



DA ATRIBUIÇÃO DE EFEITO *ERGA OMNES* EM CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NAS DECISÕES EMANADAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Luiz Nunes Pegoraro¹
Carolina Menck de Oliveira Cegarra²

Resumo: O estudo discute a outorga de efeito erga omnes nas decisões do controle difuso de constitucionalidade advindas do STF. Através do método analítico-dedutivo, será abordado o mecanismo incidental, onde compete ao Senado Federal editar Resolução ampliando os efeitos da decisão. Entretanto, o Judiciário está agindo dessa forma, numa clara usurpação de competências. Assim, será enfrentada a existência do “ativismo judicial”, onde membros do Judiciário atuam de maneira direta na ampliação dos efeitos da decisão, usurpando previsão Constitucional.

Palavras-chave: Constituição Federal. Efeitos da decisão. Controle de constitucionalidade. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Ativismo judicial.

OF THE ALLOCATION OF *ERGA OMNES* EFFECT ON DIFFUSED CONTROL OF CONSTITUTIONALITY IN THE DECISIONS EMBODIED BY THE SUPREME FEDERAL COURT

Abstract: The study discusses the granting of the erga omnes effect in the decisions of diffuse control of constitutionality coming from FTS. Through the analytic-deductive method, it will be approached the incidental mechanism, where it is incumbent on the Federal Senate to issue a resolution amplifying the effects of the decision. However, the judiciary is acting in this way, in a clear encroachment of powers. Thus, it will be faced with the existence of "judicial activism", where members of the Judiciary act in a direct way in amplifying the effects of the decision, usurping Constitutional prediction.

Key words: Federal Constitution. Effects of the decision. Control of constitutionality. Federal Court of Justice. Extraordinary Appeal. Judicial activism.

¹ Doutor em Ciências da Reabilitação pela USP, Mestre em Direito Constitucional e Especialista em Direito Público pela ITE, Coordenador do curso de Direito do Centro Universitário de Bauru (ITE). Endereço eletrônico: professor@pegoraros.com.br

² Professora de Direito Constitucional na faculdade Eduvale de Avaré. Mestranda em Direito na Instituição Toledo de Ensino-Bauru. Advogada nas searas de Direito Público e do Trabalho, graduada em Ciências Jurídicas e sociais pela PUC-Campinas. Endereço postal: Rua Iugoslávia, nº 171, CEP 18707-310, Avaré/SP. Endereço eletrônico: carolmenck_@hotmail.com



INTRODUÇÃO

A compreensão inicial do tema acerca dos efeitos conferidos às decisões demanda a assimilação prévia da existência de dois tipos de controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro: o controle concentrado ou abstrato e o controle difuso ou concreto.

Tais métodos se fazem presentes devido à inequívoca hierarquia normativa entre a legislação constitucional e as demais, além da pressuposta rigidez constitucional e supremacia formal da mesma. Sendo assim, se a Lei Maior encontra-se em nível superior no ordenamento, todas as demais normas lhe devem obediência, necessitando estar afinadas a seus ditames, de modo que todo e qualquer dissintonia possa ser detectada em favor da Constituição Federal. O instituto dessa fiscalização é o que obsta que o ideal de supremacia constitucional torne-se mera retórica.

As diferenças e semelhanças entre os controles difuso e concentrado serão ressaltadas no artigo em momento oportuno, todavia pode-se citar que a legitimidade, os efeitos temporais e os alcances da decisão são tópicos que distinguem os dois arquétipos de controle.

Mais precisamente, será abordado o alcance da decisão no controle difuso, através do seguinte questionamento: estaria o Supremo Tribunal Federal usurpando a competência do Senado Federal ao atribuir efeito erga omnes em julgamento de Recurso Extraordinário, ou seja, em controle difuso, dado que tal tipo de controle possui efeitos que somente alcançam as partes envolvidas na lide? Em caso positivo, isso implicaria em ativismo judicial?

Tentar-se-á encontrar uma resposta para tais indagações.

1. PRIMEIRAS NOÇÕES SOBRE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

“Controle” significa colocar em confronto, contraprovar. A percepção primeira do tema remonta à ideia de Lei Maior no sistema *kelseniano* onde, tendo o ordenamento jurídico forma estritamente normativa, realçava o jurista alemão que a norma inferior (denominada norma fundada) retiraria seu fundamento de validade na norma diretamente superior (norma fundante). O autor ainda ressaltava que a ordem jurídica não é um sistema de normas coordenadas entre si que se acham no mesmo nível, mas sim uma hierarquia de diferentes tipos de normas. Sendo assim, a unidade e integridade do sistema ocorreriam através do mecanismo de dependência entre os dispositivos, onde a Constituição se apresenta como a norma de mais



alta posição, devendo existir uma compatibilidade vertical entre as normas fundantes e fundadas.

A Constituição Federal de um Estado pode ser analisada de várias maneiras, sempre de acordo com sua onipresença na realidade empírica de um país. Verificada sob a perspectiva na sua presença histórico-social, a mesma ressalta a base dos valores sociais do Estado, refletindo os ideais e os objetivos da sociedade em dado momento histórico. Todavia, se focada numa análise político-institucional, demonstraria o pacto estrutural do Estado em seu aspecto formal, destacando material e estruturalmente o país e criando a feição de suas instituições.

No presente contexto, a Constituição Federal representa a norma fundamental e imperante que delimita o horizonte de possibilidades da legislação infraconstitucional, impondo a verificação de determinados limites como condição de validade. Vale citar que esse processo somente ocorre devido à rigidez constitucional, onde, nas palavras de Marcelo Novelino (2008, p. 30):

As Constituições rígidas somente podem ser modificadas mediante procedimentos mais solenes e complexos que o processo legislativo ordinário. Possuem exigências formais especiais, como debates mais amplos, prazos mais dilatados e *quórum* qualificado, podendo conter matérias insuscetíveis de modificação pelo Poder Constituinte Derivado Reformador (“cláusulas pétreas”). Adotada pela maioria dos Estados modernos, esta espécie é própria das Constituições escritas [...].

Deste modo, aliado aos dizeres *kelsenianos*, a colocação da norma fundante realça a acepção jurídico-positiva da Constituição, onde esta equivaleria, reprisando-se, a uma norma positiva suprema, tratando-se da lei nacional em seu mais alto nível e que apenas pode ser transmutada por rígidos mecanismos formais.

Como se não fosse suficiente, existem no Direito Constitucional contemporâneo dois princípios que apresentam entre si implicações de causa e efeito e que servem de base para o controle de constitucionalidade, quais sejam: o da supremacia da Constituição e da compatibilidade vertical.

A supremacia está fundamentada no fato da Constituição ocupar o topo do ordenamento, autorizando e fornecendo a base do fundamento de legitimidade jurídica para todos os atos normativos infraconstitucionais, frutificados de acordo com os limites e finalidades impostos pelo Texto.

Consequentemente ao princípio da superioridade da norma constitucional, o princípio da compatibilidade vertical demonstra reações no regramento infraconstitucional, visto que as normas infraconstitucionais também se organizam de maneira piramidal, constituindo a



transgressão desta estrutura hierárquica um desrespeito ao princípio da supremacia constitucional.

Pelo exposto, a finalidade do controle de constitucionalidade é garantir a prevalência da supremacia da Constituição Federal, proporcionando a constatação da compatibilidade vertical que espelha a denominada “pirâmide normativa”, aferindo os limites formais e materiais da produção legislativa e, finalmente, assegurando a continuidade da estrutura do Estado.

2. TIPOS DE CONTROLE

2.1 Inconstitucionalidade por ação

Ao se verificar o agir do Poder Público ao editar as normas infraconstitucionais, tem-se, em primeiro plano, a chamada inconstitucionalidade por ação. Esta ocorre quando o Estado, através do ato positivo (um *facere*) ao editar tais leis, cria dispositivos que não se compatibilizam com a Constituição, criando normas eivadas de vício.

As Ações Constitucionais possíveis para sanar esse problema são: Ação Direta de Inconstitucionalidade genérica ou por omissão (ADI ou ADIN e ADO), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e Arguição de Descumprimento de preceito fundamental (ADPF), exploradas em momento adequado.

2.1.1 Inconstitucionalidades material e formal

A inconstitucionalidade corresponde à violação da Constituição, tanto por meio de um ato (ação) quanto por uma omissão. No primeiro caso que será discutido no presente momento, haverá a exclusão do ato normativo do ordenamento jurídico, pois será declarado nulo.

Consoante lições de Ferreira Filho (2008, p. 30), importa ressaltar que

Controle de constitucionalidade é, pois, a verificação de adequação de um ato jurídico (particularmente da lei) à Constituição. Envolve a verificação [...] de requisitos *formais* – subjetivos, como a competência do órgão que o editou- objetivos, [...] e *substanciais (materiais)*- respeito aos direitos e garantias consagradas na Constituição [...].

Sendo assim, conclui-se que o vício pode ser formal (nomodinâmico), quando ocorre na forma de elaboração das normas que estão em desarmonia com as normas procedimentais previstas na Constituição Federal ou material (nomoestático), quando se dá ao conteúdo da norma, ofendendo qualquer disposição constitucional.





2.2 Controles preventivo e repressivo

O controle preventivo (*a priori*) se dá antes da publicação da norma, durante o processo de feitura da lei, impedindo que a norma ingresse no ordenamento jurídico pátrio. As Comissões de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados e do Senado Federal são responsáveis pelo controle *a priori*, emitindo pareceres sujeitos à apreciação do plenário. O veto presidencial também se mostra como controle preventivo, de modo que o Presidente da República poderá vetar o projeto de lei por ser contrário ao interesse público (veto político) ou por inconstitucionalidade (veto jurídico). Somente nesta última hipótese ocorre o controle de constitucionalidade.

Ainda, em homenagem à separação dos poderes, há a modalidade de controle judicial preventivo, que se mostra de forma excepcional e somente autorizada para tutelar o direito que os parlamentares possuem de somente participarem de um processo legislativo hígido, perfeitamente ajustado com as determinações da Lei Maior. Sobre o tema, assevera Masson (2014, p. 210),

Eventual inobservância das regras inscritas na Constituição autoriza o Judiciário a intervir se devidamente provocado, com o fito de preservar a supremacia da Carta e a intangibilidade de suas cláusulas referentes ao trâmite legislativo. [...] O que o judiciário faz é efetivar o devido processo legislativo dos parlamentares, consistente no direito líquido e certo que estes possuem de participarem das discussões legislativas e votarem as proposições dentro das normas rituais previamente enunciadas.

Em suma, esse tipo de controle só pode ser exercido pelo Poder Judiciante quando um parlamentar, por meio da interposição de um mandado de segurança, argumentar o desrespeito do devido processo legislativo.

Em posição diametralmente oposta, o controle *a posteriori* também se mostra de forma repressiva ou superveniente, que é realizado após a edição da norma jurídica. De maneira típica, o controle repressivo é efetivado pelo Poder Judiciante e, de forma atípica, pelos Poderes Legislativo e Executivo. O Poder Legislativo pode editar decretos legislativos sustando atos normativos do Presidente da República que exorbitem o poder regulamentar ou os limites da delegação legislativa, conforme se infere do artigo 49, V, CF, bem como pode rejeitar medidas provisórias inconstitucionais.

Observe-se:

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:
V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;



Ressalta-se que o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, também pode apreciar a constitucionalidade das leis e atos normativos do Poder Público (Súmula 347 do STF). Note-se:

Súmula 347:

O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público.

No concernente ao Poder Executivo, o Presidente da República, os governadores e os prefeitos, nos limites de suas competências, podem negar cumprimento de uma lei ou ato normativo que percebam inconstitucionais, até que a decisão seja apreciada pelo Poder Judiciário.

Como explanado alhures, cuida-se o controle *a posteriori* de incumbência do Poder Judiciário, podendo se dar por via de exceção ou defesa (controle difuso ou concreto) ou por via direta (controle concentrado ou abstrato), onde ambos os sistemas foram adotados pelo Brasil.

Vamos rapidamente a eles.

De origem austríaca e datado de mil novecentos e vinte, o controle concentrado somente pode ser verificado por um único órgão, o Supremo Tribunal Federal. Suscitada a exigência com a finalidade de promover a defesa objetiva da Constituição, verifica-se a constitucionalidade do ato em tese, desvinculada da ocorrência fática (por isso o nome de controle “abstrato”):

Contudo, como advertido por Nathália Masson (2014, p. 916 apud NOVELINO, 2012, p. 251):

Mesmo nessa espécie de controle, o que se aprecia não é a simples compatibilidade entre dispositivos de lei e da Constituição, pois mesmo quando a inconstitucionalidade é apreciada em tese, a análise envolve três elementos (lei, problema e Constituição), e não apenas dois (lei e Constituição).

Verificando rapidamente o histórico do controle concentrado em território brasileiro, tem-se que ele foi incorporado ao sistema no ano de 1965 com a Emenda Constitucional nº 16, introduzindo a representação interventiva e a intervenção contra a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal e estadual, tendo como legitimado ativo o Procurador Geral da República. Até o advento da Constituição de 1988, tal sistema vigorou de modo pleno, até que se adotou nesse Texto a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) comissiva e omissiva.

Com a Emenda Constitucional nº 03/93, adotou-se a Ação Declaratória de Constitucionalidade.





Em tempos hodiernos, pode-se certificar que o controle abstrato será exercido tanto pela Ação Declaratória de Constitucionalidade quanto pelas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e, finalmente, pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, sendo esta introduzida por último no sistema.

2.3 Inconstitucionalidade por omissão

Noutro giro, pondera-se que o comportamento inconstitucional pode advir do silêncio, do *non facere*. Tal arquétipo de inconstitucionalidade é verificado no momento em que a inércia do Poder Público em editar uma norma acaba por obstar a produção de seus efeitos, fazendo com que o dispositivo esteja carente de complementação. Dessa forma, cuida-se de norma de eficácia limitada, que só produz plenamente seus efeitos no momento em que sobrevier regulamentação posterior ampliando.

As normas de eficácia limitada são divididas em dois grupos: as definidoras de princípios institutivos e as definidoras de princípios programáticos. Enquanto na primeira o constituinte traça esquemas gerais de estruturação de entidades e órgãos para que futuramente o legislador ordinário os pormenorize, na segunda o constituinte limita-se a lhes traçar os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativo, executivo, judiciário e administrativo) como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado.

O Poder Constituinte não pode se manter estático por tempo perpétuo. Caso tal fato ocorresse, o gesto acarretaria a inação da sociedade (ou do grupo social envolvido no caso concreto), haja vista a ausência de regulamentação pelo Poder Público.

Como se pode observar no artigo 103, § 2º da Constituição, declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. Assim, o dispositivo constitucional não só admite a existência de normas que não têm o condão de produzir seus efeitos, mas transcende a regra, ressaltando que existe a ação do Poder competente para sanar essa falta, seja com a ciência do órgão, seja com a ordem para a administração pública complementar a norma em trinta dias. Além disso, o remédio constitucional denominado Mandado de Injunção (artigo 5º, LXXI, CF c/c Lei nº 13.300/16) tem como precípuo escopo a questão da falta de regulamentação da norma.



3. CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE: UMA ABORDAGEM ESPECÍFICA

O controle difuso de constitucionalidade, também denominado controle incidental, concreto, descentralizado ou aberto possui um famoso precedente julgado pela Suprema Corte norte-americana em 1803, no caso “*Marbury vs Madison*”. Asseverou o julgador do caso que, por ser peculiar à atividade jurisdicional a interpretação e aplicação das leis, em caso de descompasso entre estas e a Constituição daquele Estado, o órgão do Poder Judiciante trabalhará para que prevaleça aquela, haja vista se encontrar em posição de nítida superioridade no ordenamento jurídico. Assim nascia, por criação jurisprudencial, o tema aqui abordado.

Tal controle é exercido diante de ocorrências fáticas a serem resolvidas pelo Poder Judiciante na execução comum de sua função jurisdicional típica, no qual se controla a constitucionalidade de modo incidental - prejudicialmente ao exame do mérito - gerando efeitos, em regra, *ex tunc* e *inter partes*. Ainda, a fiscalização da dissonância constitucional é realizada por qualquer juiz ou tribunal no exercício de suas funções, inexistindo restrição ao tipo de processo. Dessa forma, o juízo de verificação da compatibilidade não se demonstra como questão principal, mas sim prejudicial - um antecedente lógico a ser resolvido antes de se passar à questão principal.

Pelo exposto, não é difícil de perceber que no controle incidental tem como finalidade a proteção dos direitos subjetivos afetados pela norma que se pretende debater, dirimindo a controvérsia jurídica exposta na lide e relacionada às partes do processo. Trata-se, então, de uma finalidade pragmática, tutelando um direito concreto.

No que tange à legitimidade para inaugurar o controle difuso, afirma-se que existe uma sujeição ativa amplíssima: quaisquer pessoas no gozo de seu Direito Constitucional de ação, o *Parquet* e qualquer Juiz ou Tribunal pode suscitar a matéria de ofício, com exceção do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário, sendo imprescindível, nesta via recursal, o prequestionamento. Acerca da competência, pode-se pontuar que se a legitimidade é ampla, a competência também será, podendo qualquer órgão do Poder Judiciante apreciar a questão.

No que se refere ao objeto do controle concreto, é legítimo manejar esse mecanismo para verificar a conformidade com a Constituição de qualquer ato advindo dos Poderes Públicos, sendo indiferente a esfera federativa que a produziu, bem como não importando ser o ato anterior ou posterior à norma constitucional parâmetro, pré ou pós-constitucional. Na mesma seara, não se mostra importante à realização do controle incidental ter sido o ato



DA ATRIBUIÇÃO DE EFEITO ERGA OMNES EM CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NAS DECISÕES EMANADAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

revogado ou estar com seus efeitos exauridos. Tal amplitude aqui demonstrada deve-se à finalidade a ser atingida por esta via de controle: a tutela de direitos subjetivos.

Quanto ao parâmetro, tal controle possibilita a supervisão dos atos emanados pelo Poder Público perante qualquer norma constitucional, ainda que esta já tenha sido revogada, sendo fundamental analisar se tal norma estava em vigor no momento da criação do ato.

Citando de maneira rápida o trâmite do controle difuso nos Tribunais, tem-se que, após decisão monocrática do magistrado, caso observadas as regras de Processo Civil brasileiro, é possível que a parte sucumbente devolva a matéria ao Tribunal *ad quem* através do recurso de apelação. O processo, então, deverá observar a “cláusula de reserva de plenário”, onde somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou de membros do órgão especial é que a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo pode ser assim declarada, conforme dispõe o artigo 97 da CF. Também denominada cláusula constitucional do *full bench* (ou *full court*), afirma-se que a cláusula de reserva do plenário atua como pressuposto de validade e de eficácia jurídicas da própria declaração jurisdicional de inconstitucionalidade dos atos do Poder Público. Desta forma, segundo posicionamento do Ministro relator Celso de Mello no AI 591-373- AgR,

A inconstitucionalidade das leis ou de outros atos estatais somente pode ser declarada, quer em sede de fiscalização abstrata (método concentrado) quer em sede de controle incidental (método difuso) pelo voto da maioria absoluta dos membros integrantes do Tribunal, reunidos em sessão plenária ou, onde houver, no respectivo órgão especial.

Consequentemente, quando o processo estiver no Tribunal competente e for distribuído para um órgão fracionário, caso observada a existência de questionamento incidental sobre a não compatibilidade de lei ou ato normativo com a Constituição Federal, há uma votação preliminar no órgão fracionário e este define seu posicionamento pela constitucionalidade (ou não) da norma em pauta. Se optar pela constitucionalidade, a mesma é prolatada pelo próprio órgão. Caso contrário, incidirá a cláusula de reserva do plenário (artigo 97, CF), para obstar que a presunção de constitucionalidade da norma seja tomada por uma decisão de fração do Tribunal.

Salienta-se que tal órgão fracionário não poderá simplesmente rechaçar a aplicação da norma ao invés de sujeitar o item ao pleno ou órgão especial, visto que tal ato resultaria em ludibriar, por via oblíqua, a cláusula de reserva do plenário.

Por derradeiro, evidencia-se que o Supremo Tribunal Federal também se sujeita à cláusula ora debatida.





4. ANÁLISE DO EFEITO ERGA OMNES QUANDO DO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Inicialmente, cumpre pontuar que o Brasil não se perfilhou ao sistema de controle constitucional estadunidense por completo, vez que no direito norte-americano há a figura do *stare decisis*: quando um precedente é julgado, ele se torna de observância obrigatória nos casos idênticos que envolvam a mesma matéria.

Desta forma, como exposto alhures, nosso ordenamento jurídico possui regramento próprio: o controle difuso possui, em regra, os efeitos *inter partes* (visto tratar de matéria constitucional incidental dentro de um caso concreto, sendo eficaz apenas quanto às partes em litígio) e retroativos à data de edição da norma.

Reitera-se que o efeito *inter partes* não é absoluto, havendo algumas situações onde o julgamento do controle incidental possui efeito *erga omnes*, atingindo todos os indivíduos do ordenamento para fins de segurança jurídica.

Se qualquer magistrado ou Tribunal pode analisar a (in) constitucionalidade da norma em questão, então também é possível que a demanda alcance o Supremo Tribunal Federal através do Recurso Extraordinário, consoante se depreende do artigo 102, III, CF. Segundo lições de Masson (2014, p. 796),

A competência do Supremo Tribunal Federal que ora se verifica [...] está intrinsecamente ligada ao exercício do controle de constitucionalidade na via difusa. Isso porque o Recurso Extraordinário “consiste no instrumento processual-constitucional destinado a assegurar a verificação de eventual afronta à Constituição em decorrência de decisão judicial proferida em última ou única instância”.

Ainda, é necessário verificar - mesmo que de forma sagaz - os requisitos de admissibilidade do referido recurso. De modo inicial, tem-se que, ao contrário do que ocorre com o Recurso Especial, o órgão prolator da decisão em única ou última instância que será atacada no Supremo por meio do Recurso Extraordinário não necessita ser um Tribunal, afinal, não há disposição nesse sentido na redação do artigo 102, III, CF. Outro requisito é a necessidade de prequestionamento, onde a matéria central do recurso já deve ter sido previamente debatida e deslindada pelo órgão hierarquicamente inferior que prolatou a decisão agora recorrida. E se exige mais: tendo em vista a racionalização da técnica procedimental em conjunto com maior celeridade da Corte para evitar que se julguem causas idênticas, ainda várias medidas têm sido adotadas. A principal delas é a necessidade de apresentação de repercussão geral (introduzida pela Emenda Constitucional nº 45/04), pressuposto que visa selecionar as demandas até que alcance o Supremo Tribunal Federal. Conjuntamente com os





novos pressupostos, esse novo modelo tem transformado o Recurso Extraordinário em instrumento de defesa da própria ordem constitucional, sublinhando o caráter de Corte Constitucional do Supremo, que somente irá avaliar as questões dotadas de repercussão geral e prequestionamento, matérias significativas que reverberem na sociedade por envolverem questões que ultrapassem os interesses pessoais das partes envolvidas na lide.

Pois bem.

Dito isso, chama atenção na Constituição o artigo 52, X, onde:

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.

Então, quando da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, pode o Senado, através de uma resolução, suspender a execução da lei em sede de controle difuso, o que ampliará os efeitos da decisão de modo a alcançar terceiros não integrantes da demanda, ou seja, a decisão passará a ter efeitos *erga omnes*. A título de curiosidade, afirma-se que essa atribuição do Senado foi inaugurada na Constituição de 1934 e preservada nas seguintes, com exceção da Constituição Vargasista. O instituto possui dois escopos: primeiramente, conter a multiplicidade de ações judiciais com objeto idêntico àquela apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, por sujeitos que queiram obter a mesma decisão de inconstitucionalidade, bem como reduzir os embates advindos de decisões fruto da ampla competência que informa o controle concreto.

Na mesma esteira, interessante ressaltar que tal participação do Senado somente é admitida no controle concreto, visto que no controle concentrado as decisões já são dotadas de eficácia *erga omnes*. Ainda, importa frisar o caráter discricionário da atuação do Senado, pois ele não é obrigado a promover a suspensão, tratando-se de um ato que possui conveniência e oportunidade de tal órgão legislativo.

É válido também evidenciar que inexistente prazo para referida atuação, podendo o Senado agir a qualquer tempo, quando entender primordial. Por fim, salienta-se que tal resolução que adota o efeito *erga omnes* é irretroatável pelo órgão legislativo.

Como término desses apontamentos iniciais, é relevante abordar que alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal propõem uma nova leitura do papel do Senado quando do controle difuso, devido ao mau funcionamento constitucionalmente abordado para ampliação dos efeitos subjetivos das decisões em controle difuso. Em posição capitaneada pelo Ministro Gilmar Mendes, o artigo 52, X, CF sofreu uma mutação constitucional e a competência do Senado no



controle incidental passou a ter mero efeito publicista. O fenômeno da mutação constitucional consiste na transformação de sentido do enunciado da Constituição sem que o próprio texto seja alterado em sua redação, vale dizer, em sua dimensão constitucional textual.

Relacionado a essa questão, outro ponto seria a tendência de abstrativização do controle difuso, onde a própria decisão do Supremo Tribunal Federal possuiria força normativa o suficiente para suspender a execução da lei declarada inconstitucional. A justificativa que fundamenta esse entendimento é a necessidade constante de adequação da Constituição às mudanças da sociedade, exigindo uma releitura de tal Texto. Assim, o papel das resoluções do Senado Federal perderia sua força.

Em sede de Recurso Extraordinário, alguns casos práticos que abordam esse assunto podem ser demonstrados, considerando como superada a fórmula originalmente pensada pelo Poder Constituinte para promover a extensão dos efeitos da decisão.

Por exemplo, pode-se citar o Recurso Extraordinário nº 197.917, de relatoria do Ministro Maurício Corrêa, relacionado à Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público com o fim de reduzir de onze para nove o número de vereadores do município de Mira Estrela (SP). No julgado, a Corte esclareceu a cláusula de proporcionalidade prevista no artigo 29, IV, CF que versa sobre o contingente de vereadores em cada município. A decisão deveria possuir apenas eficácia *inter partes*, todavia o Tribunal Superior Eleitoral utilizou-se da disposição para editar a resolução nº 21.702/04. Embora tal ato normativo tenha sofrido duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (nºs 3345 e 3365), as mesmas foram de plano afastadas sob o argumento de ser o Supremo Tribunal Federal o guardião máximo da Constituição Federal

O voto do Ministro Maurício Corrêa quando da apreciação do Recurso Extraordinário foi seguido pelos Ministros Gilmar Mendes, Nelson Jobim, Joaquim Barbosa, Carlos Ayres Britto, Cezar Peluso, Ellen Gracie e Carlos Velloso, vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio e Celso de Mello.

4.1 Ativismo Judicial

Trata-se o ativismo judicial de um fenômeno onde o Poder Judiciante interpreta a Constituição Federal expandindo seu sentido e alcance. Nas situações que circundam o Poder Legislativo e a sociedade civil é possível verificar o ativismo, principalmente, quando as lides sociais não recebem efetiva atenção. O Judiciário, então, age interpretando o direito de forma inovadora e não contemplada pela própria lei. Alguns autores costumam afirmar que o



fenômeno é uma tentativa do Judiciário de maior colaboração nos fins sociais. Em estudo sobre o tema, para Barroso (2008)

O fenômeno tem uma face positiva: o Judiciário está atendendo a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento, em temas como greve no serviço público, eliminação do nepotismo ou regras eleitorais. O aspecto negativo é que ele exhibe as dificuldades enfrentadas pelo Poder Legislativo – e isso não se passa apenas no Brasil – na atual quadra histórica. (...) Decisões ativistas devem ser eventuais, em momentos históricos determinados. Mas não há democracia sólida sem atividade política intensa e saudável, nem tampouco sem Congresso atuante e investido de credibilidade. Um exemplo de como a agenda do país deslocou-se do Legislativo para o Judiciário: as audiências públicas e o julgamento acerca das pesquisas com células-tronco embrionárias, pelo Supremo Tribunal Federal, tiveram muito mais visibilidade e debate público do que o processo legislativo que resultou na elaboração da lei.

Sob uma perspectiva garantista, o ativismo pode significar um passo no desenvolvimento dos Direitos Fundamentais no Brasil, haja vista que “o Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer em nome dos Direitos Fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face de outros poderes”. (BARROSO, 2012, p. 19).

De outra banda, o ativismo judicial pode se mostrar como uma espécie de interferência nas atribuições dos demais Poderes.

O fenômeno não seria uma conduta aceitável por trazer insegurança jurídica ao grupo social, debilitando a produção democrática do Direito.

Nesse sentir, para Lênio Steck (2014, p. 65):

O ativismo é gestado no interior da própria sistemática jurídica, consistindo num ato de vontade daquele que julga, isto é, caracterizando uma “corrupção” na relação entre os Poderes, na medida em que há uma extrapolação dos limites na atuação do judiciário pela via de uma decisão que é tomada a partir de critérios não jurídicos.

Na mesma esteira, o ativismo não deve ser adotado como o melhor caminho para que o Direito se realize, devido ao fato que a sociedade ficaria à deriva de opiniões oscilantes do Supremo Tribunal Federal.

Diferentemente do ativismo, a judicialização ocorre quando questões de elevada reprodução política e social são solucionadas pelo Poder Judiciário e não por instâncias políticas usuais como o Poder Executivo ou o Congresso Nacional. Não se cuida de exercício definido de vontade política, haja vista que o Judiciário é provocado a expressar sua manifestação e o faz nos limites do pleito formulado.

No Recurso Extraordinário apresentado alhures, percebe-se, a nosso ver, o fenômeno do ativismo judicial que causa patente agressão à separação dos Poderes. Ora, se a competência para a suspensão da execução é privativa do Senado Federal, não deve o Tribunal Superior



Eleitoral editar a Resolução para conferir efeitos *erga omnes* à decisão do STF. Tal ato seria contrário aos ditames constitucionais, pois os Ministros do Tribunal Superior Eleitoral acabaram por legislar (!) nesse caso concreto.

Evidencia-se que os artigos da Lei 4737/65 que instituiu o Código Eleitoral brasileiro não versa, nos artigos 22 e 23 concernentes às suas competências, sobre edição de Resolução que teria por finalidade conferir efeito *erga omnes* às decisões do Poder Judiciário.

Desta forma, além do ativismo, pode-se reconhecer que vários princípios constitucionais foram violados, como, por exemplo, a independência e hierarquia dos Poderes da União, a hierarquia das leis no ordenamento e também a competência do Município para legislar sobre assuntos de interesses locais.

Nessa toada, o voto vencido do Ministro Marco Aurélio Mello no Recurso Extraordinário em questão é interessante nos seguintes pontos:

A Carta da República remete a definição do número de cadeiras na Câmara de Vereadores à Lei Orgânica do Município, e prevê, tão-somente, um balizamento, ou seja, prevê, segundo a população do município, o mínimo e o máximo de vereadores. O Tribunal, a meu ver, ao avançar no tema, poupará o trabalho do próprio Congresso Nacional, no qual temos, hoje, mais de quatro emendas sobre a matéria, visando à fixação de uma proporcionalidade mais apegada ao número de habitantes do que a estabelecida no art. 29 da Constituição Federal.

[...]

A atuação administrativa do Tribunal Superior Eleitoral não pode implicar a retirada do mundo jurídico das leis orgânicas dos municípios, no que revelam o número de cadeiras nas câmaras municipais. A decisão administrativa do Tribunal Superior Eleitoral não tem eficácia equivalente à emenda constitucional, atropelando, talvez mesmo se possa dizer, pressionando as casas do Congresso Nacional. Paga-se um preço por se viver em um Estado Democrático de Direito e esse preço é o respeito aos ditames que compõem a ordem jurídica, especialmente os constitucionais. É vala comum afirmar-se, e nunca se tem, nesse campo, a demasia, que em Direito o meio justifica o fim, mas não este aquele. Cumpre preservar a independência e harmonia dos poderes da República e, acima de tudo, a segurança jurídica, os princípios que, perenes, embasam-na. Por mais que haja distorções – e continuo convencido sobre a autonomia municipal, respeitados os limites mínimo e máximo constantes do inciso IV do art. 29 da Constituição Federal –, impossível é forçar-se à mão para, ainda que contando com o sentimento do povo brasileiro, chegar-se ao menosprezo do arcabouço normativo em vigor [...] convencido [...] voto contra a proposta colocada em mesa.

Assim, pode-se perceber, consoante palavras do Ministro, que não tem o Tribunal Superior Eleitoral competência para editar citada Resolução, cabendo aos municípios a legitimidade para fixar seus números de vereadores, além de afirmar que deve ser preservada a harmonia dos Poderes e a segurança jurídica, sendo esta o ponto principal do Estado Democrático de Direito e que traz equilíbrio às relações interpessoais.



CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o arcabouço teórico aqui ventilado, pode-se concluir que combater a outorga feita ao Senado Federal de sua competência para a suspensão da execução da lei por meio de uma mera interpretação que contraria indiscutivelmente a literalidade do dispositivo constitucional não é apropriado.

Se a função do Senado se tornou obsoleta, a única maneira de promover uma superação na tarefa incumbida ao órgão legislativo seria a modificação do próprio texto da Constituição Federal por meio do agir do Poder Constituinte Derivado Reformador, através de Emendas Constitucionais arquitetadas de acordo com o artigo 60, §4º, Constituição Federal.

Não se trata de medida tendente a engessar a efetividade das decisões do Supremo Tribunal Federal, mas sim de respeito às regras delineadas na Constituição acerca da separação dos poderes, pois somente assim, respeitando os limites traçados pelo constituinte, é que se pode chegar à construção de um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALARCON, Pietro de Jesus Lora. **Ciência Política, Estado e Direito Público**. 2. ed.- Verbatim: São Paulo, 2014.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES Júnior, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. – Verbatim: São Paulo, 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Direito constitucional**. – 16. ed. – São Paulo: Atlas, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em: 30 mar. 2017.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. – 6. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BRASIL. STF: Brasília, Recurso Extraordinário em Agravo de Instrumento 591-373. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000153531&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 30 mar. 2017.

_____. STF: Brasília, Recurso Extraordinário 197.917. Relator Ministro Maurício Corrêa. Disponível em: <





http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJurisprudencia_pt_br&idConteudo=185075&modo=cms. Acesso em: 30 mar. 2017.

CHIMMENTE, Ricardo Cunha; CAPEZ, Fernando; ROSA, Marcio Fernando Elias; FERREIRA DOS SANTOS, Marisa. **Curso de direito constitucional** – 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder. **Tratado de direito constitucional** – 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2000.

MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. – 6. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Método, 2008.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Curso de direito constitucional** São Paulo: Saraiva, 2012

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. Segunda Tiragem.- Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2003.

STRECK, Lênio Luiz. **O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?** disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/sensoincomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>. Acesso em: 29 de mar. de 2017.

_____. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.