

**RENAN ESPÍNDOLA ARRAIS RIBEIRO**

**A ABSTRATIVIZAÇÃO DAS DECISÕES DO STF EM SEDE DE  
CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE POR MEIO  
DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ART. 52, X, DA CF/88**

Monografia submetida à Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel.

Orientador: Prof. Msc. William Paiva Marques Júnior

Fortaleza  
2013



**RENAN ESPÍNDOLA ARRAIS RIBEIRO**

**A ABSTRATIVIZAÇÃO DAS DECISÕES DO STF EM SEDE DE  
CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE POR MEIO  
DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ART. 52, X, DA CF/88**

Monografia apresentada à banca examinadora da Universidade Federal do Ceará, adequada e aprovada para suprir exigência parcial inerente à obtenção do grau de Bacharel em Direito, em conformidade com os atos normativos do MEC e pelo Regulamento da Monografia Jurídica aprovado pelo Conselho Departamental da Faculdade de Direito da UFC em reunião realizada em 28/11/2008.

Aprovada em \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_\_\_.

COMISSÃO EXAMINADORA

---

Prof. Msc. William Marques Júnior (Orientador)  
Universidade Federal do Ceará - UFC

---

Prof. Dr. Francisco Régis Frota Araújo  
Universidade Federal do Ceará - UFC

---

Janaina Sena Taleires  
Mestranda em Direito da Universidade Federal do Ceará - UFC

Este trabalho é dedicado a todos que, de alguma forma, ajudaram-me a encontrar novos caminhos.

## **AGRADECIMENTOS**

Aos meus pais, pelo amor, carinho, trabalho e dedicação durante todos esses anos.  
Ao meu irmão, o qual amo, não sei se por nossas semelhanças ou diferenças.  
Aos meus amigos, pelo amor, paciência e companheirismo, em especial aos da *La Peia*,  
pelos momentos mais engraçados da minha vida.  
Ao Professor William, pela cordialidade e exemplo acadêmico.  
Enfim, a todos que contribuíram de alguma forma para o final dessa jornada.

"Nada pode curar melhor a alma do que os sentidos, e nada pode curar melhor os sentidos do que a alma."  
(Lord Henry Wotton, em O Retrato de Dorian Gray. Oscar WILDE)

## RESUMO

A abstrativização dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal efetuadas através do controle difuso de constitucionalidade é um assunto bastante controverso, que envolve muitas nuances. A grande discussão é sobre o reconhecimento da mutação constitucional do art. 52, X, da CF/88. O dispositivo da Carta Magna em questão, na sua interpretação literal, confere ao Senado Federal a atribuição de editar resolução suspendendo a exequibilidade de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, pelo STF em sede de controle concreto. Os defensores da objetivação arguem que, à luz da tendência que se opera atualmente no nosso sistema jurídico, essa norma precisa ser interpretada com um sentido diferente. Para eles, as decisões do STF obtidas por meio da via de exceção têm força jurídica suficiente para, por si mesmas, afastar, com efeitos vinculantes de *erga omnes*, a aplicabilidade das normas declaradas inconstitucionais. Ao Senado caberia apenas o papel de trazer publicidade a essas decisões. Este estudo, depois de esboçar os fundamentos do controle de constitucionalidade, seguirá pelos contornos do controle difuso. Após, explicará a atuação da Suprema Corte neste tipo de controle e passará pelos conceitos mais gerais de mutação constitucional. Por fim, terminará com um levantamento de argumentos a favor e contra a consolidação da mutação da norma do art. 52, X, da CF/88. A metodologia empregada consiste, primordialmente, em pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Abstrativização; Abstratização; Objetivação; Controle Difuso; Controle de Constitucionalidade; Supremo Tribunal Federal.

## ABSTRACT

The abstrativization of the Federal Supreme Court decisions' effects through the diffuse constitutionality control is a very controversial subject, which involves several nuances. The greater discussion is about recognizing the constitutional mutation of the art. 52, X, CF/88. This article of the mentioned Constitution, in its literal interpretation, gives the Federal Senate the attribution of editing resolution to suspend the effectiveness of a law declares unconstitutional, in its all over in part of it, by the Federal Supreme Court, in concrete control acting. The objectivation defenders state that, according to the actual tendency in our juridical system, this norm needs to be interpreted in a different meaning. To them, the Federal Supreme Court decisions obtained through execution way have enough juridical strength to, by themselves, clear the *erga omnes* binding effects, the declared unconstitutional norms applicability. To the Senate, there would be just the role to give publicity to those decisions. This study, after delineate the Constitutionality Control fundamentals, will follow the boundaries of the Diffuse Control. After, it will explain the Supreme Court acting, in this kind of control, and pass through the general concepts of constitutional mutation. In the end, it will bring a levy of the arguments pro and counter the consolidation of the article 52, X, CF/88 norm. The utilised methodology consists , mostly, in bibliographical and documentary research.

Keywords: Abstractivization; Objectivation; Diffuse Control; Constitutionality Control; Federal Supreme Court.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO.....</b>	<b>11</b>
<b>2. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....</b>	<b>13</b>
2.1. Princípios constitucionais ligados ao controle de constitucionalidade.....	13
2.2. Principais tipos de inconstitucionalidade.....	16
2.2.1. Aplicabilidade das normas constitucionais como parâmetro hermenêutico do controle de constitucionalidade.....	17
2.2.2. Inconstitucionalidade material e formal.....	18
2.2.3. Inconstitucionalidade total e parcial.....	19
2.3. Parâmetros do controle de constitucionalidade.....	21
2.4. Modalidades de controle de constitucionalidade.....	23
2.5. Espécies do controle de constitucionalidade repressivo judicial.....	24
2.5.1. Ações do controle abstrato de constitucionalidade.....	27
2.6. Controle de constitucionalidade nas cartas políticas brasileiras.....	27
<b>3. CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE: ORIGEM, EVOLUÇÃO HISTÓRICA E PECULIARIDADES.....</b>	<b>30</b>
3.1. Origem no direito comparado.....	30
3.2. Histórico do controle difuso de constitucionalidade no Brasil.....	33
3.3. O controle difuso de constitucionalidade na Constituição de 1988.....	37
3.3.1. Princípio da Reserva de Plenário.....	37
3.3.2. Controle incidental de constitucionalidade em sede de Ação Civil Pública e de Ação Popular.....	40

<b>4. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE.....</b>	<b>44</b>
4.1. Modulação temporal dos efeitos das decisões do STF no controle difuso.....	44
4.2. Controle difuso através da ADPF.....	47
4.3. Recurso Extraordinário.....	49
4.4. Reclamação Constitucional ao STF.....	52
4.5. Súmula Vinculante.....	54
<b>5. A ABSTRATIVIZAÇÃO DAS DECISÕES DO STF EM SEDE DE CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE POR MEIO DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ART. 52, X, DA CF/88.....</b>	<b>57</b>
4.1. O papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade.....	57
4.2. Mutação constitucional.....	60
4.3. Mutação constitucional do art. 52, X, da CF/88.....	64
<b>6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>69</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>71</b>
<b>ANEXO I.....</b>	<b>74</b>
<b>ANEXO II.....</b>	<b>75</b>
<b>ANEXO III.....</b>	<b>77</b>
<b>ANEXO IV.....</b>	<b>77</b>
<b>ANEXO V.....</b>	<b>79</b>
<b>ANEXO VI.....</b>	<b>80</b>

## 1. INTRODUÇÃO

A Constituição é o cérebro do sistema nervoso que é o ordenamento jurídico. Da Lei Maior partem os princípios e normas que norteiam não só a interpretação, mas toda a criação da legislação infraconstitucional.

Nesse sentido, a Carta Magna se apresenta como o produto de séculos de filosofia política, constitucionalista e humanista, assim como reflete os últimos movimentos civis, teorias sociológicas e revoluções ao redor do mundo.

Porém, ela não é apenas o resultado de uma equação histórica, mas uma construção consciente, arquitetada para guardar em si o cerne do Estado Democrático de Direito.

Assim, a função do controle de constitucionalidade, proteger a norma fundamental, na sua essência, dos desígnios das normas inconstitucionais, é tarefa de importante valor para a própria democracia.

Existem muitas formas de controle de constitucionalidade, já que ele pode ser político ou jurídico, preventivo ou repressivo.

Dentro da modalidade de controle repressivo e jurídico, temos duas classificações: controle concreto e controle abstrato de constitucionalidade. Por serem controles jurídicos, se dão no âmbito de ações processuais.

O controle abstrato é aquele de competência para julgar exclusiva do Supremo Tribunal Federal, em que o objeto da ação é a lei em tese. Os efeitos da decisão final são oponíveis a todos e vinculam os outros órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública.

Enquanto isso, o controle concreto é aquele feito por qualquer juiz ou tribunal, em que o objeto da ação é algum bem jurídico de interesse das partes e a alegação de inconstitucionalidade de lei ou ato é apenas questão prejudicial. Os efeitos dessa decisão são sofridos, geralmente, apenas pelas partes processuais.

Acontece que atualmente é grande a tendência dentro do cenário jurídico a abstrativização, abstratização ou objetivização do controle concreto realizado pelo STF.

Trata-se de conferir os efeitos do controle abstrato ao controle concreto de constitucionalidade. Vemos isso acontecer através dos Recursos Extraordinários, das Súmulas Vinculantes e da ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental incidental.

A grande polêmica em torno da abstrativização ocorre com relação à proposta de, através de mutação constitucional, revisar a competência do Senado Federal de suspender, em todo ou em parte, por meio de resolução, a executoriedade de lei considerada inconstitucional pelo STF por via de controle difuso, de forma que estas decisões teriam o condão de, por si mesmas, afastar, com efeitos gerais, a aplicabilidade dessas normas.

No primeiro capítulo, serão abordados os aspectos gerais do controle de constitucionalidade: os princípios constitucionais relacionados, a definição e os principais tipos de inconstitucionalidade, bem como os parâmetros, as modalidades e as espécies do controle de constitucionalidade. Encerrará com uma retrospectiva histórica do controle nas cartas políticas brasileiras.

O segundo capítulo foi feito para explicar acerca do controle difuso de constitucionalidade, explicando sua origem no direito comparado, histórico no Brasil e alguns pontos fundamentais como o Princípio da Reserva de Plenário e o controle incidental feito em sede de Ação Civil Pública e Ação Popular.

No terceiro capítulo, são apontados os moldes do controle concreto exercido especificamente pela Suprema Corte e, com isso, relatadas as formas de abstrativização que já ocorrem no nosso sistema jurídico.

O quarto capítulo delineará o papel do Senado no controle incidental, os principais conceitos da mutação constitucional e, por fim, discutirá a possibilidade de aceitação ou não da teoria da abstrativização das decisões da Corte em sede de controle difuso de constitucionalidade por meio de mutação constitucional do art. 52, X, da CF/88.

A metodologia a ser utilizada na monografia caracteriza-se por ser um estudo descritivo-analítico, desenvolvido através de pesquisa: quanto ao tipo, bibliográfica, mediante explicações embasadas em trabalhos publicados sob a forma de livros, revistas, artigos, enfim, publicações especializadas, imprensa escrita e dados oficiais publicados na Internet, que abordem direta ou indiretamente o tema em análise; quanto à utilização e abordagem dos resultados, pura, à medida que terá como único fim a ampliação dos conhecimentos, e qualitativa, buscando apreciar a realidade do tema no ordenamento jurídico pátrio; quanto aos objetivos, descritiva, posto que irá descrever, explicar, classificar, esclarecer o problema apresentado, e exploratória, objetivando aprimorar as ideias através de informações sobre o tema em análise.

## 2. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A Constituição tem um papel unificador no ordenamento jurídico, é nela onde se encontram as características principais do nosso Estado, é onde estão os direitos e garantias fundamentais primordiais sob os quais se fundamenta todo o Direito.

Todo o arcabouço teórico, elaborado filosoficamente e conquistado em séculos de lutas, sobre o valor da pessoa humana e sua dignidade se encontram positivados na Carta Magna, posto que se resumem na própria teoria constitucionalista aceita por uma considerável parte das nações.

Acerca da função que a Constituição exerce no firmamento do Estado Democrático de Direito, Luzia Marques da Silva Cabral Pinto *apud* Mônica Clarissa Henning Leal, (2003, p. 17):

Havia quem quisesse que se atribuisse à Assembléia Constituinte, não só a tarefa de reconstruir na forma republicana as estruturas fundamentais do Estado, mas também a de deliberar ao menos algumas fundamentais reformas de caráter econômico e social que representassem o início de uma transformação da sociedade em sentido progressivo(...) Mas esta idéia não foi acolhida; ou, para dizer melhor, foi acolhida por metade com o fim de dar aos seus apoiantes a ilusão de que não foi negada de todo. Entre o tipo de constituição breve, meramente organizatória do aparelho do Estado, e o tipo de constituição longa, esta também ordenadora da sociedade, a Assembléia Constituinte escolheu um tipo de constituição longa, isto é, contendo ainda uma parte ordenadora que, em vez de efetuar uma transformação das estruturas sócias, se limitava a prometé-las a longo prazo, traçando-lhe o programa para o futuro.

Portanto, preservar a Constituição dos arbítrios das normas violadoras dos direitos, que podem ser produzidas pelo legislador, é preservar a própria vicissitude do Estado Democrático de Direito. Esse é o papel do controle de constitucionalidade.

### 2.1. Princípios constitucionais ligados ao controle de constitucionalidade

Toda norma produzida no país é presumivelmente constitucional, quer dizer, produz os seus efeitos jurídicos desde a entrada em vigor. Esse é o Princípio da Presunção de Constitucionalidade. Porém, essa presunção é *juris tantum*, ou seja, relativa. Portanto, tanto as normas constitucionais derivadas, quanto as normas infraconstitucionais podem e devem ser fiscalizadas e, em consequência, declaradas inconstitucionais. As únicas normas que possuem presunção absoluta de constitucionalidade são as normas constitucionais originárias.

Prova disso é a Ação Direta de Inconstitucionalidade 815, julgada em 28 de março de 1996, onde o seu relator, o Ministro Moreira Alves, aduziu que analisar a validade das normas constitucionais originárias não se trata de controle de constitucionalidade, mas de mensurar a legitimidade do legislador originário, algo fora da competência do Supremo Tribunal Federal.

Portanto, ficou estabelecido que o STF não adota a teoria de Otto Bachof (1994, p. 31), para quem as normas constitucionais originárias podem ser fiscalizadas a luz do Direito Natural, direito composto por normas metajurídicas e superiores ao Direito Positivo.

O que se denomina de controle de constitucionalidade é o procedimento estabelecido pela Constituição através do qual é possível averiguar a conformidade dos atos normativos em relação à Carta Magna. Esse processo se dá tanto no âmbito formal, no que diz respeito à elaboração das normas, quanto no material, analisando a correspondência do conteúdo da norma com o da Lei Maior.

O controle de constitucionalidade, por inferência, só é possível em um ordenamento jurídico onde haja hierarquia entre as normas, já que não haveria em face de quê declarar uma norma incompatível se não fosse em relação a outra norma hierarquicamente superior. É preciso que uma norma seja fundamento de validade da outra para que aconteça um controle entre elas.

Daí o Princípio da Supremacia Formal da Constituição, segundo o qual as normas constitucionais são consideradas hierarquicamente superiores a todas as outras produzidas no país, prevalecendo em detrimento destas quando houver contradição entre as duas.

Também, para haver controle de constitucionalidade, é necessário um procedimento legislativo mais dificultoso para produzir ou modificar normas constitucionais que o exigido para elaborar ou alterar normas infraconstitucionais. Inclusive, algumas normas da Constituição Federal de 1988, as cláusulas pétreas, não podem sequer serem mudadas se não para ampliar o seu conteúdo.

De acordo com Paulo Bonavides (1998, p. 36) e Alexandre de Moraes (2007, p. 23), mesmo que uma constituição se denomine rígida, se não houver controle de constitucionalidade, ela deverá ser considerada flexível, pois não existirá diferença entre a vontade do legislador originário e a do derivado.

Outro fator essencial ao controle de constitucionalidade é que a Constituição contemple o Princípio da Separação dos Poderes, de Montesquieu (2005, p. 15). Os

órgãos que legiferam devem ser distintos dos que fiscalizam a constitucionalidade das normas. Além disso, só a própria Constituição tem legitimidade para determinar quais são esses órgãos, quais suas funções e como eles as realizam.

Portanto, se não existir pelo menos um órgão independente, instituído pela própria Constituição para esse fim, diverso dos responsáveis pela criação das normas, não se pode falar em controle de constitucionalidade, nem em Constituição rígida, nem Estado Democrático de Direito.

Ademais, o ordenamento jurídico é um sistema. Como sistema, seus elementos devem conectar-se entre si e formar um todo organizado, livre de contradições. São essas contradições que o controle de constitucionalidade tem por objetivo sanar.

Por isso, além da Supremacia Constitucional, talvez o princípio que mais dê sentido ao controle constitucional é o da Unidade do Ordenamento Jurídico.

Para Hans Kelsen (2000, p. 28), o ordenamento jurídico tem como fundamento de validade a norma hipotética fundamental, que se materializa na Constituição. Para ele, as normas e princípios se alinham e escalonam num sistema que encontra validade em si próprio. Dentro do próprio sistema, essas normas, hierarquicamente divididas, por sua vez, encontram validade nas normas que lhes são superiores.

Os limites que as normas encontram umas nas outras são tanto formais, já que todas elas precisam ser emanadas segundo os procedimentos que o sistema estabelece, quanto materiais, pois uma norma inferior não pode contradizer outra superior. Essas contradições devem ser analisadas com cuidado, pois podem ser apenas aparentes e, sempre que possível, a interpretação das normas deve sanar as aparentes antinomias.

Já que o ordenamento jurídico como um todo encontra fundamento de validade no seu subsistema que é a Constituição, ela própria também deve ser lida como um sistema e, portanto, livre de incongruências.

Norberto Bobbio (2011, p. 46) talvez tenha sido quem melhor escreveu sobre o caráter sistêmico do ordenamento jurídico:

Para que se possa falar em ordem é necessário que os entes que a constituem não estejam somente em relacionamento com o todo, mas também num relacionamento de coerência entre si. Quando nos perguntamos se um ordenamento jurídico constitui um sistema, nos perguntamos se as normas que o compõem estão num relacionamento de coerência entre si, e em que condições é possível essa relação.

Segundo [José Gomes Canotilho](#) (1991, p. 162), em suas explanações sobre o Princípio da Unidade da Constituição:

O princípio da unidade da Constituição ganha relevo autônomo como princípio interpretativo quando com ele se quer significar que o Direito Constitucional deve ser interpretado de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas e, sobretudo, entre os princípios jurídicos-políticos constitucionalmente estruturantes. Como ‘ponto de orientação’, ‘guia de discussão’ e ‘factor hermenêutico de decisão’ o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a Constituição na sua globalidade e procurar harmonizar os espaços de tensão [...] existentes entre as normas constitucionais a concretizar. Daí que o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais, não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios.

Luís Roberto Barroso (1999, p. 162) completa:

O princípio da unidade da Constituição tem amplo curso na doutrina e na jurisprudência alemãs. Em julgado que Klaus Stern refere como primeira grande decisão do Tribunal Constitucional Federal, lavrou aquela Corte que ‘uma disposição constitucional não pode ser considerada de forma isolada nem pode ser interpretada exclusivamente a partir de si mesma. Ela está em uma conexão de sentido com os demais preceitos da Constituição, a qual representa uma unidade interna. Invocando tal acórdão, Konrad Hesse assinalou que a relação e interdependência existentes entre os distintos elementos da Constituição exigem que se tenha sempre em conta o conjunto em que se situa a norma. (...) Em decisão posterior, o Tribunal Constitucional Federal alemão voltou a remarcar o princípio, conferindo-lhe, inclusive, distinção especial e primazia: ‘o princípio mais importante de interpretação é o da unidade da Constituição enquanto unidade de um conjunto com sentido teleológico, já que a essência da Constituição consiste em ser uma ordem unitária da vida política e social da comunidade estatal.

Todos esses princípios constitucionais e muitos outros encontram uma relação de encadeamento lógico entre si. Através da dedução e da indução, observa-se como um dá origem o outro que, por sua vez, dá sentido ao primeiro. Eles guardam essa correspondência obrigatória entre si para formar um todo que é maior que a soma das partes, o próprio Estado Democrático de Direito.

## 2.2. Principais tipos de inconstitucionalidade

A inconstitucionalidade é um fenômeno que não ocorre de uma única forma, nem por uma única razão.

De uma maneira geral, significa a incompatibilidade de uma lei ou ato do Poder Público com a norma fundamental que lhe dá fundamento de validade. Como isso acontece, é um dos principais tópicos de estudo do controle de constitucionalidade, já que este não pode ser entendido sem ter em mente quais são os tipos de inconstitucionalidade.

### 2.2.1. Aplicabilidade das normas constitucionais como parâmetro hermenêutico do controle de constitucionalidade

O legislador derivado pode acabar elaborando lei e atos normativos inconstitucionais. É o caso da inconstitucionalidade por ação, também chamada de inconstitucionalidade por comissão, que pode se dar material ou formalmente.

Porém, pode ser que a ausência de norma infraconstitucional regulamentadora impeça que norma constitucional garantidora de direito produza os seus efeitos jurídicos completos. Então, estamos diante da inconstitucionalidade por omissão.

Na teoria de José Afonso da Silva (2001, p. 89), as normas constitucionais podem ser de eficácia plena, restringível ou limitada.

As normas constitucionais de eficácia plena produzem os seus efeitos desde a origem. Elas não dependem de complementação de norma infraconstitucional, pois possuem todos os elementos necessários à sua executoriedade, o que possibilita a sua aplicação direta, imediata e integral.

Há também as normas constitucionais de eficácia contida ou restringível. São aquelas que produzem a plenitude dos seus efeitos, mas podem ter o seu alcance restringido por norma infraconstitucional. Assim como as normas de eficácia plena, elas possuem aplicabilidade imediata.

Por último, existem normas constitucionais que, apesar de não carecerem de validade, não nascem já produzindo a plenitude de seus efeitos, dependendo do legislador derivado para produzir norma infraconstitucional que lhe regulamente. Portanto, por não conter em si mesma os elementos necessários para sua executoriedade, elas possuem aplicabilidade mediata.

Assim, sempre que existir direito previsto na Constituição, através de norma de eficácia limitada, pendente de regulamentação infraconstitucional inexistente, há inconstitucionalidade por omissão.

É tendência da hermenêutica constitucional atual, mais garantista, considerar que as normas constitucionais programáticas ou instituidoras de direitos fundamentais carentes de regulamentação possuem o mesmo valor jurídico dos princípios constitucionais e, portanto, guardam aplicabilidade plena e direta.

Sobre o tema, manifesta-se Luís Roberto Barroso (2006, p. 115 e 116), citando Jorge Miranda:

A visão crítica que muitos autores mantêm em relação às normas programáticas é, por certo, influenciada pelo que elas representavam antes da ruptura com a doutrina clássica, em que figuravam com enunciados políticos, meras exortações morais, destituídas de eficácia jurídica. Modernamente, a elas é reconhecido um valor jurídico idêntico ao dos restantes preceitos da Constituição, como cláusulas vinculativas, contribuindo para o sistema através dos princípios, dos fins e dos valores que incorporam. Sua dimensão prospectiva, ressalta Jorge Miranda, é também uma dimensão do ordenamento jurídico, pelo menos no Estado Social.

De fato, negar aplicabilidade a um princípio constitucional por sua característica de pouca especificidade constitui inconstitucionalidade flagrante. Da mesma maneira, a não aplicabilidade imediata de uma norma constitucional por mera ausência de regulamento infraconstitucional é ato violador da Constituição e, portanto, inconstitucional.

### 2.2.2. Inconstitucionalidade material e formal

Pode haver inconstitucionalidade por comissão material ou formal.

A inconstitucionalidade material se dá quando a norma é contrária à Constituição com relação ao seu conteúdo. É uma inconstitucionalidade temática, de assunto. A norma em questão prejudica princípios ou regras. Aqui se analisa a qualidade da essência da norma.

Já a inconstitucionalidade sob o prisma formal, ou procedimental, acontece devido a algum vício no processo legislativo de formação da lei. A doutrina majoritária divide a inconstitucionalidade formal entre subjetiva e objetiva. A subjetiva é observada no vício de iniciativa ou ainda no de competência, são vícios no nascedouro da norma. A objetiva é gerada no vício dos demais atos do processo legislativo.

A inconstitucionalidade formal subjetiva por vício de iniciativa ocorre quando há usurpação de competência de iniciativa legislativa. A uma autoridade cabe deflagrar o processo legislativo, enquanto outra o faz no seu lugar.

Segundo posicionamento do Supremo Tribunal Federal trata-se de vício insanável. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.963, ocorrido no dia 10 de outubro de 2002, cujo relator foi o Ministro Maurício Corrêa, a Corte Suprema confirmou a decisão cautelar, julgada no dia 18 de março de 1999, no sentido de que, quando da usurpação da iniciativa do Chefe do Executivo, a sanção deste não convalida o vício de iniciativa, de forma que a Súmula nº5 do STF, que declarava o contrário, está superada pela jurisprudência da própria Corte.

Ademais, a Constituição estabelece o mapeamento de atribuições entre os entes federativos. Se há uma violação ao sistema de competências previsto pela Constituição, essa lei será inconstitucional por vício formal subjetivo de competência.

Já a inconstitucionalidade formal objetiva é um vício de rito ou de procedimento. É verificado nas outras fases do processo legislativo. Um exemplo disso seria uma lei complementar aprovada com quorum de lei ordinária.

Luís Roberto Barroso (2006, p. 47) divide a inconstitucionalidade formal entre orgânica e propriamente dita. A Orgânica seria apenas o vício de competência, enquanto a formal propriamente dita englobaria todos os atos do processo legislativo, inclusive os de iniciativa.

Hans Kelsen (2000, p. 31), sob outra perspectiva, chama a inconstitucionalidade material de nomoestática e a inconstitucionalidade formal de nomodinâmica.

A denominação nomoestática se dá porque é analisado apenas o conteúdo da norma, o que está posto, e não o seu processo de emissão, o que daria a ideia de paralisia ou estase. A inconstitucionalidade dita nomodinâmica é aquela que ocorre durante o processo de criação da norma, o que passaria uma noção de movimento, de dinâmica.

### 2.2.3. Inconstitucionalidade total e parcial

Não pode ser declarada completamente inconstitucional uma lei que só possua alguns dispositivos inconstitucionais. Esse é o Princípio da Parcelaridade da lei, que prescreve que a análise do controle de constitucionalidade deve ser sempre de ponderação. Pesa o Princípio da Supremacia Constitucional, mas sem perder o enfoque no Princípio da Presunção de Constitucionalidade.

Até mesmo uma única palavra ou expressão pode ser considerada inconstitucional e retirada da norma, contanto que a lei não perca o sentido, nem ganhe um outro completamente diferente do original de forma que o STF acabe por legislar no lugar de quem detém a competência para tal.

Clèmerson Merlin Clève (2012, p. 24) explica que, normalmente, a inconstitucionalidade formal leva à declaração de inconstitucionalidade total, mas é possível parcelar até o processo legislativo.

Uma norma pode ser inconstitucional por vício formal subjetivo de iniciativa parcial, por exemplo, quando a autoridade que deflagra o processo legislativo não era competente para tal, mas apenas no que diz respeito a alguns dispositivos da norma em questão. Ou inconstitucional por vício formal subjetivo de competência parcial quando unicamente alguns artigos da respectiva lei forem originados por ente federativo que não poderia tê-lo feito.

Também pode ser, em caráter de exemplo, que a Casa Revisora faça alguma modificação ao projeto de lei sem submetê-lo a nova deliberação da Casa Iniciadora do processo legislativo, ocasião em que a conseqüente lei promulgada seria inconstitucional por vício formal objetivo parcial. Outro exemplo do mesmo tipo de inconstitucionalidade seria uma lei ordinária com apenas alguns artigos que disponham sobre assunto reservado a lei complementar.

Porém, existem ocasiões em que persiste inconstitucionalidade parcial, mas não se pode diminuir o texto legal sem gerar resultados inconvenientes.

Por exemplo, pode acontecer de um mesmo dispositivo legal comportar mais de uma interpretação, mas que o STF entenda que uma dessas interpretações é inconstitucional, ou que apenas uma interpretação, dentre todas, é compatível com a Constituição.

Quando isso ocorre, o Supremo delibera com o intuito de organizar a aplicação legal. É a Interpretação Conforme a Constituição. Ele assegura que a lei é constitucional, desde que interpretada no único sentido que encontra consonância com o entendimento da Suprema Corte, ou ratifica que a lei é válida, exceto se for interpretada no exclusivo sentido considerado errado.

Carlos Maximiliano Pereira dos Santos *apud* Nagib Slaibi Filho (2011, p. 26):

Todas as presunções militam a favor da validade de um ato, legislativo ou executivo; portanto, se a incompetência, a falta de jurisdição ou a inconstitucionalidade, em geral, não estão acima de toda dúvida razoável, interpreta-se e resolve-se pela manutenção do deliberado por qualquer dos três ramos em que se divide o Poder Público. Entre duas exegeses possíveis, prefere-se a que não infirma o ato de autoridade.

Às vezes também pode acontecer de, em razão da própria estrutura da lei, não seja possível retirar da norma sua parte inconstitucional sem também expurgar dela um trecho que é, na verdade, constitucional e, portanto, válido.

Isso acontece devido ao fato de muitas leis possuírem dispositivos que fazem referências a outros. Nesse caso, se uma dessas correspondências for

inconstitucional, pode não ser possível tolher da norma a parte aludida, que também se reporta a outras circunstâncias, nem afastar plenamente a regra que faz alusão, quando parte da relação que ela estabelece é correta.

Daí, o Supremo efetua a técnica conhecida como Declaração Parcial de Inconstitucionalidade Sem Redução de Texto. Fica estabelecido que a norma mantenha o seu texto integral e apenas a sua aplicação incorreta é expurgada do ordenamento jurídico.

A Lei 9.868/1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade, no seu art. 28, parágrafo único, positivou a Interpretação Conforme a Constituição e a Declaração Parcial de Inconstitucionalidade Sem Redução de Texto:

A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

O olhar do interprete da Constituição deve ser sempre consciente e responsável, pois não se deve declarar a inconstitucionalidade daquilo que não viola a supremacia constitucional. Caso contrário, seria um desrespeito ao Princípio da Separação de Poderes e ao da Presunção de Constitucionalidade das leis.

### 2.3. Parâmetros do controle de constitucionalidade

Segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2770, julgada no dia 11 de dezembro de 2002, cujo relator foi o Ministro Gilmar Mendes, o preâmbulo da Constituição, apesar de poder ser considerado fonte de interpretação, está situado no domínio da política e não possui normatividade. Não serve, pois, como parâmetro do controle de constitucionalidade.

Ademais, não há hierarquia entre as normas do corpo fixo da Constituição e os dispositivos do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, apesar dessas últimas terem função apenas de facilitar a transição entre as ordens constitucionais.

Portanto, qualquer norma constitucional, ainda que unicamente principiológica, serve como parâmetro do controle de constitucionalidade, exceto por aquelas do ADCT que tiveram a sua normatividade exaurida pelo passar do tempo.

Também as Constituições dos Estados e a Lei Orgânica do Distrito Federal podem ser parâmetros do controle de constitucionalidade. No primeiro caso, de lei ou ato normativo estadual, no segundo, de lei ou ato normativo distrital.

É necessário esclarecer que, apesar de se falar em controle de constitucionalidade tendo como paradigma a Lei Orgânica do Distrito Federal, quando se analisa a conformidade de lei ou ato normativo municipal em relação à Lei Orgânica do Município, estamos diante de controle de legalidade, não de constitucionalidade.

Isso porque só existe controle de constitucionalidade entre norma primária e norma fundamental, seja a Constituição Federal, as Constituições dos Estados ou a Lei Orgânica do Distrito Federal. Apenas as normas primárias retiram fundamento de validade diretamente de uma Constituição ou da Lei Orgânica do Distrito Federal.

As normas secundárias, por sua vez, retiram fundamento de validade, de forma direta, das normas primárias e, apenas indiretamente, das normas fundamentais. Dessa maneira, a incompatibilidade de uma norma secundária com uma norma primária não constitui ofensa passível de controle de constitucionalidade, mas de controle de legalidade. Diferente caso é o da inconstitucionalidade derivada, que afeta as normas secundárias em virtude de a norma primária que lhes deu vazão ser considerada inconstitucional.

O controle difuso de constitucionalidade adota alguns parâmetros a mais que os do controle abstrato. Através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, por exemplo, lei municipal pode ser contestada diretamente em relação à Constituição Federal por meio da via incidental.

Também por meio da via de exceção, seja por ADPF ou por Recurso Extraordinário, as Constituições brasileiras anteriores à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 podem servir de parâmetro do controle de constitucionalidade, mas apenas em relação às normas que foram criadas sob os períodos de validade dessas respectivas Cartas Magnas.

Por fim, a Emenda Constitucional 45/04 aumentou muito os parâmetros do controle de constitucionalidade. Veja-se o art. 5º, [§3º](#), da CRFB/88:

Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Daí se depreende que, se aprovados dessa maneira, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos também são parâmetros do controle de constitucionalidade.

#### 2.4. Modalidade de controle de constitucionalidade

Quanto ao momento de realização, o controle de constitucionalidade pode ser preventivo, *a priori*, ou pode ser repressivo, *a posteriori*. No que diz respeito ao órgão de realização, o controle pode ser político ou judicial.

O controle preventivo é aquele que tem como objeto os projetos de lei ou as propostas de emendas, enfim, a norma ainda no seu processo de produção. Ele é, via de regra, político. Pode ser exercido: pelo Poder Legislativo, através de parecer da Comissão de Constituição e Justiça, criada na forma do art. 58 da CF/88, em que o projeto de lei ou proposta de emenda tem a sua constitucionalidade avaliada antes da votação pelas Casas; ou pelo Poder Executivo, através do Veto Presidencial, de acordo com o art. 66, §1º, da CF/88, em que, se o Presidente da República considerar o projeto de lei, no todo ou em parte, inconstitucional, o vetará total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.

Sobre o controle de constitucionalidade preventivo e a sua relação com o Princípio de Presunção de Constitucionalidade, leciona Sylvio Clemente da Motta Filho (2010, p. 13):

O Princípio da Presunção de Constitucionalidade baseia-se na eficácia do controle preventivo e pugna pelo entendimento de que toda espécie normativa nasce de acordo com a Constituição e, como tal, deve ser preservada. Definir constitucionalidade, portanto, parece simples, ou seja, tudo aquilo que emerge no ordenamento jurídico ordinário é presumidamente constitucional.

Exceção de controle preventivo que se dá de forma judicial é o mandado de segurança impetrado por parlamentar, perante o STF, para assegurar o seu direito líquido e certo de participar de um processo legislativo constitucional. O objetivo aqui é impedir a tramitação de projeto de lei ou de emenda constitucional em que haja alguma inconstitucionalidade formal ou material.

O STF já entendeu, nos autos do Mandado de Segurança 23.334, julgado no dia 1º de julho de 2011, que teve como relator o Ministro Celso de Mello, que é

direito público subjetivo do parlamentar não participar de um processo legislativo inconstitucional.

Já o controle repressivo, é aquele feito às normas prontas. É geralmente judicial, dividido entre os sistemas difuso e concentrado.

Porém, exemplo de controle repressivo político seria o art. 49, V, da CF/88, onde consta que o Congresso Nacional pode sustar, por meio de decreto legislativo, os atos do Executivo que tenham exorbitado os limites do poder regulamentar ou da delegação legislativa para elaboração de Lei Delegada.

Deve-se ressaltar, também, o art. 62, §5 c/c §9, da CF/88. Quando o Presidente da República edita medida provisória, ele a oferece ao Congresso Nacional para convertê-la ou não em lei ordinária. Antes de iniciar o processo de conversão, é designada uma comissão mista de deputados e senadores para elaborar parecer acerca da constitucionalidade da medida provisória. Esse parecer é considerado pela doutrina como forma de controle repressivo político.

Ademais, a Súmula 473 do STF, que estabelece o poder de autotutela da Administração Pública, cria outra forma de controle repressivo político quando diz que a administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos.

Por último, uma forma de controle de repressivo político foi firmada na ADI 221, julgada no dia 15 de setembro de 1993, cujo relator foi o Ministro Moreira Alves, em sede de medida cautelar, pois o STF decidiu que é legítimo, para o Chefe do Executivo, tornar inaplicável, no âmbito da Administração Pública sob o seu comando, lei que entender ser flagrantemente inconstitucional. É preciso que ele não perca de vista que tornar inaplicável lei constitucional pode levar ao seu *impeachment*, já que dispõe o art. 85, VII, da CF/88, que é crime de responsabilidade o ato do Presidente da República que atente contra o cumprimento de lei. Devido ao Princípio da Simetria, governadores e prefeitos podem tornar inaplicáveis leis inconstitucionais no âmbito da Administração Pública sob os seus respectivos comandos, sob os mesmos riscos.

## 2.5. Espécies do controle de constitucionalidade repressivo judicial

Em respeito ao Princípio da Supremacia Constitucional e ao Princípio da Unidade do Ordenamento Jurídico, o sistema brasileiro adota duas formas de controle de constitucionalidade repressivo judicial o difuso e o concentrado.

O controle difuso, também denominado controle concreto, aberto ou incidental de constitucionalidade é aquele por meio do qual cabe a qualquer magistrado ou órgão colegiado decidir, no caso concreto, sobre a compatibilidade de uma lei ou ato normativo com relação à Constituição. A análise é concreta porque acontece dentro de um processo subjetivo.

A origem do controle difuso de constitucionalidade, segundo Oscar Vilhena Vieira (1994, p. 21), deu-se nos Estados Unidos da América, em 1803, no Caso Marbury contra Madison. Com base no art. VI, cláusula 2, da Constituição dos Estados Unidos da América de 1787, o Presidente da Suprema Corte Norte-Americana, juiz John Marshall, chegou às seguintes conclusões: nenhuma lei pode prevalecer às normas constitucionais; se uma lei existir em contradição à Constituição, essa norma é nula de pleno direito; cabe ao Judiciário resolver esses conflitos.

A partir daí, passou a se considerar que todo juiz ou tribunal pode afastar a incidência de lei ou ato normativo que considere inconstitucional. Nesse caso, considera-se que o juiz está realizando a sua atividade jurisdicional típica.

A constitucionalidade, nas ações que envolvem o controle difuso, é causa de pedir, questão prejudicial. Assim, tem-se que a forma pela qual o controle difuso acontece é por via incidental, de exceção ou de defesa. Por isso é dito que o controle difuso mora nos fundamentos da sentença, porque é ali que vai ser dito se a lei viola ou não à Constituição. Não é a questão principal, mas sim acessória da ação.

Qualquer pessoa pode suscitar esse controle, seja autor, réu ou terceiro interessado. O Ministério Público também pode fazê-lo, seja na qualidade autor ou de *custus legis*, e o próprio juiz, de ofício.

Os efeitos subjetivos no controle difuso são, em regra, *inter partis*, ou seja, só valem entre as partes da ação. As leis consideradas inconstitucionais dessa maneira são excluídas apenas daquela relação jurídica específica, não deixando de produzir os seus efeitos jurídicos em outras situações.

No controle concentrado, abstrato, fechado, ou reservado, a análise é feita em abstrato, feita à lei em tese. Não há lide. É considerado que a lei está prejudicando não aos interesses de alguém, mas à própria Constituição.

Esse controle só pode ser feito pelo Supremo Tribunal Federal, único que detém a competência para julgar. As quatro principais ações do controle concentrado, que são a Ação Direta de Inconstitucionalidade, a Ação Declaratória de Constitucionalidade, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e a Ação de

Descumprimento de Preceito Fundamental têm o rol de legitimados ativos taxativo, disposto no art. 103, incisos de I a IX, da CF/88.

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.

Nessas ações, o controle se dá por via principal, direta ou de ação. A sua realização é o próprio pedido, o mérito da questão, que vai ser tratado na parte dispositiva da sentença.

Os efeitos do controle abstrato são *erga omnes*, o que quer dizer, válidos para todos, conforme o art. 102, § 2º, da CF/88:

As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

De acordo com Nagib Slaibi Filho (2011, p. 46), Hans Kelsen é o criador do controle concentrado de constitucionalidade. Relator da Constituição Austríaca de 1920, considerou indispensável que houvesse um mecanismo de proteção dos dispositivos constitucionais.

Enquanto o direito norte-americano foi criado nos moldes do *common law* inglês, que tem um enfoque maior nos julgados e nos precedentes, o sistema austríaco se baseou nos moldes romano-germânicos, onde a maior importância é a da própria da lei.

Portanto, para Kelsen, permitir que qualquer juiz ou tribunal pudesse decidir por aplicar ou não a lei prejudicaria sobremaneira a segurança jurídica no país. Estabeleceu, portanto, uma estrutura onde apenas um tribunal pudesse realizar a fiscalização do controle de constitucionalidade das normas, a Corte Constitucional Austríaca.

Esse sistema se espalhou por outros países da Europa continental, de forma que em lugares como Itália, França, Alemanha, Portugal e Espanha, só existe controle concentrado de constitucionalidade.

### 2.5.1. Ações do controle abstrato de constitucionalidade

As ações do controle concentrado são:

ADI, ADIN ou Ação Direta de Inconstitucionalidade: aparece no art. 102, I, “a”, da CF/88, é regulada pela lei 9.868/99 e tem por objeto lei ou ato normativo federal ou estadual. De acordo com a jurisprudência do STF, não pode ter por objeto legislação municipal nem anterior à CF/88.

ADIN interventiva ou Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva: consta no art. 36, III, da CF/88 e tem por objeto lei estadual que viole os Princípios Sensíveis do art. 34, VII, da CF/88.

ADO ou Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão: instituída no art. 103, §2º, da CF/88, para sanar as inconstitucionalidades por omissão, provenientes do não regulamento das normas constitucionais de eficácia limitada. A lei 9868/99 o regulamenta, por analogia, no que couber.

ADC, ADECON ou Ação Declaratória de Constitucionalidade: também regulada pela lei 9.868/99, instituída no art. 102, I, “a”, da CF/88, pela EC n.º 03/93. Tem como campo de atuação lei ou ato normativo federal de relevante controvérsia jurisprudencial, na forma do art. 14, III, da referida lei, pois o seu objetivo é justamente afastar a insegurança jurídica decorrente de interpretações divergentes. Teve, inclusive, a tese de sua própria constitucionalidade resolvida na questão de ordem da ADC 1, julgada no dia 27 de outubro de 1993, relator Ministro Moreira Alves.

E, por fim, a ADPF, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ocorre no art. 102, §1º, da CF/88, com campo material bem mais amplo, qual seja lei ou ato, inclusive não normativo, mesmo os anteriores à CF/88, que viole preceito fundamental. Encontra regulamentação na lei 9.882/99.

Ainda são grandes as discussões acerca do cabimento da ADPF, mas sabe-se que é uma forma residual de controle concentrado, um remédio supletivo para quando não houver outro meio de evitar a lesividade, de acordo com o art. 4º, §1º, da respectiva lei.

## 2.6. Controle de constitucionalidade nas cartas políticas brasileiras

Na Constituição Política do Império do Brasil de 1824 não havia controle de constitucionalidade como o entendemos, ou seja, realizado por um órgão distinto ao que elaborou a lei. Cabia ao próprio poder legiferante analisar a norma.

De acordo com Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2000, p. 59), a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891, cujo relator foi Rui Barbosa, profundo estudioso do direito norte-americano, instituiu o modelo do controle difuso de constitucionalidade no país.

O autor conta que, ao final da Primeira Guerra Mundial e consequente influência da Europa no Brasil, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 apresentava em seu texto a primeira ação do controle concentrado de constitucionalidade, a Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva Federal (anexo I).

A Constituição de 1934 trouxe consigo o Recurso Extraordinário, no seu art. 76, III, e o Princípio da Reserva de Plenário, no seu art. 179. Além disso, nos seus artigos 91, IV, e 96 tornou competência do Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando fossem declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937, outorgada por Getúlio Vargas, não possuía controle concentrado, mas manteve o controle difuso de constitucionalidade e o Princípio da Reserva de Plenário, conforme pode ser observado no art. 96, *caput*, “Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus juízes poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade da lei ou de ato do Presidente da República”.

Porém, diminuiu sobremaneira a autonomia do Poder Judiciário para exercê-lo, já que o Presidente da República, com a confirmação do Poder Legislativo, poderia reverter as decisões do controle concreto, de acordo com o parágrafo único do mesmo artigo.

Com a Emenda Constitucional 16/65, feita à Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946, foi instituída a Representação de Inconstitucionalidade, ação do controle concentrado de constitucionalidade através do qual, segundo Paulo Bonavides (1998, p. 256), passou a ser de competência originária da Suprema Corte processar e julgar a inconstitucionalidade, suscitada pelo Procurador-Geral da República, de lei ou ato normativo federal ou estadual.

É válido dizer que essa emenda abriu a possibilidade para que os estados estabelecessem em suas Cartas Políticas processos de competência originária dos Tribunais de Justiça para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato do Município em conflito com a Constituição do Estado.

Seguem os respectivos dispositivos da Constituição de 1946:

Art 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

I - processar e julgar originariamente:

(...)

k) a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República;

(...)

Art 124 - Os Estados organizarão a sua Justiça, com observância dos arts. 95 a 97 e também dos seguintes princípios:

(...)

XIII - a lei poderá estabelecer processo, de competência originária do Tribunal de Justiça, para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato de Município, em conflito com a Constituição do Estado.

(...)

O controle difuso de constitucionalidade também era admitido, através de recurso extraordinário ao STF, no seu art. 101, III, ou de suscitação incidental das turmas, exigida a reserva de plenário para declaração de inconstitucionalidade por órgãos colegiados, segundo o seu art. 200.

Após, veio a Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 por meio do Golpe Militar de 1964. Manteve tanto o controle abstrato quanto o concreto de constitucionalidade, nos moldes da Constituição de 1946 após a EC 16/65.

Segundo Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda (1987, p. 401), apesar disso, os membros do Poder Judiciário não possuíam autonomia para decidir livremente sem sofrer perseguições. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1969, outorgada como Emenda Constitucional nº1 à Constituição de 1967, restringiu ainda mais a autonomia do Poder Judiciário para efetuar o controle de constitucionalidade.

Por último, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, atualmente em vigor, transformou a Representação de Inconstitucionalidade em Ação Direta de Inconstitucionalidade e trouxe novas ações para o controle concentrado de constitucionalidade, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental. Posteriormente, com a Emenda Constitucional 03/93, criou-se a Ação Declaratória de Constitucionalidade.

### **3. CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE: ORIGEM, EVOLUÇÃO HISTÓRICA E PECULIARIDADES**

O controle difuso de constitucionalidade é aquele feito por qualquer juiz ou tribunal diante de um caso concreto. Nesse sentido, o objeto e pedido da ação não é o

reconhecimento da inconstitucionalidade em si, mas algum bem jurídico de interesse das partes.

Porém, para que a lide seja resolvida, preliminarmente, em caráter prejudicial, deve haver a análise de algum dispositivo legal quanto a sua adequação à Ordem Constitucional.

Justamente por ser de natureza acessória, o controle difuso é feito nos fundamentos da sentença, não na parte dispositiva da decisão.

Tal sistema faz parte da técnica jurisdicional brasileira desde 1891, sendo desde então corriqueiramente aplicado.

### 3.1. Origem no direito comparado

De acordo com Oscar Vilhena Vieira (1994, p. 40), podemos detectar as raízes do controle de constitucionalidade difuso na Inglaterra do século XVII, nos conflitos entre o direito produzido pelo parlamento e aquele aplicado consuetudinariamente pelos juízes, o *common law*.

Ainda segundo Vieira (1994, p. 40), no Caso Marbury contra Madison, em 1803, o relator, Presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, juiz John Marshall, colocou as raízes do controle de constitucionalidade das leis nos diversos casos em que o jurista, escritor e parlamentar inglês *Lord Coke*, dois séculos antes, defendeu a supremacia da lei diante das prerrogativas do rei e da realeza.

No período de Coke, o Real Colégio de Médicos, *College of Physicians*, podia multar os membros que não respeitassem as suas normas, em conformidade com um estatuto sancionado pelo do parlamento inglês. Em 1610, o médico Bonham, penalizado na quantia de dez libras, foi preso pelo não pagamento da multa.

O Dr. Bonham ajuizou uma ação, que ficou conhecida como Caso Bonham. Nela, o *Lord Coke*, Presidente do Tribunal do Rei, e os juízes Warburton e Daniel, deixaram de aplicar o estatuto, por entender que este dava ao presidente do Real Colégio dos Médicos e aos seus censores poder de julgar em causa própria, pois não se pode ser juiz e parte na mesma causa.

Rocoe Pound (1965, p. 52), sobre a mencionada decisão:

O tribunal deu-lhe ganho de causa, firmando um princípio fundamental: o estatuto que dava poderes desta natureza ao Real Colégio era nulo, porque ninguém pode ser juiz e parte na mesma causa, o que era contrário ao direito comum e à razão natural. O Real Colégio não podia ser o juiz, proferir o julgamento, fazer prender o réu e ter parte na multa. "Assim sendo, se

qualquer ato do Parlamento der a alguém o direito de julgar de quaisquer questões que lhe forem apresentadas dentro dos seus domínios, não poderá julgar ação alguma em que seja parte, porque, conforme ficou dito acima, *iniquum est aliquem suae rei esse judicem*” (trecho da decisão).

Vieira (1994, 42/45) expõe os fundamentos da decisão de Coke:

Em célebre passagem, Coke irá fundamentar a sua doutrina do controle dos atos do parlamento em função do *common law*: “aparece em nossos livros, que em muitos casos, a *common law* controla os atos do parlamento, e que algumas vezes determina que estes sejam posteriormente cancelados: quando, um ato do parlamento seja contrário ao direito comum e à razão, ou repugnante ou impossível de ser realizado, a *common law* irá controlá-lo e determinar que este seja cancelado.

Nos ensinamentos de Pound (1965, p.52), enquanto na própria Inglaterra o poder do parlamento viria a aumentar depois com a Revolução Gloriosa (1688 e 1689), tal doutrina, chamada *judicial review*, se espalhou com grande força nos tribunais norte-americanos, pois foi vista como uma forma de se opor à metrópole inglesa.

Assim, posteriormente, com a revolução americana, a Constituição dos Estados Unidos da América de 1787, no seu art. VI, cláusula 2, consolidou o *judicial review* e estabeleceu a ideia de uma constituição hierarquicamente superior a todo o resto do ordenamento jurídico. Segue o referido dispositivo:

Esta Constituição e as leis complementares e todos os tratados já celebrados ou por celebrar sob a autoridade dos Estados Unidos constituirão a lei suprema do país; os juízes de todos os Estados serão sujeitos a ela, ficando sem efeito qualquer disposição em contrário na Constituição ou nas leis de qualquer dos Estados.

Nesse sentido, o Caso Marbury contra Madison é célebre por ter sido a primeira vez em que um tribunal afastou a incidência de uma lei por considerá-la inconstitucional, de forma que é considerado a origem do controle de constitucionalidade difuso. A partir dele os juízes e tribunais norte-americanos passaram a apreciar a constitucionalidade das leis na hora de aplicá-las aos casos concretos.

Carl Brent Swisher (1962, p. 10-14) conta que o Caso Marbury contra Madison se deu por ocasião da mudança de presidente dos Estados Unidos da América nas eleições de 1800.

O autor explica que o presidente John Adams, do Partido Federalista, foi derrotado nas eleições por Thomas Jefferson, do Partido Republicano, além de não ter conseguido eleger muitos membros do Poder Legislativo e do Poder Executivo. Portanto, no final de seu mandato, visando estender o seu poder, nomeou partidários para vários cargos públicos, inclusive os do Poder Judiciário.

Uma dessas nomeações foi a de John Marshall, seu Secretário de Estado, para a Suprema Corte. O próprio Marshall, ainda enquanto Secretário, ficou encarregado de entregar os títulos de nomeação expedidos pelo presidente a todos os

indicados aos cargos. Diante de tantas atribuições, não foi possível que William Marbury, nomeado para Juiz de Paz no Condado de Washington, Distrito Columbia, recebesse o seu documento a contendo.

Thomas Jefferson, quando presidente, ordenou ao seu então Secretário de Estado, James Madison, que suspendesse as entregas dos títulos de nomeação pendentes do governo anterior, o que impediu Marbury de se tornar Juiz de Paz.

Inconformado, Marbury acionou judicialmente Madison requerendo informações, ao que não foi respondido. Impetrou, então, uma ação diretamente perante a Suprema Corte, já que o art. 13 da Lei Judiciária de 1789 atribuía à Suprema Corte competência para julgar o feito.

A ação não foi julgada por dois anos, de maneira que a demora do Judiciário teve ampla repercussão. O juiz John Marshall, ex Secretário de Estado de John Adams e, naquele momento, Presidente da Suprema Corte e relator do processo, apesar do conflito de interesses, decidiu o julgado.

Ele entendeu que Marbury teria direito à nomeação, mas que a competência para julgar a presente ação não era da Suprema Corte, pois as competências deste Tribunal foram fixadas pela Carta Magna em rol taxativo, não podendo lei infraconstitucional estendê-las. Deixou, assim, de aplicar o art. 13 da Lei Judiciária de 1789 por considerá-lo inconstitucional.

Luís Roberto Barroso (2006, p. 8), nas suas lições sobre o controle difuso:

Ao expor suas razões, Marshal enunciou os três grandes fundamentos que justificam o controle judicial de constitucionalidade. Em primeiro lugar, a supremacia da Constituição: “Todos aqueles que elaboraram constituições escritas encararam-na como a lei fundamental da nação”. Em segundo lugar, e como consequência natural da premissa estabelecida, afirmou a nulidade da lei que contrarie a Constituição: “Um ato do Poder Legislativo contrário à Constituição é nulo”. E, por fim, o ponto mais controvertido de sua decisão, ao afirmar que é o Poder Judiciário o intérprete final da Constituição: “É enfaticamente da competência do Poder Judiciário dizer o Direito, o sentido das leis. Se a lei estiver em oposição à constituição a corte terá de determinar qual dessas normas conflitantes regerá a hipótese. E se a constituição é superior a qualquer ato ordinário emanado do legislativo, a constituição, e não o ato ordinário, deve reger o caso ao qual ambos se aplicam”.

Essa decisão, segundo Dirley da Cunha Júnior (2012, p. 65), significou que a interpretação das leis tem de ser feita em harmonia com o texto constitucional, podendo a Corte decidir por não aplicar lei considerada contrária a Constituição.

### 3.2. Histórico do controle difuso de constitucionalidade no Brasil

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2000, p. 59) ensina que o baiano Rui Barbosa foi o relator da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1891. Como era um grande conhecedor do Direito norte-americano, importou do direito comparado o instituto do controle difuso de constitucionalidade. A influência dos Estados Unidos da América pode ser constatada até mesmo no nome que foi dado ao nosso país, Estados Unidos do Brasil. Não é para menos, os EUA despontavam no mundo como um país democrático e republicano desde a sua independência, exemplo pioneiro de Estado Democrático de Direito regido por uma verdadeira Constituição.

Ainda nos ensinamentos de Ferreira Filho (2000, p. 59), a Constituição Provisória de 22 de junho de 1890 já previa o instituto do controle incidental de constitucionalidade no seu art. 59, §1º, “a”, que regulamentava o recurso extraordinário, assim como o Decreto nº 848 de 11 de outubro de 1890, no seu art. 9º, parágrafo único, que organizava a Justiça Federal.

Segue o parágrafo único do art. 9º do Decreto nº 848 de 1890:

Haverá também recurso para o Supremo Tribunal Federal das sentenças definitivas proferidas pelos tribunais e juizes dos Estados:

- a) quando a decisão houver sido contrária á validade de um tratado ou convenção, á applicabilidade de uma lei do Congresso Federal, finalmente, á legitimidade do exercicio de qualquer autoridade que haja obrado em nome da União - qualquer que seja a alçada;
- b) quando a validade de uma lei ou acto de qualquer Estado seja posta em questão como contrario á Constituição, aos tratados e ás leis federaes e a decisão tenha sido em favor da validade da lei ou acto;
- c) quando a interpretação de um preceito constitucional ou de lei federal, ou da clausula de um tratado ou convenção, seja posta em questão, e a decisão final tenha sido contraria, á validade do titulo, direito e privilegio ou isenção, derivado do preceito ou clausula.

A Constituição anterior, a de 1824, seguia o modelo francês. A fiscalização da constitucionalidade das leis cabia ao próprio Poder Legislativo, conforme o texto original que é transcrito a seguir:

Art. 15. E' da attribuição da Assembléa Geral

(...)

VIII. Fazer Leis, interpretal-as, suspendel-as, e rovogal-las.

IX. Velar na guarda da Constituição, e promover o bem geral do Nação.

Observa-se que houve uma mudança significativa. Agora um órgão estatal independente do responsável pela elaboração das leis possuía a competência para vigiar-lhes a constitucionalidade. Coube ao Poder Judiciário e não mais ao Poder Legislativo a análise da correspondência entre a legislação infraconstitucional e a Lei Maior.

Além disso, por via de exceção, ou incidental, qualquer um poderia discutir a constitucionalidade de uma lei, o que consolidou o controle difuso de constitucionalidade no Brasil.

A Constituição de 1891 seguiu o mesmo caminho:

Art. 59 – Ao Supremo Tribunal Federal Compete:

[...]

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

- a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;
- b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.

[...]

Art. 60 - Compete aos Juizes ou Tribunais Federais, processar e julgar:

- a) as causas em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição federal.

A Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, no seu art. 13, §10, confirma o papel do Poder Judiciário no exame da constitucionalidade da lei: “os juizes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição”.

Mais tarde, com a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934, no art. 179, foi introduzido no ordenamento jurídico o princípio da reserva de plenário: “Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juizes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público”, o que teve por propósito dar uma maior continuidade na jurisprudência dos Tribunais.

Ademais, a Constituição de 1934 manteve os avanços da Constituição anterior, como o Recurso Extraordinário:

Art 76 - A Corte Suprema compete:

(...)

2) julgar:

(...)

III - em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instância:

a) quando a decisão for contra literal disposição de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado;

b) quando se questionar sobre a vigência ou validade de lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada;

c) quando se contestar a validade de lei ou ato dos Governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do Tribunal local julgar válido o ato ou a lei impugnada;

d) quando ocorrer diversidade de interpretação definitiva da lei federal entre Cortes de Apelação de Estados diferentes, inclusive do Distrito Federal ou dos Territórios, ou entre um deste Tribunais e a Corte Suprema, ou outro Tribunal federal;

(...)

Parágrafo único - Nos casos do nº 2, III, letra d , o recurso poderá também ser interposto pelo Presidente de qualquer dos Tribunais ou pelo Ministério Público.

Para o presente trabalho, um ponto fulcral da Constituição de 1934 é a responsabilidade da qual ela incumbiu o Senado Federal, a de suspender, se assim o

entender, em todo ou em parte, a execução de lei ou ato normativo considerado inconstitucional pela Suprema Corte em sede de controle de exceção.

Art. 91 – Compete ao Senado Federal:

[...]

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

[...]

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

O que se depreende desses dispositivos é que quando o STF deliberasse de forma incidental pela não aplicação de uma determinada lei ou ato normativo por considerá-lo incompatível com a Lei Maior, o julgamento teria efeito apenas entre as partes, ou seja, *inter partis*. A partir daí, a decisão da Suprema Corte seria comunicada ao Senado Federal, que é quem possuiria a prerrogativa de, por meio de uma resolução, estender os seus efeitos para todos, torná-los *erga omnes*.

Após esses avanços, o controle de constitucionalidade sofreu severos retrocessos durante a vigência da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937. Sob o comando de Getúlio Vargas, o Estado Novo afetou fortemente o equilíbrio entre os Poderes.

A “polaca”, como ficou conhecida a Carta Política de 1937 por conta de sua similaridade com a Constituição polonesa de 23 de abril de 1935, restringiu a capacidade de decisão do Poder Judiciário.

Segue o seu artigo 96, parágrafo único:

No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.

Do trecho citado pode-se entender que a autonomia do Poder Judiciário para entender pela inconstitucionalidade das normas ficou limitada à vontade do Chefe do Poder Executivo, pois o Parlamento teve suas prerrogativas reduzidas, além de poder a qualquer momento ser colocado em recesso pelo Presidente da República. Até mesmo o Senado foi extinto.

Com o fim do Estado Novo e o retorno à democracia, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946 reativou a evolução do controle de constitucionalidade no país. Reconstituiu a reserva de plenário, através do seu art. 200,

“Só pelo voto da maioria absoluta dos seus membros poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Poder Público”, bem como o poder do Senado Federal para suspender a execução das leis declaradas inconstitucionais de forma incidental pelo Supremo Tribunal Federal.

Como inovação, o texto da Carta Política de 1946 trouxe um rol de possibilidades de ajuizamento de recurso extraordinário bem parecido com o atual:

Art 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

III - julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juízes:

a) quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal;

b) quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada;

c) quando se contestar a validade de lei ou ato de governo local em face desta Constituição ou de lei federal, e a decisão recorrida julgar válida a lei ou o ato;

d) quando na decisão recorrida a interpretação da lei federal invocada for diversa da que lhe haja dado qualquer dos outros Tribunais ou o próprio Supremo Tribunal Federal.

O Golpe Militar de 1964 foi responsável por mudar novamente a ordem constitucional. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 pouco tempo depois, em 1969, sofreu a EC nº 1, que muitos estudiosos consideram uma nova Constituição, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1969.

Essas Cartas Políticas, a de 1967 e a de 1969, prejudicaram novamente o equilíbrio entre os Poderes, tornando o Poder Executivo muito mais forte que os demais. O controle concreto de constitucionalidade ainda subsistia, apesar de que dificilmente um magistrado se sentiria à vontade para decidir contra o sistema imposto na época.

Inclusive, a capacidade, que no ordenamento jurídico anterior pertencia ao Senado Federal, de suspender lei ou ato considerado inconstitucional pelo STF por meio do controle difuso foi transferida para o Presidente da República.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trouxe os seus próprios paradigmas, uns herdados e adaptados das ordens constitucionais anteriores, outros importados do direito comparado. Porém, ela também carrega consigo inovações da última redemocratização brasileira.

### 3.3. O controle difuso de constitucionalidade na Constituição de 1988

Todos os envolvidos no processo podem incidentalmente provocar o órgão jurisdicional para este se manifeste acerca constitucionalidade de uma norma no caso

concreto: as partes, os terceiros admitidos como intervenientes, o representante do Ministério Público e até o juiz ou o tribunal, de ofício.

Quer dizer, se for do entendimento do magistrado, por exemplo, que aquela norma primária não guarda adequação formal ou material com a norma fundamental que lhe dá fundamento direito de validade, ainda que sem provocação, ele pode declarar a inconstitucionalidade.

Além disso, o controle concreto pode se dar em qualquer tipo de ação judicial, independe da matéria, bastando que para isso haja algum interesse concreto em debate.

### 3.3.1. Princípio da Reserva de Plenário

Inserido no país através do art. 179 da Constituição de 1934, conhecido no direito norte-americano como cláusula *full bench* e consagrado na atual Ordem Constitucional através do art. 97 da CF/88, o Princípio da Reserva de Plenário aduz que 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.

Na forma do art. 93, XI, da CF/88, os tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores poderão constituir órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno.

Portanto, a declaração de inconstitucionalidade de lei em âmbito de tribunal precisa ser respaldada pela maioria absoluta do pleno ou ainda pela maioria absoluta dos membros do órgão especial.

Na opinião de João Mangabeira e Oswaldo Aranha Bandeira de Melo, citados por Gilmar Ferreira Mendes (2010, p. 985), através do Princípio da Reserva de Plenário: “(...) evita-se a insegurança jurídica decorrente das contínuas flutuações de entendimento nos tribunais”.

Tal pensamento é compartilhado por Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda (1987, p. 590 – 591): “(...) a exigência da maioria absoluta tem fundamentação em ser preciso que se haja discutido e meditado o assunto, a fim de não ser excessivamente fácil a desconstituição de leis ou de outro ato do poder público por eiva de inconstitucionalidade”.

Ademais, os tribunais também têm órgãos fracionários, como as Turmas, Seções e Câmaras. Esses órgãos fracionários, por não representarem a vontade da maioria do pleno, não podem declarar a inconstitucionalidade de lei, conforme a Súmula Vinculante nº 10 do STF: “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”.

Da presente súmula infere-se que afastar a incidência de dispositivo normativo, no que diz respeito à necessidade de reserva de plenário, equivale a declarar expressamente a inconstitucionalidade.

De fato, o STF já firmou entendimento em mais de uma ocasião de que para negar eficácia a norma infraconstitucional, em prol de aplicar diretamente preceito constitucional, ainda que sem declarar expressamente a inconstitucionalidade do primeiro, é necessária a observância do quórum qualificado:

Aplicação direta de norma constitucional que implique juízo de desconsideração de preceito infraconstitucional só pode dar-se com observância da cláusula de reserva de plenário prevista no art. 97 da Constituição da República. (RE 463.278-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 14-8-2007, Segunda Turma, DJ de 14-9-2007).

Portanto, juízo de desconsideração de dispositivo normativo hierarquicamente inferior à Lei Maior em detrimento de Norma Constitucional é o mesmo que negar-lhe a validade:

Reputa-se declaratório de inconstitucionalidade o acórdão que – embora sem o explicitar – afasta a incidência da norma ordinária pertinente à lide para decidi-la sob critérios diversos alegadamente extraídos da Constituição. (RE 432.597-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 14-12-2004, Primeira Turma, DJ de 18-2-2005. No mesmo sentido: Rcl 7.322, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 23-6-2010, Plenário, DJE de 13-8-2010; RE 379.573-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 6-12-2005, Primeira Turma, DJ de 10-2-2006; AI 521.797-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 5-9-2006, Primeira Turma, DJ de 29-9-2006).

Quando um órgão fracionário recebe apelação em que se questione a inconstitucionalidade das leis, o procedimento é o dos artigos de 480 a 482 do Código de Processo Civil de 1973:

Art. 480. Argüida a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, ouvido o Ministério Público, submeterá a questão à turma ou câmara, a que tocar o conhecimento do processo.

Art. 481. Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno.

Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão. ([Incluído pela Lei nº 9.756, de 1998](#))

Art. 482. Remetida a cópia do acórdão a todos os juízes, o presidente do tribunal designará a sessão de julgamento.

§ 1º O Ministério Público e as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, se assim o requererem, poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade, observados os prazos e condições fixados no Regimento Interno do Tribunal. [\(Incluído pela Lei nº 9.868, de 1999\)](#)

§ 2º Os titulares do direito de propositura referidos no art. 103 da Constituição poderão manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação pelo órgão especial ou pelo Pleno do Tribunal, no prazo fixado em Regimento, sendo-lhes assegurado o direito de apresentar memoriais ou de pedir a juntada de documentos. [\(Incluído pela Lei nº 9.868, de 1999\)](#)

§ 3º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades. [\(Incluído pela Lei nº 9.868, de 1999\)](#)

Portanto, são três as hipóteses:

- 1) O órgão fracionário pode decidir que a lei é válida e determinar de plano a sua aplicação, pois não há reserva de plenário para declarar constitucionalidade, já que existe o Princípio da Presunção de Constitucionalidade das leis.
- 2) O segundo caminho é o órgão fracionário entender que a lei é inconstitucional, mas não houver precedente do tribunal, do seu órgão especial, nem do STF nesse sentido. Então, o órgão fracionário precisa promover uma cisão funcional de competência e remeter ao tribunal ou ao órgão especial a decisão sobre a inconstitucionalidade da lei, suspendendo o julgamento do mérito da causa.
- 3) Pode acontecer também de o órgão fracionário entender que a lei é inconstitucional e já existir precedente do próprio tribunal, do seu órgão especial ou do STF sobre a inconstitucionalidade da lei. É a circunstância art. 481, parágrafo único, do CPC, única exceção ao Princípio da Reserva de Plenário, donde se permite que o órgão fracionário, se apoiando em um desses precedentes, declare a inconstitucionalidade da lei e, ao final, resolva de plano a questão do mérito.

Pedro Lenza (2011, p. 221) fala sobre essa exceção ao princípio:

A fim de preservar o princípio da economia processual, da segurança jurídica e na busca da desejada racionalização orgânica da instituição judiciária brasileira, vem-se percebendo a inclinação para a dispensa do procedimento do art. 97 toda vez que já haja decisão do órgão especial ou pleno do tribunal, ou do STF, o guardião da Constituição sobre a matéria.

O próprio STF, ao se manifestar sobre a reserva de plenário, aduz que lhe é violador apenas o acórdão de órgão fracionário que proferir a inconstitucionalidade de lei sem precedente do pleno ou do órgão especial do tribunal:

Controle incidente de constitucionalidade de normas: reserva de plenário (CF, art. 97): viola o dispositivo constitucional o acórdão proferido por órgão fracionário, que declara a inconstitucionalidade de lei, ainda que parcial, sem que haja declaração anterior proferida por órgão especial ou plenário. (RE 544.246, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 15-5-2007, Primeira Turma, DJ de 8-6-2007. No mesmo sentido: RE 486.168-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 23-9-2008, Primeira Turma, DJE de 27-2-2009)

A hipótese do art. 481, parágrafo único, do CPC, não é considerada uma forma de abstrativização do controle difuso, uma vez que, nesses casos, seguir o entendimento da Suprema Corte é uma opção do órgão fracionado, não algo que ele é obrigado a fazer, já que o precedente não é revestido de efeitos vinculantes.

Impende dizer que Turma Recursal de Juizado Especial não precisa seguir o Princípio da Reserva de Plenário porque o entendimento majoritário na doutrina é de que a Turma Recursal tem natureza de órgão de primeiro grau. O referido princípio só é observado pelos tribunais, seja em caráter de controle difuso ou concentrado de constitucionalidade.

### 3.3.2. Controle incidental de constitucionalidade em sede de Ação Civil Pública e de Ação Popular

A Ação Popular, regulada pela lei [4.717/65](#), tem fundamento constitucional no art. 5º, XXIII, da CF/88:

qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

Enquanto a Ação Civil Pública, que é disciplinada pela lei 7.347/85, pode ser encontrada no art. 129 da CF/88:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

(...)

§ 1º - A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei.

Importante aqui definir os conceitos de direitos difusos, direitos coletivos e individuais homogêneos. A lei 8.078/90, também conhecida por Código de Defesa do Consumidor, dispõe sobre esses conceitos:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas

e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código,

os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Por prevenir ou remediar danos ao meio ambiente, à moralidade administrativa e ao patrimônio histórico e cultural, a Ação Populat é uma ação em defesa dos direitos difusos.

Já a Ação Civil Pública tem por objetivo sanar danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico ou a qualquer outro direito difuso ou coletivo. Também é usada para combater infração à ordem econômica, à economia popular e à ordem urbanística, quer dizer, os direitos individuais homogêneos.

Luiz Guilherme Marinoni (2010, p. 109) as tutelas coletivas:

A sociedade moderna abre oportunidades a situações em que determinadas atividades podem trazer prejuízo aos interesses de grande número de pessoas, fazendo surgir problemas ignorados nas demandas individuais. O risco de tais lesões, que afetam simultaneamente inúmeros indivíduos ou categorias inteiras de pessoas, constitui fenômeno cada vez mais amplo e frequente na sociedade contemporânea.

De acordo com o art. 5º da [lei 4.717/65](#) e o art. 109 da CF/88, a Ação Popular deverá ser interposta perante o juiz de primeiro grau do lugar da ocorrência do dano, que geralmente será da Justiça Comum, mas se lesar bens de interesse da União, a competência será da Justiça Federal. Exceção são as alíneas “f” e “n” do art. 102, I, ocasião em que a competência originária será do STF.

As Ações Civis Públicas serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa, na forma do art. 2º da lei 7347/85. A exceção também é a competência originária do STF nas alíneas “f” e “n” do art. 102, I.

Por serem ações de tutela coletiva, seus provimentos judiciais repercutem com efeitos *erga omnes*, ainda que as sentenças tenham apenas eficácia no território de jurisdição do juízo competente.

*Erga omnes*, “para todos”, é a expressão de origem latina que se dá quando um ato, norma ou decisão tem o codão de atingir a qualquer indivíduo que seja regido por um mesmo ordenamento jurídico, sendo a todos oponível.

É o oposto da expressão *inter partis*, que também é latina e significa “entre as partes”. Se diz que o efeito de uma norma, como um contrato ou decisão judicial, é *inter partis* quando só afeta uma relação jurídica subjetiva.

É fato recorrente lei ou ato do Poder Público ter a sua constitucionalidade questionada, na forma de questão prejudicial, dentro de uma Ação Popular ou Ação Civil Pública.

A jurisprudência clássica do STF e do STJ destacava a violação da competência da Suprema Corte, tendo em vista que essas ações gerarem efeitos mais amplos.

Porém, atualmente, virada jurisprudencial desses Tribunais garante a possibilidade de realização do controle difuso de constitucionalidade nas ações de tutela coletiva, contanto que o pedido dessas ações não seja o controle de constitucionalidade em si.

Nesses casos, o afastamento da aplicação do dispositivo contrário à norma fundamental é apenas questão prejudicial, pois o objeto da ação é a defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Portanto, apesar da doutrina minoritária ainda atacar que a realização de controle de constitucionalidade, em âmbito de Ação Popular e Ação Civil Pública, é uma usurpação à competência do STF estabelecida no art. 102, I, “a”, da CF/88, em sentido contrário, a jurisprudência do STF e do STJ admite o controle incidental nas ações de tutela coletiva, conforme se segue:

Reclamação: procedência: usurpação da competência do STF (CF, art. 102, I, a). Ação civil pública em que a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *erga omnes* não é posta como causa de pedir, mas, sim, como o próprio objeto do pedido, configurando hipótese reservada à ação direta de inconstitucionalidade de leis federais, da privativa competência originária do Supremo Tribunal. (Rel 2224 / SP, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 26/10/2005, DJ 10-02-2006 p. 6, RDDP n. 37, 2006, p. 126-130, LEXSTF v. 28, n. 326, 2006, p. 217-225).

De onde se conclui que, possível em defesa ao Princípio da Supremacia Constitucional e aos Direitos Fundamentais, a realização do controle incidental nas ações de tutela coletiva é possível.

#### **4. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE**

Criado e organizado em 1890, pelo Decreto nº 848, de 11 de outubro, editado pelo Governo republicano provisório, o Supremo Tribunal Federal teve a sua

existência reconhecida posteriormente pela Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891, em seu artigo 55, onde constava que “o Poder Judiciário da União terá por órgãos um Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da República, e tantos juízes e tribunais federais, distribuídos pelo país, quanto o Congresso criar”, e em seu artigo 56, que previa que “o Supremo Tribunal Federal compor-se-á de quinze Juízes, nomeados na forma do art. 48, nº 12, dentre os cidadãos de notável saber e reputação, elegíveis para o Senado”. O STF, desde sua origem, é o intérprete maior da Constituição e órgão máximo do Poder Judiciário.

#### 4.1. Modulação temporal dos efeitos das decisões do STF no controle difuso

A assertiva de que os efeitos de uma decisão são *ex tunc* equivale a dizer que são retroativos. Expressão contrária é *ex nunc*, que significa “a partir de agora”, não retroativo. É o caso da maior parte das decisões judiciais, que, normalmente, geram efeitos apenas após o seu pronunciamento.

A teoria da nulidade absoluta dos atos declarados inconstitucionais, via de regra aplicada no país, tem que quando uma lei ou ato é considerado inconstitucional, no controle abstrato, significa que ele é nulo e inexistente, devendo ser extinto do ordenamento jurídico com efeitos *ex tunc*.

A ADI 652, julgada no dia 18 de dezembro de 1991, cujo Ministro Relator foi Celso de Mello, enfrentou o tema na sua Questão de ordem:

Atos inconstitucionais são, por isso mesmo, nulos e destituídos, em conseqüência, de qualquer carga de eficácia jurídica. A declaração de inconstitucionalidade de uma lei alcança, inclusive, os atos pretéritos com base nela praticados, eis que o reconhecimento desse supremo vício jurídico, que inquina de total nulidade os atos emanados do poder público, desampara as situações constituídas sob sua égide e inibe — ante a sua inaptidão para produzir efeitos jurídicos válidos — a possibilidade de invocação de qualquer direito.

Sobre o Princípio da Supremacia da Constituição e a nulidade dos atos inconstitucionais, Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2009, p. 216) cita Pontes de Miranda:

É princípio pacífico em nosso Direito a supremacia da Constituição com todas as suas conseqüências, em especial a sua rigidez, de onde decorre a invalidade de toda lei ou ato que a ela se contradisser. A validade de qualquer ato derivado da Constituição, portanto, depende de sua concordância com a Constituição. Depende, mais precisamente, da observância dos requisitos formais e substanciais estabelecidos na Constituição.

Para os defensores da nulidade absoluta, não há fundamento jurídico para que se possa de alguma forma manter qualquer tipo de efeito relativo a uma norma considerada pela própria Suprema Corte como inconstitucional.

Dessa forma, é plenamente aceito que lei ou ato considerado inconstitucional é nulo de direito. Porém, outras questões de ordem factual não podem ser perdidas de vista. A situação anterior à eficácia da norma inválida não pode ser simplesmente trazida de volta. Pessoas agiram em função daquele dispositivo, metas foram traçadas, decisões humanas foram tomadas tendo aquela realidade como correta.

Reputar tal norma como inconstitucional com efeitos retroativos muitas vezes acarretaria em danos maiores à população do que manter os efeitos já decorridos da sua existência, ainda que nula de direito. O que está em questão é a própria fé dos cidadãos no Estado Democrático de Direito, já que para isso é necessário estabilidade e confiança institucional.

Nesse sentido, a lei 9868/99, que regulamenta a ADI, a ADC e, por analogia, a ADO, trouxe consigo a possibilidade de modulação dos efeitos temporais no controle concentrado de constitucionalidade:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

No âmbito da ADPF, a lei 9.882/99 fez o mesmo:

Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Portanto, é possível a mitigação da teoria da nulidade, tornando *ex tunc* os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, ou mesmo pontuando outro marco temporal que for considerado mais conveniente para a ocorrência desses efeitos.

As condições para essa restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade são a aprovação por maioria qualificada, de dois terços dos ministros, o excepcional interesse social e a necessidade de prezar pela segurança jurídica.

Enquanto o Princípio da Segurança Jurídica tem a ver com a situação de estabilidade dos atos jurídicos realizados, o Princípio do Excepcional Interesse Social se relaciona a procurar a máxima satisfação da coletividade.

A interpretação extensiva do artigo 27 da lei 9868/99 permite a aplicação da modulação dos efeitos temporais também no controle difuso.

Interessante notar que essa analogia é aplicável porque o texto do artigo coloca a conjunção alternativa “ou” no enunciado “em vistas de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”. Assim, apesar dos julgados do controle concreto em geral não representarem excepcional interesse social, muitas vezes envolvem situações que afetariam sobremaneira a segurança jurídica.

Acerca da modulação dos efeitos do controle de constitucionalidade, o Ministro Gilmar Mendes, do STF, em decisão monocrática do dia 11 de maio de 2010, no Agravo Regimental em Agravo de instrumento nº 474.708, se posicionou da seguinte forma:

A norma contida no art. 27 da Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, tem caráter fundamentalmente interpretativo, desde que se entenda que os conceitos jurídicos indeterminados utilizados - segurança jurídica e excepcional interesse social - se revestem de base constitucional. No que diz respeito à segurança jurídica, parece não haver dúvida de que encontra expressão no próprio princípio do Estado de Direito consoante, amplamente aceito pela doutrina pátria e alienígena. Excepcional interesse social pode encontrar fundamento em diversas normas constitucionais. O que importa assinalar é que, consoante a interpretação aqui preconizada, o princípio da nulidade somente há de ser afastado se se puder demonstrar, com base numa ponderação concreta, que a declaração de inconstitucionalidade ortodoxa envolveria o sacrifício da segurança jurídica ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social.

Especificamente no que se refere à modulação no controle difuso, temos o julgamento de Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 395.902, de relatoria do Ministro Celso de Mello, julgado no dia 29 de junho de 2007:

A declaração de inconstitucionalidade reveste-se, ordinariamente, de eficácia ex tunc (RTJ 146/461-462 - RTJ 164/506-509), retroagindo ao momento em que editado o ato estatal reconhecido inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido, excepcionalmente, a possibilidade de proceder à modulação ou limitação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, mesmo quando proferida, por esta Corte, em sede de controle difuso. Precedente: RE 197.917/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa (Pleno). Revela-se inaplicável, no entanto, a teoria da limitação temporal dos efeitos, se e quando o Supremo Tribunal Federal, ao julgar determinada causa, nesta formular juízo negativo de recepção, por entender que certa lei pré-constitucional mostra-se materialmente incompatível com normas constitucionais a ela supervenientes. A não-recepção de ato estatal pré-constitucional, por não implicar a declaração de sua inconstitucionalidade – mas o reconhecimento de sua pura e simples revogação (RTJ 143/355 – RTJ 145/339) –, descaracteriza um dos pressupostos indispensáveis à utilização da técnica da modulação temporal, que supõe, para incidir, dentre

outros elementos, a necessária existência de um juízo de inconstitucionalidade.

No mesmo sentido, seguem mais uma vez as palavras do Ministro Gilmar Mendes, na Questão de ordem da Ação Cautelar 198, julgada no dia 09 de junho de 2004:

Embora a Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, tenha autorizado o Supremo Tribunal Federal a declarar a inconstitucionalidade com efeitos limitados, é lícito indagar sobre a admissibilidade do uso dessa técnica de decisão no âmbito do controle difuso. Ressalte-se que não se está a discutir a constitucionalidade do art. 27 da Lei n. 9.868, de 1999. Cuida-se aqui, tão-somente, de examinar a possibilidade de aplicação da orientação nele contida no controle incidental de constitucionalidade. (...) assinala-se que, antes do advento da Lei n. 9.868, de 1999, talvez fosse o STF, muito provavelmente, o único órgão importante de jurisdição constitucional a não fazer uso, de modo expresso, da limitação de efeitos na declaração de inconstitucionalidade. (...) No que interessa para a discussão da questão em apreço, ressalte-se que o modelo difuso não se mostra incompatível com a doutrina da limitação dos efeitos.

Assim, percebe-se que a declaração do STF, por via de exceção, de nulidade das normas e atos inconstitucionais também pode ser relativizada, de acordo com os interesses da sociedade, mensurado pelo Princípio da Segurança e o Princípio do Excepcional Interesse Social.

#### 4.2. Controle difuso através de ADPF

A ADPF, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é normalmente um remédio residual do controle concentrado de constitucionalidade, usada nos cenários em que não for cabível nenhuma outra ação da via direta, de acordo com o art. 4º, §1º, da lei 9.882/99.

Acontece que o controle exercido pela ADPF pode também se dar por via de exceção, o que a torna igualmente uma ferramenta do controle difuso de constitucionalidade.

A ADPF, tanto no controle difuso quanto no concentrado, tem os seguintes fundamento constitucional e competência para ser julgada, dados pelo art. 102, §1º, da CF/88: “a arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”.

Os chamados preceitos fundamentais seriam os direitos considerados mais relevantes da Constituição. A Corte Suprema, no julgamento ocorrido no dia 07 de dezembro de 2005, da ADPF 33, a primeira julgada procedente, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, determinou, dentro da CF/88, em rol exemplificativo, alguns dos

preceitos fundamentais: artigos de 1 a 4, os Princípios Fundamentais; artigos de 5 a 17, os Direitos e Garantias Fundamentais; artigo 34, VII, os Princípios Sensíveis; artigo 37, *caput*, Princípios da Administração Pública; e artigo 60, §4, a Clausulas Pétreas, que são limitações materiais ao poder constituinte derivado reformador.

Por ser norma constitucional de eficácia limitada, o art. 102, §1º, ficou sem aplicabilidade por onze anos, até a sua regulamentação pela lei 9.882/99.

No *caput* do art. 1º dessa lei: “a arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”.

Do dispositivo acima, infere-se que a ADPF pode ser utilizada para sanar lesão a preceito fundamental que se origine inclusive de ato não normativo do Poder Público.

No art. 1º, parágrafo único, I, da mesma lei, o campo de atuação original da ADPF foi deveras ampliado da formatação inicial dada pela Constituição, declarando que caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental “quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”.

Permitiu-se, portanto, a utilização de ADPF para controle concreto de constitucionalidade, no caso de direito municipal e no de direito anterior à CF/88. Espécies normativas que, pelo entendimento do STF, não podem ser objeto de ADI. Inclusive, na ADI 02, julgada no dia 06 de fevereiro de 1992, cujo relator foi o Ministro Paulo Brossard, mesmo com severos argumentos contrários do Ministro Sepúlveda Pertence, ficou decidido que não há inconstitucionalidade superveniente no sistema de controle direto judicial brasileiro.

Por isso, a doutrina esclarece que são dois os tipos de ADPF: a arguição autônoma, com fundamento no dispositivo constitucional, para sanar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público; e a arguição incidental, com base no art. 1º, parágrafo único, I, da lei 9.882/99, contra norma municipal que ofenda a Lei Maior, ou contra norma anterior à Ordem Constitucional, tendo como parâmetro a respectiva Constituição.

Além disso, ainda no art. 1º, parágrafo único, I, desta lei, é usada a expressão “quando for relevante o fundamento de controvérsia constitucional” e, no art. 3º, sobre os requisitos necessários à a petição inicial da ADPF, o inciso V dispõe que,

“se for o caso, a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado”.

Logo, o cabimento da ADPF, inclusive da incidental, é condicionado à demonstração da existência de controvérsia judicial ou jurídica relevante sobre a questão em exame, com o fim de se legitimar o acesso à jurisdição constitucional desempenhada pela Suprema Corte, a ser demonstrada já na petição inicial.

Assim, considerando a indispensabilidade de demonstrar controvérsia judicial ou jurídica relevante, e também o rol de legitimados restrito da Arguição Incidental, do art. 103, incisos de I a IX, da CF/88, que é mesmo das ações do controle concentrado, infere-se que a ADPF do controle por via de exceção não é uma ação de natureza subjetiva.

Portanto, como a decisão da Suprema Corte em sede de ADPF incidental é dotada de efeitos vinculantes e *erga omnes*, pode-se concluir que seja uma forma de abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, inclusive suscitando a possibilidade de ajuizamento de Reclamação Constitucional ao STF por seu descumprimento.

#### 4.3. Recurso Extraordinário

O Supremo tribunal pode declarar que uma lei é inconstitucional, por via de defesa, tanto em ações de sua competência originária (anexo II), quanto recursal ordinária (anexo III) e extraordinária. Esta última, caracterizada pelos Recursos Extraordinários, está disciplinada nos seguintes dispositivo do art. 102 da CF/88:

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- 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.

(...)

§ 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.

Através dos Recursos Extraordinários se leva à Suprema Corte controvérsia judicial que obedeça aos requisitos de ter sido prequestionada, haver alegação de ofensa direta ao texto constitucional e de possuir Repercussão Geral.

Segundo Nelson Nery Júnior (2004, p. 67), “diz se prequestionada determinada matéria quando o órgão julgador haja adotado entendimento explícito a respeito”.

Na lição de Alexandre Freitas Câmara (2006, p. 86):

Este requisito de admissibilidade decorre do próprio texto constitucional, que admite o recurso extraordinário e o recurso especial apenas contra “causas decididas”. Assim sendo, é preciso que a matéria objeto de recurso haja sido suscitada e decidida pelo órgão *a quo*, para que possa ser apreciada no recurso excepcional. Omissão a decisão contra a qual se queira opor o recurso excepcional, faz-se necessária a interposição de embargos de declaração, com o fim de prequestionar a questão federal ou constitucional.

Ou seja, a alegação de inconstitucionalidade da norma tem que ter sido feita e enfrentada nas instâncias inferiores.

A segunda condição de admissibilidade é que se aduza ofensa a preceito constitucional específico. Para isso, não basta dizer que a norma desrespeita à Constituição, sendo necessário que se aponte exatamente qual o elemento da norma fundamental foi afrontado.

A EC 45/2004, dentre outras coisas, trouxe consigo o §3º, do art. 102, à CF/88, introduzindo o terceiro requisito de admissibilidade do RE, a Repercussão Geral.

Com o fim de regulamentar esse dispositivo, a lei 11.418/06 acrescentou os artigos 543-A e 543-B ao Código de Processo Civil. Os seguintes incisos do art. 543-A definem Repercussão Geral:

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

(...)

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.

Explica [José Manoel de Arruda Alvim Netto](#) (2005, p. 63) que o STF precisa analisar o caso não unicamente no seu âmbito jurídico, porém conjuntamente com os seus aspectos de repercussão econômica e social, e estes sempre ligados ao direito constitucional. O intuito é que a repercussão daquela matéria constitucional possua a maior abrangência possível e atinja um grande número de indivíduos.

Nas reflexões de José Miguel Garcia Medida, Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier (2005, p. 374):

Entende-se, com razão, que, dessa forma, a Suprema Corte será reconduzida à sua verdadeira função, que é a de zelar pelo direito objetivo – sua eficácia, sua inteireza e a uniformidade de sua interpretação – na medida em que os temas trazidos à discussão tenham relevância para a Nação.

É válido lembrar que a competência para decidir sobre a presença da Repercussão Geral é apenas do STF.

Além disso, impende dizer que, ao impedir o julgamento, em sede de RE, de matérias com caráter exclusivamente individual e, assim, fazer com que o STF se limite a uma análise abstrata do caso, o instituto da Repercussão Geral diminui os espaços entre o controle difuso e concentrado de constitucionalidade.

Nesse sentido, os seguintes dispositivos do CPC:

Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.

(...)

§ 5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

(...)

Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.

§ 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.

§ 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.

§ 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.

Complementados pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal:

Art. 326. Toda decisão de inexistência de repercussão geral é irrecorrível e, valendo para todos os recursos sobre questão idêntica, deve ser comunicada, pelo(a) Relator(a), à Presidência do Tribunal, para os fins do artigo subsequente e do art. 329.

Percebe-se que a decisão que deixar de conhecer de RE por ausência de Repercussão Geral é irrecorrível e tem efeitos *erga omnes*.

Da mesma forma, quando o STF julga o mérito de um Recurso Extraordinário, após aceitar a Repercussão Geral deste, a decisão tem efeito vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário.

Quanto aos recursos sobrestados, os que possuem tese consoante com a firmada pelo Supremo serão reconsiderados, enquanto os julgados que tiverem proposição oposta à definida pelo STF perderão o objeto.

Portanto, com a Repercussão Geral, as decisões da Suprema Corte por via de Recurso Extraordinário passam a ter efeitos vinculantes e *erga omnes*, o que demonstra uma forma de objetivação do controle difuso de constitucionalidade. Inclusive, o seu descumprimento pode levar à interposição de Reclamação Constitucional ao STF.

Assim, percebe-se que a função do RE é preservar o ordenamento jurídico, a não resolver o cenário factual da lide. A parte poderá ser contemplada por uma prestação jurisdicional que lhe seja favorável, mas a mera afirmação de injustiça das decisões pretéritas não é fundamento para RE.

José Miguel Garcia Medina, Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier (2005, p. 374):

Entende-se, com razão, que, dessa forma, a Suprema Corte será reconduzida à sua verdadeira função, que é a de zelar pelo direito objetivo – sua eficácia, sua inteireza e a uniformidade de sua interpretação – na medida em que os temas trazidos à discussão tenham relevância para a Nação.

Também é importante fazer aqui constar que por meio de RE é possível contestar a constitucionalidade de norma pré-constitucional, tendo como parâmetro a norma fundamental que lhe serviu de paradigma. Nos dizeres da Gilmar Mendes (2007, p. 209): “Tais reflexões permitem afirmar que, para os fins de controle de constitucionalidade *incidenter tantum* no âmbito do recurso extraordinário, não assume qualquer relevância o momento da edição da lei...”.

Outra característica do Recurso Extraordinário é que, para impetrá-lo, é preciso ter havido esgotamento das instâncias inferiores, ainda que seja apenas o juiz singular, nos casos em que não houver previsão de recurso.

#### 4.4. Reclamação Constitucional ao STF

A Reclamação Constitucional ao STF tem fundamento constitucional nos seguintes trechos:

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

I - processar e julgar, originariamente:

(...)

l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;

(...)

§ 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.

Sua regulamentação foi dada pela lei 8.038/90, que institui normas procedimentais para os processos perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal:

Art. 13 - Para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade das suas decisões, caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público.

Parágrafo único - A reclamação, dirigida ao Presidente do Tribunal, instruída com prova documental, será autuada e distribuída ao relator da causa principal, sempre que possível.

Art. 14 - Ao despachar a reclamação, o relator:

I - requisitará informações da autoridade a quem for imputada a prática do ato impugnado, que as prestará no prazo de dez dias;

II - ordenará, se necessário, para evitar dano irreparável, a suspensão do processo ou do ato impugnado.

Art. 15 - Qualquer interessado poderá impugnar o pedido do reclamante.

Art. 16 - O Ministério Público, nas reclamações que não houver formulado, terá vista do processo, por cinco dias, após o decurso do prazo para informações.

Art. 17 - Julgando procedente a reclamação, o Tribunal cassará a decisão exorbitante de seu julgado ou determinará medida adequada à preservação de sua competência.

Art. 18 - O Presidente determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente.

Também disciplinada no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, nos seus artigos de 156 a 162, como instrumento de preservação de competência do STF, bem como de garantia de suas decisões.

O rito da Reclamação Constitucional é célere e a sua estrutura coincide com a do Mandado de Segurança, conforme se expôs no julgamento da Reclamação 5.470, julgada no dia 29 de fevereiro de 2008, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, que pode ser encontrada no Informativo 496 do STF, onde se explicou a natureza jurídica do instituto (anexo IV).

Então, caso algum juiz ou tribunal tente usurpar a competência do STF, cabe Reclamação Constitucional, bem como nas hipóteses em que as decisões do Supremo forem desrespeitadas pelos demais órgãos do Poder Judiciário ou pelos órgãos da Administração pública, cabe Reclamação Constitucional ao STF.

Como se sabe, as sentenças judiciais são divididas em relatório, fundamentação e parte dispositiva. No relatório é feita uma síntese do que ocorreu no processo. Na fundamentação é dada a base normativa que vai respaldar a sentença, o arcabouço normativo principal da decisão. Na parte dispositiva é julgado o mérito.

O art. 102, § 2º, da CF/88 diz que:

As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Com base na Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes os esses efeitos vinculantes da decisão final não se referem apenas à parte dispositiva da sentença, mas também aos fundamentos determinantes da decisão.

Em caráter de exemplo, aplicação dessa teoria seria o caso de uma ADI que tenha como objeto lei do Estado do Ceará que verse sobre bingos. O STF dá provimento à ADI sob o argumento de que a norma estadual fere o art. 22, XX, da CF/88, onde se tem que compete privativamente à União legislar sobre sistemas de consórcios e sorteios.

Na parte dispositiva da decisão, o STF determina que especificamente a lei do Ceará é inconstitucional. Levando-se em conta unicamente essa parte da sentença, apenas a norma cearense teve a sua inconstitucionalidade declarada.

Porém, tendo em vista a Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes, os fundamentos da decisão, onde se constam os motivos pelos quais a norma foi considerada inconstitucional, também têm efeitos vinculantes. Então, todas as demais leis estaduais que violem o art. 22, XX, da CF/88, também são inconstitucionais.

Se algum juiz ou tribunal decidir aplicar lei cujo fundamento foi declarado inconstitucional pelo Supremo em outra ação, é possível, além de apresentar o recurso cabível, também ajuizar uma Reclamação Constitucional ao STF.

A Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes também se aplica às decisões do STF tomadas em sede de controle concreto de constitucionalidade que possuam efeitos *erga omnes*. Devido à norma da Repercussão Geral, é o caso das decisões tomadas por via de Recurso Extraordinário.

O uso da Reclamação Constitucional à Suprema Corte por descumprimento de jurisprudência nascida do controle incidental já foi analisada na Reclamação 7569, julgada no dia 19 de novembro de 2009, relatora Ministra Ellen Gracie, onde se determinou que a jurisdição do Supremo Tribunal Federal “somente se inicia com a manutenção, pelo Tribunal de origem, de decisão contrária ao entendimento firmado no julgamento da repercussão, nos termos do § 4º do art. 543-B do Código de Processo Civil”.

#### 4.5. Súmula Vinculante

A Súmula é uma orientação jurisprudencial de algum tribunal com o objetivo de alcançar uma maior uniformidade nas decisões, bem como de trazer aquela matéria ao conhecimento do público. Trata-se de entendimento majoritário ou pacífico, dentro daquele órgão, sobre determinado assunto, obtido por meio do julgamento de muitas ações semelhantes.

De origem influenciada pelo *common law*, tradição jurídica anglo-americana, e disciplinada pela lei 11.417/06, a Súmula Vinculante é uma jurisprudência do STF já consolidada, que se diz vinculante por ser de observância obrigatória a todos os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública.

Esse tipo de súmula tem a sua gênese na contramão do modelo do *civil law*, tradição romana. Miguel Reale (2002, p. 141) explana sobre o *civil law*:

caracteriza-se pelo primado do processo legislativo, com atribuição de valor secundário às demais fontes do direito. A tradição latina ou continental (*civil law*) acentuou-se especialmente após a Revolução Francesa, quando a lei passou a ser considerada a única expressão autêntica da nação, da vontade geral, tal como verificamos na obra de Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social*.

Criada pela EC 45/04, a Súmula Vinculante se encontra na CF/88 nos seguintes dispositivos:

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.

Portanto, ato do Poder Público ou decisão de juízo inferior que acarrete em desobediência a Súmula Vinculante pode ser sanado com o ajuizamento de Reclamação Constitucional.

A relação da Súmula Vinculante com o controle de constitucionalidade por via de defesa é que, a partir de um julgado em sede de controle concreto, os ministros podem, por meio do *quorum* qualificado de dois terços dos seus membros, editar Súmula Vinculante com aquele entendimento.

Por isso, a Súmula Vinculante está apta a ser vista como uma forma de abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. Há quem considere que ela por si só torne obsoleto o art. 52, X, da CF/88, sobre a competência do Senado Federal

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

#### **4. A ABSTRATIVIZAÇÃO DAS DECISÕES DO STF EM SEDE DE CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE POR MEIO DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ART. 52, X, DA CF/88**

O fenômeno da abstrativização das decisões do STF em sede de controle difuso é uma grande tendência no cenário jurídico brasileiro.

Essa abstrativização, sinônimo de abstratização e de objetivação, pode ser observada: no Recurso Extraordinário, que a partir da EC 45/04 possui o instituto da Repercussão Geral; nas Súmulas Vinculantes, que também foram criadas pela mesma emenda constitucional, trazendo consigo os entendimentos conquistados a partir de repetidos julgados; e nas ADPF incidentais, que têm como objeto norma municipal ou pré-constitucional.

Trata-se de um estreitamento cada vez maior entre o controle abstrato e o concreto de constitucionalidade. Decisões da Corte Suprema no âmbito da via de exceção ganham contornos de controle concentrado, com efeitos vinculantes e *erga omnes*.

Atualmente, as discussões doutrinárias acerca da objetivação giram em torno da competência do Senado Federal do art. 52, X, da CF/88, onde se tem 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”.

Os defensores da abstrativização pregam que essa atribuição do Senado tem que ser repensada tendo em vista a mutação constitucional provocada pela tendência de conferir efeitos *erga omnes* e vinculantes às decisões do Supremo Tribunal Federal tomadas por via de defesa.

##### **4.1. O papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade**

Se uma norma é considerada inconstitucional, incidentalmente, pela Suprema Corte, os efeitos dessa decisão são *inter partis* e *ex tunc*. O que significa, respectivamente, não ultrapassa a contenda entre as partes e que são retroativos. Em outras situações, e no que diz respeito às demais pessoas, a lei questionada ainda é válida e aplicável.

Efeitos *erga omnes* apenas são alcançados após a comunicação ao Senado Federal, que por sua vez é quem pode elaborar uma resolução capaz de suspender a executoriedade da norma. Diz-se que esse padrão se dá em homenagem ao Princípio da Separação de Poderes.

Por adotar paradigma diferente, quando a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, por meio do controle concreto, declara que uma lei é inconstitucional, essa decisão automaticamente tem efeitos *erga omnes* e vinculantes. É a doutrina do *stare decisis*.

O Brasil, apesar da influência norte-americana, estatuiu o controle difuso de constitucionalidade na CF/91 de uma maneira diversa. Tais decisões da Suprema Corte não criavam norma para além dos envolvidos na lide.

A CF/34 criou essa possibilidade da participação do Senado com a seguinte previsão:

Art. 91. Compete ao Senado Federal:

(...)

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

O dispositivo encontrava complementação no art. 96 da mesma Carta

Magna:

Art. 96. Quando a Corte Suprema declarar inconstitucional qualquer dispositivo de lei ou ato normativo governamental o Procurador Geral da República comunicará a decisão ao Senado Federal, para fins do art. 91, IV, e bem assim à autoridade legislativa ou executiva de que tenha emanado a lei ou ato.

Portanto, somente leis, atos, deliberações e regulamentos considerados inconstitucionais pela Corte Suprema, e não por qualquer juiz ou tribunal, poderiam ter a sua execução suspensa pelo Senado Federal.

Segundo Oswaldo Luiz Palu (2001. p. 127):

(...) ao atribuir a um Poder Político competência nitidamente jurídica teria por fim evitar que o Poder Judiciário ficasse em posição de preeminência ante os demais, sendo que este poderia anular com efeitos *erga omnes* atos administrativos e legislativos, sem a correspondente contrapartida de poder atribuído aos últimos de contraditar decisões judiciais. Visavam também, criar um meio de estender *erga omnes* os efeitos da declaração de inconstitucionalidade procedida no caso concreto.

Com a CF/37 e o Estado Novo, o controle de constitucionalidade feito pelo Judiciário no país tornou-se algo praticamente de fachada, de forma que o papel do Senado no controle por via de exceção não foi nem contemplado na Lei Maior.

A CF/46 trouxe de volta o instituto, apenas reduziu o campo de atuação do Senado, de suspender a executoriedade de “lei ou ato, deliberação ou regulamento” para

de “leis e decretos”: “Art. 64. Incumbe ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

Posteriormente, a CF/67 manteve a atribuição do Senado Federal, mas inovou com a EC nº 1/69. A partir daí, a Suprema Corte deveria comunicar o Senado das suas decisões declaratórias de inconstitucionalidade tanto no sistema difuso quanto no concentrado. O caráter *erga omnes* desses arbítrios só existiria com a resolução da Casa Legislativa.

Então, na via de defesa, a decisão pela inconstitucionalidade teria efeitos restritos às partes, com a possibilidade de se estenderem a toda a sociedade com a aquiescência do Senado Federal. Na via direta, a decisão pela inconstitucionalidade teria caráter meramente declaratório, ganhando efeitos gerais apenas com a resolução legislativa.

Após amplas discussões e jurisprudências que foram mudando os contornos do controle de constitucionalidade no país, bem como o equilíbrio de forças entre os Poderes, a EC nº 7/77 atualizou a competência do STF para conferir efeitos *erga omnes* aos seus julgados em sede de controle concentrado, persistindo a necessidade de resolução senatorial apenas para conferir efeitos vinculantes às decisões do controle difuso.

Atualmente, o Senado Federal mantém o seu papel peculiar no controle difuso de constitucionalidade, que consta no art. 52, X, da CF/88. O que quer dizer que, quando o STF está atuando no sistema difuso e decide que a lei em questão é inconstitucional, ele deve comunicar ao Senado Federal, na forma do art. 178 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal:

Declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade, na forma prevista nos arts. 176 e 177, far-se-á comunicação, logo após a decisão, à autoridade ou órgão interessado, bem como, depois do trânsito em julgado, ao Senado Federal, para os efeitos do art. 42, VII2, da Constituição.

Dessa maneira, o Senado poderá, se assim o entender, suspender os efeitos da norma declarada inconstitucional pelo Supremo para toda a sociedade.

No caso dessa Casa Legislativa decidir pela suspensão da norma, deve seguir o que deixou fixado o STF: se a declaração de constitucionalidade foi parcial, que a suspenda parcialmente; se foi total, que a suspenda *in totum*. O Senado não tem discricionariedade para decidir qual é a parte de lei que vai suspender.

É importante salientar que a resolução do Senado não tem o poder de revogar uma lei, mas de apenas extraí-la a executoriedade, pois apenas uma lei pode revogar outra.

Como explica Sérgio Resende de Barros (2002, p. 604):

Nessa intervenção do Senado se tem, na origem e na verdade, um modo jurídico-político de atender à teoria clássica da separação de poderes. Suspender a execução equivale a revogar o executável, na prática. Mas, em teoria, a concepção dessa intervenção atendeu àquele princípio de separação, imposto tão fortemente pelo Estado liberal, que ainda hoje resiste como tabu jurídico. Ab-rogar uma lei por resolução do Senado seria ofender esse princípio, entre cujos corolários necessários está o de que somente uma lei pode revogar outra lei. Esse princípio tem de ser mantido no âmbito do controle difuso. É parte de sua lógica. Daí, por que – exatamente por manter a lógica desse sistema – o Senado subtrai executoriedade à lei, mas não a revoga.

Se o Senado Federal não for comunicado da decisão pelo próprio STF, pode tomar conhecimento pelo Procurador-geral da República ou pela respectiva publicação na imprensa oficial.

Essa competência do Senado Federal é atualmente questionada e revista à luz do fenômeno da mutação constitucional.

#### 4.2. Mutações constitucionais

A norma fundamental pode ser modificada mediante processos formais ou informais. Os formais são as emendas constitucionais, art. 60 da CF/88, também chamadas de reformas constitucionais, e a revisão constitucional, art. 3º, ADCT da CF/88.

Mutação constitucional é o processo pelo qual a Constituição é alterada informalmente, sem que ocorram mudanças no seu texto. O que se modifica é a forma de interpretar os dispositivos constitucionais, que se dará à luz de doutrinas mais recentes, assim como de novas aspirações sociais.

A sociedade muda, se transforma, e o Direito tem que acompanhar esse movimento, senão perde a sua própria legitimidade. Ser legítimo e atual, sem perder o sentido original e a visão do todo histórico, deve ser pretensão constante dos legisladores, bem como dos intérpretes e aplicadores da lei.

A Constituição, como Carta Magna de um povo, precisa representar axiologicamente essa sociedade. Os propósitos e princípios da Lei Maior devem refletir o melhor que aquele grupo humano tem si, senão inexistente legitimidade.

Para Ferdinand Lassalle (2002, p.68): “De nada serve o que se escreve numa folha de papel se não se ajusta à realidade, aos fatores reais e efetivos do poder”.

Ainda no esteio das reflexões de Lassalle (2001 p.40):

(...) os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder; a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país regem, e as Constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que exprimam fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social: eis os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar.

Porém, a lei não pode se dobrar aos caprichos sociais de momento, efêmeros em sua relevância global e rasos no alcance dos valores de justiça e de segurança jurídica.

O Estado Democrático de Direito, encontra-se positivado na Constituição Federal, de onde pode vir a se fazer realidade, quanto maior for a eficácia dessa Carta Magna. Portanto, as normas constitucionais precisam fruir de estabilidade para resguardar a segurança jurídica.

Assim, em oposição à tese do pensador anterior, Konrad Hesse (1991. p.21): “A ‘constitucionalização’ de interesses momentâneos ou particulares exige, em contrapartida, uma constante revisão constitucional, com inevitável desvalorização da força normativa da Constituição”.

Ele cunhou o conceito de Força Normativa da Constituição, muito usado pelo STF em suas decisões. Segundo tal princípio, a Lei Maior, antes de uma simples representação da sociedade, possui uma força normativa competente para alterar a realidade.

Contudo, para Hesse (1991. p.18): “A norma constitucional somente logra atuar se procura construir o futuro com base na natureza singular do presente”. Então, apenas pode ser eficaz a Constituição que não perde de vista a os fatos.

Infere-se, dessa maneira, que o ponto comum entre as diferentes teorias é que uma constituição será eficaz, legítima e socialmente aceita unicamente se estiver apta a desenvolver-se, evoluir, adaptar-se.

Sociedade e Constituição têm seus tempos diferentes, daí a necessidade da última acompanhar a primeira, enquanto esta também é transformada por aquela. Esse descompasso entre as duas entidades é chamado por Jorge Miranda (2007, p. 389) de “vicissitudes constitucionais”.

José Carlos Francisco *apud* Jorge Francisco (2003, p.35):

O Direito também é fonte de transformação social, representando o comando dirigente do processo social. Desse modo, a Sociedade e o Direito se

apresentam numa relação de causa e efeito, ora a Sociedade determina o Direito e suas transformações, ora o Direito definindo diretrizes da própria Sociedade, a partir de programas e planos.

Dessa forma, estabilidade e segurança jurídica não podem se traduzir em inalterabilidade do texto constitucional, numa “fossilização da constituição”.

Sobre a consequência desse fenômeno, no entendimento de Rui Medeiros (1999, p. 827):

A consequência é particularmente grave: as constituições, enquanto planos normativos voltados para o futuro, não podem de maneira nenhuma perder a sua flexibilidade e abertura. Naturalmente e na medida do possível, convém salvaguardar a continuidade dos *standards* jurisprudenciais: alterações de rota, decisões *overruling* demasiado repentinas e brutais contrastam com a própria noção de jurisdição. A percepção da continuidade como um valor não deve, porém, significar uma visão petrificada da jurisprudência ou uma indisponibilidade dos tribunais para atender às solicitações provenientes do ambiente.

Dentro dessa demanda de adaptabilidade das constituições, existem as mutações constitucionais, que se dão de mais de uma forma. Todavia, a doutrina não é pacífica sobre essas classificações. Por conseguinte, neste trabalho o tema será dividido em duas ordens: mutação por meio de interpretação e mutação por meio de costume.

Nas explicações de Anna Cândida da Cunha Ferraz (1986, p. 58), a mutação constitucional por interpretação não altera o texto da lei nem o seu conteúdo, mas modifica apenas o sentido ou o contorno da norma.

Conforme ensina Paulo Bonavides (1998, p.398):

Busca a interpretação, portanto, estabelecer o sentido objetivamente válido de uma regra de direito. Questiona a lei, não o direito. Objeto da interpretação é, de modo genérico, a norma jurídica contida em leis, regulamentos ou costumes. Não há norma jurídica que dispensa interpretação. Por onde se conclui improcedente o aforismo romano “*in claris non fiti interpretatio*”. Este, pelo menos, é o parecer de Nawisky, Carbone Somlo.

Em verdade, a interpretação mostra o direito vivendo plenamente a fase concreta e integrativa, objetivando-se na realidade. Esse aspecto Felice Battaglia o retratou com rara limpidez: “O momento da interpretação vincula a norma geral às conexões concretas, conduz do abstrato ao concreto, insere a realidade no esquema”.

Porém, devido ao caráter político das normas constitucionais, o mesmo jurista também assevera (1998, p. 420):

As relações que a norma constitucional, pela sua natureza disciplinar, são de preponderante conteúdo político e social e por isso mesmo sujeitas a um influxo político considerável, senão essencial, o qual se reflete diretamente sobre a norma, bem como sobre o método interpretativo aplicável. Não vamos tão longe aqui a ponto de postular uma técnica interpretativa especial para leis constitucionais, nem preconizar os meios e regras de interpretação que não sejam aquelas válidas para todos os ramos do Direito, cuja unidade básica não podemos ignorar nem perder de vista, mas nem por isso devemos admitir se possa dar à norma constitucional, salvo violentando-lhe o sentido e a natureza, uma interpretação de todo mecânica e silogística, indiferente à plasticidade que lhe é inerente, e a única aliás a permitir acomodá-la a fins, cujo teor axiológico assenta nos princípios com que a ideologia tutela o

próprio ordenamento jurídico. O erro do jurista puro ao interpretar a norma constitucional é querer exatamente desmembrá-la de seu manancial político e ideológico, das nascentes, da vontade política fundamental, do sentido quase sempre dinâmico e renovador que de necessidade há de acompanhá-lo. Atado unicamente ao momento lógico da operação silogística, o interprete da regra constitucional vê escapar-lhe não raro o que é mais precioso e essencial: a captação daquilo que confere vida à norma, que dá alma ao Direito, que o faz dinâmico, e não simplesmente estático. Cada ordenamento constitucional imerso em valores culturais é estrutura peculiar, rebelde a toda uniformidade interpretativa absoluta, quanto aos meios ou quanto às técnicas aplicáveis.

A mutação constitucional por interpretação é exequível porque alguns dispositivos jurídicos são vagos, com termos pouco precisos. Nas lições de Eros Roberto Grau (2002, p. 196):

É que a indeterminação a que nos referimos, na hipótese, não é dos conceitos jurídicos (ideias universais), mas de suas expressões (termos); logo, mais adequado será referirmos-nos a termos indeterminados de conceitos, e não a conceitos (jurídicos ou não) indeterminados.

A outra forma de mutação é por meio de costume. Tem-se que costume é uma prática reiterada, tida como legítima e obrigatória por uma população. Ele é espontâneo, não escrito, e, de acordo com [Uadi Lammêgo Bulos](#) (1997, p. 77), é uniforme, constante, público e geral. Nas reflexões de Paulo Nader (2012, p. 52), “A lei é Direito que aspira a efetividade e o Costume a norma efetiva que aspira a validade”.

De fato, o costume não nasce da lei, mas da convivência e consciência coletiva. Em contrapartida, como a Constituição não tem a faculdade de dispor sobre todos os diferentes aspectos das vidas das pessoas, os costumes muitas vezes são utilizados nos dispositivos constitucionais com a função de complementar o sentido dessas normas, fazendo-as abarcar um número maior de situações fáticas e valores sociais.

Assim, ao empregar um costume na redação de uma norma jurídica, o conteúdo desta fica essencialmente atrelado ao sentido que aquele for ganhando socialmente.

Com as transformações sociais e consequentes mudanças nos costumes, a própria matéria das normas constitucionais vai enfrentando o fenômeno da mutação constitucional por meio dos costumes.

Ademais, a mutação sofre limites. Ela não pode ir além da adaptação do sentido anterior do dispositivo constitucional aos novos princípios da coletividade. Ou seja, o próprio sistema constitucional tem que tolerar essa mudança. Para uma quebra desse paradigma seria necessária uma reforma à Constituição ou mesmo a instituição de uma nova Ordem Constitucional. Consequentemente, não é possível que uma mutação seja, por ex, inconstitucional.

As limitações são de ordem material, formal, temporal e circunstancial. As limitações materiais podem ser explícitas ou implícitas. As explícitas se relacionam ao próprio conteúdo dos dispositivos constitucionais, o texto em si da Constituição, que para uma averiguação basta a simples leitura.

Os limites implícitos dizem respeito ao sistema que representa o corpo orgânico da Lei Maior. Nesse sentido, o todo é maior que as partes, pois de uma interpretação mais profunda e sistemática da Carta Magna é possível se inferir princípios e retirar sentidos que não surgem prontos numa constatação mais superficial.

Por fim, pretende-se analisar se por meio de mutação constitucional o art. 52, X, da CF/88, poderia ser revisto.

#### 4.3. Mutação constitucional do art. 52, X, da CF/88

No dia 22 de fevereiro de 2006, o Supremo Tribunal Federal julgou o *Habeas Corpus* 82959, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, que pedia progressão de regime de pena alegando incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2, §1º, da lei 8.072/90, a Lei dos Crimes Hediondos, que dispunha, antes da redação dada pela lei 11.464/07: “A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado”.

Progressão de regime é o sistema em que o preso cumpre a pena em etapas, com cada uma dessas etapas progressivamente menos rigorosa, de acordo com o seu merecimento, medido pela conduta do indivíduo durante o cumprimento da pena, com fins de melhor reinserção no convívio social.

Essa progressão era vedada à pena da prática da tortura, do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, do terrorismo, e dos demais crimes listados pela lei 8.072/90 (anexo V).

O art. 2, §1º, da respectiva lei, foi entendido como constitucional pela Suprema Corte por cerca de dezesseis anos. O STF tinha a norma como válida e de observância obrigatória.

Porém, em virada jurisprudencial, a Corte decidiu que o referido dispositivo legal era inconstitucional. Como, para declaração de inconstitucionalidade, seja no controle difuso ou concentrado de constitucionalidade, é necessário cumprir o Princípio da Reserva de Plenário, a decisão veio apenas com o voto da maioria dos membros. Nesse caso, a diferença foi de seis votos a cinco.

No controle por via de defesa, as decisões produzem, via de regra, efeitos *inter partis*. Para produzirem efeitos *erga omnes*, elas precisam da resolução senatorial do art. 52, X, da CF/88, o que não ocorreu nessa situação.

O raciocínio foi no sentido de que a vedação de progressão de regime prevista na norma impugnada afrontava o direito à individualização da pena do art. 5º, LXVI, da CF/88: “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”.

Segue a ementa da decisão:

PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER.

A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto 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 Nº 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 nº 8.072/90.

Pouco depois, a Defensoria Pública da União do Acre ajuizou a Reclamação Constitucional 4335 contra o juiz Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco por negar *Habeas Corpus* com pedido de progressão de penas a condenados por crimes que se encaixavam na lei 8.072/90.

Os juízes singulares, assim como os tribunais, no nosso sistema jurídico, não possuem obrigação de seguir as decisões da Corte Suprema tomadas em sede de controle difuso sem caráter vinculativo.

Porém, na Reclamação Constitucional 4335, cujo relator foi o Ministro Gilmar Mendes, foi alegado justamente ofensa à autoridade da decisão da Suprema Corte no HC 82959.

Ao final, o Supremo Tribunal Federal concedeu a medida liminar de ofício para que, apesar de mantido o regime fechado, a vedação legal à possibilidade de sua progressão seja afastada, cabendo ao juiz de primeira instância decidir se os condenados se enquadram ou não nas condições de receber a benesse da progressão de regime.

O Ministro Gilmar Mendes argumentou que, diante da evolução da jurisdição constitucional, as decisões da Corte, sejam elas no sistema difuso ou concentrado, produziram efeitos *erga omnes* e vinculantes.

O Ministro Eros Grau acompanhando o voto do relator, concluindo que o art. 52, X, da CF/88, se insere numa perspectiva de efetiva mutação constitucional. Nesse diapasão, a resolução senatorial serviria apenas para dar publicidade às decisões da Corte, que declarariam por si mesmas a suspensão da execução de lei considerada inconstitucional.

Portanto, segundo eles, não existe mais razão para continuar a interpretar o art. 52, X, da CF/88, da mesma forma. O que foi proposto, exatamente, é que onde se lê 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”, deveria ser entendido que “compete ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo”.

Essa teoria e a respectiva decisão (anexo VI) tiveram um grande efeito sobre a comunidade acadêmica. Como uma das grandes diferenças entre os sistemas difuso e concentrado de constitucionalidade é justamente a atuação da Corte, a abstrativização colocaria o STF como protagonista de toda interpretação constitucional do país.

O nome abstrativização se dá justamente por se conceder características do controle abstrato ao controle concreto de constitucionalidade, quais sejam efeitos *erga omnes* e vinculantes. Partindo-se de uma única decisão, se tem resultados em bloco.

Ainda não há jurisprudência fechada a esse respeito. Trata-se apenas de uma tendência, mas não é a posição dominante dentro do próprio Supremo.

Aqueles que são contra a objetivação afirmam que seria uma posição perigosa, por concentrar demasiadamente a interpretação constitucional nas mãos de apenas onze julgadores.

Ainda no julgamento da Reclamação, o Ministro Sepúlveda Pertence asseverou que, apesar de ter sido declarada como dispensável a observância ao Princípio da Reserva de Plenário pelos demais tribunais quando já houvesse precedente do STF considerando a respectiva norma como inconstitucional, não se seria possível tomar como consequência lógica disso a mutação constitucional da competência do Senado Federal, posto que quase todas as Cartas Magnas brasileiras depois da Constituição de 1934 mantiveram o instituto.

Disse inclusive que, com o controle abstrato, o papel do Senado está cada vez mais em desuso, portanto não teria a menor valia contestá-lo com o que denominou no seu voto de "projeto de decreto de mutação constitucional". Citou também as

Súmulas Vinculantes, que podem servir aos mesmos propósitos de abstrativização sem diminuir a Casa Legislativa ao papel da Imprensa Nacional.

Em consonância com este o voto, o Ministro Joaquim Barbosa lembrou aos demais ministros a possibilidade de edição de Súmula Vinculante, bem como arguiu que a atribuição senatorial apenas complementa, sem em nada prejudicar, a efetividade das decisões do STF. Mencionou ainda que, nesse sentido, seria esclarecedor o próprio fato do objeto da Reclamação Constitucional não ser a falta da resolução do Senado suspendendo a executoriedade da norma, mas a decisão de juiz singular destoante da jurisprudência da Corte.

Por último, rejeitou a hipótese de mutação constitucional, pois, para ele, através de mutação poderia ocorrer apenas uma mudança no sentido da norma, o que não era o caso, já que a literalidade do art. 52, X, CF/88 impede esse entendimento. Colocou que, ainda que aceitasse essa hipótese de mutação, seria preciso um tempo maior para percebê-la, assim como uma definitiva falta de uso da norma.

São as considerações de Lenio Luiz Streck (2011, p. 71):

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.

Ademais, faz sentido que uma decisão definitiva do Supremo, ainda que em sede de controle difuso, guarde em si força normativa suficiente para suspender a execução de norma inconstitucional.

O que é colocado em discussão é se a própria literalidade do texto constitucional não apresentaria um limite material explícito a uma mutação constitucional como essa.

Outra limitação material, só que implícita, seria o sistema de controle de constitucionalidade elaborado pelo legislador originário, que criou duas modalidades de controle de constitucionalidade e tornou o Senado Federal um elemento democrático do controle difuso por alguma razão.

Ora, mesmo entre os ministros do STF é pacífico que o controle difuso ganha cada vez mais contornos de concentrado, a divergência se dá acerca da existência ou não de mutação constitucional da referida norma, ou mesmo se é necessário, para garantir a autoridade das decisões do Supremo, ir por esse caminho.

Um suposto desequilíbrio entre os Poderes, o que também representaria uma limitação matéria implícita, parece ser outro argumento recorrente contra esse fenômeno, porém os defensores preconizam que a objetivação do controle difuso se mostra atenuada não só com a propensão atual a restringir as distinções entre as formas de controle de constitucionalidade, mas também com a perceptível descrença da sociedade nos institutos representativos.

O que se depreende disso tudo é que a doutrina e a jurisprudência não resolvem se a abstrativização através da mutação constitucional do art. 52, X, da CF/88, representa uma usurpação da função legiferante dos órgãos do Poder Legislativo ou se o STF está apenas assumindo o seu papel legítimo de Corte e interprete Constitucional.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Emenda Constitucional Nº 45 de 2004 atribuiu ao Recurso Extraordinário o critério de admissibilidade da Repercussão Geral, de forma que o ajuizamento desse recurso está condicionado à demonstração de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

Consequência disso é que a decisão de mérito de um Recurso Extraordinário com Repercussão Geral reconhecida tem efeitos vinculantes e *erga omnes*, apesar de se tratar de controle incidental.

Explicou-se que, através da mesma reforma constitucional foi criada a Súmula Vinculante. Por meio desse tipo especial de súmula exclusiva da Suprema Corte, uma jurisprudência já consolidada pode vincular todos os órgãos da Administração Pública e os demais órgãos do Poder Judiciário, sendo oponível a todos.

Também foi citada a ADPF incidental, modalidade incluída pela Lei nº 9.882 de 1999, de competência do STF, que exige comprovação de existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se alega ter sido violado. A ADPF incidental tem o mesmo rol de legitimados ativos das ações do controle abstrato, com caráter vinculante e *erga omnes*.

Portanto, pode-se facilmente inferir que a objetivação do controle difuso de constitucionalidade realizado pelo Supremo é uma realidade já consolidada na doutrina, na jurisprudência da Corte, na legislação infraconstitucional e até na Carta Magna.

Tanto, que é perfeitamente possível ajuizar Reclamação Constitucional ao STF no caso de decisão, de juiz ou tribunal, ou de ato do Poder Público, que violem não só decisão definitiva de mérito do controle concentrado, mas também o que for preceituado em Súmula Vinculante, ou nas decisões da Corte em sede de RE ou de ADPF incidental.

Por último, propôs-se a discussão acerca da viabilidade de abstrativização por meio da mutação constitucional do dispositivo do art. 52, X, da CF/88.

Enquanto o fenômeno da abstratização se coloca como tendência, nos moldes do Direito norte-americano, em que as decisões da Suprema Corte têm efeitos gerais, mesmo em sede de controle concreto, no Brasil a viabilidade de mutação

constitucional do papel do Senado Federal no controle difuso ainda está longe de um consenso.

A jurisprudência e doutrina se debatem sobre o tema. O rumo que a ordem jurídica parece apontar é no sentido de uma sempre crescente aproximação do controle difuso com o concentrado, aquele adquirindo os mesmos resultados deste.

A própria quase falta de uso da norma em questão demonstra que ela está se tornando obsoleta. Porém, de fato, isso ainda não ocorreu. Inclusive, a literalidade do texto normativo parece se apresentar como uma limitação material explícita à nova interpretação.

Outro argumento é que, através de uma interpretação sistemática da Constituição, poderia se concluir que haveria também limitações materiais implícitas a essa mutação constitucional.

Isso em nome do Princípio da Separação de Poderes, assim como do fato do legislador originário ter criado distinções entre as espécies de controle repressivo judicial. Se fosse da sua vontade que esses controles tivessem as mesmas características, não os teria feito diferentes. Da mesma maneira, não transformaria o Senado em uma instituição democrática dentro controle difuso se não o quisesse dessa forma.

Apesar disso, vive-se um momento de crise de confiança no sistema representativo e de um cada vez maior respeito pelo Supremo Tribunal Federal.

De fato, não se pode falar que haveria prejuízo à democracia brasileira com esse tipo de abstrativização. Até porque, a objetivação já se dá pelos outros caminhos anteriormente mencionados sem afetar o sistema de pesos e contrapesos.

Trata-se de uma questão longe de ser pacificada que, além de doutrinária, é política. Faz-se necessário chegar a uma conclusão com relação à possibilidade dessa mutação constitucional, mas talvez seja ainda mais importante saber se a Suprema Corte realmente precisa reconhecê-la para garantir a autoridade das suas decisões.

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ARRUDA ALVIM, J. M. de. **A EC n. 45 e o instituto da repercussão geral, Reforma do Judiciário (obra coletiva)**. São Paulo, Ed. RT, 2005.

BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** Almedina, 1994.

BARROS, Sérgio Resende de. **Simplificação do controle de constitucionalidade. In As Vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo** (obra coletiva: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho, coordenação de Ives Gandra da Silva Martins). Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, 2ª Ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo, Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. 8ª- edição. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2.006.

BOBBIO, Noberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Editora EDIPRO, 2011

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. V. 1. 14ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 5ª Ed. Coimbra: Almedina, 1991

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Soluções Práticas de Direito**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**, 27ª Ed, 2012.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mutação da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais**. São Paulo: Max Limond, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Sistema Constitucional Brasileiro e as recentes Inovações no Controle de Constitucionalidade** in: Revista de Direito Administrativo. Nº 220. Rio de Janeiro: Renovar, abril-junho 2000.

\_\_\_\_\_. **Do Processo Legislativo**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FRANCISCO, Jorge. **Emendas Constitucionais e Limites Flexíveis**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo, Martins Fontes, 2000.

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 6ª Ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001.

LEAL, Mônia Clarissa Henning. **A Constituição como princípio: Os limites da Jurisdição Constitucional Brasileira**. 1ª Ed. São Paulo: Manole, 2003.

LENZA, Pedro. **Curso de Direito Constitucional Esquematizado**. 11ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Procedimentos especiais**. 2ª. Ed. atual. e ampl. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional. O controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_; COELHO, Inocencio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**. Lisboa: Universidade Católica, 1999.

MEDINA, José Miguel Garcia, WAMBIER, Luiz Rodrigues e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Repercussão geral e súmula vinculante, Reforma do Judiciário (obra coletiva)**. São Paulo, Ed. RT, 2005.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967: com a Emenda n. 1 de 1969**. Tomo III. Forense, 1987.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 6ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

[MONTESQUIEU, Charles Louis de](#). **O Espírito das Leis**. [MARTINS EDITORA](#). 4ª Ed, 2005.

MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da. **Introdução ao estudo do controle de constitucionalidade das leis – parte I**. 15 nov. 2010. Disponível em

<[http://www.vemconcursos.com/opinioao/index.phtml?page\\_id=17](http://www.vemconcursos.com/opinioao/index.phtml?page_id=17)> Acesso em: 29 abr. 2011.

NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 21ª Ed. Br, Forense Jurídica, 2012.

NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

POUND, Rocco. **Desenvolvimento das garantias constitucionais da liberdade**. Ibrasa ed. São Paulo, 1965.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**, São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 5.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

SLAIBI FILHO, Nagib. **A argüição de inconstitucionalidade nos tribunais: notas sobre a nova redação que a Lei nº 9756/98 deu ao art. 481 do CPC**. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 32, 1 jun. 1999. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/915>> Acesso em: 25 mar. 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 10ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

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

VIEIRA, Oscar Vilhena. **STF, Jurisprudência política**. São Paulo: RT, 1994.

**ANEXO I**

Constituição de 1934:

“(…)

Art 12 - A União não intervirá em negócios peculiares aos Estados, salvo:

I - para manter a integridade nacional;

II - para repelir invasão estrangeira, ou de um Estado em outro;

III - para pôr termo à guerra civil;

IV - para garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes Públicos estaduais;

V - para assegurar a observância dos princípios constitucionais especificados nas letras a a h , do art. 7º, nº I, e a execução das leis federais;

VI - para reorganizar as finanças do Estado que, sem motivo de força maior, suspender, por mais de dois anos consecutivos, o serviço da sua dívida fundada;

VII - para a execução de ordens e decisões dos Juízes e Tribunais federais.

§ 1º - Na hipótese do nº VI, assim como para assegurar a observância dos princípios constitucionais (art. 7º, nº I), a intervenção será decretada por lei federal, que lhe fixará a amplitude e a duração, prorrogável por nova lei. A Câmara dos Deputados poderá eleger o Interventor, ou autorizar o Presidente da República a nomeá-lo.

§ 2º - Ocorrendo o primeiro caso do nº V, a intervenção só se efetuará depois que a Corte Suprema, mediante provocação do Procurador-Geral da República, tomar conhecimento da lei que a tenha decretado e lhe declarar a constitucionalidade.

§ 3º - Entre as modalidades de impedimento do livre exercício dos Poderes Públicos estaduais (nº IV), se incluem:

a) o obstáculo à execução de leis e decretos do Poder Legislativo e às decisões e ordens dos Juízes e Tribunais

b) a falta injustificada de pagamento, por mais de três meses, no mesmo exercício financeiro, dos vencimentos de qualquer membro do Poder Judiciário.

§ 4º - A intervenção não suspende senão a lei do Estado que a tenha motivado, e só temporariamente interrompe o exercício das autoridades que lhe deram causa e cuja responsabilidade será promovida.

§ 5º - Na espécie do nº VII, e também para garantir o livre exercício do Poder Judiciário local, a intervenção será requisitada ao Presidente da República pela Corte Suprema ou pelo Tribunal de Justiça Eleitoral, conforme o caso, podendo o

requisitante comissionar o Juiz que torne efetiva ou fiscalize a execução da ordem ou decisão.

§ 6º - Compete ao Presidente da República:

a) executar a intervenção decretada por lei federal ou requisitada pelo Poder Judiciário, facultando ao Interventor designado todos os meios de ação que se façam necessários;

b) decretar a intervenção: para assegurar a execução das leis federais; nos casos dos nºs I e II; no do nº III, com prévia autorização do Senado Federal; no do nº IV, por solicitação dos Poderes Legislativo ou Executivo locais, submetendo em todas as hipóteses o seu ato à aprovação imediata do Poder Legislativo, para o que logo o convocará.

§ 7º - Quando o Presidente da República decretar a intervenção, no mesmo ato lhe fixará o prazo e o objeto, estabelecerá os termos em que deve ser executada, e nomeará o Interventor se for necessário.

§ 8º - No caso do nº IV, os representantes dos Poderes estaduais eletivos podem solicitar intervenção somente quando o Tribunal Superior de Justiça Eleitoral lhes atestar a legitimidade, ouvindo este, quando for o caso, o Tribunal inferior que houver julgado definitivamente as eleições.

(...)"

## **ANEXO II**

Constituição de 1988:

“(..."

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

I - processar e julgar, originariamente:

(...)

b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;

c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica,

ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;

d) o "habeas-corpus", sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o "habeas-data" contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;

e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território;

f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;

g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro;

i) o habeas corpus, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância;

j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados;

l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;

m) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais;

n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados;

o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal;

p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade;

q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;

r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público;

(...)"

### **ANEXO III**

Constituição de 1988:

“(..."

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

(..."

II - julgar, em recurso ordinário:

a) o "habeas-corpus", o mandado de segurança, o "habeas-data" e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;

b) o crime político;

(...)"

### **ANEXO IV**

Trecho da decisão da Reclamação 5.470, julgada no dia 29 de fevereiro de 2008, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes:

“A reclamação, tal como prevista no art. 102, I, “I”, da Constituição, e regulada nos artigos 13 a 18 da Lei nº 8.038/90, e nos artigos 156 a 162 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, constitui ação de rito essencialmente célere, cuja estrutura procedimental, bastante singela, coincide com o processo do mandado de segurança e de outras ações constitucionais de rito abreviado. A adoção de uma forma de procedimento sumário especial para a reclamação tem como razão a própria natureza desse tipo de ação constitucional, destinada à salvaguarda da competência e da autoridade das decisões do Tribunal, assim como da ordem constitucional como um todo. Desde o seu advento, fruto de criação jurisprudencial, a reclamação tem-se firmado como importante mecanismo de tutela da ordem constitucional. Como é sabido, a reclamação, para preservar a competência do Supremo Tribunal Federal ou garantir a

autoridade de suas decisões, é fruto de criação pretoriana. Afirmava-se que ela decorreria da idéia dos *implied powers* deferidos ao Tribunal. O Supremo Tribunal Federal passou a adotar essa doutrina para a solução de problemas operacionais diversos. A falta de contornos definidos sobre o instituto da reclamação fez, portanto, com que a sua constituição inicial repousasse sobre a teoria dos poderes implícitos. Em 1957, aprovou-se a incorporação da Reclamação no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. A Constituição Federal de 1967, que autorizou o STF a estabelecer a disciplina processual dos feitos sob sua competência, conferindo força de lei federal às disposições do Regimento Interno sobre seus processos, acabou por legitimar definitivamente o instituto da reclamação, agora fundamentada em dispositivo constitucional. Com o advento da Carta de 1988, o instituto adquiriu, finalmente, status de competência constitucional (art. 102, I, “I”). A Constituição consignou, ainda, o cabimento da reclamação perante o Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, “f”), igualmente destinada à preservação da competência da Corte e à garantia da autoridade das decisões por ela exaradas. Com o desenvolvimento dos processos de índole objetiva em sede de controle de constitucionalidade no plano federal e estadual (inicialmente representação de inconstitucionalidade e, posteriormente, ADI, ADIO, ADC e ADPF), a reclamação, na qualidade de ação especial, acabou por adquirir contornos diferenciados na garantia da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal ou na preservação de sua competência. Ressalte-se, ainda, que a EC n° 45/2004 consagrou a súmula vinculante, no âmbito da competência do Supremo Tribunal, e previu que a sua observância seria assegurada pela reclamação (art. 103-A, § 3° – “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 aplicação da súmula, conforme o caso”). A tendência hodierna, portanto, é de que a reclamação assumira cada vez mais o papel de ação constitucional voltada à proteção da ordem constitucional como um todo. Os vários óbices à aceitação da reclamação, em sede de controle concentrado, já foram superados, estando agora o Supremo Tribunal Federal em condições de ampliar o uso desse importante e singular instrumento da jurisdição constitucional brasileira. Destarte, a ordem constitucional necessita de proteção por mecanismos processuais céleres e eficazes. Esse é o mandamento constitucional, que fica bastante claro quando se observa o elenco de ações constitucionais voltadas a esse mister, como o habeas corpus, o mandado de segurança,

a ação popular, o habeas data, o mandado de injunção, a ação civil pública, a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental. A reclamação constitucional – sua própria evolução o demonstra – não mais se destina apenas a assegurar a competência e a autoridade de decisões específicas e bem delimitadas do Supremo Tribunal Federal, mas também constitui-se como ação voltada à proteção da ordem constitucional como um todo. A tese da eficácia vinculante dos motivos determinantes da decisão no controle abstrato de constitucionalidade, já adotada pelo Tribunal, confirma esse papel renovado da reclamação como ação destinada a resguardar não apenas a autoridade de uma dada decisão, com seus contornos específicos (objeto e parâmetro de controle), mas a própria interpretação da Constituição levada a efeito pela Corte. Esse entendimento é reforçado quando se vislumbra a possibilidade de declaração incidental da inconstitucionalidade de norma de teor idêntico a outra que já foi objeto de controle abstrato de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal.”

## **ANEXO V**

Lei 8.072/90:

“Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no [Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal](#), consumados ou tentados:

I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV e V);

II - latrocínio (art. 157, § 3º, in fine);

III - extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º);

IV - extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, caput, e §§ 1º, 2º e 3º);

V - estupro (art. 213, caput e §§ 1º e 2º);

VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, caput e §§ 1º, 2º, 3º e 4º);

VII - epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º).

VII-A – (VETADO)

VII-B - falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, caput e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela [Lei no 9.677, de 2 de julho de 1998](#)).

Parágrafo único. Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos [arts. 1º, 2º e 3º da Lei no 2.889, de 1º de outubro de 1956](#), tentado ou consumado.

(...)”

## ANEXO VI

“RECLAMAÇÃO 4335

Origem: AC - ACRE

Relator: MIN. GILMAR MENDES

RECLTE. (S): DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

RECLMO. (A/S): JUIZ DE DIREITO DA VARA DE EXECUÇÕES PENAIAS DA COMARCA DE RIO BRANCO (PROCESSOS NºS 00102017345-9, 00105012072-8, 00105017431-3, 00104000312-5, 00105015656-2, 00105013247-5, 00102007288-1, 00106003977-0, 00105014278-0 E 00105007298-7)

INTDO. (A/S): ODILON ANTONIO DA SILVA LOPES

ANTONIO EDINEZIO DE OLIVEIRA LEÃO

SILVINHO SILVA DE MIRANDA

RAIMUNDO PIMENTEL SOARES

DORIAN ROBERTO CAVALCANTE BRAGA

DEIRES JHANES SARAIVA DE QUEIROZ

ANTONIO FERREIRA DA SILVA

GESSYFRAN MARTINS CAVALCANTE

JOÃO ALVES DA SILVA

ANDRÉ RICHARDE NASCIMENTO DE SOUZA

**DECISÃO:** Trata-se de reclamação, ajuizada por VALDIR PERAZZO LEITE, em face de decisão do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco/AC, que indeferiu o pedido de progressão de regime em favor de

ODILON ANTONIO DA SILVA LOPES, ANTONIO EDINEZIO DE OLIVEIRA LEÃO, SILVINHO SILVA DE MIRANDA, DORIAN ROBERTO CAVALCANTE BRAGA, RAIMUNDO PIMENTEL SOARES, DEIRES JHANES SARAIVA DE QUEIROZ, ANTONIO FERREIRA DA SILVA, GESSYFRAN MARTINS CAVALCANTE, JOÃO ALVES DA SILVA E ANDRÉ RICHARDE NASCIMENTO DE SOUZA.

Os condenados apontados pelo reclamante cumprem penas de reclusão em regime integralmente fechado, em decorrência da prática de crimes hediondos.

Com base no julgamento do HC nº 82.959, que reconheceu a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei 8.072/1990 (“Lei dos Crimes Hediondos”), que proibia a progressão de regime de cumprimento de pena nos crimes hediondos, solicitou o reclamante ao Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais fosse concedida progressão de regime aos apenados relacionados acima, que indeferiu os pedidos de progressão de regime, sob a alegação de vedação legal para admiti-la e o seguinte argumento:

“ (...)conquanto o Plenário do Supremo Tribunal, em maioria apertada (6 votos x 5 votos), tenha declarado *incidenter tantum* a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º da Lei 8.072/90 (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*.”(fl.23-24).

Da denegação do pedido de progressão por parte do juízo *a quo*, o reclamante impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal de Justiça do Estado do Acre (fl.4-12).

Solicitei informações ao Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco/AC, que assim se manifestou na Petição nº 72.377/2006 (fls. 20-25):

“Inicialmente, opino pelo não conhecimento da reclamação, posto que não preenchidos os requisitos do art. 13, da Lei n. 8.038/90.

Sendo o pedido de progressão de regime da competência da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco, vez que na Comarca cumprem pena os interessados na Reclamação, não há que se falar em preservar a competência dessa E. Corte; por outra, não é de conhecimento deste Juízo, até o momento, que o STF tenha expedido ordem em favor de um dos interessados na reclamação, e, portanto, não é hipótese de garantir a autoridade de decisão da Corte.

Por outra, a reclamação não foi regularmente instruída com os documentos necessários, talvez pelos motivos apontados no parágrafo anterior, e indicam claramente que busca suprimir instância, posto que conforme consta da inicial, contra a decisão deste Juízo que negou a progressão para aqueles apenados por crimes hediondos ou equiparados manejou o reclamante habeas corpus perante o Tribunal de Justiça do Estado do Acre.

Quanto ao pedido, tenho a informar que efetivamente tramitam neste Juízo os autos das execuções penais ns. 001.02.017345-9, 001.05.012072-8, 001.05.017431-3, 001.04.000312-5, 001.05.015656-2, 001.05.013247-5, 001.02.007288-1, 001.06.003977-0, 001.05.014278-0 e 001.05.007298-7, cujos reeducandos figuram como interessados na reclamação, e me permito reproduzir parcialmente as informações prestadas ao Tribunal de Justiça do Estado do ACRE quando oficiado a prestá-las, que são do seguinte teor:

Sobre as alegações constantes no *habeas corpus*, forçoso dizer que o impetrante lançou mão de argumentos que não correspondem à verdade.

No afã de conseguir seu intento, talvez tenha o impetrante esquecido que este Juízo, conforme determinado pelas Portarias ns. 07 e 09 da Corregedoria Geral da Justiça deste Estado, teve o seu expediente externo suspenso em função do

cadastramento dos processos de execução no Programa SAJ de informatização de 13 a 31 de março passado.

No referido período, todos os prazos processuais foram suspensos, a fim de evitar prejuízo a qualquer das partes, e obviamente, restou prejudicada a tramitação dos feitos, isto porque os próprios servidores lotados na Vara de Execuções Penais - VEP executaram toda a árdua tarefa de cadastrar um a um os processos.

Assim, com o fim do cadastramento e o reinício dos trabalhos, em três de abril passado, deu-se continuidade à tramitação dos procedimentos de execução, sendo portanto os feitos encaminhados ao Ministério Público, a fim de se colher o necessário parecer sobre o pedido.

Particularmente quanto ao pedido de progressão de regime do 7º paciente, verifica-se que o mesmo foi objeto de julgamento no dia 25/04/2006 (decisão de indeferimento do pedido de progressão).

É latente a falta de diligência do nobre defensor ao impetrar o presente writ ao 1º paciente (Odilon Antônio da Silva Lopes) que sequer tem execução em andamento nesta VEP, e aos 3º, 5º, 6º e 10º pacientes que cumprem pena por crimes comuns, tendo este último sido condenado no regime semi-aberto.

Devo frisar ainda, que causa espécie a alegação de que este Magistrado tenha se eximido de decidir com base em comunicado que fiz veicular no presente fórum.

Tal comunicado foi veiculado única e exclusivamente com o fim de evitar o número cada vez crescente de atendimentos solicitando informações sobre o julgamento do STF perante esta VEP, e nada mais fez a não ser repassar a informação constante no site do próprio STF quando do julgamento do HC 82959 (anexo), que tem o 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. (...)" (in site [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br), notícias de 23.02.2006, cujo tema é 23/02/2006 - 19:05 - Supremo afasta a proibição de progressão de regime nos crimes

hediondos - 3º parágrafo.)

Em momento algum este Magistrado deixou de decidir o feito com base no comunicado, posto que tal comunicado não foi juntado a qualquer processo, basicamente por não se constituir em ato judicial processual.

O atraso deu-se unicamente em razão da suspensão do expediente externo, conforme apontado.

Quanto à decisão do STF de declarar inconstitucional o artigo da Lei 8.072/90 que veda a progressão de regime de cumprimento de pena para condenados por crimes hediondos e equiparados, é pacífico que, tratando-se de controle difuso de constitucionalidade, somente tem efeitos entre as partes.

Para que venha a ter eficácia para todos é necessária a comunicação da Corte Suprema ao Senado Federal, que, a seu critério, pode suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (art. 52, X, da CF).

Sobre o tema, verifica-se do Regimento Interno do STF:

"Art. 178. Declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade, na forma prevista nos artigos 176 e 177, far-se-á a comunicação, logo após a decisão, à autoridade ou órgão interessado, bem como, depois do trânsito em julgado, ao Senado Federal, para os efeitos do art. 42, VII, da Constituição."

Assim, não havendo qualquer notícia de que o Senado Federal tenha sido comunicado e que tenha suspenso a eficácia do artigo declarado incidenter tantum inconstitucional, o que se tem até a presente data é que ainda está em vigor o art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, que veda a progressão de regime.

Se a decisão do Supremo Tribunal Federal tivesse sido tomada em sede de ação direta de inconstitucionalidade (controle concentrado), produziria eficácia contra

todos e efeito vinculante, relativa aos demais órgãos do Judiciário e até à Administração Pública direta e indireta, nos exatos termos do art. 102, § 2º, da Constituição Federal. Todavia, como dito, não foi o que se verificou - a decisão se deu no controle difuso.

A remansosa e respeitada doutrina nacional tem pacificado esse entendimento sobre as formas de controle de constitucionalidade.

De outro lado, este Juízo não tem competência para modificar o título executivo judicial com base em decisão judicial, mesmo que seja do Supremo Tribunal Federal.

A lei confere este poder ao Juiz da Vara de Execuções Penais somente no caso de lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado (art. 66, I, da Lei de Execução Penal), e este não é o caso.

**Para melhor elucidar, transcrevo a decisão relativa a negativa de progressão de regime aos pacientes, cujos processos já foram julgados.**

**"Vistos, etc.**

**O reeducando epigrafado ingressou com o pedido de progressão de regime.**

**Os autos vieram instruídos com a liquidação de pena, o relatório carcerário e a certidão de antecedentes criminais.**

**Instado, o Ministério Público manifestou-se pelo indeferimento do pedido de progressão de regime por falta de amparo legal, ante a vigência do art. 2º, § 1º da Lei 8.072/90, colacionando julgado do Tribunal de Justiça de Goiás.**

**É o breve relatório. Decido.**

**Compulsando os autos, ao analisar o pedido de progressão, em se tratando de execução de pena por crime hediondo, tenho que há vedação legal para admiti-la.**

**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 8.072/190 (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...").

A referida decisão operou-se para solução de determinado caso concreto, no controle difuso de constitucionalidade, sem a análise da lei em tese. Significa dizer que os seus efeitos se aplicam somente entre as partes do processo, e mesmo que suspensa a eficácia da lei pelo Senado Federal, no tempo, os efeitos se operam *ex nunc*. Diversamente, na declaração de inconstitucionalidade por via do controle abstrato, analisa-se a lei e a Constituição sem qualquer referência a um caso concreto e seus efeitos atingem a todos, vinculando Juízes e Tribunais. Nestes casos, o STF decide se seus efeitos podem atingir questões passadas, ou seja, se operam *ex tunc*. Entender de outra forma seria negar vigência ao disposto no art. 52, inc. X, da Constituição Federal, contrariando o sistema constitucional adotado, ou seja o *check and balances*, ou freios e contrapesos, inspirado no modelo norte americano, onde um Poder é controlado pelo outro. Dito isto, o que continua líquido e certo até o momento, ante a inércia dos Poderes em fazer valer o disposto no art. 52, inc. X, da CF/88, é a eficácia do dispositivo da Lei dos Crimes Hediondos (art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90) que veda a progressão de regime aos crimes hediondos ou a eles equiparados.

Neste contexto, é sabido que compete ao Juízo da Execução Penal aplicar aos casos julgados a lei posterior de que qualquer modo favorecer o condenado (art. 66, I, da LEP, e Súmula n. 611 do STF), contudo até o momento não há lei nova que favoreça aqueles que se encontram cumprindo pena pela prática de

**delitos hediondos ou assim equiparados.**

**Ao Juiz da Vara de Execuções Penais cabe dar cumprimento à coisa julgada e não desrespeitá-la, a pretexto de decisão que não vincula juízes ou Tribunais, como já dito.**

**Para rescindir a coisa julgada fora da hipótese de lei nova em benefício do reeducando (autorizada ao Juízo da Execução Penal), necessário que instância superior processe e julgue revisão criminal, ou o faça por meio de *habeas corpus*, ou mesmo que declare *incidenter tantum* a inconstitucionalidade de dispositivo legal. Isto posto, com fundamento no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 e nos arts. 2º e 52, inc. X, da Constituição Federal, INDEFIRO o pedido de progressão de regime ao reeducando Antonio Aluizio Alves da Silva, ante a sua impossibilidade jurídica.(...)”**  
(fls. 20-25)

O Ministério Público Federal, em parecer de fls. 30-31, opinou pelo não conhecimento do pedido, em virtude de inexistir decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal cuja autoridade deva ser preservada, e, portanto, ser manifestamente descabida a presente reclamação.

Passo a decidir.

A possibilidade de progressão de regime em crimes hediondos foi decidida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento HC nº 82.959-SP, Rel. Min. Marco Aurélio, (acórdão pendente de publicação). Nessa assentada, ocorrida na sessão de 23.02.2006, esta Corte, por seis votos a cinco, reconheceu a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei 8.072/1990 (“Lei dos Crimes Hediondos”), que proibia a progressão de regime de cumprimento de pena nos crimes hediondos.

Conforme noticiado no Informativo nº 417/STF:

"Em conclusão de julgamento, o Tribunal, por maioria, deferiu pedido de habeas corpus e declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, que veda a possibilidade de progressão do regime de cumprimento da pena nos crimes hediondos definidos no art. 1º do mesmo diploma legal - v. Informativos 315, 334 e 372. Inicialmente, o Tribunal resolveu restringir a análise da matéria à progressão de regime, tendo em conta o pedido formulado. Quanto a esse ponto, entendeu-se que a vedação de progressão de regime prevista na norma impugnada afronta o direito à individualização da pena (CF, art. 5º, LXVI), já que, ao não permitir que se considerem as particularidades de cada pessoa, a sua capacidade de reintegração social e os esforços aplicados com vistas à ressocialização, acaba tornando inócua a garantia constitucional. Ressaltou-se, também, que o dispositivo impugnado apresenta incoerência, porquanto impede a progressividade, mas admite o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena (Lei 8.072/90, art. 5º). Vencidos os Ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Celso de Mello e Nelson Jobim, que indeferiam a ordem, mantendo a orientação até então fixada pela Corte no sentido da constitucionalidade da norma atacada. O Tribunal, por unanimidade, explicitou que a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará conseqüências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, uma vez que a decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão." (HC nº 82.959-SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, por maioria, acórdão pendente de publicação).

Segundo salientei na decisão que deferiu a medida liminar, o modelo adotado na Lei nº 8.072/1990 faz tábula rasa do direito à individualização no que concerne aos chamados crimes hediondos. Em outras palavras, o dispositivo declarado inconstitucional pelo Plenário no julgamento definitivo do HC nº 82.959-SP não permite que se levem em conta as particularidades de cada indivíduo, a capacidade de reintegração social do condenado e os esforços envidados com vistas à ressocialização.

Em síntese, o § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/1990 retira qualquer possibilidade de garantia do caráter substancial da individualização da pena. Parece inequívoco, ademais, que essa vedação à progressão não passa pelo juízo de proporcionalidade.

Entretanto, apenas para que se tenha a dimensão das reais repercussões que o julgamento do HC nº 82.959-SP conferiu ao tema da progressão, é válido transcrever as seguintes considerações do Min. Celso de Mello, proferidas em sede de medida liminar, no HC nº 88.231-SP, DJ de 20.03.2006, *verbis*:

"Como se sabe, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 82.959/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, declarou, *'incidenter tantum'*, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25/07/1990, afastando, em consequência, para efeito de progressão de regime, o obstáculo representado pela norma legal em referência.

Impende assinalar, no entanto, que esta Suprema Corte, nesse mesmo julgamento plenário, explicitou que a declaração incidental em questão não se reveste de efeitos jurídicos, inclusive de natureza civil, quando se tratar de penas já extintas, advertindo, ainda, que a proclamação de inconstitucionalidade em causa - embora afastando a restrição fundada no S 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90 - não afeta nem impede o exercício, pelo magistrado de primeira instância, da competência que lhe é inerente em sede de execução penal (LEP, art. 66, III, 'b'), a significar, portanto, que caberá, ao próprio Juízo da Execução, avaliar, criteriosamente, caso a caso, o preenchimento dos demais requisitos necessários ao ingresso, ou não, do sentenciado em regime penal menos gravoso.

Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, ao assim proceder, e tendo presente o que dispõe o art. 66, III, 'b', da LEP, nada mais fez senão respeitar a competência do magistrado de primeiro grau para examinar os requisitos autorizadores da progressão, eis que não assiste, a esta Suprema Corte, mediante atuação *'per saltum'* - o que representaria inadmissível substituição do Juízo da Execução -, o poder de antecipar provimento jurisdicional que consubstancie, desde logo, a outorga, ao sentenciado, do benefício legal em referência.

Tal observação põe em relevo orientação jurisprudencial que esta Suprema Corte firmou em torno da inadequação do processo de *'habeas corpus'*, quando utilizado com o objetivo de provocar, na via sumaríssima do remédio constitucional, o exame dos critérios de índole subjetiva subjacentes à determinação do regime prisional inicial ou condicionadores da progressão para regime penal mais favorável (RTJ 119/668 - RTJ 125/578 - RTJ 158/866 - RT 721/550, v.g).

Não constitui demasia assinalar, neste ponto, não obstante o advento da Lei n° 10.792/2003 - que alterou o art. 112 da LEP, para dele excluir a referência ao exame criminológico -, que nada impede que os magistrados determinem a realização de mencionado exame, quando o entenderem necessário, consideradas as eventuais peculiaridades do caso, desde que o façam, contudo, mediante decisão adequadamente motivada, tal como tem sido expressamente reconhecido pelo E. Superior Tribunal de Justiça (HC 38.719/SP, Rel. Min. HÉLIO QUAGLIA BARBOSA - HC 39.364/PR, Rel. Min. LAURITA VAZ - HC 40.278/PR, Rel. Min. FELIX FISCHER - HC 42.513/PR, Rel. Min. LAURITA VAZ) e, também, dentre outros, pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (RT 832/676 - RT 837/568):

*'(...) II - A nova redação do art. 112 da LEP, conferida pela Lei 10.792/03, deixou de exigir a realização dos exames periciais, anteriormente imprescindíveis, não importando, no entanto, em qualquer vedação à sua utilização, sempre que o juiz julgar necessária.*

*III - Não há qualquer ilegalidade nas decisões que requisitaria a produção dos laudos técnicos para a comprovação dos requisitos subjetivos necessários à concessão da progressão de regime prisional ao apenado.*

*(...).'*

*(HC 37.440/RS, Rel. Min. GILSON DIPP - grifei)*

*'A lei 10.792/2003 (que deu nova redação ao art. 112 da Lei de Execução Penal) não revogou o Código Penal; destarte, nos casos de pedido de benefício em que seja mister aferir mérito, poderá o juiz determinar a realização de exame criminológico*

*no sentenciado, se autor de crime doloso cometido mediante violência ou grave ameaça, pela presunção de periculosidade (art. 83, par. ún., do CP).'*

*(RT 836/535, Rel. Des. CARLOS BIASOTTI - grifei)*

A razão desse entendimento apóia-se na circunstância de que, embora não mais indispensável, o exame criminológico - cuja realização está sujeita à avaliação discricionária do magistrado competente - reveste-se de utilidade inquestionável, pois propicia, *'ao juiz, com base em parecer técnico, uma decisão mais consciente a respeito do benefício a ser concedido ao condenado'* (RT 613/278).

As considerações ora referidas, tornadas indispensáveis em consequência do julgamento plenário do HC 82.959/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, evidenciam a impossibilidade de se garantir, notadamente em sede cautelar, o ingresso imediato do ora sentenciado em regime penal mais favorável.

Cabe registrar, neste ponto, que o entendimento que venho de expor encontra apoio em recentíssimo julgamento da colenda Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, que, ao apreciar o RHC 86.951/RJ, Rel. Min. ELLEN GRACIE, deixou assentado que, em tema de progressão de regime nos crimes hediondos (ou nos delitos a estes equiparados), cabe, ao magistrado de primeira instância, proceder ao exame dos demais requisitos, inclusive aqueles de ordem subjetiva, para decidir, então, sobre a possibilidade, ou não, de o condenado vir a ser beneficiado com a progressão do regime de cumprimento de pena." (HC nº 88.231-SP, Rel. Min. Celso de Mello, decisão liminar, DJ de 20/03/2006)

Em conclusão, a decisão do Plenário buscou tão-somente conferir máxima efetividade ao princípio da individualização das penas (CF, art. 5º, LXVI) e ao dever constitucional-jurisdicional de fundamentação das decisões judiciais (CF, art. 93, IX).

Em sessão do dia 07.03.2006, a 1ª Turma, ao apreciar a Questão de Ordem no HC nº 86.224-DF, Rel. Min. Carlos Britto, admitiu a possibilidade de julgamento

monocrático de todos os *habeas corpus* que versem exclusivamente sobre o tema da progressão de regime em crimes hediondos.

Em idêntico sentido, a 2ª Turma, ao apreciar a Questão de Ordem no HC nº 85.677-SP, de minha relatoria, em sessão do dia 21.03.2006, reconheceu também a possibilidade de julgamento monocrático de todos os *habeas corpus* que se encontrem na mesma situação específica.

Tendo em vista que a situação em análise envolve direito de ir e vir, vislumbro, na espécie, o atendimento dos requisitos do art. 647 do CPP, que autorizam a concessão de *habeas corpus* de ofício, “sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir (...).”

Nestes termos, concedo medida liminar, de ofício, para que, mantido o regime fechado de cumprimento de pena por crime hediondo, seja afastada a vedação legal de progressão de regime, até o julgamento final desta reclamação.

Nessa extensão do deferimento da medida liminar, caberá ao juízo de primeiro grau avaliar se, no caso concreto, os pacientes atendem ou não os requisitos para gozar do referido benefício, podendo determinar, para esse fim, e desde que de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

Conforme salientado nas informações prestadas pelo Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais, às fls. 21, alguns dos condenados apontados como interessados na reclamação (Odilon Antonio da Silva Lopes - 1º, Silvinho Silva de Miranda - 3º, Raimundo Pimental Soares - 5º, Deires Jhanes Saraiva de Queiroz - 6º e André Richarde Nascimento de Souza – 10º) não se encontram na condição de cumpridores de pena por crime hediondo. Conseqüentemente, o tema só deverá ser apreciado com relação aos demais interessados, a saber: Antonio Edinezio de Oliveira Leão, Dorian Roberto Cavalcante Braga, Antonio Ferreira da Silva, Gessyfran Martins Cavalcante e João Alves da Silva.

Comunique-se com urgência.

Publique-se.

Brasília, 21 de agosto de 2006.

Ministro **GILMAR MENDES**

Relator”