter suspensa a sua execução (STF, RCL 4.335/AC, Rel. Ministro GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 20/03/2014, Plenário, Data de publicação DJe: 22/10/2014).

O ministro ainda cita dois dispositivos que conferiam efeitos expansivos às decisões dos tribunais. O artigo 38 da Lei nº 8.038/1990, já revogado pelo Código de Processo de Civil de 2015, permitia que o relator de processos no Superior Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça negasse seguimento a recursos extraordinários e especiais manifestamente intempestivos, incabíveis, improcedentes ou prejudicados, ou ainda, que contrariassem súmulas dos respectivos tribunais. Por sua vez, o artigo 557, §1º-A do CPC/1973, também revogado pelo CPC/2015, possibilitava ao relator rejeitar ou que dar provimento a RESP e RE em confronto com súmula ou com a jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior.

No que se refere à declaração de inconstitucionalidade de leis municipais, Gilmar Mendes aduz que o STF já vinha conferindo eficácia vinculante aos fundamentos determinantes das de suas decisões. Assevera ainda que decisões em ações coletivas proferidas em sede de controle incidental possuiriam eficácia *erga omnes* por si, sendo desnecessária a comunicação ao Senado Federal.

Na conclusão de seu voto, o ministro ressalta que muitas foram as alterações em matéria de controle no Brasil desde a criação do instituto da suspensão de execução da lei pelo Senado em 1934. Diante do reconhecimento dos efeitos gerais das decisões da Suprema Corte

proferidas em sede de controle difuso, o ministro baseia-se nas doutrinas de Georg Jellinek, Hsu Dau-Lin e Anna Cândida da Cunha Ferraz para afirmar que o artigo 52, X da Constituição Federal sofreu mutação constitucional, e propõe uma nova interpretação ao dispositivo: a suspensão da execução da lei pelo Senado ter mera função de publicidade. Por fim, o relator julga procedente a reclamação.

[...] É possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988. Valendo-nos dos subsídios da doutrina constitucional a propósito da mutação constitucional, poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica reforma da Constituição sem expressa modificação do texto.

[...]

Assim, parece legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Desta forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa força normativa. [...] (STF, RCL 4.335/AC, Rel. Ministro GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 20/03/2014, Plenário, Data de publicação DJe: 22/10/2014).

O segundo voto foi proferido pelo ministro Eros Grau. Após traçar a diferença entre texto e norma (o texto enquanto resultado de um processo legislativo e norma como o produto da atividade interpretativa do texto), o ministro levanta o seguinte questionamento: até onde pode ir o intérprete para além do texto que o vincula? Nesse sentido, ele considera que a atividade jurídica só possa ser harmônica se o intérprete observar a coerência interna do texto na sua necessária atualização à realidade.

Eros Grau assume que a proposta do relator Gilmar Mendes extrapola o conteúdo do texto na atividade interpretativa do artigo 52, X da CRFB. Essa proposta de substituição de um texto por outro configura o que o ministro reconhece como mutação constitucional:

A mutação constitucional é transformação de sentido do enunciado da Constituição sem que o próprio texto seja alterado em sua redação, vale dizer, na sua dimensão constitucional textual. Quando ela se dá, o intérprete extrai do texto norma diversa daquelas que nele se encontravam originariamente involucradas, em estado de potência. Há, então, mais do que interpretação, esta concebida como processo que opera a transformação de texto em norma. Na mutação constitucional caminhamos não de um texto a uma norma, porém de um texto a outro texto, que substitui o primeiro.

Daí que a mutação constitucional não se dá simplesmente pelo fato de um intérprete extrair de um mesmo texto norma diversa da produzida por um outro intérprete. Isso se verifica diuturnamente, a cada instante, em razão de ser, a interpretação, uma prudência. Na mutação constitucional há mais. Nela não apenas a norma é outra,

mas o próprio enunciado normativo é alterado (STF, RCL 4.335/AC, Rel. Ministro GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 20/03/2014, Plenário, Data de publicação DJe: 22/10/2014).

Essa mutação seria decorrente de uma incongruência entre a norma impugnada e a realidade fática, uma vez que o dispositivo em questão teria se tornado obsoleto. Diante do surgimento de obsolescências, Eros Grau afirma que é função da Corte produzir o direito. Por fim, acompanha o voto do relator Gilmar Mendes e julga procedente a reclamação:

[...] A resposta é óbvia, conduzindo inarredavelmente à reiteração do entendimento adotado pelo Relator, no sentido de que ao Senado Federal, no quadro da mutação constitucional declarada em seu voto - - - voto dele, Relator --- e neste meu voto reafirmada, está atribuída competência apenas para dar publicidade à suspensão da execução de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. A própria decisão do Supremo contém força normativa bastante para suspender a execução da lei declarada inconstitucional (STF, RCL 4.335/AC, Rel. Ministro GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 20/03/2014, Plenário, Data de publicação DJe: 22/10/2014).

Contrariamente aos dois primeiros ministros, Sepúlveda Pertence não crê na mutação constitucional do artigo 52, X da Constituição Federal. Segundo ele, tal mutação “poderia ter o cheiro de golpe de Estado”. O ministro reconhece a prevalência do controle concentrado, mas prefere manter incólume o sistema tradicional de declaração incidente do Brasil. Como mecanismo para solucionar os problemas da insegurança jurídica e da multiplicidade no âmbito do controle difuso, Sepúlveda Pertence cita a súmula vinculante como um meio pelo qual o próprio STF poderia emprestar efeito vinculante e eficácia *erga omnes* às suas orientações. Embora tenha julgado a reclamação improcedente, o ministro concedeu *habeas corpus* de ofício a fim de que o juiz da execução examine os pressupostos da progressão de regime dos reclamantes, tendo sido acompanhado pelos ministros Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio.

Em seu voto, Joaquim Barbosa aduziu serem necessários dois fatores para a ocorrência da mutação constitucional: “o decurso de um espaço de tempo maior, para a constatação dessa mutação, e a conseqüente e definitiva “désuetude” do dispositivo”. No que se refere ao segundo requisito, é apresentado dado empírico que, conforme Barbosa, infirma a tese da mutação constitucional: o STF já havia suspenso a execução de quase 100 normas declaradas inconstitucionais desde 1988, sendo sete delas em 2006 e uma em 2007, quando a Reclamação foi ajuizada e começou a ser julgada. Sustentou ainda que a proposta do relator encontrava óbice na literalidade do artigo 52, X da Constituição.

Ricardo Lewandowski foi outro que negou a tese do desuso do dispositivo questionado. Alega ainda que a proposta de Gilmar Mendes poderia ocasionar violação ao princípio da separação dos poderes, através do deslocamento de uma competência do Poder Legislativo para o Poder Judiciário. Por fim, Lewandowski sustenta que o artigo 52, X da CRFB é “dispositivo constitucional de eficácia plena e aplicabilidade imediata, que não comporta grandes manobras exegéticas por parte de seus intérpretes”.

Já Teori Zavascki preferiu destacar a “caminhada do direito brasileiro no rumo da valorização dos precedentes judiciais, no âmbito da jurisdição geral”. Nesse sentido, o ministro cita uma série de mudanças legislativas ocorridas na seara processual a fim de demonstrar que as decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo STF podem ter eficácia expansiva para além dos casos em que há atuação do Senado. Segundo Zavascki, algumas decisões já seriam dotadas naturalmente de eficácia *ultra partes*, como na ação coletiva, na ação civil pública, no mandado de segurança coletivo e, em especial, no mandado de injunção. Nesse sentido, registra-se o discurso proferido pelo ministro durante a cerimônia de sanção da Lei 13.300/2016, que disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo:

[...] É que a opção de conferir ao mandado de injunção o perfil normativo-concretizador, como faz o STF, importa, em boa medida, atribuir ao Judiciário uma atividade tipicamente legislativa, cujo resultado será uma decisão com especialíssimas características, a saber: (a) uma decisão com natural eficácia prospectiva, ou seja, com efeitos normalmente aptos a se projetar também para o futuro (o que não é comum nas sentenças em geral); (b) uma decisão que, por isso mesmo, fica sujeita, quando necessário, a ajustes em função de supervenientes modificações do estado de fato ou de direito; e, enfim, (c) uma decisão com natural vocação expansiva em relação às situações análogas, efeito esse que, aliás, também decorre e é imposto pelo princípio da isonomia, inerente e inafastável aos atos de natureza normativa. [original sem grifo]⁹.

Zavascki reporta-se à súmula vinculante e à repercussão geral como institutos que fortaleceram ainda mais a tese da eficácia expansiva das decisões do STF. A adoção da técnica da modulação de efeitos no controle incidental também contribuiu com essa tese, pois a Suprema Corte reconhece implicitamente a eficácia *ultra partes* de suas decisões quando impõe limites temporais a serem observados. Zavascki conhece e dá provimento à reclamação, tendo

⁹ O discurso de Teori Zavascki no Palácio do Planalto: “O país está enfermo”. Disponível em: <https://www.jota.info/docs/o-discurso-de-teori-zavascki-no-palacio-planalto-o-pais-esta-enfermo-23062016>>. Acesso em abr. 2019

em vista a edição da Súmula Vinculante nº 26¹⁰ no curso do julgamento, que foi aplicada ao caso. Seu voto foi acompanhado pelos ministros Luís Roberto Barroso, Rosa Weber e Celso de Mello.

O resultado final do julgamento revela o conhecimento e provimento da Reclamação n. 4.335/AC. No entanto, a tese da mutação constitucional do art. 52, X, da CRFB não restou consolidada. O dispositivo que prevê a intervenção do Senado continuou em vigor após o julgamento da Reclamação supracitada, tendo sido mantido na Constituição pelo legislador constituinte derivado.

No próximo subcapítulo, serão detalhados os fundamentos invocados por parte da doutrina e pelos ministros do STF no bojo dessa Reclamação que propiciariam o surgimento das teses da mutação constitucional do artigo 52, X e da equiparação dos efeitos das decisões proferidas em controle difuso e concentrado.

2.3 – Fundamentos favoráveis às teses da abstrativização do controle difuso e da mutação constitucional do artigo 52, X da Constituição

Inicialmente, importante ressaltar a afirmação do ministro Teori Zavascki em seu voto no julgamento da Reclamação nº 4.335/AC, de que o direito brasileiro evolui “em direção a um sistema de valorização dos precedentes judiciais emanados dos tribunais superiores”.

Segundo Zavascki, foram as reformas ocorridas no Código de Processo Civil de 1973, principalmente após 1994, que fortaleceram os precedentes enquanto fonte do direito no Brasil. Entretanto, em 1990, a Lei nº. 8.038 já conferia poder ao relator dos processos no STF e no STJ para decidir monocraticamente sobre “o pedido ou o recurso que haja perdido seu objeto, bem como negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou improcedente ou ainda, que contrariar, nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo Tribunal” em seu artigo 38.

Em 1998, a Lei nº 9.756 incluiu os artigos 557 e §1º-A no CPC/73, para autorizar juízes relatores a decidir monocraticamente os recursos respaldados em súmula ou jurisprudência

¹⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Súmula Vinculante nº 26 “*Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo ou equiparado, o juízo de execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico*”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1271>>. Acesso em abr. 19

predominante do respectivo tribunal, do STF ou de Tribunais Superiores. A Lei nº 9.756/1998 também criou o parágrafo único do artigo 481 do CPC/73, regra que autorizou os órgãos fracionários dos tribunais a não submeterem a questão de constitucionalidade ao plenário ou ao órgão especial, nos termos do artigo 97 da Constituição Federal, quando já houvesse anterior pronunciamento destes ou do Plenário do STF sobre a questão.

No que se refere ao artigo 97 da CRFB, Gilmar Mendes, em seu artigo “O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional”, destaca que a sua aplicação pela Suprema Corte praticamente equipara os efeitos das decisões proferidas em controle abstrato e concreto. Nesse sentido, destaca-se o seguinte trecho da obra:

A decisão do Supremo Tribunal Federal, tal como colocada, antecipa o efeito vinculante de seus julgados em matéria de controle de constitucionalidade incidental, permitindo que o órgão fracionário se desvincule do dever de observância da decisão do Pleno ou do Órgão Especial do Tribunal a que se encontra vinculado. Decide-se autonomamente com fundamento na declaração de inconstitucionalidade (ou de constitucionalidade) do Supremo Tribunal Federal proferida incidenter tantum (MENDES, 2004, p. 18).

Em 2004, a Emenda Constitucional nº 45 promoveu a chamada “Reforma do Judiciário”. Essa norma foi responsável por incluir os princípios da razoável duração do processo e da celeridade no rol de direitos fundamentais, a fim de agilizar a prestação jurisdicional por parte do Estado. Novos mecanismos de filtragem e barragem de recursos aos Tribunais Superiores foram criados, além de “um esquema de aproveitamento de entendimentos jurisprudenciais em larga escala”. Dentre as novidades introduzidas pela EC nº 45/04 estão a repercussão geral e a súmula vinculante (ARAÚJO, 2011, p. 70).

A repercussão geral surge como uma espécie de “filtro qualitativo” para conter a enorme quantidade de recursos extraordinários que chegava à Suprema Corte. A partir da criação desse requisito de admissibilidade, o conhecimento dos REs passou a depender da demonstração pela parte recorrente de que a discussão posta ultrapassa os interesses subjetivos envolvidos na demanda. Assim sendo, o STF passou a selecionar para julgamento apenas as controvérsias que envolvam questões constitucionais relevantes (CARVALHAL, 2016).

A EC nº 45/04 acrescentou o §3º ao artigo 102 da Constituição para tratar da repercussão geral. Posteriormente, esse dispositivo viria a ser regulamentado pela Lei 11.418/2006, que inseriu os artigos 543-A e 543-B no Código de Processo Civil de 1973. O §5º do artigo 543-A permitia que o tribunal de origem não conhecesse dos recursos extraordinários sobrestados que

versassem sobre matéria que já teve repercussão geral negada. Por sua vez, o artigo 543-B, §3º autorizava tribunais, turmas de uniformização e turmas recursais a retratarem-se em recursos extraordinários ou julgá-los prejudicados, quando a mesma questão constitucional já houvesse sido decidida no mérito pelo STF em um recurso-amostra (NERY JÚNIOR E WAMBIER, 2011, p. 145).

Todas as alterações processadas no CPC/73 referentes à repercussão geral foram mantidas pelo Código de Processo Civil de 2015 nos artigos 1035 e 1036. Acerca do instituto, vejamos as redações do artigo 102, §3º da Constituição e do artigo 1035, §1º e 2º do Código de Processo Civil de 2015:

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

[...]

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 1º Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo.

§ 2º O recorrente deverá demonstrar a existência de repercussão geral para apreciação exclusiva pelo Supremo Tribunal Federal.

Na hipótese de multiplicidade de recursos extraordinários com fundamento em idêntica questão de direito, o §1º do artigo 1036 do CPC/15 determina que o presidente ou o vice do tribunal de justiça ou do tribunal regional federal competente selecione dois ou mais recursos representativos da controvérsia, também chamados recursos paradigma, enquanto os demais ficam sobrestados. Caso reconhecida a repercussão geral pelo STF, o §5º do artigo 1035 do CPC/15 dispõe que todos os processos pendentes que versem sobre a questão constitucional em apreço sejam mantidos suspensos. Uma vez negada a existência da repercussão geral, todos os recursos extraordinários sobrestados na origem serão inadmitidos. Uma única decisão de admissibilidade, portanto, tem o condão de alcançar uma série de relações jurídicas retidas e não julgadas pelo Supremo Tribunal Federal.

Em artigo destinado à Revista da Advocacia Geral da União, Clarissa Teixeira Paiva esclarece as finalidades da repercussão geral definidas pelo Gabinete Extraordinário de Assuntos Institucionais do STF, quais sejam, firmar o papel do órgão como Corte

Constitucional, possibilitar que a corte analise somente as questões constitucionais relevantes e que ela se manifeste apenas uma vez em cada uma dessas questões (PAIVA, 2008, p. 67). Diante desses objetivos, a autora afirma que a repercussão geral inseriu elementos característicos do processo objetivo na atividade de controle concreto. Nesse sentido, destaca-se o seguinte trecho de seu artigo:

A repercussão geral aproxima o controle concreto do controle abstrato na medida em que introduz elementos do processo objetivo no trâmite do recurso extraordinário. A primeira mudança diz respeito à própria exigência da demonstração de que a questão constitucional suscitada é relevante e transcendente ao interesse das partes, o que é uma característica do controle abstrato. Outra inovação é a existência de efeito vinculante em relação a todas as decisões proferidas nos recursos extraordinários desde a existência ou não de repercussão geral até a decisão de mérito. No caso de não ser reconhecida a repercussão geral de uma determinada matéria, todos os tribunais inferiores tem a obrigação de não admitir o recurso já na origem. Caso verificada a existência de repercussão geral, a decisão de mérito também é vinculante na medida em que todos os tribunais terão que adequar seus entendimentos à jurisprudência do STF (PAIVA, 2008, p. 82).

Por sua vez, a súmula vinculante encontra previsão no artigo 103-A da CRFB, e foi regulamentada pela Lei nº 11.417/2006. Dentre as razões para a criação do instituto estão a racionalização e a simplificação do processo decisório. Assim como a repercussão geral, a súmula vinculante permite a enunciação objetiva de uma tese jurídica a ser aplicada após reiteradas decisões do STF sobre uma questão constitucional, tomadas em controle difuso de constitucionalidade. Vale ressaltar ainda que essas súmulas devem ser observadas obrigatoriamente por parte da Administração Pública e pelos demais órgãos do Poder Judiciário. O artigo 103-A da CRFB estabelece:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Gilmar Mendes acredita que a edição de súmula vinculante nas situações que envolvem declaração de inconstitucionalidade de lei fragiliza ainda mais o instituto da suspensão da lei pelo Senado. É possível que seja conferida interpretação vinculante à decisão de inconstitucionalidade mesmo que a lei declarada inconstitucional não tenha sido formalmente retirada do ordenamento jurídico (MENDES, 2014, p. 892). Alexandre de Moraes, em seu livro

“Direito Constitucional”, também endossa a tese do enfraquecimento da suspensão da lei pelo Senado diante da adoção da súmula vinculante, nos seguintes termos:

Não mais será necessária a aplicação do art. 52, X, da Constituição Federal - cuja efetividade, até hoje, sempre foi reduzidíssima -, pois, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, o próprio Supremo Tribunal Federal poderá editar Súmula sobre a validade, a interpretação e a eficácia dessas normas, evitando que a questão controvertida continue a acarretar insegurança jurídica e multiplicidade de processos sobre questão idêntica (MORAES, 2014, p. 739).

Nota-se, portanto, que o STF dispõe de instrumento próprio para atribuir efeito vinculante às suas decisões proferidas em controle difuso de constitucionalidade. Não há necessidade de qualquer participação do Senado nesse trâmite. Diante disso, “impossível não observar a súmula vinculante como um mecanismo de aproximação entre o controle concreto e o controle abstrato de constitucionalidade” (PAIVA, 2008, p. 71).

Noutro sentido, poderia a mutação constitucional do artigo 52, X da CRFB tornar inútil o instituto da súmula vinculante? Para Gilmar Mendes, não. Durante o julgamento da Reclamação nº 4.335/AC, o ministro afirma que a maioria dos casos de atuação da Corte em matéria de controle de constitucionalidade envolve de controle de interpretação, e não propriamente controle de norma constitucional ou legal. Nos casos que envolvam controle de interpretação, continua plenamente aplicável o instituto da súmula vinculante. Quando houver declaração de inconstitucionalidade de texto, a decisão do STF já dispõe de efeito vinculante e eficácia *erga omnes* por si só.¹¹

A participação dos *amicus curiae* nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal também contribuiu para a abstrativização do controle incidental. Os *amicus curiae* são pessoas ou entidades estranhas à causa, que têm como função precípua o fornecimento de informações específicas ao juízo a respeito da matéria de julgamento. Essa figura surgiu no Brasil com a edição da Lei 9868/99, que dispõe sobre a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade (NETO E MARINHO, 2019).

Segundo André Rufino do Vale e Gilmar Mendes, “a admissão de *amicus curiae* confere ao processo constitucional um colorido diferenciado, emprestando-lhe caráter pluralista e aberto, fundamental para o reconhecimento de direitos e a realização de garantias

¹¹ Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 4.335/AC, Rel. Ministro GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 20/03/2014, Plenário, Data de Publicação DJe: 22/10/2014, p. 135. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>. Acesso em abr. 19

constitucionais no Estado Democrático de Direito”. Ademais, ambos os autores confirmam a influência da doutrina de Peter Haberle na abertura do processo constitucional no Brasil. Em sua obra “Hermenêutica Constitucional: Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição”, Haberle defende a participação de todos os interessados, organizados em grupos ou não, na atividade interpretativa da Lei Fundamental do Estado. A atuação dos próprios destinatários da norma teria o condão de conferir maior legitimidade às decisões tomadas pelas Cortes Constitucionais (MENDES E VALE, 2009, p. 3).

Pois bem. Foi apenas com a promulgação da Lei nº 11.418/2006, que inseriu o §6º ao artigo 543-A do CPC/73, que passou a ser possível a participação dos *amicus curiae* no julgamento de recurso extraordinário. No entanto, antes de tal reforma, o STF já havia admitido a intervenção desses terceiros no julgamento dos RE 416.827/SC e RE 415.454/SC, de relatoria do ministro Gilmar Mendes. Nesse sentido, vejamos o enunciado do Informativo STF Nº 402 (Brasília, 19 a 23 de setembro de 2005):

[...]

PLENÁRIO

Concessão de Benefício Previdenciário e Legislação Aplicável -I

O Tribunal iniciou julgamento de dois recursos extraordinários interpostos pelo INSS nos quais se pretende cassar acórdão de Turma Recursal de Juizado Especial Federal que determinara a revisão da renda mensal de benefício de pensão por morte, com efeitos financeiros correspondentes à integralidade do salário de benefícios da previdência geral, a partir da vigência da Lei 9.032/95, independentemente da norma em vigor ao tempo do óbito do segurado. Por maioria, o Tribunal, considerando a relevância da matéria, e, apontando a objetivação do processo constitucional também em sede de controle incidental, especialmente a realizada pela Lei 10.259/2001 (arts. 14, § 7º, e 15), resolveu questão de ordem no sentido de admitir a sustentação oral da Confederação Brasileira dos Aposentados, Pensionistas e Idosos - COBAP e da União dos Ferroviários do Brasil. Vencidos, no ponto, os Ministros Marco Aurélio, Eros Grau e Cezar Peluso que não a admitiam, sob o fundamento de que o instituto do amicus curiae restringe-se ao processo objetivo, não sendo extensível, ao Supremo, que não é Turma de Uniformização, o procedimento previsto no § 7º do art. 14 da Lei 10.259/2001 (STF, RE 416827/SC e RE 415454/SC, Relator Ministro GILMAR MENDES, DJe 21.9.2005) (original sem grifo).

No CPC/15, é o artigo 1.038, I que concede ao relator a faculdade de admitir a manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia para auxiliar no julgamento do recurso extraordinário. Por sua vez, o artigo 1035, §4º desse mesmo diploma prevê a possibilidade de intervenção de terceiros na análise da repercussão geral. Em ambos os casos, a participação dos *amicus curiae* é de enorme importância, pois são eles que subsidiam a Suprema Corte com as mais variadas teses, argumentos e pontos de vista possíveis, a fim de tornar as suas decisões as mais qualificadas possíveis.

Além de todas essas inovações legislativas, as manifestações jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal também revelam a incorporação de características do controle concentrado para as decisões proferidas em sede de controle difuso. No julgamento do Recurso Extraordinário nº 197.917/SP, por exemplo, o STF acolheu parcialmente o pedido do Ministério Público do Estado de São Paulo para reduzir o número de vereadores da Câmara Municipal de Mira Estrela/SP, declarando a inconstitucionalidade desse dispositivo da Lei Orgânica do Município, que fixava a quantidade de vereadores em número superior ao permitido pela Constituição (MARANHÃO, 2016).

Por motivos de segurança jurídica e excepcional interesse social, o STF se utilizou da modulação dos efeitos para conferir efeitos *ex nunc* (prospectivos) a essa decisão. Essa técnica encontra previsão no artigo 27 da Lei 9.868/1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, mas foi aplicada por analogia em sede de controle incidental pelo STF. Nesse sentido, extrai-se trecho do voto do ministro Gilmar Mendes:

Assim, configurado eventual conflito entre o princípio da nulidade e o princípio da segurança jurídica, que, entre nós, tem status constitucional, a solução da questão há de ser, igualmente, levada a efeito em um processo de complexa ponderação. Desse modo, em muitos casos, há de se preferir a declaração de inconstitucionalidade com efeitos restritos à insegurança jurídica de uma declaração de nulidade, como demonstram os múltiplos exemplos do direito comparado e do nosso direito (STF, RE 197.917-8/SP, Relator Ministro MAURÍCIO CORRÊA, Data de Julgamento: 06/02/2002, Plenário, Data de publicação 07/05/2004, p. 420)

In *casu*, uma eventual declaração retroativa de inconstitucionalidade teria o condão de invalidar as composições anteriores da Câmara Municipal, bem como os inúmeros projetos e leis que já foram aprovados. Vejamos como ficou a ementa do julgado:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MUNICÍPIOS. CÂMARA DE VEREADORES. COMPOSIÇÃO. AUTONOMIA MUNICIPAL. LIMITES CONSTITUCIONAIS. NÚMERO DE VEREADORES PROPORCIONAL À POPULAÇÃO. CF, ARTIGO 29, IV. APLICAÇÃO DE CRITÉRIO ARITMÉTICO RÍGIDO. INVOCAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A POPULAÇÃO E O NÚMERO DE VEREADORES. INCONSTITUCIONALIDADE, INCIDENTER TANTUM, DA NORMA MUNICIPAL. EFEITOS PARA O FUTURO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL.

[...]

7. Inconstitucionalidade, incidenter tantum, da lei local que fixou em 11 (onze) o número de Vereadores, dado que sua população de pouco mais de 2600 habitantes somente comporta 09 representantes.

8. Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar,

em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade.

Recurso extraordinário conhecido e em parte provido (STF, RE 197.917-8/SP, Rel. Ministro MAURÍCIO CORRÊA, Data de Julgamento: 06/02/2002, Plenário, Data de publicação 07/05/2004).

Restou decidido pelo STF que o Tribunal Superior Eleitoral deveria regulamentar a matéria a fim de aplicar o entendimento da Suprema Corte a todos os casos semelhantes. Para tanto, o TSE editou a Resolução nº 21.702/2004, dispondo sobre os critérios de fixação do número de vereadores nos municípios. Posteriormente, essa mesma Resolução teve sua constitucionalidade questionada pelas ADIs 3.345 e 3.365, as quais foram julgadas improcedentes. Segundo o ministro relator Celso de Mello, o TSE apenas reforçou a supremacia e a própria força normativa da Constituição ao positivar a interpretação do STF no julgamento do RE 197.917/SP (DIDIER JÚNIOR E CUNHA, 2017, p. 377-378).

No julgamento do já citado HC nº 82.959/SP, que deu ensejo à Reclamação nº 4.335/AC, a Suprema Corte também modulou os efeitos de sua decisão, a fim de conferi-la eficácia *ex nunc* por razões de segurança jurídica e excepcional interesse social:

O Tribunal, por unanimidade, explicitou que a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará conseqüências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, uma vez que a decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão (STF, HC 82959/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO, Data de julgamento: 23.2.2006, Plenário, Data de publicação DJE: 01/09/2006).

Já no exame do RE nº 298.694/SP, o STF criou precedente para a possibilidade de julgamento de recurso extraordinário com base em fundamentos distintos daqueles enfrentados pelo tribunal recorrido, ou seja, reconhecendo a causa de pedir aberta no caso em comento. Importante lembrar que a causa de pedir aberta é característica das ações de controle concentrado, já que nesse modelo de controle toda a Constituição é utilizada como parâmetro para a declaração de inconstitucionalidade da norma (PAIVA, 2008, p. 68-70).

I. Recurso extraordinário: letra a: possibilidade de confirmação da decisão recorrida por fundamento constitucional diverso daquele em que se alicerçou o acórdão recorrido e em cuja inaplicabilidade ao caso se baseia o recurso extraordinário: manutenção, lastreada na garantia da irredutibilidade de vencimentos, da conclusão do acórdão recorrido, não obstante fundamentado este na violação do direito adquirido.

[...]

(STF, RE 298694/SP, Rel. Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 06/08/2003, Plenário, Data de Publicação DJe: 23/04/2004).

No julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 375.011/RS, a ministra relatora Ellen Gracie dispensou o requisito do prequestionamento para o conhecimento do recurso. Em seu voto, a então ministra citou alguns julgados nos quais o STF manifestou essa tendência de transformação do papel do recurso extraordinário, “como medida racionalizadora da efetiva prestação jurisdicional”:

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, em recentes julgamentos, vem dando mostras de que o papel do recurso extraordinário na jurisdição constitucional está em processo de redefinição, de modo a conferir maior efetividade às decisões. Recordo a discussão que se travou na Medida Cautelar no RE 376.852, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes (Plenário, por maioria, DJ de 27.03.2003). Naquela ocasião, asseverou Sua Excelência o caráter objetivo que a evolução legislativa vem emprestando ao recurso extraordinário, como medida racionalizadora da efetiva prestação jurisdicional.

Registro também importante decisão tomada no RE 298.694, rel. Min. Pertence, por maioria, DJ 23/04/2004, quando o Plenário desta Casa, a par de alterar antiga orientação quanto ao juízo de admissibilidade e de mérito do apelo extremo interposto pela alínea “a” do permissivo constitucional, reconheceu a possibilidade de um recurso extraordinário ser julgado com base em fundamento diverso daquele em que se lastreou a Corte a quo.

Esses julgados, segundo entendo, constituem um primeiro passo para a flexibilização do prequestionamento nos processos cujo tema de fundo foi definido pela composição plenária desta Suprema Corte, com o fim de impedir a adoção de soluções diferentes em relação à decisão colegiada. É preciso valorizar a última palavra – em questões de direito – proferida por esta Casa.

[...]

(STF, AG. REG. NO A.I 375011, Rel. Ministra ELLEN GRACIE, Segunda Turma, Data de Julgamento: 05/10/2004, Data de Publicação DJe: 28/10/2004).

De fato, todos os acontecimentos citados nesse subcapítulo propiciariam uma verdadeira revolução na estrutura do controle de constitucionalidade no Brasil. Enquanto principal instrumento do controle difuso, o recurso extraordinário foi deixando de ter caráter eminentemente subjetivo para assumir a função de defesa da ordem constitucional objetiva.¹² O STF, por sua vez, tem se manifestado cada vez mais como tribunal constitucional, e menos como uma mera instância recursal de demandas individuais.

¹² Cf. Voto do Ministro Gilmar Mendes no RE nº. 388.830-7/RJ: “A proposta aqui desenvolvida parece consultar a tendência de não-estrita subjetivação ou de maior “objetivação” do recurso extraordinário, que deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva”

Passemos então à análise do julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3.406/RJ e 3.470/RJ.

CAPÍTULO 3 – O JULGAMENTO DAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 3.406/RJ E 3.470/RJ E SUAS CONSEQUÊNCIAS

As Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3.406/RJ e 3.470/RJ, de relatoria da Ministra Rosa Weber, foram propostas pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Indústria em face da Lei nº 3.579/2001, do Rio de Janeiro, que versa sobre a substituição progressiva da produção e comercialização dos produtos que contenham asbesto.

Dentre os fundamentos do pedido, qual seja, a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 3.579/2001, a parte autora alega que o Estado do Rio de Janeiro invadiu o âmbito das competências privativas da União e exorbitou os limites de sua competência suplementar para editar normas sobre produção e consumo, proteção do meio ambiente e proteção e defesa da saúde, uma vez que a matéria já se encontrava disciplinada pela Lei Federal nº 9.055/1995.

A ministra relatora Rosa Weber inicia seu voto com uma análise da jurisprudência da Corte atinente à matéria. O primeiro julgado que chama a atenção é referente à ADI 3.937/SP, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria contra a Lei nº 12.684/2007, que proíbe o uso, no Estado de São Paulo de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto ou outros minerais que, acidentalmente, tenham fibras de amianto na sua composição. Essa ADI foi julgada improcedente, tendo sido declarada a inconstitucionalidade incidental do artigo 2º da Lei Federal nº 9.055/1995.

Outro importante caso citado pela ministra foi o da ADI 4.066/DF, que teve como objeto o artigo 2º da Lei nº 9.055/1995. Cinco ministros votaram pela procedência do pedido, a fim de que fosse declarada a inconstitucionalidade do dispositivo, enquanto outros quatro votaram pela improcedência. Como não foi atingido o quórum mínimo de seis votos exigido pelo artigo 97 da Constituição Federal, tal julgado foi destituído de eficácia vinculante.

Posteriormente, Rosa Weber faz uma análise da constitucionalidade formal da Lei 3.579/2001, do Rio de Janeiro, em face do artigo 24 da CRFB, a fim de verificar se a lei estadual possui caráter substitutivo ou suplementar com relação ao conteúdo da lei federal que rege a mesma matéria. Após todas as considerações feitas, a ministra conclui que os enunciados proibitivos referentes ao asbesto constantes da lei estadual impugnada estão todos em consonância com a diretriz norteadora e com a finalidade protetiva da Lei Federal nº 9.055/1995.

A conclusão acima citada conduziu a relatora ao entendimento de que o artigo 2º da Lei nº 9.055/1995, que tolerava o uso do amianto crisotila (asbesto branco), é inconstitucional.

Afirma ela que o dispositivo em questão não protege suficientemente os direitos fundamentais à saúde e ao meio ambiente presentes no texto constitucional e nos tratados internacionais assinados pelo Brasil, tendo em vista o consenso científico sobre a nocividade do amianto crisotila e diante da evidência da ineficácia das medidas de controle contempladas na Lei Federal.

Isto posto, a ministra Rosa Weber julga improcedentes os pedidos formulados nas duas ações, e declara incidentalmente a inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei Federal nº 9.055/1995, tendo sido acompanhada pelos ministros Edson Fachin, Luiz Fux, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Cármen Lúcia. Impedido de votar no julgamento da ADI 3406, o ministro Dias Toffoli acompanhou o entendimento da relatora na ADI 3470.

Os ministros Gilmar Mendes e Luiz Fux enfatizaram o reforço dado pelo Código de Processo Civil de 2015 à tese da indistinção entre os efeitos das decisões proferidas em controle difuso e concentrado. Por sua vez, o ministro Edson Fachin afirmou que mesmo declarações de inconstitucionalidade proferidas no âmbito incidental operam uma preclusão consumativa da matéria. Em seu voto na ADI 3.470/RJ, Toffoli destacou o avanço da jurisdição constitucional no Brasil como a própria superação do artigo 52, X da CF. Já a ministra Cármen Lúcia preferiu ressaltar a caminhada da Suprema Corte em direção à declaração de inconstitucionalidade de matérias, e não apenas de atos normativos específicos, como nos casos das leis municipais.

O único ministro a votar pela procedência total dos pedidos das duas ADIs foi Marco Aurélio. Ele não concorda com a tese da mutação constitucional do artigo 52, X da Constituição Federal, tendo em vista que o caráter constitutivo do dispositivo, e não declaratório, como propuseram os outros ministros. Por fim, afirma que a função do dispositivo é promover a independência e harmonia entre os Poderes da República:

Recuso-me a dizer que o Senado da República é um verdadeiro Diário Oficial, que simplesmente deve publicar as decisões do Supremo formalizadas no controle concreto de constitucionalidade, no âmbito do controle difuso de constitucionalidade. Não interpreto literalmente, gramaticalmente, o que se contém no inciso X do artigo 52 da Constituição Federal, mesmo porque a interpretação gramatical é a que mais seduz, é aquela a que se chega, ao objetivo da norma, numa visão superficial. Entendo o inciso X do artigo 52 como regra que atende a independência e harmonia entre os Poderes, a sinalizar que o sistema nacional é equilibrado, ao prever – e em bom vernáculo – competir ao Senado não simplesmente publicar a decisão tomada pelo Supremo, mas ao Plenário:

X – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

O ministro Alexandre de Moraes votou pela procedência parcial dos pedidos da parte autora por entender que os artigos 2º e 3º da Lei 3.579/RJ, que proíbem a extração e utilização do amianto no estado, não estão de acordo com a Constituição Federal. Ademais, acompanhou o entendimento do ministro Marco Aurélio contra a mutação constitucional do artigo 52, X da CRFB.

Pois bem. Por intermédio do Código de Processo Civil de 2015, o legislador ordinário introduziu novos mecanismos no ordenamento a fim de promover a uniformização e da estabilização da jurisprudência pátria, como o Incidente de Assunção de Competência e o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Ademais, estabelece que determinados pronunciamentos judiciais possuem eficácia vinculante, como se observa no disposto do artigo 927 do CPC/15:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Segundo Ronaldo Cramer, existem cinco diferentes correntes acerca do “precedente judicial” no CPC. A primeira delas, a qual se filia Freddie Didier Jr.¹³, dispõe que o artigo 927 contém um rol de precedentes vinculantes, a partir de um critério semântico do termo “observarão”. A segunda corrente, que possui nomes como Teresa Wambier¹⁴, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres de Mello, afirma que apenas os pronunciamentos judiciais que ensejam reclamação são vinculantes, quais sejam, aqueles contidos nos incisos do artigo 988. A terceira corrente sustenta que o artigo 927 não confere força vinculante aos “precedentes” ali listados, mas exige tão somente a sua observância por parte de juízes e tribunais. Na verdade, a força vinculante seria advinda do próprio regime

¹³ DIDIER JÚNIOR; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**, v. 2. 10ª edição. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 455.

¹⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro; MELLO, Rogério Licastro Torres de Mello. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Artigo por artigo**. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1315.

de cada um desses “precedentes”. A quarta corrente, a qual pertencem Nelson Nery Jr.¹⁵, Rosa Maria de Andrade Nery e Cássio Scarpinella Bueno¹⁶, defende a tese da inconstitucionalidade do artigo 927, já que somente a Constituição poderia definir novas hipóteses de vinculação, a exemplo do que ocorre com as súmulas vinculantes e com as decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade (a análise da constitucionalidade do artigo 927 não será objeto do presente estudo). Por fim, a última corrente, a qual aderiram Luiz Guilherme Marinoni¹⁷ e Daniel Mitidiero¹⁸, aduz que os precedentes vinculantes não estão contidos apenas no rol descrito no artigo 927, mas decorrem de toda decisão emanada dos Tribunais Superiores em vista de sua autoridade (CRAMER, 2016, p. 183-188).

As diversas correntes elencadas por Cramer tratam apenas acerca da possibilidade de atribuição de efeito vinculante aos “precedentes” elencados no artigo 927, mas não apresentam maiores discussões a respeito do que se considera um “precedente judicial” no Brasil. Lênio Streck, no entanto, preocupou-se em debater o assunto. Segundo Streck, o Brasil adotou um modelo de vinculação jurisprudencial, e não propriamente de precedentes, como na acepção do *common law* (STRECK, 2015, p. 176). Afirma ele que nesse sistema, o precedente não é criado com a pretensão de resolver casos futuros, mas vincula contingencialmente. Portanto, o que define se um caso passado vai se tornar um precedente são os próprios casos futuros. São eles que definem o que do caso anterior é “*obiter dictum*” e o que é “*ratio decidendi*”. Diante disso, Streck alega não haver qualquer semelhança entre o disposto no artigo 927 do CPC e o *common law* (STRECK, 2016, p. 9-10).

Ademais, há outro aspecto que diferencia ainda mais as modalidades decisórias vinculantes adotadas no Brasil e a concepção anglo-saxônica de precedentes. No Brasil, é a própria lei que confere valor jurídico aos pronunciamentos judiciais, ao contrário do que acontece no *common law*, no qual o valor do precedente independe de intermediação legal. Enquanto as hipóteses contidas no artigo 927 possuem autoridade apenas porque legalmente obrigam, no *common law* o precedente só vincula quando detém uma intrínseca autoridade argumentativa (STRATZ, 2017, p. 4). Nesse sentido, afirmam Flávio Quinaud Pedron e José Emílio Medauar Ommati:

¹⁵ NERY JÚNIOR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1835-1846.

¹⁶ BUENO, Cássio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 568.

¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 106.

¹⁸ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 121-122.

Sendo assim, no caso do Código de Processo Civil de 2015, o que veremos é a instituição, no art. 927, de um sistema de decisões vinculantes, o que já é bem diferente de precedentes judiciais (BRASIL, 2015). A vinculatividade futura de tais provimentos não decorre de uma apropriação crítica das gerações futuras, como ocorre com as decisões judiciais na Inglaterra e nos EUA, mas sim do fato de obedecerem a um procedimento que ao final dota o provimento de tal natureza vinculante. (PEDRON; OMMATI, 2018, p. 666)

Diferentemente do que acontece no *common law*, no qual só é possível aferir a força vinculante do precedente no confronto com um novo caso, o Código de Processo Civil permite a formulação de teses de direito a partir do julgamento de casos presentes para que sirvam de base para julgamentos futuros (THEODORO JÚNIOR, 2019). Segundo Michelle Taruffo, é inadequada uma teoria geral do precedente que se restrinja a uma simples versão adaptada do *commow law* (TARUFFO, 2009, p. 543). Portanto, embora muito se fale sobre uma “*commonlização*” do direito brasileiro e sobre a incorporação do *stare decisis* pelo Código de Processo Civil, tais afirmações não são inteiramente precisas. Há toda uma carga histórica e procedimental dos países de *common law* que não pode ser desconsiderada dessa análise. Apesar de todas essas considerações, fato é que os pronunciamentos judiciais constantes do artigo 927 dispõem de efeitos vinculantes.

Pois bem. O inciso I do artigo determina que os juízes e tribunais observem às decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade. Diante disso, há outra discussão existente na doutrina é a seguinte: o efeito vinculante dessas decisões de inconstitucionalidade estaria restrito à parte dispositiva da decisão ou alcançaria os seus fundamentos determinantes? Para os teóricos que defendem que a *ratio decidendi* possui efeito vinculante, dentre eles, Freddie Didier¹⁹, o instrumento processual cabível contra as decisões que contrariem os fundamentos expostos em acórdãos do STF é a reclamação constitucional. Observa-se a redação do artigo 988 do CPC/15:

Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

¹⁹ Por isso, o Enunciado n. 168 do Fórum Permanente de Processualistas Civis faz questão de esclarecer que são os fundamentos determinantes (ou seja, a *ratio decidendi*) do julgamento de ação de controle concentrado de constitucionalidade que produzem o efeito vinculante de precedente para todos os órgãos jurisdicionais. Não se pode confundir esse efeito vinculante do precedente com o efeito vinculante que, em determinadas hipóteses, decorre da coisa julgada. As decisões proferidas pelo STF em ações de controle concentrado de constitucionalidade têm efeito vinculante em relação a todos os demais órgãos jurisdicionais do país e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (art. 102, § 2º, CF; art. 28, p. único, Lei n. 9.868/99; art. 10, §3.º, Lei n. 9.882/99). Mas essa vinculação decorre do fato de, nessas hipóteses, a coisa julgada ser *erga omnes* por expressa disposição legal. Por conta disso, o Poder Público está vinculado não à tese jurídica firmada na fundamentação do julgado (*ratio decidendi*), mas sim à norma jurídica estabelecida, pelo STF, no dispositivo da decisão que resolve ação de controle concentrado de constitucionalidade. (DIDIER apud OLIVEIRA, 2016, p. 270-271)

[...]

III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)

[...]

§ 4º As hipóteses dos incisos III e IV compreendem a aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam.

De fato, o §4º do artigo 988 do CPC/15 estabelece que a reclamação é instrumento cabível inclusive para a preservação dos fundamentos das decisões da Suprema Corte no exercício do controle concentrado de constitucionalidade. A respeito da regra disposta no §4º do artigo 988 do CPC/15, vejamos como ministro Luís Roberto Barroso se manifestou no julgamento das ADIs 4.697/DF e 4.762/DF:

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - *Ministro Gilmar, aqui me alinhando a Vossa Excelência, e Vossa Excelência foi um dos que defendeu a ideia da eficácia transcendente. O Supremo chegou a aderir a essa posição, depois retrocedeu em relação a essa posição. Mas agora o novo Código recoloca a discussão, porque o artigo 988 diz que uma das hipóteses de cabimento da reclamação é a observância de acórdãos proferidos em ação direta de inconstitucionalidade. Aí vem, Ministro Gilmar, o § 4º e diz que as hipóteses dos incisos tal e tal, quer dizer, de cabimento de reclamação pela não observância da decisão em ADI, "compreendem a aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam." Portanto, o que produz a vinculação é a tese jurídica. Então, eu acho que nós temos que proclamá-la (STF, ADI 4.697 DF, Rel. Ministro EDSON FACHIN, Data de Julgamento 06/10/2016, Plenário, Data de Publicação DJe 30/03/2017).*

Apesar do disposto no §4º do artigo 988 do CPC/15, o STF é expressamente contrário ao cabimento de reclamações com base na teoria da transcendência dos motivos determinantes de acórdãos com efeito vinculante.

Gilmar Mendes também defende a adoção da teoria da transcendência dos motivos determinantes da decisão. Na Reclamação nº 4.335/AC, o ministro cita uma série de declarações de inconstitucionalidade nas quais o STF conferiu efeito vinculante não só à parte dispositiva da decisão, mas aos próprios fundamentos determinantes, como, por exemplo, nos casos em que foram analisadas normas municipais que possuem conteúdo idêntico em outros municípios.

Outra importante inovação prevista pelo CPC/15 consta dos artigos 525, §12 e 535, §5º, que tratam acerca do cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa (o artigo 535, §5º pertence ao capítulo que trata do cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública). Já não interessa mais se a lei ou o ato normativo foram declarados inconstitucionais por controle difuso e concentrado no que tange à impugnação ao pagamento de quantia certa por inexecutabilidade do título ou inexigibilidade da obrigação:

Art. 525

[...]

§ 12. Para efeito do disposto no inciso III do § 1º 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.

Diante das novidades introduzidas pelo Código de Processo Civil de 2015 e tendo em vista a composição atual do Supremo, os questionamentos que surgem são os seguintes: teria a Corte admitido as teorias da transcendência dos motivos determinantes e da abstrativização a partir do julgamento das ADIs 3.406/RJ e 3.470/RJ? Houve a mutação constitucional do artigo 52, X da CRFB?

O pedido principal dessas duas ações (a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 3.579/2001, do Rio de Janeiro) foi julgado improcedente pelo STF, mas a Corte declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei Federal nº 9.055/1995, com efeito *erga omnes* e eficácia vinculante, pois em outra ADI a inconstitucionalidade desse dispositivo já havia sido reconhecida.

Via de regra, as declarações incidentais de inconstitucionalidade são proferidas no âmbito do controle difuso e possuem eficácia *inter partes*. Todavia, é possível a declaração incidental de inconstitucionalidade também em controle concentrado. O STF já declarou a inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei Federal nº 9.055/1995 em outra situação, mas tal julgamento foi destituído de eficácia vinculante. No julgamento das ADIs 3.406/RJ e 3.470/RJ, a Corte resolveu atribuir eficácia vinculante sobre a fundamentação da decisão em controle concentrado. Não ficou claro, entretanto, se a Suprema Corte adotará a transcendência dos motivos determinantes para os casos futuros ou se tal técnica foi empregada apenas no caso isolado.²⁰ Ainda não houve a consolidação de um *overruling*, mas a tendência é que isso aconteça.

No mesmo sentido, é bem provável que o STF consolide a aplicação da teoria da abstrativização do controle difuso no futuro próximo, embora essa nomenclatura não tenha sido

20 LORDELO, João. **Afinal, o STF adotou a teoria da abstrativização do controle difuso ou da transcendência dos motivos determinantes? ADI 3406/RJ e ADI 3470/RJ, Rel. Min. Rosa Weber, julgadas em 29/11/2017 (Info 886)**. Disponível em: <https://www.joaolordelo.com/single-post/2018/01/09/Afinal-o-STF-adotou-a-teoria-da-abstrativiza%C3%A7%C3%A3o-do-controle-difuso-ou-da-transcend%C3%A2ncia-dos-motivos-determinantes-ADI-3406RJ-e-ADI-3470RJ-Rel-Min-Rosa-Weber-julgados-em-29112017-Info-886>. Acesso em jun. 19.

utilizada durante o julgamento. Os ministros manifestaram-se expressamente favoráveis à equiparação entre os dois sistemas de controle e, por consequência, demonstraram também que são adeptos da releitura do disposto no artigo 52, X da CRFB, a fim de que a participação do Senado em matéria de controle fique restrita à mera publicação da decisão do STF. Nesse sentido, destacam-se trechos do debate travado durante o voto do ministro Alexandre de Moraes:

[...] O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - [...] Mas aí eu pontuaria essa angústia de Vossa Excelência, e acho que o CPC, nesse ponto, talvez sinalize uma superação – ponto em que tenho insistido – de que não temos outra alternativa, pelo menos no âmbito do Supremo, senão equalizar a decisão que se toma em sede de controle abstrato e a decisão que se toma em sede de controle incidental. Agora me parece que o CPC vem em reforço quando não distingue mais a declaração de inconstitucionalidade em uma ou outra situação.

Na prática, já fazemos isso um pouco. Não esperamos que o Senado suspenda. Como sabemos, é um pouco sazonal a suspensão por parte do Senado. Às vezes ele faz, até com certa diligência, isto depende muito da atividade da Comissão de Constituição e Justiça. Às vezes esse assunto é negligenciado, e o Senado não se debruça sobre esse tema, porque é um tema assaz técnico, vamos dizer assim, considerando a formação da Casa política.

[...]

***O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Não há mais diferença entre controle incidental e controle principal. O Código, inclusive, agora, por exemplo, na fase de execução, quando se quer alegar que a sentença é objeto do cumprimento, ou da execução antiga, que se baseou em lei inconstitucional, diz que a lei pode ter sido considerada inconstitucional em controle concentrado ou em controle incidental. Qualquer um dos controles é suficiente para que a parte possa se escusar de cumprir uma sentença inconstitucional.*

[...]

***O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN** - Na declaração incidental. E, portanto, à luz do parágrafo único do artigo 28 da Lei nº 9.868, somado com dispositivo do nosso Regimento Interno que consta do artigo 101, é possível depreender a direção daquilo que, num dos segmentos da intervenção do Ministro Gilmar Mendes, acabou emergindo. Ou seja, essa declaração de inconstitucionalidade não há como, para resolver eventual anomia e fragmentação da unidade, não há como não depreender a possibilidade, com todas as cautelas possíveis, disto se projetar para a compreensão das demais demandas, sob pena de nós efetivamente ficarmos numa metodologia semicircular progressiva, onde, pensando por problemas, não só criamos mais problemas e declaramos inconstitucional uma ideia legislativa que ainda não se materializou. O que nós temos é o presente, e esse presente é o artigo 2º da Lei nº 9.055, que foi declarado inconstitucional por maioria qualificada, tout court.*

[...]

***O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – De qualquer forma, o artigo 2º, porque não houve a suspensão da execução prevista na Carta da República pela Casa Legislativa, continua com eficácia no território nacional, presente a declaração incidental.*

***O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:** Eu penso diferente.*

***O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN** - Eu entendo que não, com a devida vênia. Não é o entendimento que eu sufraguei.*

***A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)** - Acho que não, foi declarado por maioria.*

***O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - O que estou querendo propor é que a gente faça uma revisão disto, para equalizar, e agora reforçado por esse dispositivo.*

[...]

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - *É constitucional porque ela dizia que proibia. Pois é, então, se há essa questão prejudicial decidida, eu acho que o momento é propício para que o Supremo confira maior eficácia às suas decisões em controle concentrado e em controle difuso. O artigo 52, X, sempre foi interpretado com uma chancela meramente formal. Será que é possível o Senado Federal, depois da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo, mudar a nossa decisão? Eu acho que não.*

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - *Por isso disse estarmos caminhando para uma inovação na nossa jurisprudência, no sentido de não ser declarado cada ato normativo na sua forma, mas na matéria que nele se contém (STF, ADI 3.406 RJ, Data de Julgamento: 29/11/2017, Plenário, Data de Publicação DJe: 01/02/2019).*

Conforme consta do Informativo Nº 886 do STF (Brasília, 27 de novembro a 1º de dezembro de 2017) “[...] o Colegiado entendeu ser necessário, a fim de evitar anomias e fragmentação da unidade, equalizar a decisão que se toma tanto em sede de controle abstrato quanto em sede de controle incidental”. Diante do novo cenário processual civil, tudo indica que o julgamento das ADI’s 3.406/RJ e 3.470/RJ pode representar um momento de quebra de paradigma dentro do sistema de controle brasileiro.

No que se refere à mutação constitucional do artigo 52, X da CRFB, a dúvida existente é a seguinte: até que ponto a superação da literalidade do texto na atividade interpretativa é legítima? Tal pergunta será aqui respondida sob o enfoque de duas doutrinas antagônicas: a Teoria do Direito de Ronald Dworkin e o pragmatismo jurídico de Richard Posner. Embora os autores possuam visões distintas acerca da atividade jurídica, ambos reconhecem que os textos normativos podem passar a ter novos significados diante dos processos informais de mudança, cada qual a sua maneira.

Crítico da corrente positivista, Dworkin propõe a realização de uma leitura moral do ordenamento como um todo. Partindo da noção do Direito como integridade, afirma que a atuação do intérprete não se resume a simples subsunção do fato à norma, mas deve buscar por uma solução que revele a correta aplicação das regras e princípios jurídicos existentes no ordenamento. Ademais, essa proposta interpretativa deve ajustar-se às disposições mais básicas do poder político da comunidade (DWORKIN, 1999, p. 454).

Ainda no que se refere à noção do Direito como integridade, Dworkin compara a atividade judicial com a elaboração de um romance por vários autores distintos. Assim que recebem a obra, os romancistas interpretam os capítulos já escritos a fim de escreverem um novo capítulo para o romance em elaboração (DWORKIN, 1999, p. 276). Ademais, esses romancistas não gozam de uma plena liberdade criativa, pois devem tentar criar o melhor romance possível como se fosse obra de um único autor, e não como produto de muitas mãos

diferentes (DWORKIN, 1999, p. 276). Nesse sentido, o jurista pretende demonstrar que a atividade decisória dos juízes é produzida em constante diálogo com a história por meio de uma interpretação construtiva (MOREIRA E MAYRINK, 2014, p. 9-11).

É possível, no entanto, que o intérprete não siga o rumo que está sendo traçado no romance, desde que demonstre uma justificativa plausível para tanto (DWORKIN, 1999, p. 277). Dworkin não nega o caráter dinâmico da interpretação construtiva. Em oposição a isso, vincula esse modelo interpretativo à integridade, que possui como característica fundamental a adaptabilidade (DWORKIN, 1999, p. 259).

Com relação à interpretação construtiva, Dworkin admite, excepcionalmente, que o sentido literal da norma seja afastado para que se possa alcançar a justiça no bojo dos casos difíceis (DWORKIN, 1999, p. 143). A partir do combate aos argumentos de imutabilidade do Direito propostos pelos historicistas, assume-se que a construção teórica de Dworkin é favorável às mudanças informais da Constituição. Isto porque o autor acredita que o argumento da estabilidade constitucional deve ser visto como um argumento de moral e política, de forma que o Direito, se visto enquanto integridade, deve ser sensível ao valor marginal da certeza e da previsibilidade em diferentes circunstâncias (DWORKIN, 1999, p.439).

Dworkin ainda faz críticas contundentes aos juristas apegados ao historicismo, corrente que vincula a interpretação dos magistrados às opiniões concretas dos governantes históricos criadores dos Direitos. De acordo com o jurista, o apego à imutabilidade proposta pelos historicistas equivale a negar que a Constituição é uma carta de princípios, não podendo se considerar que estes princípios se limitem ao tempo, imaginação e interesses dos governantes históricos responsáveis pela Constituição (DWORKIN, 1999, p.441). Assume-se, então, que a sua construção teórica é favorável às mudanças informais da Constituição.

No julgamento conjunto da ADPF 132/RJ e da ADI 4.277/RJ, por exemplo, a literalidade do texto não foi observada pelo STF. Essas ações foram interpostas com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao artigo 1.723 do Código Civil, que expressamente determina que somente uniões estáveis entre homens e mulheres podem ser reconhecidas como entidade familiar.

O dispositivo acima citado apenas reproduz o texto do §3º do artigo 226 da Constituição Federal, que possui a seguinte redação: “§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. As discussões travadas na Assembleia Constituinte revelam a preocupação dos deputados em evitar que qualquer outra interpretação pudesse ser dada ao

dispositivo, conforme se depreende do trecho abaixo colhido do Diário da Assembleia Nacional Constituinte e reproduzido no voto do ministro Ricardo Lewandowski.

O SR. CONSTITUINTE GASTONE RIGHI: - *Finalmente a emenda do constituinte Roberto Augusto. É o art. 225 (sic), § 3º. Este parágrafo prevê: 'Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento'*

Tem-se prestado a amplos comentários jocosos, seja pela imprensa, seja pela televisão, com manifestação inclusive de grupos gays do País, porque com a ausência do artigo poder-se-ia estar entendendo que a união poderia ser feita, inclusive, entre pessoas do mesmo sexo. Isto foi divulgado, por noticiário de televisão, no showístico, nas revistas e jornais. O bispo Roberto Augusto, autor deste parágrafo, teve a preocupação de deixar bem definido, e se no §º: 'Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento'. Claro que nunca foi outro o desiderato desta Assembléia, mas, para se evitar toda e qualquer maléola interpretação deste austero texto constitucional, recomendo a V. Exa. que me permitam aprovar pelo menos uma emenda.

O SR. CONSTITUINTE ROBERTO FREIRE: - *Isso é coação moral irresistível.*

O SR. PRESIDENTE (ULYSSES GUIMARÃES): - *Concedo a palavra ao relator.*

O SR. CONSTITUINTE GERSON PERES: - *A Inglaterra já casa homem com homem há muito tempo.*

O SR. RELATOR (BERNARDO CABRAL): - *Sr. Presidente, estou de acordo.*

O SR. PRESIDENTE (ULYSSES GUIMARÃES): - *Todos os que estiverem de acordo permaneçam como estão. (Pausa). Aprovada (Palmas) (STF, ADPF 132 RJ, Rel. Ministro AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 05/05/2011, Plenário, Data de Publicação DJe: 14/10/2011).*

A atribuição de tratamento distinto para pessoas que se encontram em uma mesma situação fática é incompatível com a concepção de Dworkin do direito como integridade. Para realizar a justiça e a equidade, o intérprete pode até mesmo superar a barreira textual. Nesse sentido, o STF reconheceu a procedência do pedido e decidiu conferir interpretação conforme à Constituição ao artigo 1723 do Código Civil, desconsiderando a literalidade do §3º do artigo 226 da CRFB. A necessidade concreta de que fossem definidas as situações patrimoniais e sucessórias decorrentes dos relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo fez com que uma norma instituída pelo Poder Constituinte Originário tivesse seu sentido alterado pelo STF (SIQUEIRA, 2011, p. 110).

No entanto, a tese da mutação constitucional do artigo 52, X da Constituição Federal não encontra abrigo na teoria de Dworkin. Os argumentos que justificam a superação dos limites impostos pela literalidade da norma são pautados nas ideias de eficiência e na sistematização processual, e não de justiça, embora a releitura do papel do Senado em sede de controle seja a solução mais coerente com a realização de outros princípios contidos no ordenamento.

Feita essa primeira análise, passemos às considerações acerca do pragmatismo. Embora não haja uma delimitação precisa do pragmatismo, já que foram amplas as formas de seu desenvolvimento, Rodrigo Kaufmann afirma que existem três características essenciais de sustentação de toda formulação pragmatista: a rejeição de formulações metafísicas, abstratas ou teóricas que justifiquem a realidade (antifundacionismo); a atenção nos resultados e nas consequências das decisões (consequencialismo); e o exame do problema à luz das condições sociais, culturais e econômicas (contextualismo) (KAUFMANN, 2010, p. 66).

Em sua obra “*Law, Pragmatism and Democracy*”, Richard Posner afirma que o núcleo do pragmatismo é a sua disposição para basear ações em fatos e consequências em vez de conceitualismos, generalidades, devoções e slogans. Dentre os conceitualismos rejeitados, estão as teorias morais, políticas e jurídicas destinadas a guiar o processo decisório (POSNER, 2003, p. 3). Ademais, o autor alega que o pragmatismo filosófico não possui conexão com a prática legal e política, porque essa filosofia seria mais crítica da teoria do direito que da prática em si; pouco relacionada aos fatores que envolvem a administração da justiça (POSNER, 2003, p. 11). Portanto, diante das particularidades do direito, o pragmatismo jurídico deveria ser desenvolvido de forma independente de sua vertente filosófica.

Ao iniciar sua descrição acerca da teoria pragmática do direito, Posner reproduz a famosa frase de Oliver Holmes: “a vida no direito não tem sido lógica, tem sido experiência” e ressalta que esse poderia ser o slogan do pragmatismo jurídico, bastando, para tanto, que as palavras lógica e experiência fossem substituídas por “formalismo” e “empirismo”, respectivamente (POSNER, 2003, p. 57). Posner enumera uma série de alicerces para estruturar sua teoria, os quais chama princípios da adjudicação pragmática. São eles:

- [...]1.o pragmatismo legal não é uma mera denominação sofisticada para um processo decisório ad hoc; ele envolve a consideração de consequências sistêmicas e específicas;*
 - 2. Apenas em circunstâncias excepcionais, no entanto, o juiz pragmático dará maior peso às consequências sistêmicas, como faz o formalismo legal, isto é, raramente o formalismo legal será uma estratégia pragmática. E, às vezes, circunstâncias específicas irão dominar completamente o processo de decisão.*
 - 3. O critério essencial da adjudicação pragmática é o racionalismo;*
 - 4. Apesar da ênfase nas consequências, o pragmatismo legal não é uma forma de consequencialismo, o conjunto de doutrinas filosóficas (mais proeminentemente o utilitarismo) que avaliam as ações pelo valor de suas consequências: a melhor ação é aquela que gera as melhores consequências. Há limites ao formalismo nos sistemas pragmáticos de adjudicação, notadamente a decisão por regras ao invés de padrões. Além disso, por razões práticas e jurisdicionais, não é exigido ou sequer permitido que o juiz tenha em conta todas as possíveis consequências de suas decisões*
 - 5. O pragmatismo jurídico é visionário, aceitando a vinculação às decisões passadas na medida da necessidade, e não como um dever ético;*
- [...]*

7. O pragmatismo legal é empirista.

8. Portanto, não é hostil à toda teoria. De fato, é mais hospitaleiro com algumas teorias do que como o formalismo legal, a saber teorias que guiam a pesquisa empírica. O pragmatismo legal refuta a moral abstrata e a teoria política para guiar o judicial decisionmaking [...] (POSNER, 2003, p. 60-61) (tradução nossa).

Pois bem. Dos 12 princípios listados, destacamos os que entendemos ser os mais importantes. Inicialmente, vale destacar que o pragmatismo se submete à noção de Estado de Direito. Juízes pragmáticos não sempre de observar os comandos da Constituição, das leis e dos precedentes judiciais. Toda e qualquer postura arbitrária no âmbito do processo decisório é rejeitada. No entanto, “o respeito ao Estado Democrático de Direito não significa, evidentemente, uma conformação cega, uma renúncia à flexibilidade, à criatividade e à adaptação” (SIQUEIRA, 2011, p. 99). Para melhor realizar as necessidades humanas, o juiz também pode considerar outras fontes de informação que não apenas norma posta (POSNER, 2003, p. 60-61).

A preservação do Estado de Direito exige que a ação dos juízes seja pautada no racionalismo, e não apenas no mero olhar formal sobre as melhores consequências (POSNER, 2003, p. 64-65). Quanto mais circunstâncias puderem embasar a fundamentação do ato, mais pragmática será a decisão (SIQUEIRA, 2011, p. 101). Nesse sentido, extrai-se o seguinte trecho de “*Law, Pragmatism and Democracy*”:

Não há um algoritmo para alcançar o exato equilíbrio entre o Estado de Direito e as consequências específicas do caso, a continuidade e a criatividade, o longo prazo e o curto prazo, sistêmica e particular, regra e padrão. Na verdade, não há muito mais a dizer ao pretense juiz pragmático do que tomar a decisão mais razoável possível, considerando todas as coisas. (Há um pouco mais a ser dito; estou tentando dizer isso.) "Todas as coisas" incluem não apenas as consequências específicas da decisão, na medida em que podem ser discernidas, mas também os padrões jurídico materiais e a preservação dos valores do Estado de Direito (POSNER, 2003, p. 64) (tradução nossa)

O pragmatismo também é visionário. O juiz pragmático preocupa-se com o futuro, e por isso busca antever as consequências específicas e sistêmicas de suas decisões. O intérprete só valoriza a continuidade com o passado na medida que ele seja capaz de contribuir com a resolução de problemas no presente e no futuro. Há sim um compromisso com a manutenção da coerência lógica do sistema jurídico, mas só enquanto a continuidade servir a um resultado desejável e benéfico (POSNER, 2009, p. 4). Diante do caráter instrumental que Posner atribui às regras jurídicas, admite-se a contestação, revisão e mudança constantes destas (ARRUDA, 2011, p. 87).

Além disso, o pragmatismo não refuta todas as teorias. As teorias que procuram orientar a pesquisa jurídica são bem-vindas na adjudicação pragmática. (POSNER, 2003, p. 77). Muitas vezes, o juiz precisa do conhecimento interdisciplinar para dar a melhor solução possível ao caso em análise. Enquanto o experimentalismo é valorizado, as abstrações são refutadas. A mera invocação à “justiça” ou à “liberdade” de forma genérica não tem peso algum para o pragmatista, até porque tais conceitos não possuem um conteúdo fixo (SIQUEIRA, 2011, p. 103). Posner preza por uma abordagem prática e instrumental do direito que se interessa apenas por aquilo “que funciona e pode ser útil” (POSNER, 2009, p. 4):

[...] Vimos também anteriormente que o pragmatismo jurídico posneriano é antimetafísico e antidogmático, no sentido de que olha para as teorias científicas como ferramentas que nos ajudam a explicar e a prever o mundo (OL, 2009, p. 07). Partindo do argumento de que o direito é uma atividade, e não um grupo de conceitos, falar em filosofia para Posner só é válido se se referir a uma prática, voltada para o seu sentido útil, expresso no uso dos métodos analíticos para derrubada de entidades metafísicas, tais como o livre-arbítrio. Tais métodos se tornam inúteis, para Posner, se utilizados para construir teorias projetadas para orientar a ação. Além disso, Posner acredita que, como há muitas teorias com essa pretensão e que elas costumam divergir entre si e não podem fornecer bases sólidas para as decisões judiciais (ARRUDA, 2011, p. 118).

Feitas essas considerações, conclui-se que a proposta de mutação constitucional do artigo 52, X da CRFB representa uma resposta pragmática à realidade da prestação jurisdicional no Brasil, consideradas todas as circunstâncias que envolvem esse debate. A multiplicação dos processos idênticos no âmbito do sistema difuso exige uma repetição de esforços por parte da Corte e dos jurisdicionados que poderia ser evitada, caso fossem adotados novos métodos de racionalização e unidade do direito (SIQUEIRA, 2011, p. 129). Nesse sentido, a teoria pragmatista legitima a mutação como forma de preservar importantes aspectos do Estado do Direito, como a segurança jurídica, a isonomia e a eficiência.

Ademais, os ministros do STF estão sempre atentos quanto às possíveis consequências de suas decisões, tanto que adotam a técnica da modulação de efeitos no controle difuso para flexibilizar a teoria da nulidade da norma inconstitucional quando uma decisão possa provocar nefastos efeitos na realidade fática. Eles também são amparados pelo pragmatismo quando, diante da concretude dos fatos, ignoram a literalidade de um determinado dispositivo constitucional específico (como no caso em questão) e baseiem-se nas experiências concretas que estão ao seu alcance para proferir uma boa decisão.

Por fim, Gilmar Mendes assevera que “a única resposta plausível nos leva a crer que o instituto da suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão de índole exclusivamente

histórica” (MENDES, 2004, p. 14). No entanto, o juiz pragmático só vincula ao passado na medida em que ele seja necessário. Tendo em vista que a concepção de separação dos poderes que ensejou a gênese da suspensão da lei pelo Senado encontra-se ultrapassada, que a jurisprudência e a legislação consolidaram fórmulas que retiraram significado substancial do dispositivo, e que na prática as decisões do STF em sede de controle incidental já transcendem o âmbito da decisão, já não há razão que justifique a manutenção desse instituto no ordenamento. Sob esse aspecto, a releitura do papel do Senado também encontra-se respaldada pela teoria pragmática de Posner.

CONCLUSÃO

A quantidade de demandas a serem julgadas pelo Poder Judiciário após a Constituição Federal de 1988 cresceu vertiginosamente. Fatores como a democratização do acesso à justiça, a intensificação das relações econômicas e sociais e a constitucionalização do direito privado, por exemplo, contribuíram para esse aumento desenfreado da litigiosidade no Brasil.

Diante desse cenário, iniciou-se um movimento de valorização dos “precedentes”, que foi ganhando mais força a cada inovação legislativa e jurisprudencial incorporada ao ordenamento brasileiro com a finalidade de conter a multiplicação dos processos idênticos no sistema difuso. Dentre as vantagens que esse fortalecimento dos “precedentes” proporciona estão o aumento da previsibilidade do direito, a garantia de mesmo tratamento àqueles que se encontram em situação idêntica e a utilização dos recursos de que dispõe o Poder Judiciário de forma mais otimizada e racional. Nesse sentido, a concessão de efeitos de alcance geral para todas as decisões do STF consiste em uma alternativa não só para o excesso de demandas que provoca a morosidade da Corte, mas também para promover os princípios da segurança jurídica, da isonomia e da economia processual.

A Emenda Constitucional nº 45, por exemplo, praticamente equiparou o controle difuso ao concentrado quando instituiu a repercussão geral como requisito para o conhecimento dos recursos extraordinários. Desde então, a admissão de R.E depende que o recorrente demonstre que a discussão posta transcende os interesses subjetivos da causa. Essa exigência de que a questão constitucional possua relevância social, política, econômica ou jurídica fortalece o STF enquanto guardião da Constituição, e não como mera instância recursal. Ademais, a decisão que reconhece ou que nega a repercussão geral é tão expansiva quanto a de uma decisão prolatada em sede de controle concentrado: todos os processos que versem sobre a questão terão o mesmo destino daquele que teve a repercussão geral julgada. Portanto, já não há mais justificativa para que as decisões do Plenário da Corte não tenham o mesmo alcance e não produzam os mesmos efeitos.

O Código de Processo Civil de 2015, por sua vez, prestigiou a força de determinados pronunciamentos judiciais em seu artigo 927, no qual são contempladas decisões de tribunais superiores e tribunais de segundo grau. Diante da eficácia que grande parte de seus julgados passaram a ter, valorizou-se ainda mais o papel do Supremo como Corte Constitucional. Para fins de impugnação ao pagamento de quantia certa por inexecutabilidade do título ou inexigibilidade da obrigação, os artigos 525, §12 e 535, §5º já não distinguem mais consideram

que é inexigível a obrigação reconhecida por título executivo judicial fundado em lei ou o ato normativo declarados inconstitucionais em controle difuso e concentrado, pois o legislador ordinário já não encontrou razões para diferenciar o alcance de uma decisão emanada do Supremo.

O desrespeito aos pronunciamentos vinculantes incluídos no artigo 927 enseja a cassação da decisão divergente por meio de reclamação constitucional, instrumento previsto no artigo 988 do CPC/15. O §4º do artigo 988 afirma que também cabe reclamação em caso de aplicação indevida da tese jurídica contida nas decisões proferidas pelo STF em controle concentrado de constitucionalidade. Conforme esse dispositivo, os fundamentos da decisão também são dotados de eficácia vinculante. A teoria da transcendência dos motivos determinantes, portanto, ganhou muita força.

No julgamento das ADIs 3.406/RJ e 3.470/RJ, o STF declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei Federal nº 9.055/1995, conferindo efeito *erga omnes* e eficácia vinculante aos fundamentos determinantes de sua decisão, pois a inconstitucionalidade desse dispositivo já havia sido declarada em outra oportunidade. Embora a Corte tenha adotado a transcendência dos motivos determinantes nesse caso específico, não podemos concluir que essa tese será adotada para os casos futuros, pois não houve manifestações expressa dos ministros nesse sentido, exceto a Ministra Carmém Lúcia, que destacou a caminhada da jurisprudência da Suprema Corte rumo à declaração de inconstitucionalidade de matérias. Da mesma forma, ainda não é possível concluir que o STF adotou a abstrativização do controle difuso, mas infere-se a partir das manifestações dos ministros que em breve a equiparação entre os controles vai se consolidar.

Nesse contexto, o mecanismo da suspensão da lei pelo Senado, previsto no artigo 52, X da Constituição Federal, criada com o fito de atribuir efeitos gerais às decisões proferidas pelo STF nos casos concretos, perdeu significado substancial, diante da evolução do sistema de controle de constitucionalidade e da nova feição do princípio da separação dos poderes.

A competência atribuída ao Senado tornou-se um anacronismo em face da realidade na qual o texto está inserido. Tendo em vista todos os elementos concretos da prestação jurisdicional no Brasil, a interpretação do artigo 52, X da CRFB não há de ficar restrita ao sentido literal nele exposto. É dever do intérprete realizar um cotejo entre os elementos fáticos e o conteúdo do direito. Nesse sentido, as circunstâncias fáticas exigem que se atribua um novo significado ao texto.

A proposta de mutação constitucional do artigo 52, X da CRFB é legitimada por razões de ordem pragmática. O argumento do limite textual não é suficiente para refutar a tese da mutação. Em outras oportunidades, o STF já proferiu decisões em que a literalidade do texto não foi observada, como, por exemplo, no julgamento conjunto da ADPF 132/RJ e da ADI 4.277/RJ, pois a correta interpretação da Constituição há de considerar o seu todo. Também não há de subsistir o argumento de contrariedade à história constitucional brasileira por parte do Supremo Tribunal Federal, pois a Constituição é viva e deve ser interpretada à luz do contexto histórico atual. O novo conteúdo que se propõe atribuir ao texto é compatível com elementos essenciais para o Estado Democrático de Direito, como a segurança jurídica, a celeridade processual e a isonomia.

Por fim, importante ressaltar a questão levantada pelo ministro Teori Zavascki em seu voto no julgamento da Reclamação 4.335/AC. Considerando a equiparação dos efeitos entre as decisões proferidas em controle difuso e concentrado, resta definir se o descumprimento das decisões do STF em sede de controle difuso também dará ensejo à propositura de reclamação. Em tese, o descumprimento dessas decisões importará em ofensa à autoridade das decisões da Suprema Corte. Nos termos do art. 102, I, I da Constituição, qualquer prejudicado poderá intentar reclamação constitucional perante a Corte para “garantia da autoridade de suas decisões”.

Assim sendo, o fenômeno da abstrativização pode gerar efeito contrário ao que se propõe, qual seja, o aumento da demanda que chega à Suprema Corte. Teori Zavascki, então, propõe que a competência prevista no artigo 102, I, I da CRFB seja interpretada de forma estrita. Segundo o ministro, “a admissão incondicional de reclamação em caso de descumprimento de qualquer delas (decisões da Corte Suprema com eficácia expansiva), transformará o Supremo Tribunal Federal em verdadeira Corte executiva, suprimindo instâncias locais e atraindo competências próprias das instâncias ordinárias”²¹. Isto posto, essencial que essa questão seja resolvida a fim de que a abstrativização do controle difuso não ocasione consequências maléficas ao sistema judiciário.

²¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Reclamação n. 4.335/AC, Rel. Ministro GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 20/03/2014, Plenário, Data de Publicação DJe: 22/10/2014, p. 168.

REFERÊNCIAS

- ALENCAR, Ana Valdevez Ayres Neves. **A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais**. Revista de informação legislativa, v. 15, n. 57, p. 223-328, jan./mar. 1978.
- ARAÚJO, Stéfano Cunha Araújo. **A tese de mutação constitucional da resolução suspensiva do Senado Federal e o processo de sufocamento do controle de constitucionalidade difuso no Brasil, após a Emenda Constitucional nº 45/2004**. 2011
- ARRUDA, Thais Nunes de. **Como os juízes decidem os casos difíceis? A guinada pragmática de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin**. 287 f. Trabalho de conclusão de curso (Mestrado em Direito)—Universidade de São Paulo, 2011.
- AZEVEDO, José Affonso Mendonça de. **Elaborando a Constituição Nacional: Atas da Subcomissão elaboradora do anteprojeto 1932/1933**. Ed. fac-similiar. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1993.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**/ Luís Roberto Barroso. – 6. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.
- BROSSARD, Paulo. **O Senado e as leis inconstitucionais**. Brasília: Senado Federal, abr. 1976, Revista de Informação Legislativa. vol. 13. n. 50.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**/ Uadi Lammêgo Bulos – 9. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 83/2014, e os últimos julgados do Supremo Tribunal Federal – São Paulo: Saraiva, 2015
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Da reforma à mutação constitucional**. Revista de informação legislativa, v. 33, n. 129, p. 25-43, jan./mar. 1996. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176380>> . Acesso em mai. 2019
- CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre, Fabris, 1984.
- CARVALHAL, Ana Paula. **Repercussão Geral retoma seu curso com o novo Código de Processo Civil**. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mar-26/observatorio-constitucional-repercussao-geral-retoma-curso-codigo-processo-civil>. Acesso em mar. 19
- CAVALCANTE, Bruno R. **A teoria da abstrativização no controle difuso. O artigo 52, inciso X, da Constituição Federal sofreu mutação constitucional?** Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/teoria-da-abstrativizacao-no-controle-difuso-12012018>>. Acesso em jun. 2019.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. 6ª Ed. Salvador: JusPodium, 2016.

CUNHA JÚNIOR., Dirley da. **O princípio do ‘stare decisis’ e a decisão do Supremo Tribunal Federal no controle difuso de constitucionalidade.** In NOVELINO, Marcelo. Leituras complementares de direito constitucional: controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional. 2ª Ed. Salvador: JusPodium, 2008.

DAU-LIN, Hsu. **Mutación de la Constitución.** Trad. Christian FORSTER, Oñati: IVAP – Instituto Vasco de Administración Pública Herri-Arduralaritzaren Euskal Erakundea, 1998. (orig. Die *Verfassungswandlung* Walter de Gruyter, Berlin und Leipzig, 1932)

DIDIER JÚNIOR., Freddie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil.** 14ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, v.3. 2017

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito.** 1ª ed. São Paulo: Editora Martins Fontes.1999.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais/** Anna Cândida da Cunha Ferraz - 2. ed. - Osasco : EDIFIEO, 2015,

FILHO, José dos Santos Carvalho Filho. **STF define alcance do sobrestamento de processos decorrente da repercussão geral.** 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jun-10/stf-define-sobrestamento-acoes-decorrente-repercussao-geral#sdfootnote11sym>. Acesso em mar. 19

GOMES, Anderson Ricardo. **Crítica à tese da abstrativização ou objetivação do controle concreto ou difuso de constitucionalidade.** 2012. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/125>. Acesso em mar 2019

GOMES, Marina Lemes Machado. **A possibilidade do controle fraco de constitucionalidade e a função política da jurisdição constitucional.** 64f. Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2014

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado.** Tradução: Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional.** Tradução: Pedro Cruz Villalon. 2 ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

JELLINEK, Georg. **Verfassungsänderung und Verfassungswandlung (1906), trad. de Christian Foster: Reforma y Mutación de la Constitución,** Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

JUNIOR, Eloy Pereira Lemos; BATISTA, Cristiano. Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Unijuí. Editora Unijuí - Ano XXVII - n. 50./dez. 2018. Disponível em: <https://www.revistas.unijuí.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/7998>. Acesso em jun. 2019.

KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. **Direitos humanos, direito constitucional e neopragmatismo.** 2010. 364 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2010. Disponível em http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/9165/1/2010_RodrigodeOliveirakaufann.pdf. Acesso em jun. 2019.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional/Hans Kelsen; introdução e revisão técnica: Sérgio Sérvulo da Cunha.** - São Paulo: Martini Pontes. 2003. - (Justiça e direito)

LARANJEIRA, Márcio Fernando Bouças. **Separação de Poderes, Supremacia do Parlamento e Controle de Constitucionalidade,** 2013. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/27>. Acesso em mar 2019.

LEMO JÚNIOR, Eloy & BATISTA, C. (2019). **Precedentes judiciais e o sistema jurídico brasileiro de tradição civil law.** *Revista Direito Em Debate*, 27(50), 50-63. Disponível em: <https://doi.org/10.21527/2176-6622.2018.50.50-63>. Acesso em jun. 2019

MACHADO, Alcântara. **O Senado na Constituição de 1934.** 1937. Disponível em: www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/65793/68404. Acesso em abr. 2019

MARANHÃO, Marcus Vinicius Vieira de Moraes. **A "Objetivação" do Controle Difuso-Incidental de Constitucionalidade no Brasil: as evidências jurisprudenciais e legislativas.** 2016. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-objetivacao-do-controle-difuso-incidental-de-constitucionalidade-no-brasil-as-evidencias-jurisprudenciais-e-,55297.html>. Acesso em mar 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional.** Revista de informação legislativa, v. 41, n. 162, p. 149-168, abr./jun. 2004. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/953>. Acesso em mar. 19

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 9. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar; VALE, André Rufino do. **A influência do pensamento de Peter Haberle no STF.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-abr-10/pensamento-peter-haberle-jurisprudencia-supremo-tribunal-federal>. Acesso em mar. 19

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**/ Alexandre de Moraes. – 30. ed. – São Paulo: Atlas, 2014.

MOREIRA, Leandro de Assis; MAYRINK, Raquel Ribeiro. **Breves apontamentos sobre a filosofia de Ronald Dworkin e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro.** 2014. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=9955f2f0e7f1f48>. Acesso em mai. 2019

MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt; NÓBREGA, Guilherme Pupe. **O que vincula no efeito vinculante? CPC/2015 e transcendência de motivos.** Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-set-03/observatorio-constitucional-vincula-efeito-vinculante-cpc-transcendencia-motivos#_ftn10. Acesso em jun. 2019

NETO, Franciso Leocádio Ribeiro Coutinho, MARINHO, Natália de Moraes. **O papel do amicus curiae no sistema jurídico brasileiro.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-23/opinio-papel-amicus-curiae-sistema-juridico-brasileiro>. Acesso em mar. 19

NEVES, Sabrina Queiroz das. O instituto da repercussão geral e a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade realizado no âmbito do recurso extraordinário. 67f. Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2014.

OLIVEIRA, Romário de Jesus. **O precedente vinculante formado a partir da ratio decidendi nas ações de controle concentrado abstrato de constitucionalidade e o mecanismo de controle à luz do novo Código de Processo Civil.** Revista da EJUSE, nº 25, 2016 – Doutrina

PAIVA, Clarissa Teixeira. **A repercussão geral dos recursos extraordinários e a objetivação do controle concreto de constitucionalidade.** Revista da AGU. Brasília, ano 7, n. 17, 2008. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/323>. Acesso em mai. 2019.

PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar. **Contribuição para uma compreensão ontológica dos Precedentes Judiciais.** Revista Jurídica da Presidência, Brasília, v. 19, n. 119, p. 645-668, out. 2017/jan. 2018.

POSNER, Richard Allen. **Law, Pragmatism and Democracy.** Cambridge, MA.: Harvard University Press, 2005.

POSNER, Richard Allen. **Para além do Direito.** Tradução: Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009. 627p

RIBEIRO, Diego César Soares. **O fracassado canto do cisne no controle difuso brasileiro.** 2015. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 31, n.2: 237-272

SANCHES URRUTIA, Ana Victoria. **Mutación Constitucional Y Fuerza Normativa de la Constitución. Una Aproximación al Origen Del Concepto.** In.: Revista Española de Derecho Constitucional. Numero 58, Enero/Abril 2000. Disponível em:

<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=6&IDN=360&IDA=25497>. Acesso em mai. 2019.

SANTOS, Clara da Mota. **Ativismo judicial e mutação constitucional: uma proposta de reação democrática do controle difuso de constitucionalidade à tese de sua “objetivação”**. Trabalho de conclusão de curso (Mestrado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

SENS, Sheila Catarina da Silva. **A teoria interpretativa de Dworkin: um modelo construtivo**. Revista da Faculdade Mineira de Direito, v. 16, nº 31, 2013. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/P.2318-7999.2013v16n31p119>>. Acesso em mai. 2019

SIQUEIRA, Gregório Magno de Moura. **Mutação do art. 52, inciso X, da Constituição da República e a teoria pragmática do direito de Richard A. Posner**. 155f. Trabalho de conclusão de curso (Mestrado em Direito) – Instituto Brasiliense de Direito Público, 2014

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. Título original: Qu’est-ce que le Tiers État.

SMEND, Rudolf. **Constitución y derecho constitucional**. Tradução: José M.ª Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1985.

STRATZ, Murilo. **Precedentes vinculantes à brasileira?** Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/article/view/8674>. Acesso em jun. 2019.

STRECK, Lênio Luiz. **Anexo: complemento da quatrologia sobre “precedentes no Brasil”**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/anexo-senso-incomum.pdf>. Acesso em jun. 2019.

STRECK, Lênio; ABOUD, Georges. O NCPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando? In: DIDIER JR, Freddie et al. (org.). **Precedentes – Coleção Grandes Temas do Novo CPC**. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 3.

TARUFFO, Michele. **Páginas sobre justicia civil**. Barcelona: Marcial Pons, 2009.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional/ André Ramos Tavares**. - 10. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Common Law e Civil Law. Aproximação. Papel da jurisprudência e precedentes vinculantes no Novo Código de Processo Civil. Demandas repetitivas**. Disponível em: http://genjuridico.com.br/2019/02/06/common-law-e-civil-law-aproximacao-papel-da-jurisprudencia-e-precedentes-vinculantes-no-novo-codigo-de-processo-civil-demandas-repetitivas/#_ftn30. Acesso em jun. 2019.

VECCHI, Cristiano Brandão. **A mutação constitucional: a origem de um conceito problemático**. 2006. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/colecao.php?strSecao=resultado&nrSeq=9080@1>. Acesso em mai. 2019

VIANA, Antônio Aurélio de Souza. **Precedentes: a mutação no ônus argumentativo/ Antônio Aurélio de Souza Viana, Dierle Nunes**. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

VILELLA, Igor de Araújo. **O papel do Senado no controle de constitucionalidade**. 75 f. Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2015.