

A ABSTRATIVIZAÇÃO NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS NO BRASIL

Laressa da Silva Bonela

RESUMO

O presente trabalho tem o escopo de analisar uma tendência jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal que, em decisão sob controle difuso de constitucionalidade, vem concedendo efeitos *erga omnes*, próprios do controle concentrado de constitucionalidade, a decisões proferidas em controle difuso de constitucionalidade. Essa abstrativização em sede de controle difuso de constitucionalidade ocorre por conta da nova leitura que alguns ministros do STF têm realizado acerca do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal de 1988. É importante notar que essa mudança de entendimento inspira cautela, já que ela representa uma mudança no papel do Senado Federal, já que esse órgão passaria a ter função apenas de publicidade às decisões proferidas pelo STF. Diante desse panorama, após analisar aspectos históricos e fundamentais próprios do controle de constitucionalidade e da abstrativização em sede de controle difuso de constitucionalidade será analisada a Reclamação Constitucional n. 4.335-5/AC, que trata da progressão de regime nos crimes hediondos, já que os votos e a decisão desse litígio são fundamentais para o pleno estudo do tema.

Palavras-chave: Abstrativização; Controle de constitucionalidade; Efeitos da decisão;

ABSTRACT

This study has the scope to analyze a jurisprudential trend of the Supreme Court, which, in a decision under diffuse control of constitutionality, has been providing *erga omnes*, own the concentrated control of constitutionality, the decisions in diffuse control of constitutionality. This abstrativização in place of diffuse control of constitutionality is due to the new reading that some STF ministers have conducted on Article 52, item X of the Federal Constitution of 1988. It is important to note that this change in understanding inspires caution, since it represents a change in the role of the Senate, since this body would have only function of advertising to decisions rendered by the Supreme Court. Against this background, after analyzing historical and fundamental aspects own of judicial review and in abstrativização headquarters of diffuse control of constitutionality will be considered Constitutional Complaint n. 4335-5 / AC, which deals with the regime progression in heinous crimes, since the votes and the decision of this dispute are essential to the full study of the subject.

Keywords: Abstraction; Judicial review; Effects of the decision;

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO | 6 |
| 2 ASPECTOS GERAIS..... | 8 |
| 2.1 Breve esboço histórico..... | 8 |
| 2.2 Rigidez constitucional e supremacia da Constituição | 11 |
| 2.3 Formas de inconstitucionalidade..... | 12 |
| 2.4 Controle de constitucionalidade preventivo e repressivo | 13 |
| 3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO | 15 |
| 3.1 Origem..... | 15 |
| 3.2 Controle difuso de constitucionalidade pelos Tribunais e o procedimento previsto no artigo 97 da Constituição Federal de 1988 | 18 |
| 3.3 Controle de constitucionalidade difuso no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça..... | 20 |
| 3.4 Efeitos da decisão..... | 21 |
| 4 ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE | 23 |
| 4.1 Conceito de abstrativização | 23 |
| 4.2 Habeas Corpus n. 82.959-7/SP e Reclamação Constitucional n. 4.335-5/AC..... | 24 |
| 4.3 Análise da abstrativização frente aos votos na Reclamação Constitucional n. 4.335-5/AC | 26 |
| 4.3.1 Posição do Ministro Relator Gilmar Mendes e a Mutação Constitucional do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal de 1988 | 26 |
| 4.3.2 Posições desfavoráveis à abstrativização do controle difuso de constitucionalidade .. | 28 |
| 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 30 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 31 |

1 INTRODUÇÃO

Nota-se no Brasil a existência atual de dois sistemas de controle de constitucionalidade de normas. São eles o controle difuso e o controle concentrado. O controle difuso de constitucionalidade estabelece-se como uma possibilidade de qualquer juiz ou tribunal pátrio verificar se a norma necessária ao julgamento do feito é, ou não, constitucional. Seus efeitos são, via de regra, *ex tunc*, e sua eficácia, também em regra, se opera *inter partes*, atingindo, pois, apenas as partes e interessados que participam do processo.

Em outro aspecto, o controle concentrado não pode ser exercido em um único grau de jurisdição, ou por um magistrado isoladamente. Sendo assim, ele é exercido por um ou por poucos órgãos que constitucionalmente possuem essa competência. Os efeitos no controle concentrado são em regra *ex tunc* e *erga omnes*.

No contexto atual, principalmente no âmbito do controle de constitucionalidade, em especial no controle difuso, pode-se notar o surgimento de grandes mudanças e avanços teóricos.

A abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, doutrinariamente, consiste em atribuir os efeitos que são próprios do controle abstrato às normas atinentes ao controle difuso. A relevância, portanto, está no fato de que o controle de constitucionalidade incide em todos os ramos do direito, pois todas as normas são passíveis de serem submetidas ao controle de constitucionalidade. Assim, independentemente do ramo do direito, é possível se verificar a abstrativização.

Objetiva-se, portanto, analisar como a abstrativização atinente ao controle de constitucionalidade difuso interfere na realidade judiciária brasileira. Além disso, visa-se demonstrar de maneira específica a importância do controle de constitucionalidade, avaliar a importância do abstrativismo para a solução de litígios, elencar os pontos positivos e negativos do abstrativismo no âmbito do controle de constitucionalidade difuso, discutir a transformação nos procedimentos de controle de constitucionalidade diante das reformas constitucionais e avaliar a importância dessas transformações na aproximação entre o controle difuso e o concentrado a ponto de suprimir as diferenças existentes entre eles.

Para alcançar tais objetivos, o método de abordagem a ser trabalhado será o dedutivo com pesquisa teórica em fontes bibliográficas diversas, pois partiu-se de conceitos gerais para se chegar a análise específica da abstrativização. A técnica de pesquisa utilizada será, de início, a revisão bibliográfica visando coletar a maior quantidade possível de embasamentos

teóricos que forneçam substrato ao estudo. Após, será empreendida uma pesquisa jurisprudencial buscando decisões diversas que versem sobre o fenômeno do abstrativismo.

Portanto, resta evidente que o tema em cotejo não é pacífico nem na doutrina e muito menos na jurisprudência. Será observado que, apesar de a abstrativização debilitar a competência que foi atribuída ao Senado Federal no artigo 52, inciso X, da Constituição Federal de 1988, há críticas a essa nova interpretação que atribui ao Senado Federal o papel de apenas dar publicidade as decisões do STF. Assim, ambos os aspectos serão amplamente discutidos afim de concluirmos a análise proposta.

2 ASPECTOS GERAIS

De início, para que se estabeleça um estudo com base sólidas, é fundamental desenvolver aspectos gerais relacionados ao tema em cotejo. Assim, será desenvolvido no presente estudo as noções históricas gerais acerca do controle de constitucionalidade no contexto jurídico pátrio e mundial, além de pontuar acerca de conceitos básicos e fundamentais de Direito Constitucional.

2.1 Breve esboço histórico

O atual sistema de controle concentrado de constitucionalidade brasileiro tem sua gênese com a Emenda Constitucional n. 16 de 1965 e se consolida com a Constituição Federal de 1988. Esse sistema, conhecido como misto, explicita aspecto concernentes ao controle de constitucionalidade difuso e ao controle de constitucionalidade concentrado. Nesse interim, é indubitável que com o advento da Carta Magna de 1988 os mecanismos de controle de constitucionalidade foram consideravelmente ampliados, fornecendo, portanto, maior segurança jurídica.

O controle de constitucionalidade antes experimentado, de fortes influências norte americana, era primordialmente difuso. Porém, com o advento da Emenda Constitucional n. 16 de 1965 e da Carta Constitucional de 1988, sob a influência do sistema austríaco, o controle de constitucionalidade misto figura como predominante, com diversas disposições constitucionais a fim de torná-lo mais efetivo. Expressão disso foi a edição das Emendas Constitucionais n. 03 de 1993 e a n. 45 de 2004, que ampliaram o rol dos legitimados para a arguição de inconstitucionalidade, assim como as ações constitucionais.

Sobre essas transformações e aprimoramentos dos sistemas de controle constitucional no Brasil, leciona Luís Roberto Barroso:

No Brasil, o controle de constitucionalidade existe, em molde incidental, desde a primeira Constituição republicana, de 1891. Por outro lado, a denominada ação genérica (ou, atualmente, ação direta), destinada ao controle por via principal – abstrato ou concentrado -, foi introduzida pela Emenda Constitucional n. 16, de 1965, que atribuía a legitimação para sua propositura exclusivamente ao Procurador-Geral da República. Nada obstante, a jurisdição constitucional expandiu-se, verdadeiramente, a partir da Constituição de 1988. A causa determinante foi a ampliação do direito de propositura no controle concentrado, fazendo com que este deixasse de ser mero instrumento de governo e passasse a estar disponível para as minorias políticas e mesmo para segmentos sociais representativos. A esse fator

somou-se a criação de novos mecanismos de controle concentrado, com a ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (BARROSO, 2011, p. 286).

A Constituição Federal de 1988, também conhecida como Constituição Cidadã trouxe uma série de avanços. Depreende-se, da análise do texto legal, que preservou-se a representação interventiva, atribuiu-se ao Supremo Tribunal Federal a competência para conhecer as causas e conflitos que ocorram entre a União e os Estados, entre a União e o Distrito Federal ou entre os Estados entre si, consagrou-se diversos instrumentos para a defesa dos direitos subjetivos públicos, introduziu-se, ao lado do mandado de injunção, o processo de controle abstrato da omissão, criou-se a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou federal, ampliou-se o direito de propositura da ação direta, entre outras consideráveis contribuições (BRANCO; COELHO; MENDES; 2009, p. 1101-1104).

É possível notar que, nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal figura como guardião da Constituição. Desta feita, resta evidente que parte do controle de constitucionalidade no Brasil, em regra, foi delegado ao Poder Judiciário, resguardado, porém, os legitimados constitucionalmente.

Nesse panorama de transformações do sistema constitucional brasileiro, vemos que foi dado maior relevo ao controle de constitucionalidade concentrado, já que se instituiu a ação declaratória de constitucionalidade concomitante à já existente ação direta de inconstitucionalidade. Além disso, a legitimidade para a propositura dessas ações foi ampliada pela Emenda Constitucional n. 45 de 2004.

Além daquelas evidentes contribuições da Constituição Federal de 1988, historicamente, é importante termos claro que a evolução do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade também é fruto de uma série de contribuições trazidas pelas Constituições anteriores.

A Constituição de 1891, assim como a Constituição provisória de 1890, marca o nascimento de uma concepção republicana no Brasil. Essa Carta Magna, por expressa influência do direito norte americano (BARBOSA, 2010, p. 30), buscou consolidar um sistema difuso de controle de constitucionalidade no Brasil. Assim, esse diploma legal estabeleceu o Supremo Tribunal Federal como última instância para decidir acerca de conflitos entre decisões proferidas pelas Justiças dos Estados e os tratados e leis federais, assim como quando pretendia-se discutir leis ou atos do governo em detrimento do texto constitucional (BRANCO; COELHO; MENDES; 2009, p. 1194).

A Constituição de 1934, por sua vez, trouxe no seu texto evolução importante naquilo que diz respeito ao controle de constitucionalidade. Alterando a ordem constitucional anterior, essa Carta Magna, buscando evitar a grande insegurança jurídica da época, exarou regra no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade somente poderia ser proferida em decisão colegiada e pela maioria absoluta dos membros dos Tribunais. Outro importante avanço desse Texto Constitucional, e que tem grande influência no estudo que se pretende desenvolver, é o estabelecimento, no seu artigo 91, inciso IV, da competência do Senado Federal de “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário” (BRANCO; COELHO; MENDES; 2009, pp. 1196/1197).

A Constituição de 1937, apesar de resguardar os avanços instituídos pela Carta Magna de 1937, trouxe, em termos de controle de constitucionalidade, um importante retrocesso para a ordem constitucional brasileira da época. Isso porque, estabeleceu-se uma espécie de “revisão constitucional”, onde o Presidente da República, após a declaração de inconstitucionalidade de uma lei, poderia submetê-la novamente ao Parlamento e, caso aprovado por *quórum* qualificado, tornaria a declaração exarada pelo Supremo Tribunal Federal inexistente (BRANCO; COELHO; MENDES; 2009, p. 1198).

A Carta Magna de 1946 extinguiu a figura da revisão constitucional pelo Presidente da República e manteve os avanços históricos em termos de controle de constitucionalidade adquiridos desde a Constituição de 1934. Além disso, a Carta Maior de 1946 buscou estabelecer as atribuições do Procurador-Geral da República no âmbito do controle de constitucionalidade a fim de regularizar, de forma republicana, os meios para a intervenção federal (BRANCO; COELHO; MENDES; 2009, pp. 1202/1204).

Sob a ordem constitucional da Carta Magna de 1946 foi que surgiu a Emenda Constitucional n. 16 de 1965. Tal Emenda teve importante influência da construção do sistema de controle de constitucionalidade como se tem nos dias de hoje, isso porque, é através de que se permitiu o controle de constitucionalidade das leis municipais em face das Constituições Estaduais, assim como surge a possibilidade de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade das leis federais (BARROSO, 2012, p. 145).

A Constituição de 1967 não trouxe grandes evoluções para o sistema de controle de constitucionalidade até então vigente, já que mantiveram os avanços em termos de controle de constitucionalidade até em tão alcançados. Apesar disso, pode-se pontuar que essa Constituição trouxe evoluções no sentido de introduzir em seu texto alguns parâmetros de representação interventiva, assim como foi sob a égide desse Texto Constitucional que se

estabeleceu a discussão acerca do poder discricionário do Procurador-Geral da República de encaminhar notícias de inconstitucionalidade ao Supremo Tribunal Federal (MARTINS; MENDES; 2005, p. 58).

Resta claro, portanto, o contexto institucional do controle de constitucionalidade no ordenamento brasileiro. Sendo assim, é cediço que o modelo do controle de constitucionalidade ora vigente busca combinar o modelo tradicional de controle incidental de normas, os vários instrumentos de defesa de direitos individuais e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (BRANCO; COELHO; MENDES; 2009, p. 1110).

Dessa forma, naquilo que tange o controle de constitucionalidade no Brasil, a Constituição Federal de 1988, assim como as Constituições que a precederam, foram responsáveis por várias transformações substanciais no contexto de controle de constitucionalidade do ordenamento jurídico brasileiro. Porém, é inegável o avanço estabelecido pela Carta Magna de 1988, já que seus princípios norteadores influenciaram sobremaneira a maneira como se forjou o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro como temos atualmente.

2.2 Rigidez constitucional e supremacia da Constituição

A supremacia e a rigidez constitucional figuram como pressupostos do controle de constitucionalidade essenciais para tutelar direitos e garantias constitucionais. Sendo assim, resta evidente que as noções de controle de constitucionalidade são intrínsecas àqueles de rigidez e supremacia da Constituição, pois o Controle de Constitucionalidade, quando amparado por esses dois pressupostos, torna-se ferramenta essencial para a garantia e proteção dos direitos fundamentais (MORAES, 2001, p. 558).

Acerca do aspecto formal, temos que as Constituições podem ser rígidas, flexíveis ou semirrígidas. Aquelas rígidas são as que, para modificação, exigem um processo legislativo mais elaborado e dificultoso que aquele destinado à aprovação da lei ordinária. Flexíveis, por outro lado, são aquelas que podem ser modificadas pelo processo de aprovação da lei ordinária. Por fim, as semirrígidas são, em partes flexíveis, e, em outras, rígidas (MIRANDA, 2013, p. 37).

Diante dessa classificação, resta cristalino que a rigidez constitucional estabelece paralelo imediato com a posição que a Constituição ocupa perante as leis ordinárias. Sendo assim, não é possível conceber Controle de Constitucionalidade a não ser em relação a Constituições rígidas (ALEXANDRINO; PAULO; 2009, p. 19), já que no regime das

Constituições flexíveis a proteção do texto constitucional perde função diante do papel que o legislador comum exerce, já que a modificação por simples processo legislativo ordinário pressupõe que o legislador comum vai sempre possuir as prerrogativas de legislador constituinte (SILVA, 2002, p. 45).

Por sua vez, a supremacia da Constituição decorre, principalmente, de dois aspectos. Isso porque, falar que o texto constitucional possui superioridade significa dizer que, formalmente, o texto constitucional possui valor hierárquico superior às demais normas do ordenamento jurídico. De outro lado, sob o aspecto material, temos que a supremacia constitucional significa que a Carta Magna balizará a produção normativa de um ordenamento jurídico, já que o texto constitucional tem *status* de norma primária de produção jurídica (CANOTILHO, 1999, p. 826).

Diante da fixação conceitual dos pressupostos acima dispostos, podemos prosseguir no estudo, sedimentando, a seguir, o conceito de inconstitucionalidade, assim como suas formas.

2.3 Formas de inconstitucionalidade

Antes de adentrar nas formas de inconstitucionalidade, é prudente que, considerando o aparato conceitual já desenvolvido, busquemos uma conceituação acerca do fenômeno da inconstitucionalidade. Desta feita, temos que, em apertada síntese, a inconstitucionalidade decorre da incompatibilidade entre o texto constitucional e uma norma infraconstitucional, ou o processo legislativo que deu origem a essa norma (CANOTILHO, 1999, pp. 888/889).

A partir do sucinto conceito exposto, podemos depreender que a inconstitucionalidade pode surgir a partir de dois aspectos (BRANCO; COELHO; MENDES; 2010, p. 1170). O primeiro tipo de inconstitucionalidade é aquele de aspecto formal, ou seja, o processo que deu origem a norma infraconstitucional ocorreu em desencontro com a Carta Magna. A esse respeito, é necessário destacar uma subclassificação quanto ao tema. Nesse sentido, há inconstitucionalidade formal subjetiva quando o vício reside na fase da iniciativa, ou seja, quando a edição da lei não respeita a competência originária exposta na Constituição. Ainda existe inconstitucionalidade formal objetiva quando o vício ocorre após a fase de iniciativa, e, portanto, nas fases do processo legislativo que desrespeitem as regras constitucionais previstas (LENZA, 2011, p. 232).

É cediço que a Constituição Federal de 1988 traz, nos artigos 59 a 69, um conjunto de normas que permeiam o processo legislativo (BONAVIDES, 2003, p. 297). Assim, em qualquer esfera federativa, quando há no processo legislativo o desrespeito a qualquer dessas

normas, o processo legislativo é atingido por vício insanável de inconstitucionalidade formal objetiva. Importante destacar que, em regra, a inconstitucionalidade formal atrai a nulidade absoluta do ato, já que, a lei infraconstitucional decorreu de ato nulo (MENDES, 1998, p. 263).

Por outro lado, a inconstitucionalidade pode ter viés material, ou seja, o conteúdo da lei infraconstitucional está dissonante com o texto máximo. Nesse caso, ao contrário do anterior, em regra, a inconstitucionalidade pode ser parcial, visto que, existindo alguma parte do texto legal que não esteja fulminado pela inconstitucionalidade, essa parte pode ser mantida.

2.4 Controle de constitucionalidade preventivo e repressivo

O controle de constitucionalidade preventivo figura como aquele exercido pelos três Poderes Federativos. Assim, quando realizado pelo Poder Executivo ou Legislativo, tem-se o Controle Preventivo político. Essa espécie de controle é exercida pelo Poder Legislativo nas Comissões de Constituição e Justiça, e no Poder Executivo através dos vetos presidenciais. Nota-se que o Controle Preventivo político, portanto, atinge, especialmente, a legislatura, visto que atua de maneira a impedir a promulgação de projetos de leis inconstitucionais (MORAES, 2009, p. 632).

Por sua vez, o Controle Preventivo exercido pelo Poder Judiciário figura como Controle Preventivo Jurisdicional de Constitucionalidade. O ordenamento jurídico brasileiro não consagra um Controle Preventivo de constitucionalidade abstrato, porém o controle jurisdicional acerca da atividade legislativa pode ser feito, segundo a jurisprudência do STF, através da impetração, por parte de parlamentares, de Mandado de Segurança perante o Poder Judiciário quando houver violação de cláusula pétrea (MASSON, 2015, p. 1063).

Por outro lado, o Controle de Constitucionalidade Repressivo diferencia-se do anteriormente citado, fundamentalmente, pelo momento em que se realiza, já que não tem como objeto o projeto de lei, mas sim a legislação consolidada. Nesse ponto, é fundamental pontuarmos que o ordenamento jurídico pátrio adota, em regra, o Controle de Constitucionalidade Repressivo Judiciário, sendo que esse Poder Federativo é responsável por afastar a aplicação de normas vigentes e manifestadamente inconstitucionais.

Porém, pode-se citar, como exemplos, duas situações excepcionais que o Poder Legislativo figura como ator principal do Controle de Constitucionalidade Repressivo. A primeira situação é aquela prevista no artigo 49, inciso V, da CF/88, já que traz em seu texto a

competência do Congresso Nacional sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativo.

Já a segunda situação excepcional tem previsão no artigo 62 da Constituição Federal de 1988, e diz respeito a ao procedimento de quando o Presidente da República edita medida provisória com vigência e eficácia imediata e força de lei. Nesses casos, tal medida provisória estará sujeita ao crivo de aprovação do Congresso Nacional.

3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO

Após a discussão empreendida em capítulo anterior acerca do histórico do controle de constitucionalidade no Brasil, suas principais características e os tipos de inconstitucionalidade possíveis no ordenamento jurídico brasileiro, é fundamental para o bom desenvolvimento do estudo que se desenvolva discussão específica acerca do Controle de Constitucionalidade Difuso. Assim, trataremos nesse capítulo acerca do contexto histórico que forjou esse instituto, assim como a respeito do procedimento atinente a ele e os efeitos que a decisão em sede de controle de constitucionalidade difuso produz.

3.1 Origem

Através de breve esboço histórico é possível identificar que surge nos Estados Unidos da América a concepção moderna de Constituição. Por consequência, também é cediço que foi nessa nação onde surgiu pela primeira vez o recurso teórico que previa a fiscalização da Constituição pelo Judiciário. Dessa maneira, temos o precedente “*Marbury vs. Madison*” como o litígio fundante do controle de constitucionalidade, pois, nesse contexto jurídico, o juiz Marshall sustentou a tese da supremacia da lei constitucional sobre a lei ordinária. A decisão declarou que todo ato do Congresso contrário à Constituição Federal deveria ser tido como nulo, inválido e ineficaz (SWISHER, 1962, pp. 10-14).

Faz-se fundamental nesse momento, para compreendermos o caso, remontarmos os fatos que cercaram esse litígio. Em suma, segundo narra Woodrow Wilson, em 1800, John Adams, presidente dos Estados Unidos da América à época, e integrante do Partido Federalista, fora derrotado nas urnas por Thomas Jefferson, integrante da oposição republicana (WILSON, 1963, p.48).

Nesse contexto, John Adams, na iminência de deixar o cargo em março de 1801, passou a nomear arbitrariamente vários correligionários para diversos cargos públicos. Notou-se que essas atitudes ilegais levaram seus correligionários até mesmo aos cargos vitalícios do Poder Judiciário Norte Americano. Nesse interim, surge John Marshall, Secretário de Estado de Adams, que foi responsável por realizar a distribuição de cargos no governo Adams. Marshall, inclusive, foi nomeado para a Suprema Corte Norte Americana posteriormente (WILSON, 1963, p.48).

No entanto, Marshall não conseguiu distribuir até o fim do mandato todos os cargos que foram determinados pelo então presidente. Essa atitude de Marshall refletiu em William

Marbury que, apesar de nomeado Juiz de Paz do Condado de Washington, não recebeu o título de nomeação assinado pelo presidente Adams. Após a posse, o novo presidente Thomas Jefferson determinou que James Madison, seu Secretário de Estado, não findasse as nomeações do governo anterior, já que, segundo ele, as nomeações careciam de legalidade. Inconformado com a situação, Marbury notificou Madison requerendo oportunidade para apresentar as razões que ensejariam sua imediata nomeação. Madison, porém, não respondeu, e Marbury impetrou uma espécie de *writ of mandamus* (mandado de segurança) diretamente junto à Suprema Corte Norte Americana. Importante salientar que, nesse ínterim, Marshall foi nomeado juiz presidente da Suprema Corte norte americana (SWISHER, 1962, p. 98).

Frente a grande complexidade do litígio, a Suprema Corte ficou-se inerte e não julgou caso. Esse fato provocou grande efervescência social, política e jurídica, visto que a inércia da mais alta Corte Norte Americana provocou revolta na imprensa e causou grande impacto na opinião pública. A crítica à Suprema Corte foi intensa, os veículos de mídia se posicionaram veementemente contrários às atitudes tomadas e o Congresso propôs, através de James Monroe, a possibilidade de *impeachment* dos juízes.

A efervescência política ainda se agravou quando o Poder Executivo se pronunciou acerca do caso. Isso porque, expressou claramente que uma decisão favorável a Marbury poderia gerar uma crise entre os poderes, já que o Executivo poderia não cumprir uma decisão do Judiciário. Por outro lado, o Judiciário não poderia simplesmente indeferir o pleito, já que isso comprometeria gravemente a reputação da Corte perante todos.

Além de toda essa efervescência política, é importante destacar que há um contexto filosófico que fornece bases para essa discussão. Nesse sentido, as teses apresentadas nos *Federalist Papers* são de importância fundamental para o estudo desse contexto, pois, além de embasar filosoficamente, representa a gênese do controle de constitucionalidade.

Nota-se claramente que a preocupação inicial e principal dos Federalistas reside no autocontrole do governo frente a democracia nascente na América. Nesse sentido, James Madison, no *Federalist* 51 (2001, pp. 231/234), encontra na separação dos poderes e no sistema de freios e contrapesos o caminho ideal para a autocontenção do governo. Observa-se claramente que esses apontamentos de Madison forneceram bases teóricas sólidas para o modelo de distribuição de poder encontrado na Constituição dos Estados Unidos, já que procura conjugar as ambições pessoais dos integrantes dos diferentes poderes do Estado e a disciplina constitucional, a fim de preservar o governo de qualquer tendência autoritária.

Quanto ao tema, faz-se necessário ainda analisar, na visão dos Federalistas, a conjuntura do Poder Judiciário. Nota-se claramente que, para eles, o Judiciário é aquele que se

encontra em maior inferioridade no aparato político do Estado. Dessa maneira, esse poder encontra-se em constante risco de ser dominado, intimidado ou influenciado. Entretanto, apesar dessa eminente passividade, Alexander Hamilton, no *Federalist* 78 (2001, pp. 352/358), afirma que o Judiciário pode apresentar grave ameaça à ordem constitucional se encontrar em conluio com algum dos outros poderes.

Pode-se inferir, portanto, que, para os Federalistas, a independência do Poder Judiciário é fulcral para a sobrevivência dele como Poder e, indo além, é essencial para a sobrevivência da própria Constituição. A justificativa para isso encontra-se no poder de julgar concedido ao Estado, pois, realizando a interpretação das leis, é função primordial do Judiciário realizar a supressão das antinomias por ventura existentes entre as leis e a Constituição.

Diante de todo esse contexto histórico, social, político, jurídico e filosófico, em 1803 a Suprema Corte resolveu pelo julgamento do caso. Nesse interim, o juiz presidente da Corte era John Marshall, antigo Secretário de Estado do presidente Adams, e responsável pela nomeação de Marbury. Mesmo diante do latente conflito de interesses pessoais, Marshall julgou o caso e, no mérito, reconheceu o direito de Marbury tomar posse no cargo. Porém, não concedeu o cumprimento da ordem baseando-se na inconstitucionalidade do artigo 13 da Lei Judiciária de 1789, já que esse texto legal estabeleceu a competência originária da Suprema Corte para expedição do *mandamus*. Marshall argumentou dizendo que, diante da competência fixada pela Constituição, apenas a Carta Magna poderia estendê-la, tornando, portanto, inconstitucional qualquer lei ordinária que o fizesse.

Isso posto, vemos que esse marco jurídico fundamental do modelo constitucional norte americano reconheceu o poder da Corte de interferir nos textos legislativos que fossem contrários à Carta Magna, restando claro, portanto, que a interpretação das leis ordinárias deve ser feita em harmonia com a Constituição (CUNHA JÚNIOR, 2009, p. 105).

Após restar claro o contexto que o modelo de controle de constitucionalidade americano se desenvolveu, cabe-nos analisar esse importante sistema como um todo. O modelo de controle de constitucionalidade norte americano é um modelo difuso, quanto ao órgão, e incidental quanto ao procedimento. Dessa maneira, no sistema norte americano a constitucionalidade é apreciada no caso concreto, pela via incidental (FERREIRA, pp. 02-03).

A importância da contextualização histórica no estudo realizado torna-se latente quando se observa que o precedente *Marbury vs. Madison* representou um marco histórico fundamental para o controle de constitucionalidade difuso. Dessa maneira, buscando uma conceituação desse instituto, devemos pontuar, de início, que esse tipo de controle de

constitucionalidade pertence a uma classificação doutrinária que leva em conta o órgão judicial que exerce o controle.

Assim sendo, pode-se afirmar que o controle de constitucionalidade se mostra difuso quando é permitido a qualquer juiz ou tribunal o reconhecimento de possível inconstitucionalidade de uma norma, obstando, portanto, a aplicação da mesma em um caso concreto que se encontra sob *judice* (BARROSO, 2012, p. 49).

Resta, portanto, evidente o paralelo necessário entre o instituto do controle difuso de constitucionalidade e o precedente *Marbury vs. Madison*, já que nessa oportunidade julgou-se pertinente admitir que o Judiciário diga a respeito do sentido das leis.

Nesse sentido, nota-se que, de acordo com o controle difuso de constitucionalidade, é poder e dever de qualquer magistrado decidir de acordo com a interpretação da Carta Magna e, assim, rejeitar a aplicação de leis infraconstitucionais que estejam em desacordo com o Texto Maior. Por fim, importante destacar que o controle de constitucionalidade difuso está presente no Brasil desde à Constituição Federal de 1891, sendo aplicado, desde então, sem maiores alterações (BARROSO, 2012, pp. 49/50).

3.2 Controle difuso de constitucionalidade pelos Tribunais e o procedimento previsto no artigo 97 da Constituição Federal de 1988

Como se viu no momento da conceituação, o controle de constitucionalidade difuso pode ter aplicação através de vários Órgão do Poder Judiciário. Entre eles, inclusive, pode ser aplicado pelo Tribunal *ad quem*.

A previsão legal desse instituto está no artigo 97 da Constituição Federal de 1988, confira-se: “Art. 97. 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”.

A previsão do artigo 97 acima citado explicita o procedimento da declaração de constitucionalidade em sede de controle de constitucionalidade difuso. A restrição a que se refere texto constitucional abordado diz respeito ao princípio da reserva de plenário, conhecido no Direito norte americano como cláusula *full bench* (ou *full court*).

Dessa maneira, temos que tal princípio condiciona a eficácia jurídica da declaração de inconstitucionalidade em sede de controle difuso, já que, resta evidente, que caso haja o acolhimento da arguição de inconstitucionalidade, a mesma deve ser remetida ao pleno ou

órgão especial, sendo que em ambos os casos haverá pronunciamento definitivo (MORAES, 2009, p. 72).

Como regra, a Súmula Vinculante n. 10 expõe entendimento no sentido de ser absolutamente nula a decisão colegiada de órgão jurisdicional meramente fracionário que tenham declarado inconstitucionalidade por meio difuso. Confira-se:

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

Porém, segundo a doutrina e a jurisprudência, a inteligência do artigo 481, parágrafo único, da revogada Lei n. 5.869/1973, atualmente artigo 949, parágrafo único, da Lei n. 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil), a aplicação do princípio contido no artigo 97 da CF/88 é, excepcionalmente, mitigado nos casos de existência de pronunciamento pelo plenário do Supremo Tribunal Federal acerca da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo ou existência de pronunciamento anterior do plenário ou órgão especial do mesmo tribunal prevendo a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo (MORAES, 2009, p. 713).

Nesse sentido, é importante destacar o procedimento do controle difuso de constitucionalidade de normas pelos Tribunais. Assim, tem-se que, tecnicamente, esse controle deve se dar por meio do incidente de inconstitucionalidade. O procedimento desse incidente é regido pelos artigos 948 a 950 do Novo Código de Processo Civil.

Da análise desses dispositivos constitucionais, depreende-se que, em qualquer Tribunal, o incidente pode ser suscitado pelas partes, pelo Ministério Público e pelos próprios membros da turma ou câmara. Assim, diante da inconstitucionalidade incidental suscitada, o órgão fracionário menor deve decidir se admite ou não o incidente, verificando se a arguição de inconstitucionalidade respeita requisitos específicos. Diante disso, se o incidente é infundado, por ser a lei constitucional, segue-se o normal deslinde da causa. Se for reconhecido que a arguição de inconstitucionalidade é possível, o órgão fracionário menor lavrará acórdão admitindo o incidente e encaminhará o tema para a apreciação do órgão fracionário maior.

No âmbito do Plenário ou Corte Especial, será apreciada, mediante voto da maioria absoluta dos membros do colegiado, a compatibilidade da norma em face do ordenamento constitucional. Importante destaca a esse respeito que, segundo entendimento consolidado da

Súmula 513 do STF, em face da decisão do órgão fracionário maior acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma não cabe recurso extraordinário.

Realizado o julgamento do incidente, retornará ao órgão fracionário a análise da lide. Nesse momento, diante da decisão do colegiado acerca da constitucionalidade da norma, cabe ao órgão fracionário seguir o entendimento fixado pelo pleno ou pelo órgão especial. Ressalta-se que da decisão da câmara ou turma que completa o julgamento da causa cabe recurso extraordinário, devendo a parte sucumbente juntar ao recurso a cópia da decisão do incidente.

Por fim, é importante destacar que a intenção do legislador não é limitar a atuação do juiz monocrático, já que, em se tratando de controle de constitucionalidade difuso, esse magistrado decide acerca da inconstitucionalidade como independência. Portanto, a regra exposta aplica-se as lides onde a parte sucumbente, por meio do recurso de apelação, devolva a análise da matéria ao Tribunal.

3.3 Controle de constitucionalidade difuso no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça

As lides envolvendo o controle de constitucionalidade difuso no âmbito do Supremo Tribunal Federal seguem os procedimentos expostos no Regimento Interno desse órgão (RISTF). O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal vigente trás no seu artigo 176 o seguinte: “Arguida a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, em qualquer outro processo submetido ao Plenário, será ela julgada em conformidade com o disposto nos arts. 172 a 174, depois de ouvido o Procurador-Geral”

Acerca do procedimento, nota-se que, segundo o artigo 143, parágrafo único, do RISTF, o julgamento da matéria exige *quórum* de oito ministros, sendo que, de acordo com o artigo supramencionado, cumulado com o artigo 173 do mesmo diploma, apenas há pronunciamento definitivo acerca do incidente se tiverem se manifestado seis ministros.

Em caso de declaração de inconstitucionalidade do preceito ou ato impugnado, seja no todo ou em parte, será comunicada aos órgãos interessados. Nesse ato, ainda se remete cópia da decisão ao Presidente do Senado Federal, para os fins do disposto no artigo 52, X, da Constituição Federal de 1988.

Com relação ao controle difuso de constitucionalidade realizado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, vale destacar que o art. 97 da Constituição Federal de 1988 sedimenta que, pelo voto da maioria absoluta dos membros da Corte Especial do STJ, poderia

esta Corte Superior pronunciar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Via de regra, no âmbito do recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça não examina questões de constitucionalidade. Esse fato decorre do entendimento que atribui ao Supremo Tribunal Federal a competência para, em sede de recurso extraordinário, julgar lides em que a decisão recorrida contraria dispositivo da Constituição Federal. Através desse procedimento, portanto, como regra, o STF é que se pronuncia definitivamente acerca da constitucionalidade de atos do Poder Público. Porém, excepcionalmente, já uma situação na qual o Superior Tribunal de Justiça exerce o controle difuso de constitucional no âmbito do recurso especial.

Essa situação excepcional ocorre quando uma lide chega ao STJ envolvendo uma questão de constitucionalidade de lei, juntamente com questões pertinentes à interpretação e aplicabilidade desse instrumento normativo. Assim, o Superior Tribunal de Justiça, mesmo que sem examinar a questão constitucional, pode se manifestar acerca da constitucionalidade do ato do Poder Público impugnado, pois é medida necessária ao deslinde da causa. Portanto, é possível o controle de constitucionalidade em recurso especial no âmbito da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, pois esse é órgão competente para decidir acerca da arguição incidental de inconstitucionalidade, nos termos do art. 97 da Constituição Federal 1988 e da Súmula Vinculante n. 10 do STF.

3.4 Efeitos da decisão

Após explanação acerca dos aspectos procedimentais do controle de constitucionalidade difusa, seja no âmbito dos Tribunais, ou no âmbito do STF, torna-se necessário discorrer acerca dos efeitos da decisão explanada nesses casos.

De início, é fundamental destacar que, no controle de constitucionalidade difuso, em regra, tem-se que o efeito da decisão é *inter partes*. Dessa maneira, resta evidente que sendo o preceito ou ato normativo declarado incidentalmente inconstitucional, a aplicação dos mesmos fica imediatamente afastada entre as partes, não produzindo qualquer efeito para além da lide. Sendo assim, considerando que atos inconstitucionais são nulos e, por isso, sem eficácia jurídica, sendo declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade, todos os atos e consequências derivadas perdem a validade. Destaca-se que tais efeitos *ex tunc* aplicam-se restritivamente para as partes e na lide que deu origem a declaração de inconstitucionalidade.

Nesse ponto, porém, cabe uma ressalva. Apesar da regra, como colocado anteriormente, seja pelos efeitos *ex tunc* da decisão que declara a inconstitucionalidade, a recente jurisprudência do STF tem admitido casos excepcionais onde aplica-se a modulação temporal dos efeitos da inconstitucionalidade no controle difuso, dando, portanto, efeito *ex nunc*, para a decisão (PAULO; ALEXANDRE; 2007, p. 738).

Nesses casos, através de dois terços dos seus membros, e por motivos de segurança jurídica e/ou relevante interesse social, o STF atribuí efeitos *ex nunc* às suas decisões em sede de controle constitucional difuso (PAULO; ALEXANDRE; 2007, p. 738).

Apesar dos já expostos efeitos *inter partes*, a Carta Maior traz em seu texto mecanismos que visam ampliar os efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade. Isso porquê, o artigo 52, inciso X, da CF/88 diz que: “compete privativamente ao Senado Federal: suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”. Assim, tendo a decisão do STF transitado em julgado, pode o Senado Federal, através de resolução senatorial, estabelecer efeitos *erga omnes* da decisão a partir da data da publicação.

Doutrinariamente discute-se acerca da vinculação ou da discricionariedade da decisão do Senado Federal que amplia os efeitos da decisão de declaração incidental de constitucionalidade. Porém, a doutrina dominante entende que a edição de resolução senatorial que amplia os efeitos não é vinculada, sendo ato discricionário desse Poder Federativo (MORAES, 2009, p. 714). Apesar disso, com o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, o Supremo Tribunal Federal pode, respeitando os requisitos do artigo 103-A da CF/88, editar Súmula Vinculante acerca de julgamento com repercussão geral.

4 ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

Nota-se que até aqui o presente estudo teve como escopo demonstrar e analisar o contexto histórico que envolveu o desenvolvimento do sistema de controle de constitucionalidade no contexto sócio jurídico pátrio e mundial. Além disso, analisou-se conceitos básicos e fundamentais inerentes ao controle de constitucionalidade, adentrando, inclusive, na análise do controle de constitucionalidade difuso, assim como sua origem, procedimento, competências e efeitos. Sendo assim, resta evidente que se tem o aparato teórico necessário para que estabeleça discussão a respeito da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade no ordenamento jurídico pátrio.

4.1 Conceito de abstrativização

Como já foi abordado no presente estudo, a decisão em sede de controle de constitucionalidade difuso tem efeito *inter partes*, ou seja, a decisão provoca efeitos na esfera jurídica apenas dos litigantes de determinada ação.

Visando ampliar os efeitos de tais decisões, o constituinte originário trouxe no artigo 52, inciso X, da Constituição Federal de 1988 a possibilidade do Senado Federal, privativamente, suspender execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Assim, apesar da decisão em controle de constitucionalidade difuso não ter o escopo de alcançar a esfera jurídica externa ao litígio, a Carta Magna tratou em seu texto de uma ferramenta legal que pode auxiliar nessa amplitude de efeitos.

É nesse contexto, portanto, que surge a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. Isso porque, como já foi abordado, no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade de normas apenas o controle concentrado produz decisões com efeito *erga omnes*, sendo que, no controle difuso, como já abordado, prevalece o efeito *inter partes*. Porém, como será observado a seguir, existe uma tendência jurisprudencial no Supremo Tribunal Federal e no Supremo Tribunal de Justiça de atribuir efeito *erga omnes* a decisões próprias do controle de constitucionalidade difuso (PRADO, 2007, p. 62).

Nota-se, portanto, que a abstrativização consiste em um fenômeno jurídico onde, em sede de controle de constitucionalidade difuso, é aplicado efeitos decisórios próprios do controle de constitucionalidade concentrado. Portanto, a abstrativização em controle de constitucionalidade difuso ocorre quando se atribui eficácia *erga omnes* e efeito vinculante a

uma decisão que reconhece a inconstitucionalidade de uma norma sem a participação do Senado Federal. Por fim, extrapolando o conceito, deve-se destacar que a abstrativização requer decisão plenária, portanto, esse fenômeno não tem incidência sob decisões de órgão fracionário do STF ou dos Tribunais de Justiça.

É importante salientar que esse fenômeno constitucional não tem aceitação unânime na doutrina pátria. Porém, a corrente teórica que defende a abstrativização se apoia em dois pontos fundamentais. Primeiramente, afirmam que, independentemente de a declaração de inconstitucionalidade ser proferida em sede de controle de constitucionalidade difuso ou concentrado, hierarquicamente, as decisões do Supremo Tribunal Federal tem eficácia vinculante e efeito *erga omnes* perante os outros órgãos do Poder Judiciário, independente de resolução do Senado Federal que determinaria a suspensão da norma declarada inconstitucional. Ademais, alegam ainda que o fenômeno da abstrativização é fundamental na prevenção de jurisprudência contraditória no interior da Corte Maior e auxilia na celeridade processual (DIDIER apud CAMARGO, 2007, p. 110).

4.2 Habeas Corpus n. 82.959-7/SP e Reclamação Constitucional n. 4.335-5/AC

O Pleno do Supremo Tribunal Federal, em 23 de fevereiro de 2006, julgou o Habeas Corpus n. 82.959-7/SP. Decidiu-se no acórdão do citado HC que o artigo 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072 de 1990, que dispõe sobre crimes hediondos, padecia de vício de inconstitucionalidade por vedar a progressão de regime aos condenados por crimes hediondos.

Esse Habeas Corpus impetrado no Supremo Tribunal Federal requeria a absolvição do acusado e, alternativamente, demandava redução da pena e progressão no regime de cumprimento. Incidentalmente, o paciente ainda pleiteou a declaração de inconstitucionalidade do §1º, do artigo 2º da Lei dos Crimes Hediondos, que impossibilitava progressão do regime de cumprimento de pena dos acusados de crimes classificados como hediondos.

Sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, o STF entendeu que a vedação de progressão de regime prevista no dispositivo da lei citada viola o artigo 5º, inciso LXVI, da Constituição Federal de 1988, ou seja, atenta contra o direito à individualização da pena. Asseverou-se ainda que tal vedação é incongruente, já que desconsidera o princípio da individualização da pena disposto no § 1º do artigo 2º da Lei 8.072 de 1990 e impõe o regime integralmente fechado, porém, admite no artigo 5º dessa mesma lei a possibilidade de livramento condicional.

Já a Reclamação n. 4335-5/AC tratou-se de uma reclamação ajuizada pela Defensoria Pública da União (DPU) em face da Vara de Execuções Penais de Rio Branco/AC. Segundo a DPU, o juízo *a quo* deixou de considerar a decisão do Supremo Tribunal Federal nos autos do HC n. 82.959-7/SP. Esse acórdão da Corte Maior, como se viu anteriormente, considerou inconstitucional a vedação de progressão de regime aos condenados pela prática de crimes hediondos prevista no artigo 2º, § 1º da Lei n. 8072 de 1990.

Assim, com base na decisão proferida no HC n. 82.959-7/SP, a DPU solicitou a progressão do regime de alguns presos por prática de crime hediondo, o que foi denegado pelo juízo *a quo*. Segundo decisão do MM. Juízo da Vara de Execução Penais de Rio Branco/AC, a decisão de inconstitucionalidade proferida nos autos do HC n. 82.959-7/SP teria efeito apenas *inter partes* e não vinculava as decisões futuras.

O juízo *a quo* reiterou ainda que, para uma decisão de incidente de inconstitucionalidade possuir efeito *erga omnes* é necessário, a teor do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal de 1988, que o Senado Federal, em decisão discricionária, suspenda a validade da lei considerada inconstitucional.

O julgamento foi concluído prevalecendo entendimento de que, embora o artigo 52, inciso X, da Constituição estabeleça que o Senado deve suspender a execução de dispositivo legal, ou da íntegra de lei, declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF, as decisões da Corte, ao longo dos anos, têm-se revestido de eficácia expansiva, mesmo quando tomadas em controvérsias de índole individual.

No caso em análise, portanto, o pleno do STF acolheu a Reclamação n. 4335-5/AC por violação à Súmula Vinculante n. 26 do STF, que diz:

Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 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.

Embora a Reclamação n. 4335-5/AC tenha sido ajuizada mais de três anos antes da edição da Súmula vinculante citada, segundo o STF, a aprovação desse dispositivo legal foi fato superveniente, ocorrido no curso do julgamento do processo, que não pode ser desconsiderado pelo juiz, nos termos do artigo 462 do Código de Processo Civil de 1973.

4.3 Análise da abstrativização frente aos votos na Reclamação Constitucional n. 4.335-5/AC

Após estabelecer o contexto jurídico acerca da abstrativização no controle de constitucionalidade difuso, é necessário analisar os votos que integraram o acórdão proferido na Reclamação Constitucional n. 4335-5/AC. Antes dessa análise, conforme já mencionado, é importante mencionar que a decisão final acerca do assunto só foi proferida em 20 de março de 2014, onde a Reclamação 4335-/AC foi acolhida por violação à Súmula Vinculante 26 do STF.

4.3.1 Posição do Ministro Relator Gilmar Mendes e a Mutação Constitucional do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal de 1988

O Ministro Gilmar Ferreira Mendes foi relator da Reclamação Constitucional n. 4335-5/AC. Seu voto foi estruturado de forma a, de início, apresentar o instituto da Reclamação Constitucional perante o parecer do Ministério Público Federal. Assim, apresenta-se a conceituação desse instituto, nos termos do órgão ministerial: “a reclamação é o instrumento processual constitucionalmente instituído para a finalidade específica de preservar a competência dos tribunais e garantir a autoridade de seus julgados”. Dessa maneira, o relator sustenta ainda que a Reclamação Constitucional foi utilizada em consonância com sua destinação constitucional, já que primou pela garantia da autoridade das decisões do STF (BRASIL, 2007, pp. 10/11).

Na sequência, analisando a decisão do juízo *a quo* que negou procedência ao pleito com base no entendimento que a decisão do STF no HC n. 82.959-7/SP possuía eficácia *inter partes* e, portanto, não se aplicava ao caso dos litigantes, o ministro Gilmar Mendes tece alguns comentários acerca da função do Senado Federal naquilo que diz respeito ao texto do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal de 1988. Nesse ponto, inicia seu voto afirmando que a alteração do rol dos legitimados ativos à propositura da ação de inconstitucionalidade, “pretendeu o constituinte reforçar o controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro como peculiar instrumento de correção do sistema geral incidente” (BRASIL, 2007, p.32).

A respeito dessa função do Senado Federal no controle de constitucionalidade difuso, o ministro relator apresenta posição conclusiva no sentido de que a ampliação dos legitimados

no procedimento de controle abstrato de normas reduziu gravemente a abrangência do controle difuso de constitucionalidade.

O ministro Gilmar Mendes sustenta ainda que o legislador ordinário teria atribuído, inclusive com relação ao controle incidental de constitucionalidade, a ampliação de efeitos à decisão proferida pela Corte Maior. O ministro fundamenta através de posicionamentos pelo STF ao analisarem questões como aquelas envolvendo a declaração de inconstitucionalidade de leis municipais onde, segundo o ministro Gilmar Mendes: “o Supremo Tribunal Federal tem adotado uma postura significativamente ousada, conferindo efeito vinculante não só à parte dispositiva da decisão de inconstitucionalidade, mas também aos próprios fundamentos determinantes” (BRASIL, 2007, p.42).

Analisando o papel do Senado Federal em sede de decisões proferidas em ações coletivas, ação civil pública ou Mandado de Segurança coletivo, a suspensão de execução da lei pelo Senado, segundo o Ministro Gilmar Mendes, “revela-se, para dizer o mínimo, completamente inútil, caso se entenda que ela tem uma outra função que não a de atribuir publicidade à decisão declaratória de ilegitimidade” (BRASIL, 2007, p. 44).

Nesse sentido, o Ministro relator sedimenta entendimento:

É possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988 (BRASIL, 2007, p. 52).

Com isso, o Ministro Gilmar Mendes consolida em seu posicionamento a possibilidade de se admitir uma reformulação no que concerne a compreensão do art. 52, X, da Constituição Federal de 1988 sem modificação expressa no texto.

O ministro Relator pontua ainda que o papel do Senado Federal, segundo a Constituição Federal de 1988, quando do controle de constitucionalidade teria o simples efeito de publicidade. Assim, uma vez que o STF exara decisão que determinada lei é inconstitucional, os seus efeitos seriam gerais. Ao Senado restaria, portanto, dar publicidade ao pronunciamento decisório no órgão competente (BRASIL, 2007, p. 55).

Assim, o relator conclui:

Esta solução resolve de forma superior uma das tormentosas questões da nossa jurisdição constitucional. Superam-se, assim, também, as incongruências cada vez mais marcantes entre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a orientação dominante na legislação processual, de um

lado, e, de outro, a visão doutrinária ortodoxa e – permita-nos dizer – ultrapassada do disposto no art. 52, X, da Constituição de 1988. Ressalte-se ainda o fato de a adoção da súmula vinculante ter reforçado a ideia de superação do referido art. 52, X, da CF na medida em que permite aferir a inconstitucionalidade de determinada orientação pelo próprio Tribunal, sem qualquer interferência do Senado Federal.

Por fim, o ministro relator Gilmar Ferreira Mendes, no seu voto, julgou procedente a reclamação, cassando, via de consequência, as decisões proferidas pelo Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco, Estado do Acre, na qual o agente julgador negou a possibilidade de progressão de regime dos reclamantes.

4.3.2 Posições desfavoráveis à abstrativização do controle difuso de constitucionalidade

No presente caso, tiveram votos vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio.

Os ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa refutaram a solução proposta por Gilmar Mendes e Eros Grau. Mesmo afirmando que o artigo 2º, § 1º da Lei n. 8072 de 1990 é obsoleto, Sepúlveda Pertence não concordou em reduzir o Senado Federal a um simples órgão de publicidade de decisões do STF. O ministro Sepúlveda defendeu a utilização, no caso, da súmula vinculante, criada pela Emenda Constitucional n. 45 de 2004, já que, segundo ele, resolveria a questão com maior segurança jurídica e clareza.

Nesse sentido, o ministro Joaquim Barbosa também classificou como obsoleto o posicionamento do juiz da Vara de Execuções de Rio Branco, assim como o dispositivo legal que deu fundamento a sua decisão. Assim, Joaquim Barbosa defendeu a manutenção da leitura tradicional do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal de 1988, pois, segundo ele, tal dispositivo representa uma autorização ao Senado, e não uma possibilidade de tornar sem efeito as decisões do Supremo Tribunal Federal.

Juntando-se à divergência, o ministro Ricardo Lewandowski ressaltou que a competência do Senado no controle de constitucionalidade de normas tem sido reiterada, desde 1934, em todas as Constituições Federais. Assim, de acordo com ele, reduzir o papel do Senado a mero órgão de divulgação das decisões do Supremo, nesse campo, deixaria o sistema de separação dos poderes frágeis. Ademais, ressaltou que, apesar de a Constituição Federal de 1988 fortalecer o STF, a Carta Maior não admite a preponderância de qualquer dos poderes sobre os outros, já que são independentes e autônomos. Para ele, a mutação

constitucional defendida pelo ministro relator seria impossível de acordo com os limites formais e matérias estabelecidos pela Constituição Federal de 1988.

Apesar de que, por maioria, a reclamação foi conhecida e julgada procedente. Apenas os Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau afirmaram advogaram a tese de que as decisões do Plenário do STF proferidas em controle difuso de constitucionalidade possuem efeitos *erga omnes* e que o papel do Senado, atualmente, é o de tão-somente dar publicidade ao que foi decidido, tendo havido mutação constitucional do art. 52, X, da CF/88.

Para os demais Ministros que votaram pela procedência da Reclamação Constitucional 4.335-5/AC a decisão em controle difuso continua ainda produzindo, em regra, efeitos apenas *inter partes*, sendo papel do Senado o de amplificar essa eficácia. Portanto, a tese que prevaleceu nesse julgamento foi a de que a procedência da Reclamação Constitucional tinha como fundamento o desrespeito a Súmula Vincula n. 26 do STF, não se reconhecendo, portanto, a tese defendida por Gilmar Mendes e Eros Grau que defendiam o efeito *erga omnes* das decisões proferidas pelo STF em sede de controle difuso de constitucionalidade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

À luz da doutrina e da jurisprudência, observamos que a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade a partir da atribuição de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante imediato às decisões prolatadas em controle difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Para tanto, teve-se que enfrentar o sistema jurisdicional misto de controle da constitucionalidade existente no Brasil, composto por dois modelos, o difuso e o concentrado, a fim de compreender a complexidade dos efeitos das decisões proferidas em ambos sistemas de controle de constitucionalidade.

Diante de todo esse cenário, analisou-se ainda a nova interpretação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso oferecido pela doutrina constitucional moderna. Assim, diante da análise do abstrativismo, pontuou-se a importância que a objetivação do controle difuso de constitucionalidade e a mutação constitucional do art. 52, X, da Carta Magna adquiriram na jurisprudência do STF frente à função delegada ao Senado Federal de, meramente, dar publicidade às decisões da Corte Maior.

Diante do espectro do abstrativismo, analisou-se a possibilidade da moderna interpretação dada ao art. 52, X, CF, através da técnica da mutação constitucional, oferecer ofensa ao princípio da separação dos poderes. Além disso, procurou-se alcançar entendimento acerca da possibilidade da decisão do STF, proferida em controle difuso de constitucionalidade, ter força normativa suficiente para suspender a execução de lei declarada inconstitucional atribuindo-lhe de pronto efeito *erga omnes*, sem necessidade da participação do Senado Federal.

Restou evidente nesse estudo, portanto, que, atualmente, a tendência da abstrativização em sede de controle difuso de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal tem ganhado força. É importante observar com cautela os efeitos dessa aplicação, pois, como vimos, em certa medida, atenta contra a separação dos poderes ao passo que relega ao Senado Federal função subalterna àquela que a Constituição Federal de 1988 designou.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **RCL 4.335-5/AC. 1. Reclamação. 2. Progressão de regime. Crimes hediondos. 3. Decisão reclamada aplicou o art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, declarado inconstitucional pelo Plenário do STF no HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1.9.2006. 4. Superveniência da Súmula Vinculante n. 26. 5. Efeito ultra partes da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso. Caráter expansivo da decisão. 6. Reclamação julgada procedente.** Relator: Min. Gilmar Mendes, Brasília, DF, 20 de março de 2014.

BARBOSA, Rui. **Atos inconstitucionais.** Campinas: Russel Editores, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** São Paulo: Saraiva, 2011.

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

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2003.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2009.

CAMARGO, Marcelo Novelino. **Leituras complementares de direito constitucional: controle de constitucionalidade.** Salvador: Jus Podivm, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** Coimbra: Coimbra, 1999.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional.** Salvador: JusPODIVM, 2009.

DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. **O Controle Estadual de Constitucionalidade de Leis e Atos Normativos.** São Paulo: Saraiva, 2005.

FERREIRA, Ruan Espíndola. **O controle de constitucionalidade no direito comparado: discussão sobre a legitimidade para exercer a jurisdição constitucional.** Disponível em: <<http://migre.me/trmdY>>. Acesso em: 27 mar. 2015.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **The Federalist.** Indianapolis: Liberty Fund, 2001.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** São Paulo: Saraiva, 2011.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional.** Salvador: JusPODIVM, 2015.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999.** São Paulo: Saraiva, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional.** São Paulo: Celso Bastos, 1998.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** São Paulo: Atlas, 2009.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional. Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição.** Coimbra: Coimbra, 2013.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional.** São Paulo: Método, 2010.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado.** São Paulo: Método, 2009.

PRADO, João Carlos Navarro de Almeida. **Sincretismo no controle de constitucionalidade.** Revista Jurídica CONSULEX: Brasília, n.242, ano XI, fev. 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: Malheiros, 2002, p. 45.

SWISHER, Carl Brent. **Decisões históricas da Corte Suprema.** Rio de Janeiro: Forense, 1962.

WILSON, Woodrow. **Governo Constitucional dos Estados Unidos.** São Paulo: Ibrasa, 1963.