

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM MINISTÉRIO PÚBLICO EM AÇÃO

ANA LUIZA GASPAR MAGINA DE CARVALHO NETO
Matrícula: 18743

A Arguição de Inconstitucionalidade e a Suspensão da Execução pelo Senado Federal.

Rio de Janeiro

2023

1. INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico é um sistema e, por isso, pressupõe uma unidade, devendo suas partes conviver harmoniosamente. A quebra dessa harmonia, para a manutenção da ordem social, deverá deflagrar mecanismos de correção destinados ao seu reestabelecimento. O controle de constitucionalidade é um desses mecanismos. Enquanto uma decorrência direta do reconhecimento da Supremacia da Constituição e, portanto, da estrutura escalonada de normas, bem como da rigidez constitucional, o controle de constitucionalidade consiste na verificação da compatibilidade entre lei ou ato normativo infraconstitucional e a Constituição. Havendo contraste entre a lei e a Constituição, o sistema prevê um conjunto de medidas para a sua superação, de modo a restaurar a unidade ameaçada.

Com o advento do neoconstitucionalismo, busca-se afastar o direito da sua visão mecânica, com a finalidade de superar o positivismo formalista, aproximando dos reais valores da sociedade na qual está inserido. Nesse sentido os direitos fundamentais ganham uma posição de centralidade no ordenamento, de tal forma que impõem que todas as normas integrantes do sistema sejam lidas de forma a se compatibilizarem, protegerem e darem maior efetividade a eles. Desse modo, além da Supremacia da Constituição e da rigidez constitucional, torna-se pressuposto do controle de constitucionalidade a proteção dos direitos fundamentais, sobretudo, os direitos das minorias em face de maiorias parlamentares eventuais. O pressuposto é a existência de valores materiais compartilhados pela sociedade que devem ser preservados das injunções estritamente políticas.

Então, enquanto uma forma de resguardar a unidade, a supremacia da Constituição e proteger os direitos fundamentais, o controle de constitucionalidade irá, a partir da verificação de compatibilidade de norma inferior com a norma superior que é a Constituição, afastar eventuais ameaças ou lesões ao sistema. Esse controle pode se dar conforme diversos sistemas, pode ser político ou judicial, preventivo ou repressivo. Ainda, quando judicial, pode se dar por diversos métodos, difuso ou concentrado e por via direta ou por via de exceção.

No Brasil, adota-se todos os sistemas de controle e todos os métodos de controle. Ante a existência de diversos métodos, fala-se que, no Brasil, que o controle de constitucionalidade é dual ou paralelo com tendência de hibridação, visto que visto que, embora os modelos sejam distintos, cada vez mais há uma troca de elementos entre eles, gerando uma aproximação. O presente trabalho, contudo, pretende discorrer sobre o controle por via de exceção.

Dessa forma, primeiro será analisada, de forma sintética, como funciona o controle de constitucionalidade no Brasil. Após, abordaremos o precedente histórico, *Marbury v. Madison*,

que tratou da possibilidade do Poder Judiciário controlar a constitucionalidade de atos do Poder Executivo, que se deu em um processo subjetivo.

Uma vez compreendido o contexto que envolve tema, passaremos por questões relacionadas ao controle de constitucionalidade incidental, tais como características, efeitos e suas diferenças frente ao controle de constitucionalidade abstrato por via de ação direta.

Em seguida, será abordada sobre a competência privativa do Senado Federal prevista no artigo 52, inciso X, da Constituição, de suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Também será feita uma breve análise das divergências doutrinárias relacionadas à obrigatoriedade ou faculdade do Senado de suspender.

Por fim, tratar-se-á da mutação constitucional sofrida pela competência acima referida com referências à decisão do Supremo Tribunal Federal que assim compreendeu.

2. MARBURY V. MADISON: O PRECEDENTE HISTÓRICO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.

A fim de adentrar no precedente histórico do controle de constitucionalidade, primeiramente, necessário se faz sintetizar o contexto histórico que o gerou. Em 1800, nos EUA, o presidente John Adams e seus aliados federalistas foram derrotados, no Legislativo e Executivo, pela oposição republicana representada por Thomas Jefferson, o novo presidente eleito. No fim de seu governo e frente à derrota dos Federalistas, Adams e o Congresso, ainda de maioria Federalista, articulam para conservar sua influência por meio do Poder Judiciário.

Em 13 de fevereiro de 1801 foi aprovada lei de organização do Judiciário Federal, conhecida como *Circuit Court Act*. Dentre outras providências, reduziu o número de ministros da Suprema Corte para impedir nova nomeação pelo Presidente eleito e criou dezesseis cargos de juiz federal, todos preenchidos com federalistas.

Além disso, aprovaram em 27 de fevereiro de 1827 outra lei que autoriza o Presidente a nomear quarenta e dois juízes de paz, todos escolhidos dentre aliados federalistas e cujos nomes foram posteriormente, em 3 de março de 1801, aprovados pelo Senado. Em se tratando do último dia do governo de Adams, restou apenas um dia para a assinatura dos atos de investidura e entrega aos nomeados. Como não foi possível concluir a tarefa de entregar todos os atos de investidura aos juízes, dentre eles William Marbury, ficou a cargo da nova gestão que se recusou a entregar.

Frente a essa recusa do novo Secretário de Estado, James Madison, Marbury, em dezembro de 1801, propôs ação judicial (*writ of mandamus*) na Suprema Corte a fim de ver reconhecido seu direito ao cargo. O pedido foi formulado com base em uma lei de 1789 que havia atribuído à Suprema Corte competência originária para processar e julgar ações daquela natureza.

Em *Marbury v. Madison*, embora Marbury não tenha tido seu direito à investidura reconhecido, pela primeira vez, a Suprema Corte afirmou o seu poder de exercer o controle de constitucionalidade, negando aplicação a leis que, pela sua interpretação, fossem contrárias à Constituição. Nesse caso, ainda, a Constituição não conferia a algum órgão judicial, de modo explícito, competência dessa natureza, de modo que, ao julgar o caso, a Corte procurou demonstrar que essa atribuição decorre da lógica do sistema.

Sustentou-se que atos do Poder Executivo, salvo os de natureza política ou aqueles que a Constituição houvesse atribuído exclusiva discricionariedade, são passíveis de controle jurisdicional, seja em relação a sua constitucionalidade, seja em relação a eventual ilegalidade. E, por conseguinte, poderia o Judiciário emitir uma determinação para que agente do Poder Executivo praticasse determinado ato.

Ademais, concluiu que poderia a Suprema Corte deixar de aplicar, por inválida, lei inconstitucional, em razão de três grandes fundamentos. Primeiramente, a supremacia da Constituição, haja vista todos que elaboram constituições escritas encaram-na como lei fundamental e suprema da nação. Como consequência natural dessa premissa estabelecida, afirmou a nulidade da lei que contrarie a Constituição. E, por fim, firmou-se o entendimento de que o Poder Judiciário é o intérprete final da Constituição, pois se trata de seu papel dizer o direito e o sentido das leis¹.

Essa decisão, portanto, inaugurou o controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno ao assentar o princípio da supremacia da Constituição, da subordinação a ela de todos os Poderes estatais e da competência do Judiciário enquanto intérprete final, logo, pode invalidar atos a ela contrários.

3. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

Na medida em que surgem os Estados Modernos, surge uma necessidade de limitação do poder estatal em razão dos desmandos e abusos perpetrados pela Monarquia Absolutista. Concebe-se, então, um documento destinado a institucionalizar o sistema preconcebido, limitar o poder e proteger o cidadão, garantindo-lhe determinados direitos. Esse documento seria a Constituição, a ordem jurídica fundamental².

O direito, até então, não limitava o poder do Estado, uma vez que, embora existentes regras que regulassem a sociedade, estas não eram voltadas ao detentor do poder, incapazes, por conseguinte, de limitá-lo ou conferir diretrizes para a sua atuação. Para essas sociedades, o

¹ BARROSO, Luís Roberto. O controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. 9ª Edição. 2022. São Paulo. Editora Saraiva, p. 30.

² MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 10ª Edição. 2015. São Paulo. Ed. Saraiva, p. 1043.

constitucionalismo nasce diante de um poder ilimitado na figura do monarca, enquanto movimento histórico e cultural, com o objetivo de restringir o Estado.

A Constituição, sobretudo após a 2ª Guerra Mundial e, mais especificamente, no Brasil, com a redemocratização, passa a ocupar o centro do sistema jurídico, de modo a desfrutar de uma supremacia não somente formal, mas, também, material e axiológica. Torna-se a lente por meio da qual devem ser lidos e interpretados todas as normas e institutos do direito infraconstitucional. À luz dessa premissa, toda a interpretação jurídica passa a ser interpretação constitucional, ainda que indiretamente.

Compreender que a Constituição como lei superior, vinculante até mesmo para o legislador, significa que ela se irradia sobre todas as pessoas, públicas ou privadas, submetidas à ordem nela fundada. Nessa toada, havendo uma norma que viole ou contrarie preceitos da Carta Constitucional, essa norma possui um vício e não pode ser aplicada, já que aplicar norma inconstitucional significa deixar de aplicar a Constituição.

E é nesse sentido que surge o controle de constitucionalidade, um mecanismo de proteção da supremacia da Constituição para a correção e reestabelecimento da harmonia do sistema. No entanto, a teoria da inconstitucionalidade foi desenvolvida considerando, principalmente, atos emanados pelos órgãos de poder, isto é, públicos por sua natureza. As condutas privadas violadoras de norma constitucional são sancionadas, todavia, por meio de instrumentos diversos.

Importante destacar que o controle normativo, de qualquer espécie, significa a análise e verificação de compatibilidade entre duas grandezas: o parâmetro, norma superior, e o objeto, norma inferior. Então, para haver controle de normas, é necessário que se tenha parâmetro e objeto, uma norma necessariamente inferior que sofrerá a incidência do controle. A partir dessa compreensão, pode-se afirmar que não há controle normativo em ordenamento jurídico que não adota hierarquia entre as suas normas. Portanto, o pressuposto do controle normativo é a hierarquização das normas.

No âmbito do controle de constitucionalidade, sabe-se que a Constituição, como norma fundamental e hierarquicamente superior, regula o modo e produção das leis e demais atos normativos e impõe balizas ao seu conteúdo. A contrariedade a esses mandamentos deflagra os mecanismos de controle de constitucionalidade. Seguindo esse entendimento, a verificação é

da relação imediata de compatibilidade vertical entre norma legal e norma constitucional³. Destaca-se que o que se verifica é a relação imediata, de tal forma que, havendo norma de permeio entre a norma constitucional e a norma objeto de análise, o controle a ser realizado não é o de constitucionalidade.

Nenhum ato legislativo contrário à Constituição, embora existente no mundo jurídico, pode ser válido, uma vez que se constata que os elementos do ato não preenchem os atributos e requisitos necessários. A falta de validade traz como consequência a nulidade ou anulabilidade. No caso de lei inconstitucional, aplica-se a sanção mais grave, de tal forma que ato inconstitucional é, em regra, ato nulo de pleno direito, sob pena de se negar a vigência da própria Constituição. Consequentemente, a decisão que reconhece inconstitucionalidade tem caráter declaratório e produz efeitos retroativos. Esse entendimento, contudo, possui algumas atenuações, em nome de valores como a boa-fé, justiça e segurança jurídica, possibilitando-se a modulação dos efeitos, a interpretação conforme à Constituição, a declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto, a declaração de incompatibilidade sem pronúncia de nulidade etc.

Esse controle de constitucionalidade, ainda, possui alguns pressupostos. O primeiro deles, como já falado, é a supremacia da Constituição, haja vista o controle de normas exigir necessariamente que haja uma hierarquia entre elas. Desse modo, exige-se que a Constituição seja dotada de supremacia, que, dentro de uma estrutura escalonada, a Constituição ocupe o posto ápice, seja o fundamento de validade de todas as demais normas. É por força da supremacia que nenhum lei ou ato normativo poderá subsistir validamente se em contrariedade com a Constituição.

Outro pressuposto é a rigidez constitucional. Para que possa figurar como parâmetro, como paradigma de validade de outros atos normativos, a norma constitucional necessita de um processo de elaboração diverso e mais complexo. Caso contrário, inexistiria distinção formal entre a espécie normativa objeto de controle e aquela em face da qual se dá o controle. Na hipótese de leis infraconstitucionais serem criadas da mesma maneira que as constitucionais, em caso de contrariedade, ocorreria a revogação do ato anterior e não a inconstitucionalidade.

Ademais, é preciso que haja um órgão incumbido de controle, que pode ser político ou judicial. E, ante a posição de centralidade que atualmente ocupam no nosso ordenamento

³ BARROSO, Luís Roberto. O controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. 9ª Edição. 2022. São Paulo. Editora Saraiva, p. 23.

jurídico, a proteção aos direitos fundamentais é outro pressuposto do controle de constitucionalidade, sobretudo os das minorias em face de maiorias parlamentares eventuais. Isso porque há valores materiais compartilhados pela sociedade que devem ser preservados das injunções estritamente políticas.

O controle de constitucionalidade se diferencia de diversas formas: quanto à natureza do órgão e quanto ao momento do exercício. Quanto à natureza do órgão, ele pode ser político ou judicial. O político, por sua própria natureza, é efetivado por órgão não pertencente ao poder judiciário, ao passo que o judicial é efetivado por órgão pertencente ao Poder Judiciário.

Em relação ao momento do exercício, diferencia-se por preventivo ou repressivo. No preventivo, o controle é realizado antes da norma adquirir vigência, isto é, sob projeto ou proposta, antes da sanção ou rejeição ao veto. Por sua vez, no repressivo, após a aquisição de vigência, sob lei ou emenda.

No Brasil, há controle político e judicial, bem como preventivo e repressivo. Aceita, portanto, todos os sistemas de controle de constitucionalidade. Em regra, ressaltando-se que comporta exceções, o controle político é preventivo e o controle judicial é repressivo.

Em se tratando do controle judicial, este se diferencia quanto ao número de órgãos que podem o exercer e quanto ao modo de exercício. Sobre o número de órgãos, ele pode ser difuso, qualquer órgão judicial realiza o controle de constitucionalidade em qualquer instância ou grau, ou concentrado, efetivado por um ou alguns órgãos do poder judiciário.

O controle concentrado, no Brasil, é exercido pelo STF quando o parâmetro for a Constituição Federal, norma expressa, implícita ou equiparada hierarquicamente às emendas constitucionais, presente o artigo 102, I, a e §1º, da CRFB. Esse controle será exercido por meio das ações diretas de controle concentrado de constitucionalidade previstas na própria Constituição e nas leis específicas. Salienta-se que os tribunais de justiça dos Estados exercem controle concentrado, na forma do artigo 125, §2º, da CRFB, se o parâmetro é a Constituição Estadual.

Ainda, quanto ao modo de exercício, podem ser pela via de ação direta ou via de exceção. Essa última diferenciação se dá com base na questão constitucional ser a causa de pedir ou pedido. Na via de exceção, a questão constitucional é levantada como causa de pedir e não como pedido, por conseguinte, é o fundamento jurídico da pretensão. Na via de ação direta, a questão constitucional seria o pedido.

No Brasil, há todos os métodos de controle e, com isso, parte da doutrina afirma que possui um controle eclético, misto ou híbrido. Entretanto, outra corrente utiliza a expressão “controle dual” ou “paralelo”, visto que, embora sejam distintos, cada vez mais há uma troca de elementos entre os modelos. Em regra, no direito brasileiro, ainda que comporte exceções o controle difuso é na via de exceção e o controle concentrado na via de ação direta.

Salienta-se que o controle de constitucionalidade somente foi introduzido no Brasil com a República, com previsão expressa na Constituição de 1891 e adoção do modelo americano, de modo que a fiscalização era exercida incidentalmente e de modo difuso⁴. Com pequenas alterações, essa fórmula permaneceu essencialmente a mesma ao longo da República até a Constituição de 1988.

Com a Constituição de 1934, foi introduzida representação interventiva, caso específico de controle por via principal e concentrado de competência do Supremo Tribunal Federal. Na vigência da Constituição de 1946, em razão da Emenda Constitucional de n.º 16/65, instituiu-se a denominada ação genérica de inconstitucionalidade. Introduziu-se, no ordenamento brasileiro, mecanismo análogo ao das cortes constitucionais europeias: o controle por via principal, mediante ação direta, abstrato e concentrado.

O sistema de controle judicial de constitucionalidade com a promulgação da Constituição de 1988 manteve sua essência, com a hibridação entre o controle por via incidental e difuso e o controle via de ação direta e concentrado, porém, conferiu maior ênfase ao modelo concentrado. O controle incidental e difuso continuou a ser previsto expressamente pela Carta Constitucional, porém, de forma oblíqua, na disciplina do cabimento do recurso extraordinário e pela legislação ordinária. Por sua vez, o controle concentrado por via de ação direta pode ser exercido perante o Supremo Tribunal Federal, na forma do artigo 102, I, a, da Constituição, ou perante o Tribunal de Justiça do Estado, conforme artigo 125, §2º, também da CRFB88.

A diferenciação entre esses controles assenta-se, basicamente, no fato de que o controle concreto e difuso de normas tem origem em uma relação processual concreta, logo, um processo subjetivo, em que a relevância da discussão constitui requisito de admissibilidade. O chamado controle concentrado e abstrato, ao seu turno, ocorre em um processo objetivo.

Importante, desse modo, destacar as principais diferenças entre processo objetivo e processo subjetivo que se diferenciam quanto à lide, partes, contraditório, interesse processual,

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 10ª Edição. 2015. São Paulo. Ed. Saraiva, p. 1077.

objeto, finalidade e eficácia. Em relação à lide, compreendida enquanto um conflito de interesses qualificado por pretensão e por resistência, no processo subjetivo, em regra, existe lide, ao passo que, no processo objetivo, não há lide, pois não há caso em concreto e a jurisdição é desempenhada em tese. O fim se esgota a partir da aferição teórica se a norma é ou não constitucional.

Quanto às partes, em sede de processo objetivo, há conhecimento de quem é a parte ativa que necessariamente deve ser determinada, bem como a parte passiva que deve ser determinada ou, excepcionalmente, determinável. Em processos objetivos, não há partes, porém, parte, no singular, uma vez que há quem ocupe o polo ativo e não se ocupa o polo passivo. A pretensão é proposta não contra quem, porém, contra ou em favor de uma norma.

Sobre contraditório, a ciência bilateral dos atos processuais e possibilidade recíproca de sua impugnação, os processos jurisdicionais sempre serão contraditórios quando subjetivos. Caso objetivo, como não há pretensão oposta contra alguém, é impossível o contraditório, o que não impede que haja mecanismos que pluralizem o debate constitucional, que democratizem o acesso ao STF, como no caso do *amicus curiae* (Lei 9868/99, art. 7º, §2º).

Nos processos subjetivos, a demonstração do interesse é condição para o regular desempenho da ação e, sem ele, carente condição da ação, o processo será extinto sem julgamento de mérito. Contudo, sendo objetivo, há situação de dispensa de demonstração inicial desse interesse chamada de legitimação ativa universal, em que se entende que o interesse está implícito na função de quem postula a ação. E, mesmo quando se exige demonstração de interesse, como no caso dos legitimados com pertinência temática, a demonstração não é entender que o provimento é útil ou necessário, mas, sim, se há pertinência temática.

No que tange ao objeto e finalidade, o processo subjetivo tem como finalidade a tutela de um ou algum direito subjetivo, podendo ser próprio ou alheio, individual ou metaindividual. Em processos objetivos, a finalidade é a tutela do direito objetivo, da ordem jurídica, que é lesada pela norma ou pela sua ausência, com claro desrespeito à Constituição.

Por fim, quanto à eficácia, nos processos subjetivos, em regra, os efeitos são interpartes, podendo ter hipóteses excepcionais com efeito erga omnes. Já no caso de processo objetivo o efeito sempre será erga omnes e, em alguns casos, chega a ser vinculante.

4. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELA VIA DE EXCEÇÃO E A SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DA LEI DECLARADA INCONSTITUCIONAL.

Importante, nesse instante, ultrapassar questão puramente teórica relacionada à nomenclatura dada a esse modelo de controle. Os termos utilizados para nomear esse tipo de controle são objetos de diversas críticas. A expressão “via de exceção” se trata de termo consagrado na doutrina e jurisprudência e é assim chamada, pois, originalmente era reconhecida como argumento a ser deduzido pelo réu. Exceção, no direito, é traduzida enquanto defesa, de modo que, quando se utiliza o termo exceção, aproxima-se da ideia de defesa e não é sempre que a questão constitucional será alegada pelo réu, podendo o ser pelo autor.

Ainda, o termo incidental também não se trata de nomenclatura mais correta. Isso porque incidental é a questão que surge no curso do processo e que dá ensejo a decisão interlocutória, suscetível de agravo. Contudo, no caso de controle de constitucionalidade, a questão constitucional pode surgir no início do processo, logo, dará ensejo a sentença que é suscetível de apelação.

Vale-se destacar que a expressão utilizada pela legislação é arguição de inconstitucionalidade, na forma do artigo 480, do CPC/73 e artigo 948, do CPC vigente que assim prevê:

Art. 948. Arguida, em controle difuso, a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, após ouvir o Ministério Público e as partes, submeterá a questão à turma ou à câmara à qual competir o conhecimento do processo.

Entretanto, o termo, da mesma forma, sofre críticas, haja vista poder ser declarada a inconstitucionalidade da norma de ofício pelo juiz, isto é, independentemente de arguição. Mesmo que sujeita a críticas, trata-se de termo com previsão legal expressa.

Superada essa questão, passa-se para a análise do controle incidental de constitucionalidade. Este é exercido no desempenho normal da função judicial, quando da interpretação e aplicação do direito para a solução de litígios. Nessa toada, pressupõe a existência de um processo, um conflito de interesses no qual tenha sido suscitada a inconstitucionalidade da lei que fundamenta a disputa.

Caso o juiz ou Tribunal, da apreciação da questão, reconhecer que há incompatibilidade entre a lei invocada e a Constituição, deverá declarar a sua inconstitucionalidade e afastando

sua aplicação ao caso em concreto. Portanto, é exercido por qualquer órgão judicial no curso de processo de sua competência.

A questão constitucional pode ser suscitada pelo autor do processo, em seu pedido inicial ou em momento posterior, bem como o réu em sua resposta a uma demanda. Ademais, pode ser suscitada pelo Ministério Público, enquanto parte ou custos legis, e terceiros intervenientes, independentemente da qualidade da intervenção. Ainda, pode vir a ser reconhecida de ofício pelo juiz ou Tribunal, visto que a inconstitucionalidade é matéria de ordem pública, o que permite, portanto, que seja conhecida de ofício pelo juízo.

A princípio, em qualquer processo é aceita essa alegação de inconstitucionalidade, embora mais comum no processo de conhecimento, de tal forma que cabe, também, em processos cautelares, de execução, ou ações constitucionais e, dentre estas, a ação popular e a ação civil pública. Não obstante haja divergência doutrinária quanto à possibilidade de controle de constitucionalidade em processos coletivos, prevaleceu o entendimento de ser ele cabível em ação civil pública desde que o objeto da demanda seja tutela de uma pretensão concreta⁵.

Diversamente do que se dá no controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, sobretudo quando da competência do STF, em que há maior limitação das normas que podem ser objeto de controle, na arguição de inconstitucionalidade, o controle pode ser exercido em relação a normas emanadas pelos três níveis de poderes, de qualquer hierarquia, inclusive anteriores à Constituição. Além disso, pode se dar sobre lei federal, estadual e municipal e quaisquer atos normativos, mesmo que secundários.

Outra característica ser destacada é que o reconhecimento da inconstitucionalidade da lei não é objeto da causa, isto é, não se trata da providência postulada. A pretensão da parte, no processo, é o reconhecimento do seu direito que está sendo afetado pela norma cuja validade se questiona. Então, para decidir sobre o direito discutido, o órgão judicial deverá, primeiramente, elaborar um juízo sobre a questão constitucional. Desse modo, fala-se que a questão

⁵ E M E N T A: RECLAMAÇÃO – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO RECURSO DE AGRAVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE – QUESTÃO PREJUDICIAL – POSSIBILIDADE – INOCORRÊNCIA DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a legitimidade da utilização da ação civil pública como instrumento idôneo de fiscalização incidental de constitucionalidade, pela via difusa, de quaisquer leis ou atos do Poder Público, mesmo quando contestados em face da Constituição da República, desde que, nesse processo coletivo, a controvérsia constitucional, longe de identificar-se como objeto único da demanda, qualifique-se como simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal. Precedentes. Doutrina. (Rcl 1898 ED, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 10/06/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-151 DIVULG 05-08-2014 PUBLIC 06-08-2014)

constitucional é questão prejudicial a ser decidida como um pressuposto lógico e necessário da solução principal⁶.

Imprescindível, nesse instante, destacar que, nos Tribunais, presente os artigos 97, da CRFB88, 948 e 950, do Código de Processo Civil, a declaração de inconstitucionalidade está reservada ao Plenário ou, se houver, aos órgãos especiais. Ante a previsão na Constituição de que somente se declara a inconstitucionalidade pelo voto da maioria absoluta de seus membros, condição obtida tão somente pelo Plenário ou pelo órgão especial, exige-se o que se chama de reserva de plenário.

Nessa toada, estando a causa ou recurso em tramitação perante Câmara ou Turma e sendo alegada inconstitucionalidade, há a necessidade de que seja instaurado incidente de arguição de inconstitucionalidade, com a remessa dos autos para o Plenário ou órgão especial a fim de que decidam tão somente a questão constitucional, que se trata de questão prejudicial, estando vedada sua manifestação em relação à questão principal. Após decida a questão constitucional, retornam os auto ao órgão fracionário, para que, à vista do que houver assentado o Plenário, decidir a espécie, o caso em concreto. Trata-se de hipótese de cisão funcional de competência em plano horizontal, pois cindida a competência entre órgãos de mesma hierarquia para julgamento do processo.

Como falado anteriormente, o controle incidental de constitucionalidade das leis é exercido no desempenho regular da função jurisdicional, conforme um processo subjetivo, cuja pretensão é a tutela de um ou algum direito subjetivo, podendo ser próprio ou alheio, individual ou metaindividual. Enquanto consequência lógica, extrai-se a noção de que, transitada em julgada a decisão, reveste-se ela de coisa julgada. E essa coisa julgada material é limitada, sob o ângulo subjetivo, às partes, sem afetar terceiros, porém, sob o ângulo objetivo, ao dispositivo da decisão, àquilo que foi pedido e decidido.

Ao Supremo Tribunal Federal também cabe declarar incidentalmente, por maioria absoluta, a inconstitucionalidade de uma lei, seja no âmbito de sua competência originária (art. 102, I, d, CRFB), ao julgar recurso ordinário, seja da apreciação de algum recurso extraordinário. Nesse caso, o artigo 52, X, da CRFB prevê a comunicação da decisão ao Senado Federal que poderá suspender, no todo ou em parte, a execução da lei declarada inconstitucional.

⁶ BARROSO, Luís Roberto. O controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. 9ª Edição. 2022. São Paulo. Editora Saraiva, p. 137.

A razão histórica dessa decisão se deu, pois, em razão da tradição romano-germânica vigorante quando da sua criação não atribuía eficácia vinculante às decisões judiciais nem mesmo do Supremo Tribunal Federal, que permanecia *inter partes*. Surgiu em 1934 a partir de uma ponderação entre conveniência e impossibilidade. Era conveniente que o acórdão tivesse efeitos maiores, para além das partes do processo, uma vez que a questão chegou à última instância desse país⁷. No entanto, era impossível o STF assim fazer, por ser caso concreto, logo, pelo limite subjetivo da coisa julgada, estava limitado às partes. Dessa forma, o constituinte, a fim de emprestar eficácia geral, *erga omnes*, às decisões definitivas sobre inconstitucionalidade e proferidas no caso em concreto pela Corte, outorgou ao Senado a competência para suspensão da execução⁸.

Trata-se, portanto, de um mecanismo de conversão de efeito *inter partes* em efeito *erga omnes*, com a finalidade de evitar decisões contraditórias e harmonizar a jurisprudência como um todo. Ante o exposto, incide sobre hipótese de controle concreto e incidental e não quando diante de ações diretas, pois a esta já há efeito *erga omnes* e até vinculante, sendo desnecessária a suspensão. Eventual comunicação feita, diante do controle abstrato principal, dá-se para fins de publicidade e não para a suspensão.

Após a certificação que o acórdão do Supremo Tribunal Federal que declarou norma inconstitucional por via de exceção transitou em julgado, expede-se ofício ao Senado, instruído com o acórdão, de modo a comunicar sobre o acórdão e seu devido trânsito em julgado. Nesse instante, há a mera remessa e os efeitos da decisão permanecem limitados às partes do processo, de tal forma que ainda pode o juízo ou Tribunal contrariar a decisão.

Exercendo a sua competência prevista no artigo 52, X, o Senado Federal publica uma resolução que suspende a execução da lei ou ato normativo. Nessa hipótese, não poderá o juízo ou Tribunal contrariar a decisão do STF, haja vista ter ocorrido a ampliação do limite subjetivo da coisa julgada material. A possibilidade de contrariedade, nesse instante, cessa, pela uniformização do entendimento. Há, também, quem afirme que essa suspensão do ato normativo pelo Senado possui efeitos retroativos⁹.

⁷ BARROSO, Luís Roberto. O controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. 9ª Edição. 2022. São Paulo. Editora Saraiva, p. 185.

⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 10ª Edição. 2015. São Paulo. Ed. Saraiva, p. 1129.

⁹ BARROSO, Luís Roberto. O controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. 9ª Edição. 2022. São Paulo. Editora Saraiva, p. 186.

Além disso, a suspensão somente é possível após o trânsito em julgado em última instância. Ocorrendo o trânsito em julgado, todavia, não em última instância, quando ainda era cabível recurso que não foi utilizado ou não conhecido, não há a possibilidade de suspensão pelo Senado.

O Senado não exerce nenhuma forma de controle de constitucionalidade, pois encerrado o controle a partir do instante que transitou em julgado o acórdão proferido pela Corte. Compreendendo de modo diverso, possibilitando, nesse caso, a modificação do entendimento do STF pelo Senado, mesmo após o controle exercido pelo Judiciário, ter-se-ia violação à Separação de Poderes. Dessa forma, a fim de resguardar o artigo 2º, da Constituição, confere-se tão somente a possibilidade de conversão de efeitos sem alteração do entendimento do STF, de tal modo que não se trata de controle, o qual se encerrou com o trânsito em julgado.

Há questionamentos na doutrina no sentido de se essa suspensão é um ato vinculado ou discricionário. A primeira corrente, capitaneada por Carlos Alberto Lúcio Bittencourt, defende que se trata uma obrigação do Senado suspender a execução de lei ou ato normativo, logo, ato vinculado, sobre o qual não há juízo de valor, haja vista se tratar de uma imposição constitucional. A segunda corrente apresenta a teoria da obrigatoriedade mitigada, conforme a qual o Senado é obrigado a suspender a execução da lei ou ato normativo, desde que o acórdão seja perfeito formalmente. Por fim, a corrente adotada pelo Supremo Tribunal Federal é no sentido de que não há obrigação do Senado, porém, faculdade, com o argumento de que se trata de um ato discricionário, pressupondo, então, juízo de conveniência e oportunidade.

Outrossim, a despeito da dicção restritiva do artigo 52, X, da CRFB, que se refere à lei declarada inconstitucional, a interpretação a ser dada é extensiva, no sentido de incluir todos os atos normativos de quaisquer dos três níveis de poderes ou ente federativo. Contudo, a atuação do Senado somente se dará quando o ato for declarado inconstitucional, não incidindo nos casos em que a Corte se valer de técnicas de interpretação.

No entanto, com a criação da ação genérica de inconstitucionalidade e com o contorno dado pela Constituição ao controle de constitucionalidade, sobretudo com o novo Código de Processo Civil que conferiu mais relevância aos precedentes, a competência atribuída pelo artigo 52, X, da Constituição, ao Senado Federal perdeu, de certa forma o seu sentido e razão ser. Passou-se a se questionar, então, se ocorreu uma mutação constitucional.

5. MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL SOFRIDA PELO ARTIGO 52, X, DA CRFB88.

Antes de adentrar na temática que cinge este título, qual seja, a mutação constitucional sofrida pela competência do Senado Federal de suspender a execução de lei declarada inconstitucional, importante tratar do que seria a mutação constitucional em si. Trata-se, a mutação, da causa da teoria da abstrativização do controle concreto, sendo esta uma espécie do gênero hibridação dos modelos, compreendido enquanto qualquer hipótese de aproximação entre os modelos controle abstrato e controle concreto.

A Constituições têm vocação de permanência, haja vista, em geral, abrigarem matérias que, por sua relevância e transcendência, dever ser preservadas da política ordinária. Não obstante, as Constituições não são eternas e nem podem ter pretensão de imutáveis, sob pena de não mais se adequarem à realidade na qual estão inseridas e se tornarem obsoletas. Isso porque o direito não existe abstratamente.

Por certo, a modificação da Constituição pode se dar pela via formal, por meio da reforma constitucional, com procedimento previsto na própria Carta. Em regra, será mais complexo que o de edição da legislação ordinária e daí decorre a rigidez constitucional. Ademais, há a alteração informal que se dá pela denominada mutação constitucional, um mecanismo que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que opere qualquer modificação no seu texto e que pode ser realizada pelo poder judiciário, legislativo ou, ainda, executivo.

Nessa toada, pode-se dizer que a mutação constitucional consiste em uma alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas. Além disso, sem que tenha ocorrido qualquer modificação do seu texto. Esse novo alcance pode decorrer da alteração na realidade fática ou de nova percepção do direito. Contudo, para ser legítima, essa mutação precisa ser fundamentada no próprio ideal de democracia, ou seja, corresponder a uma demanda social efetiva por parte da coletividade e estar respaldada pela soberania popular¹⁰.

A mutação constitucional, então, dá-se por via de interpretação feita por órgãos estatais ou por meio de costumes e práticas políticas socialmente aceitas. Por óbvio, possui limites que se ultrapassados há violação ao poder constituinte e, em última análise, à soberania popular. A

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 4ª Edição. 2013. Editora Saraiva. São Paulo, p. 149.

capacidade de adaptação das normas à realidade em que se encontram não pode desvirtuar o espírito da própria Constituição. Isto posto, a mutação constitucional sofre balizas.

A primeira delas é a possibilidade semântica da norma, os sentidos possíveis que do texto que está sendo interpretado. Pode-se construir tudo até onde texto da Constituição permitir. Não pode se construir contra o texto, sob pena de romper os princípios da Constituição, sobretudo o da Separação de Poderes. O segundo limite é a preservação dos princípios fundamentais que conferem identidade à Constituição¹¹.

Além disso, sabendo-se que a mutação constitucional é a causa da teoria da abstrativização do controle concreto, importante destacar que ela somente se aplica quando satisfeitos dois pressupostos cumulativos. A decisão deve ser do Plenário do STF, logo, essa teoria não se aplica se as Turmas do STF se manifestarem, em respeito ao princípio da reserva de plenário (art. 97, CRFB). Ademais, deve estar previsto no acórdão do Plenário que o STF abstrativizou o caso em concreto, isto, é, que utiliza o caso como plano de fundo para apreciar questão em tese e abstrato, de modo que estará a Corte apta a dar efeito próprio, erga omnes, à questão, pois julgada como se ação direta fosse. Não presentes esses dois, não poderá ser aplicada a teoria da mutação.

Na forma do anteriormente exposto, a exigência de que a eficácia geral da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal em casos concretos dependa de decisão do Senado Federal, diante do artigo 52, X, da Constituição, perdeu parte do seu significado com a ampliação do controle abstrato de normas e com a valorização dos precedentes.

A amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de suspensão liminar da eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, contribuíram para a mitigação da justificativa da existência do próprio dispositivo. Passou-se a afirmar que se o STF pode, liminarmente, em sede ação direta de inconstitucionalidade, suspender a eficácia de lei ou emenda impugnada, não haveria razão da declaração de inconstitucionalidade proferida em controle incidental produzir eficácia tão somente para as partes¹².

Demais disso, com o novo Código de Processo Civil atribuiu-se às teses firmadas em recurso extraordinário com repercussão geral efeitos vinculantes e gerais, a serem observados

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 4ª Edição. 2013. Editora Saraiva. São Paulo, p. 150

¹² MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 10ª Edição. 2015. São Paulo. Ed. Saraiva, p. 1133.

por todos os órgãos do Judiciário. Admitiu, ainda, a propositura de reclamação perante o STF para cassar decisões dissonantes com a orientação firmada (art. 1035, 1036 c/c art. 988, §§4º e 5º, II). Previsão esta que torna mais obsoleta ainda a competência atribuída ao Senado.

No final de 2017, ainda, o Supremo Tribunal Federal passou a acolher a teoria da abstrativização do controle de constitucionalidade difuso. Desse modo, se o Plenário do Supremo decidir a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, ainda que em via de exceção, essa decisão terá os mesmos efeitos do controle concentrado, eficácia *erga omnes* e vinculante.

Entendeu-se, portanto, pela mutação constitucional do artigo 52, X, da Constituição, de modo que a conferir nova interpretação. O STF, quando da declaração de lei inconstitucional, mesmo em sede de controle de constitucionalidade difuso, a decisão já tem efeito vinculante e *erga omnes*. O STF apenas comunicará ao Senado Federal com o objetivo de que a referida Casa Legislativa dê publicidade ao que fora decidido. Tal decisão foi tomada no curso do julgamento da ADI 3.406/RJ e da ADI 3.470/RJ, julgados estes constantes do Informativo 886, do STF.

A partir do voto do ministro Gilmar Mendes, o Colegiado entendeu ser necessário, a fim resguardar a unidade dos seus julgados, equalizar as decisões em sede de controle abstrato e de controle incidental. O ministro Gilmar Mendes asseverou se estar fazendo uma releitura do disposto no art. 52, X, da CRFB, no sentido de que a Corte comunica ao Senado a decisão de declaração de inconstitucionalidade, para que ele faça a publicação, intensifique a publicidade e não para que ele confira efeitos *erga omnes*, pois já produz esses efeitos.

Outrossim, o ministro Celso de Mello consignou estar diante de mutação constitucional responsável por expandir os poderes do STF em tema de jurisdição constitucional. Propõe, dessa forma, interpretação que confira ao Senado Federal a possibilidade de, mediante publicação, divulgar a decisão do STF. A eficácia vinculante resulta da própria decisão da Corte.

No entanto, o doutrinador Lênio Streck sustenta que se trata de caso de mutação inconstitucional, sem respeito pelo limite semântico. Há que ser feita uma diferença entre o que é retirar da validade da lei, em sede de controle de constitucionalidade concentrado, e o que significa a suspensão realizada pelo Senado Federal de lei declarada inconstitucional em sede de controle difuso. Conforme o autor, suspender a execução da lei não pode significar retirar a

validade da lei. Caso, não haveria diferença entre o controle de constitucionalidade concentrado e o controle difuso.

Em que pese a crítica, atualmente, compreende-se que o artigo 52, X, da CRFB, sofreu mutação, com aplicação da teoria da abstrativização, e deve se compreender que a decisão do STF já produz por si só efeito erga omnes, cabendo comunicação ao Senado Federal para que dê a ela publicidade.

6. CONCLUSÃO

Pode-se notar, no curso deste trabalho, com fundamento na própria ideia trazida pelo constitucionalismo de supremacia da Constituição e, por conseguinte, rigidez constitucional, assim como, ante o neoconstitucionalismo, da centralidade dos direitos fundamentais, que é preciso se realizar uma leitura do ordenamento jurídico como um topo a partir dos preceitos da Carta Constitucional A Constituição, portanto, atua enquanto limite formal, material, bem como confere validade, a todo o ordenamento jurídico que se encontra abaixo dela.

A partir dessa compreensão, como consequência direta, normas que violem a Constituição não podem subsistir, sob pena de se negar vigência à própria ordem jurídica fundamental. Nesse contexto, enquanto um mecanismo de preservar a unidade e harmonia do sistema, há o controle de constitucionalidade, para verificar a relação imediata de compatibilidade vertical entre norma legal e norma constitucional.

Esse controle pode ser jurídico ou político, preventivo ou repressivo. E, sendo jurídico, pode o controle ser concentrado e, nesse caso, como regra, é via ação direta, por meio de um processo objetivo, assim como pode ser difuso que, em regra, é na via de exceção, um processo subjetivo.

Na hipótese do controle difuso concreto, por se tratar e um processo subjetivo, em que há partes, lide, contraditório e tem como finalidade a tutela de um ou algum direito subjetivo, em função do limite da coisa julgada material, a eficácia da decisão proferida é limitada às partes, mesmo quando proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Assim sendo, o constituinte de 1934 previu, com repetição pelo constituinte de 1988, o instituto da Suspensão de Execução de norma declarada inconstitucional pelo Senado Federal.

Surgiu a partir da ponderação entre conveniência e impossibilidade, uma vez que era conveniente que o acórdão tivesse efeitos maiores, para além das partes do processo, uma vez

que a questão chegou à última instância do país. No entanto, era impossível o STF assim fazer, por ser caso concreto, logo, pelo limite subjetivo da coisa julgada, estava limitado às partes.

Entretanto, com a criação da ação genérica de inconstitucionalidade e com o contorno dado pela Constituição ao controle de constitucionalidade, sobretudo com o novo Código de Processo Civil que conferiu mais relevância aos precedentes, a competência atribuída pelo artigo 52, X, da Constituição, ao Senado Federal perdeu, de certa forma o seu sentido e razão ser.

Foi nesse sentido que o Supremo Tribunal Federal, ainda que não imune a críticas, conferiu nova interpretação ao dispositivo constitucional para afirmar que o STF, da declaração de lei inconstitucional, mesmo que em sede de controle de constitucionalidade difuso, a decisão possui desde logo efeito vinculante e *erga omnes*, de modo que apenas comunicará ao Senado Federal a fim de que dê publicidade.

7. BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 4ª Edição. 2013. Editora Saraiva. São Paulo.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 9ª Edição. 2022. São Paulo. Editora Saraiva.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª Edição. 2015. São Paulo. Ed. Saraiva.

