

**INSTITUTO ENSINAR BRASIL
FACULDADE DOCTUM DE CARATINGA**

PEDRO PAULO REBELO FIALHO

**ANÁLISE DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE
CONSTITUCIONALIDADE E O PAPEL DO SENADO FEDERAL**

CARATINGA

2019

PEDRO PAULO REBELO FIALHO
FACULDADE DOCTUM DE CARATINGA

**ANÁLISE DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE
CONSTITUCIONALIDADE E O PAPEL DO SENADO FEDERAL**

**Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito da
Faculdade Doctum de Caratinga, como
requisito parcial à obtenção do título de
Bacharel em Direito.**

**Área de Concentração: Direito
Constitucional.**

**Orientadora: Prof. Msc Juliana Ervilha
Teixeira Pereira**

CARATINGA

2019

TERMO DE APROVAÇÃO

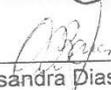
Trabalho de Conclusão de Curso Análise da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade e o papel do Senado Federal, elaborado Pedro Paulo Rebelo Fialho foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito da FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO.

Caratinga 02 de 12 de 2019



Prof. Juliana Ervilha Teixeira Pereira



Prof. Alessandra Dias Baião



Prof. Julia de Paula Vieira

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por ter me dado condições de chegar ao final deste curso superior.

A minha mãe, Eliane, meu padrasto, Josué e ao meu avô, que é pai de consideração, João Augusto.

A minha orientadora, professora Juliana Ervilha, pela sua compreensão, paciência e pelo seu conhecimento jurídico que me auxiliou não só neste trabalho, mas também em outras disciplinas deste curso.

Ao meu tio, Rogério que me presenteou com meu primeiro livro de doutrina constitucional.

A minha namorada, Larissa Menezes, por ter me ajudado e estado do meu lado em diversas situações.

Por fim, minha prima Isabella pelo apoio moral.

ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC – Ação declaratória de constitucionalidade

ADI – Ação direta de inconstitucionalidade

ADO – Ação direta de inconstitucionalidade por omissão

ADPF – Arguição de descumprimento de preceito fundamental

Art. – Artigo

CF/88 – Constituição Federal de 1988

CPC – Código de Processo Civil

EC – Emenda constitucional

HC – *Habeas corpus*

RE – Recurso extraordinário

REsp – Recurso especial

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJ – Tribunal de Justiça

RESUMO

O objetivo deste trabalho monográfico é analisar e debater criticamente a chamada teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade à luz da Constituição Federal. O Supremo Tribunal Federal ao julgar a Reclamação Constitucional 4335-5/AC, apresentou tese relacionada aos efeitos produzidos pela decisão proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade. No julgamento dessa reclamação os Ministros Eros Grau e Gilmar Mendes defenderam que as decisões de inconstitucionalidade prolatadas pela Suprema Corte não se aplica apenas às partes, mas sim, teriam eficácia geral, isto é, para todos e os efeitos vinculantes, aduzindo que a participação do Senado Federal estabelecida no artigo 52, inciso X da Constituição Federal é desnecessária. A grande questão jurídica debatida neste trabalho é se a declaração de inconstitucionalidade proferida incidentalmente no controle concreto ou difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, por si só, tem eficácia vinculante sobre os demais órgãos do Poder Judiciário e *erga omnes*, independentemente da edição de resolução senatorial suspendendo a execução do ato normativo declarado inconstitucional, nos termos do art. 52, X, da Constituição Federal.

Palavras-chave: Controle difuso de constitucionalidade, Senado Federal, Teoria da Abstrativização.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
CONSIDERAÇÃO ESCONCEITUAIS	8
1 CAPÍTULO I – GENERALIDADES SOBRE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	10
1.1 Modelos Internacionais de Controle de Constitucionalidade	10
1.1.1 <i>Modelo Norte-Americano (difuso)</i>	10
1.1.2 <i>Modelo Europeu (concentrado)</i>	11
1.2 Modelo Brasileiro de Controle de Constitucionalidade (misto)	12
1.3 Formas de Controle de Constitucionalidade	13
1.3.1 <i>Quanto à natureza do órgão de controle</i>	13
1.3.2 <i>Quanto ao momento de exercício do controle</i>	14
1.3.3 <i>Quanto ao órgão judicial de controle</i>	14
1.3.4 <i>Quanto à forma ou modo de controle judicial</i>	14
2 CAPÍTULO II – O CONTROLE CONCENTRADO E DIFUSO	16
2.1 Controle Concentrado	16
2.1.1 <i>Conceito</i>	16
2.1.2 <i>Competência</i>	17
2.1.3 <i>Efeitos</i>	18
2.2 Controle Difuso	19
2.2.1 <i>Conceito</i>	19
2.2.2 <i>Competência</i>	20
2.2.3 <i>Efeitos</i>	21
2.2.4 <i>Papel do Senado Federal</i>	22
3 CAPÍTULO III – ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE	25
3.1 A abstrativização	26
3.2 A mudança interpretativa que o artigo 52, X da CRFB/88 sofreu	26
3.3 As súmulas vinculantes e a repercussão geral no recurso extraordinário ...	31
3.4 Análise da Reclamação 4.335-5/AC	34
3.5 Argumentos contrários e favoráveis	35
CONSIDERAÇÕES FINAIS	41
REFERÊNCIAS	43

INTRODUÇÃO

O controle de constitucionalidade tem por objetivo impedir que norma contrária a Constituição permaneça no ordenamento jurídico, atuando, assim, como meio de fiscalização da compatibilidade entre uma lei ou ato normativo e a Carta Constitucional. O sistema de controle difuso de constitucionalidade é a fiscalização constitucional que é realizada pelo Poder Judiciário, por qualquer juiz ou tribunal. Todavia, em que se pese qualquer órgão jurisdicional possa realizar o controle constitucional, é a Suprema Corte quem desempenha um papel decisivo no campo constitucional, pois cabe a ela dar a palavra final.

Destaca-se que o controle judicial difuso de constitucionalidade é exercido pela via incidental, sendo o pedido prejudicialmente ao exame do mérito, de modo que a alegada inconstitucionalidade será a causa de pedir processual.

Quanto ao Senado Federal, o artigo 52, X da Constituição estabelece ser de competência privativa do Senado Federal via resolução suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Sendo assim, somente a partir da promulgação da resolução pelo Senado Federal a lei declarada inconstitucional pelo STF no caso concreto passaria a produzir efeito *erga omnes*.

A teoria da abstrativização, também denominada objetivização do controle concreto de constitucionalidade, é tendência jurídica moderna que busca imprimir às decisões incidentais de controle de constitucionalidade os mesmos efeitos deferidos as do controle abstrato. Isto é, visa-se a consagração do reflexo subjetivo *erga omnes*, mesmo sem a atuação do Senado estabelecida pelo art. 52, X, CF/88, também para as declarações incidentais de inconstitucionalidade

Nesse sentido, o escopo a ser alcançado seria, inicialmente, integrar os efeitos das modalidades de controle, em prestígio ao Princípio da Força Normativa da Constituição, com a imposição da única solução possível e definitiva aos casos de interpretação e aplicação das normas Constitucionais: aquela proveniente da Suprema Corte. Ademais, com a aplicação uniforme dos precedentes para todos os destinatários da norma, não somente seriam evitadas decisões conflituosas quanto a mesma questão, mas também restariam valorizados os postulados da segurança jurídica, da celeridade e do amplo acesso à justiça, entre muitos outros.

Em verdade, como se viu, para boa parte dos defensores da tese, a suspensão da execução por Resolução Senatorial da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ainda que em sede de controle concreto de constitucionalidade, tem fundo meramente histórico, tomando a regra absolutamente imprópria ou até uma violação ao princípio da economia processual. Assim, com a abstrativização, vislumbra-se aperfeiçoar a

prestação jurisdicional pela Suprema Corte, evitando até a prolação de decisões contraditórias, desde já contribuindo para a resolução de causas análogas, além de evitar que um sem número de novas lides repetitivas sejam conhecidas remansosamente nas mais altas Cortes brasileiras.

Ressalta-se que o dispositivo em questão (art. 52, X, da Constituição Federal de 1988) vem sendo objeto de muitas discussões no meio jurídico, sendo, inclusive, afirmado por alguns doutrinadores que ele passou por uma mutação constitucional.

A discussão versa sobre a vinculação do Senado frente à decisão do Supremo, de modo que as opiniões se dividem em torno da obrigação do referido órgão a suspender a execução da lei declarada inconstitucional.

A corrente majoritária afirma que o Senado Federal não é obrigado a suspender a execução da lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF, sob pena de quebra do Princípio da Separação dos Poderes.

O que mais gera polêmica quanto ao referido dispositivo, é a necessidade de atuação do Senado Federal para suspender a norma declarada inconstitucional pelo Supremo, de modo que a atuação do Senado é apenas de dar publicidade ao ato.

Por outro lado, pode ser fundamental o papel do Senado Federal no controle difuso e que o disposto no art. 52, X da CF/88 é imprescindível, uma vez que seu objetivo é a participação pública, ou seja, do povo, no controle de tais pronunciamentos decisórios.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Uma Constituição é um conjunto ordenado de regras e princípios fundamentais de um Estado, que trata dos assuntos mais importantes como o modo de organização estatal, seu relacionamento junto aos particulares, regulação da organização básica de poderes e seu vínculo com os cidadãos, o estabelecimento de competências e as formalidades para a elaboração de outras normas, além de fixar direitos e garantias fundamentais e, por fim, a imposição dos limites da atuação dele próprio, de forma a proteger os indivíduos (VELOSO, 2010).

Em especial, as normas constitucionais são superiores a todas as outras do ordenamento. As demais regras infraconstitucionais, editadas por poderes constituídos e limitados, devem nela buscar o seu fundamento e o motivo disso é a origem das normas constitucionais, criadas por um poder constituinte ilimitado e originário, mas também pela natureza e o conteúdo que ali está sedimentado, bem como pela resistência a mudanças posteriores de seu conteúdo (CUNHA, 2012).

Nesse sentido, o que nos interessa em matéria de Controle de Constitucionalidade é que por conta desta diferenciação entre a Constituição e as normas infraconstitucionais, por conta de sua origem, as normas infraconstitucionais devem ser submissas à Constituição, seja em sua formalidade no momento de serem elaboradas, seja na área material sobre o conteúdo (FAIDIGA, 2010). Isto significa que uma norma infraconstitucional não pode desrespeitar a Constituição em aspectos sobre o ritual do processo legislativo ou que esta norma tenha algum mandamento que contrarie o que já está previsto na Constituição. Ocorrendo este desrespeito, está identificado hipótese para que o controle de constitucionalidade aconteça.

A rigidez constitucional está ligada à supremacia da constituição, isto porque para o Poder legislativo alterar, por meio de uma emenda constitucional, algum dispositivo da constituição, enfrentará uma forma mais rigorosa do que se fosse fazer alteração a qualquer outro dispositivo legal, seja ele lei ordinária, lei complementar, lei federal, decreto-legislativa, dentre outros. A dificuldade imposta à alteração do texto constitucional vai depender do que dispuser o Poder Constituinte Originário.

A rigidez constitucional estabelecida pelo Poder Constituinte Originário tem por finalidade proteger a Constituição de qualquer alteração de seus dispositivos por leis infraconstitucionais, que não exigem tantas formalidades para serem elaboradas quanto o mecanismo de alteração constitucional: a emenda constitucional. Frise-se

que qualquer lei infraconstitucional contrária à Constituição será objeto de possível declaração de inconstitucionalidade.

O controle de constitucionalidade se trata de um mecanismo para correções, que tem como objetivo garantindo a soberania da Constituição e seus interesses, garantindo uma ordem de obediência que foi estabelecida pelo constituinte. A partir deste ponto a doutrina (BARROSO, 2012; BRANCO e MENDES, 2014) estabelece alguns pressupostos para que seja realizado o controle, como a necessidade de uma Carta resistente às mudanças em seu texto, que são as chamadas Constituições rígidas e como consequência exista o Princípio da Supremacia do Texto Constitucional, fazendo com que as normas inferiores obedeçam a Carta Magna no seu âmbito formal e material. Existem outros dois requisitos necessários que o doutrinador Dirley da Cunha (2012) acrescenta, que é a existência de uma Constituição Formal e que determine qual órgão será competente para realizar tal obrigação. Desta forma, preenchidos estes itens iniciais, é dever do Controle de Constitucionalidade reestabelecer a coerência do ordenamento jurídico.

1 CAPÍTULO I – GENERALIDADES SOBRE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

No primeiro capítulo será feita uma abordagem sobre conceitos técnicos e em seguida será analisado os modelos de constitucionalidade internacionais e sua distinção com o modelo brasileiro e sua origem.

1.1 Modelos Internacionais de Controle de Constitucionalidade

Conforme defende a doutrina, as teorias acerca do controle de constitucionalidade tiveram origem remota, contudo, por mais que esta parte da jurisdição constitucional tenha se formado através de um procedimento longo e histórico.

1.1.1 Modelo Norte-Americano (*difuso*)

Teve início em 1802, quando a Suprema Corte norte-americana tomou conhecimento da ação promovida pelo Juiz de Paz William Marbury contra o novo Secretário de Estado James Madison, que por reviravoltas políticas, sua posse foi denegada pelo novo Governo. Assim explica a doutrina:

Nas eleições realizadas no final de 1800, nos Estados Unidos, o Presidente John Adams e seus aliados federalistas foram derrotados pela oposição republicana, tanto para o Legislativo como para o Executivo. Thomas Jefferson viria a ser o novo Presidente. No apagar das luzes de seu governo John Adams e o Congresso, no qual os federalistas ainda detinham maioria, articularam-se para conservar sua influência política através do Poder Judiciário. Assim, em 13 de fevereiro de 1801, fizeram aprovar uma lei de reorganização do Judiciário federal (the Circuit Court Act), por via da qual, dentre outras providências: a) reduzia-se o número de Ministros da Suprema Corte, para impedir nova nomeação pelo Presidente que entrava; b) criavam-se dezesseis novos cargos de juiz federal, todos preenchidos com federalistas aliados do Presidente derrotado. Logo à frente, em 27 de fevereiro de 1801, uma nova lei (the Organic Act of the District of Columbia) autorizou o Presidente a nomear quarenta e dois juizes de paz, tendo os nomes indicados sido confirmados pelo Senado em 3 de março, véspera da posse de Thomas Jefferson. John Adams, assim, assinou os atos de investidura (commissions) dos novos juizes no último dia de governo, ficando seu Secretário de Estado, John Marshall, encarregado de entregá-los aos nomeados. Cabe o registro de que o próprio Marshall havia sido indicado pelo Presidente que saía para ocupar o cargo de Presidente da Suprema Corte (Chief Justice). [...] Pois bem: tendo um único dia para entregar os atos de investidura a todos os novos juizes de paz, Marshall não teve tempo de concluir a tarefa antes de se encerrar o governo, e alguns dos nomeados

ficaram sem recebê-los. Thomas Jefferson tomou posse, e seu Secretário de Estado, James Madison, seguindo orientação do Presidente, recusou-se a entregar os atos de investidura àqueles que não os haviam recebido. Entre os juízes de paz nomeados e não empossado estava William Marbury, que propôs ação judicial (writ of mandamus), em dezembro de 1801, para ver reconhecido direito ao cargo. (BARROSO, 2016, p. 25-27)

Desta forma, a Corte norte-americana decidiu não aplicar as leis que fossem contrárias à Constituição Americana de 1787, a partir deste ponto passou a existir o chamado sistema difuso ou incidental de controle de constitucionalidade.

1.1.2 Modelo Europeu (concentrado)

O modelo europeu ou também conhecido como modelo austríaco, surgiu no século XX na redação da Constituição Austríaca de 1920, que até aquele momento, o mundo jurídico tinha apenas o controle difuso de constitucionalidade.

O Controle concentrado surge com uma ideia de que lei ou ato normativo inferior a constituição não pode contradizer o texto constitucional, porém, na hipótese de violação, cabeira a um terceiro que não fosse o membro orgânico do Executivo ou do Legislativo, pois seriam partes interessadas na causa, mas sim um terceiro estranho a estes poderes, uma Corte Constitucional, com competência exclusiva para analisar e julgar as causas de controle (CUNHA JÚNIOR, 2012). Assim diz Hans Kelsen que foi o idealizador em seu livro “A Teoria Pura do Direito”:

Considerando que precisamente nos casos mais importantes de violação da Constituição, o Parlamento e o Governo são partes da causa, é aconselhável chamar para decidir sobre a controvérsia a uma terceira instância que está fora dessa oposição e, em nenhum aspecto seja participante no exercício do poder que a Constituição distribui essencialmente entre o Parlamento e o Governo. Que esta mesma instância receba por ela algum poder é inevitável. Mas há uma grande diferença entre um organismo criado para seja uma função de controle da Constituição e fortalecer o poder de um dos portadores do poder supremo mediante a atribuição ulterior do controle da Constituição. Esta segue sentença a janelas fundamentais de um Tribunal Constitucional, porque, desde o princípio não toma parte no exercício do poder nem entra necessariamente em oposição com o Parlamento nem com o Governo. (KELSEN, 1931, p. 54)

Com essa ideia de criar um tribunal justamente para realizar o controle que se deu a nomenclatura de Controle Concentrado, onde os tribunais que se deparassem com tal conflito no caso concreto deveriam remeter os autos para a Alta Corte Constitucional, onde o conflito seria conhecido e decidido.

1.2 Modelo Brasileiro de Controle de Constitucionalidade (misto)

Consoante informado outrora, no Brasil, sedimentou-se um sistema misto de Controle de Constitucionalidade, baseado na miscigenação das regras de dos dois modelos básicos: o concentrado-principal e o difuso-incidental (AGRA, 2010).

A importação de um ou outro modelo podem ser explicadas pela história constitucional brasileira, na qual apenas na primeira Constituição republicana, em 1891, foi implantada alguma modalidade de controle de constitucionalidade, em sua modalidade difusa, no ato exercido pelo Supremo Tribunal Federal (antigo Supremo Tribunal de Justiça do Império), graças à influência do *judicial review* norte-americano trazido pelo célebre Ruy Barbosa. Contudo, neste momento, a importação da sistemática norte-americana não foi feita integralmente, posto que o postulado do *stare decisis*, que garantiria um mecanismo de uniformização das decisões, não foi adotado. Este erro, apenas foi corrigido após a outorga da Constituição de 1934, que instituiu um mecanismo da generalização dos efeitos do controle difuso, através suspensão da execução da norma declarada definitivamente inconstitucional pelo STF, após tal ser comunicado pelo Procurador-Geral da República (AGRA, 2010).

No que tange à modalidade abstrata, a primeira ação direta de controle do sistema apenas foi inaugurada com a Constituição de 1934, estabelecendo a Ação Interventiva para visando a proteção dos princípios sensíveis da federação. Posteriormente, com a Emenda Constitucional n. 16/1965 já realizada sob o vigor da Constituição de 1946 estabeleceu em primeira mão o controle abstrato de constitucionalidade das leis, com a introdução da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), notadamente influenciada pelo direito dos países europeus no ordenamento pátrio. Por fim, a partir da Constituição de 1988 foram introduzidas as maiores mudanças neste tocante, ao passo que criou a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), a Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) e a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), sem olvidar da ampliação do rol de legitimados para o ingresso das cinco ações de controle, conforme previsão do art. 103 da Constituição, o que era antes limitado ao PGR. Em sede de controle difuso de constitucionalidade, foi criado o *writt* constitucional denominado Mandado de Injunção cuja função, analogamente à ADO, é o combate à omissão legislativa infraconstitucional que impeça o exercício de direitos e garantias previstas na Carta (AGRA, 2010).

1.3 Formas de Controle de Constitucionalidade

Dentro da temática do controle de constitucionalidade a doutrina aborda diversas classificações para fins puramente didáticos, quanto ao momento da realização (preventivo ou repressivo), quanto à natureza do órgão (judicial ou político) quanto ao órgão judicial (difuso ou concentrado) e quanto ao modo (concentrado ou incidental).

1.3.1 Quanto à natureza do órgão de controle

Sobre a natureza do órgão a doutrina classifica como sendo político ou judicial.

O controle político consiste na análise e supressão de normas inconstitucionais deverão ser realizadas pelo próprio órgão legislativo. Neste contexto Luís Roberto Barroso dispõe:

A expressão controle político sugere o exercício da fiscalização de constitucionalidade por órgão que tenha essa natureza, normalmente ligado de modo direto ao Parlamento. Essa modalidade de controle costuma ser associada à experiência constitucional francesa. De fato, remonta ao período revolucionário o empenho em criar um órgão político de controle de constitucionalidade. Razões históricas e ideológicas levaram os franceses à desconfiança em relação ao poder dos juízes e dos tribunais, com a conseqüente adoção de um modelo rígido de separação de Poderes. Daí a rejeição à fórmula do controle judicial. (BARROSO, 2016, p.64).

O controle jurisdicional é a modalidade realizada pelo órgão que compõe o Poder Judiciário, como explica José Afonso da Silva:

O controle jurisdicional, generalizado hoje em dia, denominado *judicial review* nos Estados Unidos da América, é a faculdade que as constituições outorgam ao Poder Judiciário de declarar a inconstitucionalidade de leis e de outros atos do Poder Público que contrariem, formal ou materialmente, os preceitos e princípios constitucionais. (SILVA, 2015, p. 51).

Sobre o assunto, afirma Luís Roberto Barroso:

No Brasil, onde o controle de constitucionalidade é eminentemente de natureza judicial – isto é, cabe aos órgãos do Poder Judiciário a palavra final acerca da constitucionalidade ou não de uma norma -, existem, no entanto, diversas instâncias de controle político da constitucionalidade, tanto no âmbito do Poder Executivo -, e.g, rejeição de um projeto de lei pela Comissão de Constituição e Justiça da casa legislativa, por inconstitucionalidade. (BARROSO, 2016, p. 66).

Logo, o controle adotado no Brasil é o judicial, porém isso significa que o controle judicial prepondera ao político em nosso ordenamento.

1.3.2 Quanto ao momento de exercício do controle

Quanto ao momento de exercício analisaremos primeiro o controle preventivo que se antecipa a realização do ato com o objetivo de impedir a lei que obtenha o vício de inconstitucionalidade, entre no ordenamento jurídico e produza efeitos.

Controle prévio ou preventivo é aquele que se realiza anteriormente a conversão de um projeto de lei em lei e visa impedir que um ato inconstitucional entre em vigor. O órgão de controle, nesse caso, não declara a nulidade da medida, mas propõe a eliminação de eventuais inconstitucionalidades. (BARROSO, 2016, p. 67).

Já o controle repressivo é realizado posteriormente, quando a norma já produziu efeitos e passou despercebida no controle preventivo.

O controle repressivo de constitucionalidade (típico) se realiza após a conclusão definitiva do processo legislativo, com a finalidade de assegurar a supremacia constitucional, por meio da invalidação de leis e atos dos poderes públicos. (NOVELINO, 2013, p.235).

1.3.3 Quanto ao órgão judicial de controle

Esta forma de controle faz a distinção do tipo de controle realizado pelo Poder Judiciário por apenas um órgão ou por todos eles.

Esclarece Barroso (2016) que a origem do controle difuso é a mesma do controle judicial geral, advindo do caso emblemático *Marbury vs. Madison*, ocasião em que foi reconhecida a competência do próprio Poder Judiciário de revelar o sentido das leis, sobretudo, normas de caráter constitucional. De modo que, sendo a Constituição a lei das leis, haja vista sua supremacia, cabe a todos os juízes interpretá-la, e arremata dizendo:

Assim, na modalidade do controle difuso, também chamado de sistema americano, todos os órgãos judiciários, inferiores ou superiores, estaduais e federais, têm o poder e o dever de não aplicar as leis inconstitucionais nos casos levados a seu julgamento. (BARROSO, 2016, p. 70).

Já o controle concentrado adjudica competência para o exercício do controle de constitucionalidade a somente um órgão jurisdicional, a saber:

O controle concentrado (ou reservado) é exercido apenas por um determinado órgão judicial. Também denominado de sistema austríaco (ou sistema europeu), surgiu na Constituição da Áustria de 1920, por obra de *Hans Kelsen*, a pedido do governo daquele país. (NOVELINO, 2013, p. 242).

1.3.4 Quanto à forma ou modo de controle judicial

Como o controle de constitucionalidade brasileiro é misto, pode ser exercido para apreciação por via incidental, como também pode ser exercido para discutir a validade da lei também via principal.

Em relação à forma, o controle de constitucionalidade pode ser feito pela via de exceção ou incidental, onde, no bojo de uma demanda, como meio de defesa, apresenta-se a arguição de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo instaurada na causa de pedir. Isso quer dizer, logicamente, que a declaração de inconstitucionalidade da norma, por si só, é considerada uma questão prejudicial do pedido, logo, “por via de exceção, ou incidental, segundo o qual cabe ao demandado arguir a inconstitucionalidade, quando apresenta sua defesa num caso concreto.”(SILVA, 2015, p. 52).

Ademais, a arguição pode ser alegada tanto por quem foi demandado como por quem demanda.

O controle incidental é por vezes referido, também, como controle por via de exceção ou defesa, porque normalmente a inconstitucionalidade era invocada pela parte demandada, para escusar-se do cumprimento da norma que reputava inválida. Todavia, a inconstitucionalidade pode ser suscitada não apenas como tese de defesa, mas também como fundamento da pretensão do autor, o que se tornou mais frequente com a ampliação das ações de natureza constitucional, inclusive e notadamente pelo emprego do mandado de segurança, tanto individual como coletivo. (BARROSO, 2016, p. 72).

O controle abstrato ou por via principal é aquele em que a ação em si é o pedido de controle de constitucionalidade, ou seja, é a fundamentação daquilo que se pleiteia e sua apreciação pelo órgão competente faz coisa julgada material e nem é necessário uma lide entre partes, pois é um processo objetivo, ao contrário do controle concreto, visto anteriormente.

Já o controle de constitucionalidade principal é aquele em que o vício de inconstitucionalidade é trazido como questão principal em sede de ação direta de controle de constitucionalidade, como questão que deve ser decidida (como objeto de julgamento) e não somente conhecida. (DIDIER JUNIOR, 2013, p. 461).

Em outros termos, significa que no *controle abstrato* estar-se diante de uma questão de direito, de modo a verificar a compatibilidade entre o ato e a norma parâmetro. E no controle concreto estar-se diante de uma questão de fato, onde são analisadas as particularidades do caso apresentando pelo autor no confronto com as normas constitucionais.

2 CAPITULO II – O CONTROLE CONCENTRADO E DIFUSO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 adotou no sistema jurisdicional de controle de constitucionalidade tanto a via concentrada quanto a difusa. Neste capítulo o estudo será aprofundado em cada uma delas, observando seu conceito, competência e efeitos.

2.1 Controle Concentrado

Como visto anteriormente, este tipo de controle teve origem na Áustria, em 1920 com as ideias do jurista Hans Kelsen que entendia que a fiscalização da validade das leis representava tarefa especial, autônoma, que não deveria ser conferida a todos os membros do Poder Judiciário, já encarregados de exercerem a jurisdição, mas somente a uma Corte Constitucional, que deveria desempenhar exclusivamente essa função. Tal instituto surgiu no ordenamento jurídico brasileiro com o advento da Emenda Constitucional nº16/1965 (BRASIL, 1965), que conferiu ao Supremo Tribunal Federal competência para processar e julgar originariamente a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual. (PAULO, 2018, p.707)

São cinco espécies de controle concentrado consagradas pela Constituição Federal de 1988, em nosso ordenamento jurídico pátrio, quais sejam: Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica - ADI - prevista no art.102, I, “a”; Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF - prevista no art. 102, §1.º; Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão - ADO - prevista no art.103, §2.º; Representação Interventiva - IF - prevista no art.36, III, c/c art.34, VII; e Ação Declaratória de Constitucionalidade - ADC - prevista no art. 102, I, “a”.

2.1.1 Conceito

A respeito, Canotilho (1993) ensina que se trata de especial função de controlar, de forma abstrata e concentrada, a constitucionalidade das leis, independentemente da existência de casos concretos submetidos aos tribunais, onde se suscitasse a aplicação prática da lei impugnada como inconstitucional.

Dentro da dinâmica do controle concentrado, há fuga a ideia tradicional de solução de conflitos, e posições antagônicas das partes, este expediente deve ser encarado como um exercício atípico de jurisdição, posto inexistir qualquer litígio ou situação concreta que mereça tutela do Poder Judiciário. Aqui se busca um pronunciamento acerca da própria lei, enquanto parte integrante de um sistema normativo harmônico. As ações do controle concentrado visam primordialmente defender a supremacia constitucional e a proteção de todo o ordenamento. (BARROSO, 2016).

Oportuno difundir as lições de Paulo Bonavides (2013) que aponta como principal característica do controle concentrado seu caráter extremamente energético e agressivo, em razão da natureza fulminante da ação direta. Sendo, portanto, meio idôneo para impugnar de imediato à lei inquinada de vício de inconstitucionalidade, a qual poderá perder sua validade constitucional e conseqüentemente ser anulada *erga omnes*.

2.1.2 Competência

Sobre o controle concentrado é preciso informar ainda, que - ao contrário do por via de exceção, que permite a qualquer pessoa dentro de um processo arguir a inconstitucionalidade de lei - só é outorgada legitimidade a certas pessoas para provocar o Supremo Tribunal Federal a declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

A previsão do controle concentrado está disposta dentro das competências deferidas pela CRFB/88 ao Supremo Tribunal Federal, *in litteris*:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; § 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. (BRASIL, 1988).

Destarte, o art. 103 da Constituição da República enumera rol taxativo dos legitimados a propor as ações do controle abstrato, *in verbis*:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de

Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. (BRASIL, 1988).

Em relação à legitimidade para propor as ações, Paulo Bonavides (2013) salienta que o controle de constitucionalidade na via direta é pensado para resolver os conflitos entre os poderes públicos. Afirma que esta característica, presente em alguns sistemas constitucionais, limita a atuação da iniciativa individual, conferindo a apenas algumas autoridades públicas. E acrescenta ser plenamente possível, dentro de um sistema democrático, permitir a todos os cidadãos deflagrar o controle pela via de ação.

2.1.3 Efeitos

Em regra, os efeitos da decisão em sede de controle concentrado de constitucionalidade é *erga omnes*, *ex tunc* e vinculante. Isso apenas, frisa-se, em regra, pois é permitido, por exemplo, na ADI genérica e na ADPF que os efeitos sejam *ex nunc*, conforme art. 27 da Lei 9.868/99 e art. 11 da Lei 9882/99, respectivamente.

Por efeito *ex tunc* entende-se aquele que retroage à origem da norma impugnada, enquanto que a eficácia *erga omnes* indica que todas as pessoas serão alcançadas pela decisão judicial. Por fim, o efeito é vinculante porque obriga, vincula, todos os órgãos do Poder Judiciário e também a Administração Pública direta e indireta da União, dos Estados, do DF e dos Municípios.

Outra observação a ser feita com relação aos efeitos, é que não vincularão nem o Poder Legislativo e nem o próprio STF.

Por fim, quanto se tratar de medida cautelar, os efeitos serão *erga omnes*, porém *ex nunc*, sendo que, se assim entender o Tribunal, poder-se-á dar efeitos *ex tunc* (exceção prevista somente para a cautelar de ADI, art. 11, § 1º, lei 9.868/99).

Examinados os principais contornos do controle de constitucionalidade no Brasil, passa-se, no capítulo seguinte, ao estudo do tema central do presente trabalho.

2.2 Controle Difuso

O controle difuso é aquele que ocorre incidentalmente em um caso concreto. Pede-se algo ao juízo, fundamentando-se na inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, ou seja, a alegação de inconstitucionalidade será a causa de pedir processual. Essa declaração de inconstitucionalidade não é o objeto principal da ação.

No Brasil, apenas com a promulgação da Constituição Republicana de 1.891 foi introduzido o sistema de controle difuso de constitucionalidade das leis, que nasceu basicamente em razão da influência do direito norte americano. Resumidamente, o sistema é difuso (via incidental) porque exercido por qualquer juiz ou tribunal.

2.2.1 Conceito

O controle difuso é feito num caso concreto onde alguém pede a tutela de um direito subjetivo e surge uma questão incidental de saber se uma lei é válida. E se a lei for inválida, excepciona-se a sua aplicação. É conhecido também como controle aberto, pois não fica circunscrito a um único órgão, mas, ao contrário, é possível a qualquer juiz ou tribunal exercê-lo conforme será explanado adiante. Assim, controle difuso é aquele que ocorre incidentalmente em um caso concreto.

A via de exceção no sistema brasileiro, pontua Barroso (2016), sem criticar o controle concentrado, é o único meio disponível de acesso do cidadão comum a jurisdição constitucional na defesa de seus direitos subjetivos fundamentais. Pelo critério difuso, tanto autor, como réu, podem arguir a inconstitucionalidade no curso da ação, e, além deles, o Ministério Público, terceiro interessado e o próprio órgão julgador. Pede-se algo ao juízo, fundamentando-se na inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, ou seja, a alegação de inconstitucionalidade será a causa de pedir processual. Essa declaração de inconstitucionalidade não é o objeto principal da ação.

De acordo com o STF, o controle jurisdicional prévio ou preventivo de constitucionalidade sobre projeto de lei ainda em trâmite somente pode ocorrer de modo incidental, na via de exceção ou defesa.

O procedimento da declaração incidental de inconstitucionalidade é regido pelos artigos 480, 481 e 482 do CPC.

Pode-se concluir, portanto, que controle difuso de constitucionalidade é a

prerrogativa de qualquer juiz ou tribunal do país verificar, dentro de um caso concreto, se a norma que concede direitos ou obrigações às partes mostra-se compatível com a Constituição.

2.2.2 Competência

A teor da legitimidade para arguição da inconstitucionalidade e sobre a expressão “exceção”, recorrente no estudo do controle difuso, Uadi Lammêgo Bulos adverte o seguinte:

Cumprе ressaltar que, se tomada ao pé da letra, a terminologia via de exceção, como meio de designar o controle difuso, apresenta impropriedades. Exceção é a defesa oposta pelo réu. Ora, em sede de controle difuso nem sempre é o réu quem levanta a questão prévia de inconstitucionalidade. Até o juiz, de ofício, e no caso concreto, pode suscitar a prejudicial, afastando a aplicabilidade da norma inconstitucional. (BULOS, 2015, p. 205).

A questão de constitucionalidade pode ser suscitada pelas partes do processo, pelo representante do Ministério Público, por eventuais terceiros admitidos no feito e até mesmo ex officio pelo juiz ou tribunal.

O que deve restar claro é que o exercício do controle difuso, afirma Alexandre Moraes (2012), está restrito a um caso concreto a ser decidido pelo Poder Judiciário, onde, incidentalmente, deverá decidir pela inconstitucionalidade ou não da lei ou ato normativo. E nesse expediente, declara a incompatibilidade apenas para o deslinde do caso, como questão prejudicial, o juízo cognitivo não integra, portanto, o dispositivo da decisão, tão somente sua fundamentação. Entendimento contido também nas lições de Gilmar Mendes:

Assim, a característica fundamental do controle concreto ou incidental de normas parece ser o seu desenvolvimento inicial no curso de um processo, no qual a questão constitucional configura antecedente lógico e necessário à declaração judicial que há de versar sobre a existência ou inexistência de relação jurídica. (MENDES, 2015, p. 1108).

Não se deve olvidar também da regra da reserva de plenário esculpida no art. 97, da atual Constituição brasileira que prevê ser indispensável nas declarações de inconstitucionalidade, por órgãos colegiados (tribunais), o alcance da maioria absoluta dos votos, “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a

inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.” (BRASIL, 1988). Assim, quando no curso de um processo for arguida a inconstitucionalidade de alguma lei, os órgãos fracionários devem paralisar o julgamento e remeter a arguição de inconstitucionalidade ao pleno ou ao órgão especial, para que estes possam decidir sobre a constitucionalidade ou não.

Cumprido informar que nem sempre a regra da reserva de plenário é de observância obrigatória, o STF, dentro de uma leitura teleológica do art. 97 da CF, tem entendido que, havendo pronunciamento anterior sobre a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo pelo próprio STF ou já tendo pronunciamento pelo mesmo tribunal inferior sobre a inconstitucionalidade da lei ou ato; é facultado ao juiz monocrático ou órgão fracionário decidir, seguindo a mesma orientação. (MORAES, 2012).

Portanto, a partir do momento em que já houver decisão do plenário ou do órgão especial do respectivo tribunal, ou do plenário do STF, não há mais que se falar em cláusula de reserva de plenário, passando os órgãos fracionários a dispor de competência para proclamar, eles próprios, a inconstitucionalidade da lei. (PAULO, 2008, p.735).

2.2.3 Efeitos

Em regra, a sentença que determina a inconstitucionalidade de uma lei no controle difuso, produz efeitos *ex tunc* e *inter partes* (ainda que proferida pelo STF). Assim, por se tratar de incidente processual e por não haver a formação de um processo específico para se discutir a constitucionalidade da lei ou ato normativo a decisão faz coisa julgada apenas para as partes e a lei torna-se nula de pleno direito para o caso concreto. Em outras palavras, por efeito *ex tunc* entenda-se que a lei é declarada inconstitucional desde sua origem e não da decisão judicial, já a eficácia *inter partes* implica dizer que somente as partes serão alcançadas pela decisão judicial, que, vale dizer, não alcança as pessoas que não participaram do processo, ainda que estejam na mesma situação dos litigantes. (LENZA, 2014, p. 314)

Todavia, tal decisão poderá produzir efeitos erga omnes, desde que o Senado Federal “suspenda a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional

por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”, conforme determina a Constituição Federal, em seu artigo 52, inciso X.

Percebe-se, pois, que o Senado Federal, embora integrante do Poder Legislativo Federal, não possui a prerrogativa de revogar a norma declarada inconstitucional, pois tal medida dependeria de processo legislativo típico, nos termos constitucionais.

Assim, a Casa Legislativa somente suspende a eficácia da norma, que permanece vigente, mas destituída de eficácia. A partir da Resolução do Senado Federal, a declaração de inconstitucionalidade passa a operar efeitos perante todos os indivíduos e casos que se enquadrem em sua previsão. Diz-se, portanto, que os efeitos passam a ser erga omnes.

Inobstante, chegando exatamente no ponto nodal de presente trabalho, o STF já manifestou em determinados casos que, mesmo no controle difuso, os efeitos poderão ser *ex nunc* ou *pro futuro*, conforme apresentaremos abaixo ao entrar na teoria da abstrativização do controle difuso.

2.2.4 Papel do Senado Federal

Conforme já mencionado, o controle de constitucionalidade no modelo difuso restringe-se ao caso concreto. Neste caso o Supremo Tribunal Federal, como guardião da constituição decide de forma definitiva a lide, e eventual declaração incidental de inconstitucionalidade deverá ser comunicada ao Senado Federal para que promova a suspensão do ato normativo impugnado.

Dispõe o art. 52, X, da CF/88:

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. (BRASIL, 1998)

Percebe-se pela literalidade do dispositivo acima que o controle de constitucionalidade difuso somente se aperfeiçoa para a sociedade como um todo após a atuação do Senado Federal. Antes da resolução senatorial a lei impugnada continua a ser aplicada nos demais casos concretos. A suspensão pelo Senado Federal representa uma verdadeira condição de eficácia para extensão dos efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal.

É de suma importância a discussão doutrinária sobre a atribuição do Senado de suspender a execução da lei ser discricionária ou vinculada. Temos entendimentos em sentido oposto, porém, a doutrina majoritária entende que o Senado Federal não está obrigado a editar resolução suspensiva da norma declarada inconstitucional. No entendimento do doutrinador Pedro Lenza:

Deve-se, pois, entender que o Senado Federal não está obrigado a suspender a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Trata-se de discricionariedade política, tendo o Senado Federal total liberdade para cumprir o art. 52, X, da CF/88. Caso contrário, estaríamos diante de afronta ao princípio da separação de Poderes. (LENZA, 2015, p. 278)

No mesmo pensamento de Pedro Lenza, o ministro Alexandre de Moraes dispõe que:

Ocorre que tanto o Supremo Tribunal Federal, quanto o Senado Federal, entendem que esse não está obrigado a proceder à edição da resolução suspensiva do ato estatal cuja inconstitucionalidade, em caráter irrecorrível, foi declarada in concreto pelo Supremo Tribunal; sendo, pois, ato discricionário do Poder Legislativo, classificado como deliberação essencialmente política, de alcance normativo (MORAES, 2016, p.738)

Portanto, entende-se, que o Senado não está compelido a suspender a execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, podendo fazê-lo de acordo com oportunidade e conveniência para praticar tal ato. Entretanto, se o Senado Federal, discricionariamente, editar a resolução suspendendo no todo ou em parte lei declarada, incidentalmente, inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, terá exaurido sua competência constitucional, não havendo possibilidade, a posteriori, de alterar seu entendimento, para tornar sem efeito ou mesmo modificar o sentido da resolução. (VICENTE, MARCELO, 2015)

De igual forma temos que observar que o Senado Federal não pode ampliar nem restringir a decisão da Suprema Corte. Dessa forma, o Senado deve limitar-se à declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Egrégio Tribunal. Percebe-se, pois, que apesar de ser livre para suspender a execução da lei, se decidir por fazê-lo o Senado respeitar todo o teor da decisão do Tribunal. (LENZA, 2015)

Assim sendo, o trecho “suspender em parte”, inserido no artigo 52, X da Constituição, diz respeito à decisão proferida pelo Supremo Tribunal. Assim, se a Corte declara inconstitucional apenas uma parte da lei, o Senado suspenderá somente essa parte. Em contrapartida, se o Tribunal declarar a inconstitucionalidade da lei por completo, o Senado promoverá a suspensão da lei “no todo”.

Deve-se entender que o Senado Federal não é obrigado a suspender a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Pois é uma discricionariedade política, tendo o Senado Federal total liberdade para cumprir o art. 52, X, da CF/88. Caso contrário, estaríamos diante de afronta ao princípio da separação de Poderes. (LENZA, 2015)

Porém, toda esta discussão acerca da atuação do Senado Federal no controle difuso é posta em dúvida a partir dos votos proferidos pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau na Reclamação 4.335/AC, pois ambos passaram a sustentar que a participação daquela casa legislativa se tornou desnecessária diante da atual conjuntura do ordenamento constitucional. Assim sendo, qualquer decisão do plenário da Corte acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade, proferida no controle difuso, teria efeitos vinculantes e eficácia *erga omnes*.

É esse o tema que passa a ser objeto do próximo capítulo.

3 CAPÍTULO III – ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

Apresentados os conceitos básicos do controle de constitucionalidade, passa-se ao estudo da abstrativização, objetivo maior do presente trabalho.

3.1 A abstrativização

Os efeitos da decisão que envolvam o direito particular, transgredido por ato ilegal da legislatura ou do executivo, alcançam somente as partes do processo, produzindo o efeito *inter partes*, decidindo *in casu* o direito pessoal, não se estendendo a todos, isto é, não possuindo o efeito *erga omnes*.

Assim, nos termos da legislação constitucional pátria, para garantir a extensão dos efeitos dessa decisão, seria necessária resolução do Senado Federal, que suspenderia a execução da lei, invalidando, em definitivo, a sua eficácia

Dessa forma, a decisão do controle de constitucionalidade produz efeito *erga omnes* somente para o controle concentrado e para a súmula vinculante, conforme os ditames da Emenda Constitucional n.45/2004.

Sob as lentes do controle difuso, nos moldes da regra do art.52, inciso X, da CRFB/88, apenas se aplicaria o efeito *erga omnes*, depois da atuação discricionária e política do Senado Federal, que muitas vezes é postergado, e acaba por não ser realizado.

Todavia, como se há de verificar, recentemente, tem-se percebido uma aproximação dos efeitos do controle difuso em relação aos proferidos no controle concentrado. É uma tendência da jurisprudência do STF atribuir efeitos *erga omnes* às decisões proferidas em controle difuso.

Sobre a comparação dos modelos, Alessandra Aparecido Calvoso Gomes Pignatari apresenta o seguinte entendimento:

Até bem pouco tempo atrás, seria possível afirmar que, sob a ótica da eficácia subjetiva das decisões, o controle incidental, difuso e concreto se associa exclusivamente a efeitos *inter partes*, ao passo que, na fiscalização principal, concentrada e abstrata, os efeitos se consagram *erga omnes*. Esse cenário apresenta alterações, não mais sendo possível adotar com rigidez tal ordem de ideias. (PIGNATARI, 2012, p. 46)

Essa corrente teórico-jurisprudencial defende que a declaração de inconstitucionalidade proferida incidentalmente no controle concreto ou difuso de

constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, por si só, tem eficácia vinculante sobre os demais órgãos do Poder Judiciário e *erga omnes*, independentemente da edição de resolução senatorial suspendendo a execução do ato normativo declarado inconstitucional, nos termos do art. 52, X, da Constituição Federal, pois essa atribuição do Senado seria de mero efeito de publicidade. É justamente esse processo de equiparação das decisões nos diferentes modelos de controle de constitucionalidade exercidos no ordenamento jurídico pátrio que trata a Teoria da Abstrativização, que será analisada nesse capítulo. (GOMES, 2010)

3.2 A mudança interpretativa que o artigo 52, X da CRFB/88 sofreu

O art. 52, X da CRFB/88 sofreu um processo de alteração que se dá por meio da interpretação, isto é, um processo informal pela qual se altera o sentido do texto constitucional sem que haja alteração das palavras nele contidas.

Nessa mesma linha de pensamento Paulo Gustavo Gonet Branco ensina que:

Ocorre que, por vezes, em virtude de uma evolução na situação de fato sobre a qual incide a norma, ou ainda por força de uma nova visão jurídica que passa a predominar na sociedade, a Constituição muda, sem que as suas palavras hajam sofrido modificação alguma. O texto é o mesmo, mas o sentido que lhe é atribuído é outro. Como a norma não se confunde com o texto, repara-se, aí, uma mudança da norma, mantido o texto. Quando isso ocorre no âmbito constitucional, fala-se em mutação constitucional (BRANCO, 2012, p. 169)

O hermeneuta, observando os aspectos históricos, as ideologias, as realidades sociais do Estado, bem como, suas premissas econômicas e políticas, deliberará o real significado do texto constitucional. A apreciação da norma deverá levar em consideração todo o sistema.

Diante de um caso de contradição entre normas, buscar-se-á a elucidação do aparente conflito por meio de uma interpretação sistemática

Logo vemos que a previsão de suspensão pelo Senado Federal surgiu na Constituição brasileira de 1934. Quando o controle de constitucionalidade era fundamentalmente concreto, razão pela qual o ato senatorial era *conditio sine qua non* para realizar a ampliação dos efeitos, uma vez que, em virtude da separação dos poderes, o órgão responsável pelas criações das leis deveria ser o mesmo com a atribuição para remove-las do ordenamento jurídico. Assim, o objetivo do dispositivo era de impedir a interferência de um Poder em outro, por essa razão, o ministro Gilmar

Mendes entende que naquela época o artigo 52, X da CRFB/88 se justificava. (MENDES, 2015)

O ministro Gilmar Mendes dispõe que havia uma forte defesa ao conceito de separação de poderes, e apenas em casos excepcionais o Supremo poderia remover leis consideradas inconstitucionais e na época só era possível uma ação direta de inconstitucionalidade impetrada pelo Procurador Geral da República. Porém, com a CRFB/88, foi aumentado o rol de legitimados para a propositura de ações de inconstitucionalidade, bem como aumentou os tipos de ações em sede de controle abstrato. (MENDES, 2015)

Em todo o histórico do instituto, o Senado Federal foi inerte em exercer o seu papel, tal qual determina o comando constitucional. Sendo assim, esse instituto, que já tem sido considerado anacrônico, começou a ser visto como desabilitado uma vez que o Senado não exerce sua atribuição para suspender a execução das leis.

A autora Nathália Masson reafirma esse contexto na passagem abaixo, mencionando que:

Para se ter uma noção do cuidado que o Senado Federal reserva à atuação que no irem anterior escudamos, basta verificar que a última Resolução que o órgão legislativo editou em cumprimento a atribuição constante do art. 52, X, CF/88 foi a de nº 81, de 1996, que suspendeu a execução do art. 2º, §§ 1º, 2º e 3º, da Lei nº 7.588/1989, de Santa Catarina. Essa letargia do Senado Federal traz descrédito para a fórmula originalmente pensada pela Constituição de 1934 para promover a ampliação dos efeitos subjetivos das decisões de inconstitucionalidade prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal no controle difuso. Uma coisa é certa: se o órgão não tem executado com empenho e dedicação a atribuição que lhe foi concedida, a finalidade constitucional não tem sido alcançada. Descarte, ao invés de a norma declarada inconstitucional pelo STF no controle difuso ter sua execução suspensa pelo Senado - a fim de impedir que o Judiciário seja tomado de ações idênticas, evitando-se, com isso, a absurda morosidade e, pior, as decisões judiciais conflitantes, que desabonam a prestação jurisdicional -, o que se tem visto é a completa desconsideração por parte do órgão para com esta tarefa, o que compromete o propósito constitucional de efetivar, por esta via, princípios constitucionais básicos, tais como a segurança jurídica e, sobretudo, a isonomia. (MASSON, 2016, p. 1083)

Tal inércia do Senado Federal vai de encontro com o entendimento da tese que o instituto sofreu uma mudança em sua interpretação, uma vez que, ultrapassado, ele encontra-se mantido em nosso ordenamento por mera consideração histórica.

O objetivo com a nova interpretação do art. 52, X da CRFB/88 é a celeridade processual, de forma que não seja necessário que demandas com a mesma matéria sejam julgadas nas instâncias do Poder Judiciário para que seja reconhecida a sua inconstitucionalidade. Pois, a Suprema Corte entendendo pela inconstitucionalidade

de determinado ato normativo, quando proferir decisão de eficácia geral, encerrará qualquer possibilidade de ajuizamento de demandas sobre o mesmo tema que já tenha sido decidido.

Para ficar bem assentada a ideia da mutação constitucional em relação à atuação do Senado Federal, vale transcrever o entendimento do ministro Gilmar Mendes:

A multiplicação de processos idênticos no sistema difuso – notória após 1988 – deve ter contribuído, igualmente, para que a Corte percebesse a necessidade de atualização do aludido instituto. Nesse contexto, assume relevo a decisão que afirmou a dispensabilidade de se submeter a questão constitucional ao Plenário de qualquer Tribunal se o Supremo Tribunal já se tiver manifestado pela inconstitucionalidade do diploma.... 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 inconstitucional, esta 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. (MENDES, 2010, p. 17)

Com isso, em síntese, busca-se ler o art. 52, X, CF, com a seguinte redação: compete privativamente ao Senado Federal publicar a lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF.

Os defensores da teoria da abstrativização, como os ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, defendem que não atribuir às decisões do STF os efeitos erga omnes e vinculantes seria transformar o plenário da Corte do Supremo simplesmente em mais uma instância recursal, o que não se coaduna com o seu papel de guardião da Constituição. Segundo Gilmar Mendes, o próprio instituto da súmula vinculante (EC nº 45), reforça a ideia da superação do art. 52, X, CF, na medida em que permite aferir a inconstitucionalidade de determinada orientação pelo próprio Tribunal sem qualquer interferência do Senado Federal. (MENDES, 2015)

Lado outro, existe outra corrente doutrinária que defende que não há nenhuma nova interpretação ao dispositivo constitucional. Ou seja, para este entendimento a participação do Senado Federal no controle difuso continua sendo de suma importância, uma vez que sua participação representa um exercício democrático. Neste sentido, explica o jurista Lênio Streck:

Mas o modelo de participação democrática no controle difuso também se dá, de forma indireta, pela atribuição constitucional deixada ao Senado Federal. Excluir a competência do Senado Federal – ou conferir-lhe apenas um caráter de tornar público o entendimento do Supremo Tribunal Federal – significa reduzir as atribuições do Senado Federal à de uma secretaria de divulgação

intra-legislativa das decisões do Supremo Tribunal Federal; significa, por fim, retirar do processo de controle difuso qualquer possibilidade de chancela dos representantes do povo deste referido processo, o que não parece ser sequer sugerido pela Constituição da República de 1988 (STRECK, 2017)

Na visão desta corrente, tal mudança na interpretação do dispositivo fere princípios constitucionais, como o devido processo legal, ampla defesa e a separação dos poderes, pois o Senado teria a mera função de divulgador das decisões do Supremo, bem como estaria ampliando os efeitos de uma decisão a quem não participou do processo.

Não é negado que o princípio da separação dos poderes foi tem concepção diferente daquela existente no momento em que a competência senatorial foi criada. Hoje os três poderes possuem uma atuação maior nas funções atípicas, porém, isso não significa a diminuição de uma função constitucional atribuída. Sendo assim, não é aceitável que do Senado Federal seja retirado do rol de suas competências estabelecidas pelo constituinte, a suspensão no todo ou em parte norma declarada inconstitucional pela Suprema Corte.

Podemos perceber que, o exercício da jurisdição constitucional pelo Supremo Tribunal Federal teria ultrapassado os limites semânticos pré-estabelecidos do texto constitucional, acarretando em um resultado não comportado pelo art. 52, X da CRFB/88.

Nesse sentido, Lênio Streck completa o pensamento anterior:

Ora, um tribunal não pode mudar a constituição; um tribunal não pode “inventar” o direito: este não é seu legítimo papel como poder jurisdicional, numa democracia. A atividade jurisdicional, mesmo a das cortes constitucionais, não é legislativa, muito menos constituinte. (STRECK, 2017)

Uadi Lammêgo Bulos que possui o mesmo entendimento dispõe:

Na realidade, o que aconteceu com o art. 52, X, da Constituição de 1988 foi a sua inadequação em face das transformações do fato social cambiante, acarretando-lhe desuso, e não mutação constitucional. Desuso é a não aplicação ou desobediência de uma norma, sem que haja criação de outra que se lhe oponha, em virtude de sua inadequabilidade social. Mas nem todo desuso acarreta mutação constitucional. Há casos em que o desuso modifica, informalmente, as normas constitucionais, sem, contudo, alterar-lhes uma vírgula sequer. A recíproca também é verdadeira, pois pode haver desuso sem mutação constitucional. O art. 52, X, do Texto de 1988, por exemplo, não sofreu qualquer mutação constitucional, embora esteja passando por um lento e gradual processo de desuso, haja vista sua inadequabilidade social, algo que, ao nosso sentir, não constitui uma verdadeira reforma da Constituição sem expressa mudança do texto. (BULOS, 2015, p. 233)

Apesar do STF exercer papel de grande importância com sua função jurisdicional ele não pode extrapolar a vontade do constituinte originário ou derivado. O dever primário é de interpretar as normas e dizer o direito a ser aplicado no caso concreto e sempre evitando exorbitar sua função. Tendo em vista essas considerações, se faz necessário destacar que, para a corrente majoritária, admitir a interpretação diferente sem mudança formal do artigo 52 X da Constituição de 1988 é o mesmo que autorizar ao Supremo Tribunal que realize Emendas Constitucionais de maneira antidemocrática, uma vez que, além de exercer seu papel de Judiciário, passa a atuar como constituinte.

Nesse sentido temos as palavras de Nathalia Masson:

Em que pese reconhecemos que a outorga ao Senado Federal da competência para a suspensão da execução da lei tem se tornado cada vez mais ultrapassada e sem sentido, entendemos que combatê-la por meio de um esforço interpretativo que contraria indiscutivelmente a literalidade do dispositivo constitucional, é inadequado. Primeiro porque, em nossa leitura, a única maneira de promover uma superação da tarefa do Senado é a modificação do próprio texto constitucional, por meio do mecanismo de reforma constitucional, engendrado nos termos e limites do art. 60, CF/88. (MASSON, 2016, p.1085)

Embora ainda que haja divergências sobre a ocorrência de nova interpretação constitucional, certo é que há, atualmente, uma abstrativização do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro. Isso porque a criação dos institutos da súmula vinculante e da repercussão geral em recurso extraordinário constatou o fenômeno da objetivação das questões decididas no Supremo, independente da mutação constitucional do inciso X do art. 52 da Constituição Federal. Institutos esses que serão abordados no tópico seguinte.

3.3 A súmulas vinculantes e a repercussão geral no recurso extraordinário

A abstrativização tem se materializado em dois campos: legislativo e jurisprudencial. Neste momento trataremos do campo legislativo analisando o instituto das súmulas vinculantes e do RE, e em seguida o campo jurisprudencial, analisando a Reclamação 4.335-5/AC.

A emenda constitucional nº 45 instituiu em nosso direito a súmula vinculante, regulamentada pela Lei 11.417/2006. Assim estabelece a CF:

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.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. (BRASIL, 1988)

Temos que destacar que o instituto da súmula vinculante corrobora para a objetivação do controle de constitucionalidade, pois este aproxima cada vez mais sua modalidade concreta, em regra, *inter partes* e típica do sistema romano-germânico, à abstrata, com efeito *erga omnes*, presente na *common law*.

Nesse sentido afirma Alexandre de Moraes:

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, 2016, p. 1139)

Portanto, a súmula vinculante tem o condão de fazer vincular a jurisprudência pacificada no âmbito do Supremo Tribunal Federal sobre matéria constitucional para evitar ambiente de grave insegurança jurídica e aumento do número de demanda sobre matéria idêntica. A força das súmulas vinculantes limita a atuação dos Magistrados e Administradores Públicos, ao retirar sua liberdade, obrigando-os acatar e seguir o seu teor pautado no entendimento da Corte Suprema, além de vincular também a todos os jurisdicionados.

Em que pese o indubitável apelo do constituinte derivado de garantir economia, certeza e celeridade processual, pela via colateral, acaba por dar mais expressividade ao controle abstrato de constitucionalidade exercido pelo STF, em detrimento do controle difuso. Pois, de certa forma, há inegável esvaziamento do poder do juiz natural debruçar-se sobre questões constitucionais. (BEÇAK, 2008).

Ao passo que ao conferir efeito vinculante, elemento característico do controle

abstrato de normas, o legislador tende a diminuir o exercício do controle difuso, como aduz Novelino (2013, p. 249): “O efeito vinculante, típico do controle abstrato, conferido a um enunciado de súmula aprovado a partir de reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aponta para uma tendência de abstrativização.”

Quanto ao recuso extraordinário e a repercussão geral como requisito de admissibilidade, passaremos a trabalhar a partir deste momento.

O Supremo Tribunal Federal pode atuar no controle concreto como órgão revisor das decisões incidentais proferidas pelos órgãos inferiores do Poder Judiciário nos casos concretos, por meio do recurso ordinário ou do recurso extraordinário. Contudo, considerando as hipóteses de julgamento de recursos ordinários (art. 102, II CRFB/88), o controle concreto no Supremo Tribunal Federal é normalmente exercido em sede de recurso extraordinário.

Sendo assim, a CRFB/88 dispõe em seu artigo 102, que a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

Art. 102, III, a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (BRASIL, 1998)

Afora presente requisitos de admissibilidade outros, aqui caberá apenas a análise do requisito introduzido pela Emenda nº 45/2004, na qual ficou estabelecido que para o recurso extraordinário ser conhecido pela Corte Maior deve a parte interessada demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas, a teor do que disciplina o art. 102, § 3º, da CRFB/88:

Art. 102, § 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. (BRASIL, 1988).

A comprovação da existência de repercussão geral é ônus que cabe ao recorrente, norma também prevista e regulamentada no art. 1.035 do Código de Processo Civil. Nesse sentido, é inegável que o requisito visa, *prima facie*, restringir o acesso da jurisdição constitucional do STF, de certo que faculta a corte filtrar os recursos interpostos, apenas pra conhecer questões que considere de profunda relevância constitucional. (THEODORO JÚNIOR, 2016).

Contudo, para o doutrinador Novelino, a necessidade da repercussão geral serve para mostrar que o recurso extraordinário se tornou uma forma de controle

objetivo de constitucionalidade:

[...] a exigência da demonstração da repercussão geral das questões constitucionalmente discutidas no recurso extraordinário, como requisito intrínseco de admissibilidade recursal, demonstra que o recurso extraordinário vem perdendo seu caráter eminentemente subjetivo, para assumir um papel de defesa da ordem constitucional objetiva. (NOVELINO, 2013, p. 249)

Analisando a jurisprudência do STF, no julgamento de recursos extraordinários, Marcelo Novelino inclina-se a considerar haver prevalecido tese da necessidade de vinculação dos órgãos judiciários de base:

O STF adotou entendimento de que as decisões proferidas no Plenário do Tribunal quando do julgamento de recursos extraordinários com repercussão geral vinculam os demais órgãos do Poder Judiciário na solução, por estes, e de outros feitos sobre idêntica controvérsia. (NOVELINO, 2013, p. 249).

Assim também, é lícito dizer que os pronunciamentos do plenário do STF a respeito de repercussão geral de determinada matéria deve vincular os demais órgãos de judicatura, considerando a tendência de transformação do recurso extraordinário em instrumento de controle difuso e abstrato de constitucionalidade. (CUNHA; DIDIER JUNIOR, 2013).

Como se vê, é notório que os institutos da súmula vinculante e da repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário são ferramentas concretas que aproximam claramente o sistema difuso do abstrato, pois suas decisões ultrapassam os interesses subjetivos da causa.

3.4 Análise da Reclamação 4.335-5/AC

O Supremo Tribunal Federal, em 23 de fevereiro de 2006, julgou o Habeas Corpus nº 82.959/SP em que foi declarada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º da lei 8.072/1990 que vedava a progressão de regime para os condenados pela prática de crimes hediondos ou equiparados. A Corte entendeu que a vedação à progressão de regime constante da “lei de crimes hediondos” violava o princípio da individualização da pena presente no artigo 5º, XLVI da Constituição Federal. Assim, foi concedida a ordem para que o paciente tivesse direito à progressão no regime de cumprimento da pena. Segue a ementa da decisão proferida:

PENA – REGIME DE CUMPRIMENTO – PROGRESSÃO – RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semiaberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que,

mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA – CRIMES HEDIONDOS – REGIME DE CUMPRIMENTO – PROGRESSÃO – ÓBICE – ARTIGO 2º, §1º, DA LEI N. 8.072/90 – INCONSTITUCIONALIDADE – EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena – artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal – a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90. (BRASIL, 2006, p.510)

A partir daquele precedente (HC 82.959/SP) a Defensoria Pública da União requereu junto ao Juízo de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco/AC que fosse concedido o mesmo benefício aos seus assistidos, qual seja, o direito à progressão de regime, pois o óbice constante da lei 8.072/1990 havia sido declarado inconstitucional pelo plenário do Supremo Tribunal Federal.

Por outro lado, o juiz da Vara de Execuções Penais de Rio Branco/Acre, indeferiu o pedido de progressão de regime argumentando que a decisão da Suprema Corte havia sido realizada no bojo de um caso concreto. Em outras palavras, para que o referido disposto fosse considerado inconstitucional para toda coletividade é necessário a atuação do Senado Federal suspendendo a sua execução, conforme o art. 52, X da Constituição da República.

O juiz indeferiu o pedido sob a seguinte justificativa:

Conquanto o Plenário do Supremo Tribunal, em maioria apertada (6 votos x 5 votos), tenha declarado '*incidenter tantum*' a inconstitucionalidade do art. 2.º, § 1.º da Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), por via do Habeas Corpus n. 82.959, isto após dezesseis anos dizendo que a norma era constitucional, perfilho-me a melhor doutrina constitucional pátria, que entende que no controle difuso de constitucionalidade a decisão produz efeitos *inter partes*. Para que se estenda os seus efeitos *erga omnes*, a decisão deve ser comunicada ao Senado Federal, que discricionariamente editará resolução suspendendo o dispositivo legal declarado inconstitucional pelo Pretório Excelso (conforme, aliás, o próprio STF informou em seu site na internet, em notícia publicada no dia 23/02/2006, que é do seguinte teor: "...Como a decisão se deu no controle difuso de constitucionalidade (análise dos efeitos da lei no caso concreto), a decisão do Supremo terá que ser comunicada ao Senado para que o parlamento providencie a suspensão da eficácia do dispositivo declarado inconstitucional..."(BRASIL, 2014, p.6)

Diante da negativa daquele juízo em deferir o pedido formulado, sob o argumento de ausência de resolução do Senado Federal suspendendo a eficácia do dispositivo e, ainda, que os efeitos da decisão proferida no HC 82.959 beneficiaram somente as partes processuais, a Defensoria Pública da União ajuizou Reclamação Constitucional com base no artigo 102, I, I, da CF/88, uma vez que, no seu entendimento, o juiz *a quo* proferiu decisão contraditória com o que já havia sido decidido perante aquela Corte.

O fundamento do pedido foi de que a decisão do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais teria violado a autoridade do acórdão proferido nos autos do HC 82.959/SP, o qual proclamou a incompatibilidade do art. 2º, § 1º da lei 8.072/90 com a Constituição Federal.

Assim, percebemos que a o que é debatido na Reclamação 4.335/AC é para determinar se há a necessidade da atuação do Senado Federal ou não para suspender a execução de lei declarada inconstitucional pela via incidental, para que tal decisão tenha efeitos *erga omnes*.

3.5 Argumentos contrários e favoráveis

Explicado como surgiu e do que se tratava a Reclamação 4.335/AC, agora iremos abordar os principais argumentos que fundamentaram a decisão da Reclamação e por final, qual foi seu resultado.

Feitas tais observações, o que de fato interessa ao presente trabalho foi a inusitada tese suscitada por Gilmar Mendes acerca dos efeitos da decisão do STF no exercício do controle difuso e, ainda, a mutação sofrida pelo art. 52, X, CF/88, no que foi acompanhado pelo Ministro Eros Grau.

Gilmar Mendes é relator da Reclamação 4.335/AC e, ao proferir seu voto, manifestou-se pela procedência do pedido formulado pelo reclamante porque a decisão do STF no HC 82.959/SP seria dotada de força vinculante e eficácia *erga omnes*, no que a negativa do reclamado em observar a autoridade daquela decisão ensejaria a utilização da via escolhida. Pelo Ministro Gilmar Mendes entende-se que o significado do art. 52, X, segundo da nova roupagem por ele sugerida, passaria a ser:

[...] ao Senado Federal está atribuída competência 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 conteria força normativa bastante para suspender a execução da lei declarada inconstitucional. (MENDES, 2014, p. 66)

Sustentou que a única resposta justificável para a manutenção do instituto da suspensão pelo Senado fundava-se em razão de índole exclusivamente histórica, acrescentando que tal mecanismo mostra-se inadequado para assegurar eficácia geral ou efeito vinculante às decisões do STF que não declaram a inconstitucionalidade de uma lei, mas tão-somente fixam orientação

constitucionalmente adequada ou correta, ou seja, nas hipóteses de interpretação conforme a constituição e declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. Gilmar Mendes justificou a ineficiência do instituto afirmando que nesses casos o Tribunal não afasta a incidência do dispositivo impugnado, mas apenas de um de seus significados normativos, sendo desnecessária qualquer comunicação ao Senado.

Dando sequência ao voto, o ministro demonstra que a competência senatorial de suspender a execução de lei declarada inconstitucional deixou de ser importante quando da promulgação da Constituição, que ampliou significativamente o rol dos legitimados para propor ação direta de constitucionalidade. É indubitável que a ampliação dos legitimados resultou no fortalecimento do controle abstrato uma vez que passou a ser o instrumento típico do controle concentrado. Sobre isso, o ministro da Suprema Corte apresenta em seu voto:

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. (MENDES, 2016, p.36)

Logo, a nova interpretação ao artigo 52, X de que a resolução editada pelo Senado Federal para suspender ato normativo tenha efeito simplesmente de conferir publicidade, e conseqüentemente, não seja mais dotada de eficácia normativa. Nessa feita, importante destacar os ensinamentos de Gilmar Mendes, explicando a transformação do papel do Senado Federal ante a nova interpretação do referido diploma constitucional:

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. Parece evidente ser essa a orientação implícita nas diversas decisões judiciais e legislativas acima referidas. Assim, o Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, uma vez que não se cuida de uma decisão substantiva, mas de simples dever de publicação, tal como reconhecido a outros órgãos políticos em alguns sistemas constitucionais (Constituição austríaca, art. 140,5 - publicação a cargo do Chanceler Federal, e Lei Orgânica da Corte Constitucional Alemã, art.31, (2), publicação a cargo do Ministro da Justiça). (MENDES, 2016, p. 55)

Outrossim, o ministro conclui o voto ao argumentar que a edição de Súmulas Vinculantes fortalece a ideia de que o artigo 52, X está ultrapassado. Assim entende, pois, na sua visão, esse instituto “permite aferir a inconstitucionalidade de determinada orientação pelo próprio Tribunal, sem qualquer interferência do Senado Federal”. Ou seja, o Egrégio Tribunal pode definir a inconstitucionalidade de qualquer norma, conferindo-lhe eficácia geral. (MENDES, 2016)

O Ministro Eros Grau em seu voto endossa o entendimento do relator e vai além, pois conclui que a doutrina é que deve seguir a suprema corte e não o contrário, é o que se depreende do trecho:

Sucedee que estamos aqui não para caminhar seguindo os passos da doutrina, mas para produzir o direito e reproduzir o ordenamento. Ela nos acompanhará, a doutrina. Prontamente ou com alguma relutância. Mas sempre nos acompanhará, se nos mantivermos fiéis ao compromisso de que se nutre a nossa legitimidade, o compromisso de guardarmos a Constituição. (GRAU, 2016, p. 76)

Na visão do magistrado, uma mutação ocorre quando o sentido do texto constitucional é modificado sem que haja qualquer alteração na redação. Cumpre, mais uma vez, destacar as palavras do ministro em seu voto:

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. (GRAU, 2016, p. 72)

Em seu entendimento, o artigo 52, X da CRFB/88 se transformou em uma norma obsoleta motivo pela qual a leitura desse dispositivo deveria ser outra, de forma a adequar-se a sistemática do ordenamento jurídico contemporâneo.

Por conseguinte, adota a posição de que cabe ao Senado a competência de dar publicidade às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Vejamos:

Obsoleto o texto que afirma ser da competência privativa do Senado Federal a suspensão da execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, nele se há de ler, por força da mutação constitucional, que compete ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo. (GRAU, 2016, p. 77)

Portanto, preconiza o magistrado que o Senado Federal não possui competência para recolocar no ordenamento jurídico aquilo que o Tribunal afastou. Nesse sentido, conclui o voto, julgando procedente a Reclamação, ao afirmar que a

decisão do Supremo Tribunal já contém força normativa bastante para suspender a execução da lei

Por outro lado, os opositores a essa corrente, como os ministros do Supremo Tribunal Federal: Joaquim Barbosa, Sepúlveda Pertence e Ricardo Lewandowski, no julgamento da Reclamação 4.335/AC, sustentam que é inviável interpretar a competência do Senado Federal prevista no artigo 52, inciso X da CRFB/88 como sendo mero atribuidor de publicidade da decisão do Supremo Tribunal Federal.

Assim, para o ministro Sepúlveda Pertence a ideia de mutação constitucional do artigo 52, X da CRFB se assemelharia a um “golpe de Estado”:

Mas não me animo à mutação constitucional proposta. E mutação constitucional por decreto do poder que com ela se ampliaria; o que, a visões mais radicais, poderia ter o cheiro de golpe de Estado. Às tentações do golpe de Estado não está imune o Poder Judiciário; é essencial que a elas resista. [...] Reduzir-se a nada o papel do Senado - que todos os textos constitucionais subsequentes a 1934, com exceção do Estado Novo, mantiveram - parecem-me ir, com todas as vênias, além da marca. De resto, o decreto de mutação constitucional proposto já não tem mais, hoje, por si, nem o desafio de emprestar maior eficácia às decisões constitucionais do Supremo Tribunal Federal. [...] Não há dúvida de que, no mundo dos fatos, se torna cada vez mais obsoleto - concordo - esse mecanismo; mas, hoje, combatê-lo, por isso que tenho chamado - com a permissão generosa dos dois Colegas - de projeto de decreto de mutação constitucional, já não é nem mais necessário. (PERTENCE, 2016, p. 91)

Por sua vez, Ricardo Lewandowski acrescenta que:

Suprimir competências de um Poder de Estado, por via de exegese constitucional, a meu sentir, colocaria em risco a própria lógica do sistema de freios e contrapesos, como ressalta Jellinek. Não se ignora que a Constituição de 1988 redesenhou a relação entre os poderes, fortalecendo o papel do Supremo Tribunal Federal, ao dotar, por exemplo, as suas decisões de efeito vinculante e eficácia erga omnes nas ações diretas de constitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade (art. 102, § 2º). O fortalecimento do STF, no entanto, não se deu em detrimento das competências dos demais poderes, em especial daquela conferida ao Senado Federal no art. 52, inc. X, da Carta em vigor. Não há, penso eu, com o devido respeito pelas opiniões divergentes, como cogitar-se de mutação constitucional na espécie, diante dos limites formais e materiais que a própria Lei Maior estabelece quanto ao tema, a começar pelo que se contém no art. 60, § 4º, III, o qual erige a separação dos poderes à dignidade de “cláusula pétrea”, que sequer pode ser alterada por meio de emenda constitucional. (LEWANDOWSKI, 2016, p. 121)

O ministro Joaquim Barbosa afirma que o comando constitucional inserido no artigo 52, X da Constituição não suscita qualquer obstáculo às eficácias das decisões da Suprema Corte:

Por fim, noto, com a devida vênia, que a proposta do eminente relator, além de encontrar obstáculo intransponível na literalidade do artigo 52, inciso X da Constituição, vai na contramão das conhecidas regras de *self restraint* que Alexander Bickel, em sua monumental obra "*The Least Dangerous Branch*",

qualificou de "Virtudes passivas" da justiça constitucional. Bickel preconizava que no exercício da jurisdição constitucional só restam ao Poder Judiciário 3 alternativas, isto é: a) anular a legislação em desacordo com a Constituição; b) declarar a sua compatibilidade com o texto constitucional; c) não fazer nem uma coisa nem outra, ou seja, abster-se de pronunciar-se sobre a questão da constitucionalidade em respeito ao princípio da democracia, quando assim puder agir, solucionando o caso concreto sem precisar embrenhar-se pela questão constitucional. Essa regra de *sagesse politique*, de sabedoria política, tão importante para a vitalidade da democracia constitucional, parece-me plenamente aplicável ao caso ora em exame, sobretudo por a norma em causa, a par da sua literalidade quase. 101 "ofuscante", em nada limita o exercício por essa Corte da sua missão de guarda da Constituição. (BARBOSA, 2016, p.101)

Em consonância com o acatado, percebe-se que, na visão dos ministros supra mencionados, admitir a mutação constitucional do artigo 52, X da CRFB seria uma verdadeira afronta ao princípio da separação dos poderes tendo em vista que o que se propõe é uma retirada de competência atribuída pelo Constituinte ao Poder Legislativo.

Registre-se, ainda, que os ministros Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Celso de Mello e Teori Zavascki reconheceram a procedência da Reclamação, contudo, não admitiram a tese da Abstrativização do Controle Difuso e a eventual mutação constitucional. Para eles, a Reclamação deveria ser reconhecida uma vez que, com a edição da Súmula Vinculante nº 26, o Supremo Tribunal Federal garantiu a progressão de regime dos condenados por crimes hediondos.

Nesse sentido, cumpre assinalar que a Suprema Corte, antes do julgamento da Reclamação 4335/AC editou a referida súmula possibilitando a progressão de regime.

Assim, o juiz de primeiro grau teria proferido decisão contrária ao entendimento da Corte, motivo pelo qual a Reclamação foi julgada procedente.

Sobre o desrespeito à Súmula Vinculante o ministro Teori Zavascki explica:

Nessa linha de entendimento, examine-se o caso concreto. Considerada apenas a situação jurídica existente à data da sua propositura, a presente reclamação não seria cabível. Ocorre, porém, que, no curso do seu julgamento, foi editada a Súmula Vinculante n. 26, do seguinte teor: "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". Assim, considerado esse fato superveniente – a edição de súmula vinculante, cujo descumprimento enseja a propositura de reclamação, fato esse que deve ser levado em consideração, nos termos do art. 462 do CPC - a solução que hoje se impõe é a de conhecer e deferir o pedido. É assim meu voto. (ZAVASCKI, 2016, p. 169)

Registre-se, ainda, que os ministros Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Celso de Mello e Teori Zavascki reconheceram a procedência da Reclamação, contudo, não admitiram a tese da Abstrativização do Controle Difuso e a eventual mutação constitucional.

CONCLUSÃO

No decorrer do trabalho, foi possível perceber a tendência da jurisprudência brasileira em acatar a tese da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, vez que vem atribuindo efeitos próprios do controle abstrato em casos concretos.

No primeiro capítulo foi possível ter uma noção inicial sobre o tema tratado onde foi abordado basicamente o histórico do controle de constitucionalidade e percebemos que o Brasil possui um sistema misto de controle constitucional. Já no capítulo segundo examinou-se os dois sistemas os controles de constitucionalidade: difuso e abstrato. E o último capítulo adentrou efetivamente no tema principal, onde foi possível entender a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, com o seu conceito, com os fundamentos para a existência da teoria, a análise da Reclamação 4.335/AC que deu destaque ao tema, além de seus argumentos favoráveis e contrários.

Não é possível afirmar se realmente a abstrativização vai continuar sendo efetivada sem qualquer alteração na legislação, que é o que ocorreu até então, tampouco afirmar se tal tese será definitivamente taxada como incorreta. Todavia, o objetivo do presente estudo monográfico desde o início era explicar em que consiste a abstrativização, quais são os seus fundamentos e como ela vem ocorrendo. E este objetivo foi alcançado.

Ademais, resta claro que nossos tribunais anseiam cada vez mais por medidas que acelerem a concessão das respostas do Judiciário para as pessoas que dele dependem para solucionar seus problemas, exemplo disso é a criação da súmula vinculante e da repercussão geral como requisito para admissão do recurso extraordinário.

Levando em consideração os prós e contras, a abstrativização é um meio eficaz para solucionar um dos maiores problemas do Poder Judiciário, que é o tempo excessivo pela espera das decisões judiciais, e isso é causado justamente pelo elevado número de processos, entre outros problemas estruturais. Porém, acreditar que é um meio eficaz não é o motivo da controvérsia, pois isso é claro para a maioria. A questão é se a abstrativização fere ou não princípios basilares do direito constitucional, principalmente o da separação de poderes.

Por mais eficiente que se mostre a abstrativização do controle difuso, percebe-se, sem esforço, que esse fenômeno viola o artigo 52, inciso X, da Constituição, e, por conseguinte, fere a separação de poderes. Porém, se esta for a solução imediata para que o cidadão veja o seu problema solucionado de uma forma mais rápida, devem ser buscadas alternativas legislativas de modo a viabilizar a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, até porque, por exemplo, no caso da progressão de regime, se todas as pessoas precisassem ter acionado o judiciário para no final obterem decisão no sentido de fazerem jus a progressão de regime, por anos essas pessoas teriam sua liberdade privada desnecessariamente, além de abarrotarem ainda mais os tribunais com ações e recursos.

Em síntese, não restam dúvidas sobre o aspecto positivo da abstrativização dos efeitos no controle difuso, todavia não se pode encobrir que o ordenamento jurídico brasileiro, pelo menos por enquanto, não possibilita a utilização desse mecanismo, sendo urgente e necessária a atuação do Poder Legislativo de modo à regular o tema, com a finalidade de evitar um ativismo judicial que pode acabar se tornando pernicioso à sociedade, por, em tese, ferir o princípio da separação dos poderes.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. *O Sincretismo da Jurisdição Constitucional Brasileira*. 3ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 9ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BEÇAK, Rubens. *As alterações do controle difuso de constitucionalidade e sua aproximação com o modelo concentrado*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/campos/rubens_becak.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1998. Brasília: Senado Federal.

BRASIL, Congresso Nacional. *Código de Processo Civil*. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Diário Oficial da União, Brasília, 16 mar. 2015.

BRASIL. Emenda constitucional nº45, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em 23/04/2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 82.959-SP*. Data de Publicação, DJe 23 de fevereiro de 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>>. Acesso em: 01 de setembro de 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 4335-5/AC*. Data de Publicação: DJe 22 de outubro de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>> Acesso em: 15 de setembro de 2019.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*. 6ª Ed. Salvador: JusPODIVM, 2012.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo C. *Curso de direito processual civil*. ed. 11ª. Salvador: Juspodvm, 2013. Vol. 7.

FAIDIGA, Daniel Bijos. *Efeito Vinculante e Declaração Incidental de Inconstitucionalidade*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2010.

GOMES, Anderson Ricardo. *Crítica à tese da abstrativização ou objetivação do controle concreto ou difuso de constitucionalidade*. Teresina, 30 ago. 2010. Jus Navigandi,. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17300/critica-a-tese-da-abstrativizacao-ou-objetivacao-do-controle-concreto-ou-difuso-de-constitucionalidade>>. Acesso em: 07 de outubro de 2019.

KELSEN, Hans. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Tradução Roberto Brie, Madrid: Tecnos, 1931;

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MASSON, Nathália. *Manual de Direito Constitucional*. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. *O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional*. Brasília. Revista de informação legislativa, v.41, nº 162, p. 17, abr./jun. de 2004. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/953/4/R162-12.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 32ª ed. São Paulo: Saraiva. 2016.

NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Método, 2013.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. 2ª ed. Niterói: Impetus, 2008.

PIGNATARI, Alessandra Aparecida Calvoso Gomes. *Eficácia subjetiva das decisões judiciais no controle difuso-incidental de constitucionalidade*. Revista da AJURIS. V.125, p.13-53. 2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 38ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

STRECK, Lênio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. *A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso*. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/72>>. Acesso em: 11 jun. 2019

VELOSO, Zeno. *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*. 3ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 48ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.