

# TENDÊNCIA À ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

*Cristiano da Silva Medeiros<sup>1</sup>*

*Ívano Hermann Scheidt de Menezes Reis<sup>2</sup>*

## RESUMO

O presente trabalho visa, sem a intenção de superar o tema, apresentar uma nova tendência doutrinária, legislativa e jurisprudencial acerca da Abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. Alguns precedentes demonstram como o Supremo Tribunal Federal, de forma não pacífica, tem debatido a ideia de conceder efeito vinculante e *erga omnes*, independentemente da edição de resolução suspensiva pelo Senado, termos do artigo 52, inciso X da Constituição Federal de 1988, do diploma normativo declarado inconstitucional. O estudo sobre a aproximação dos efeitos do controle difuso em relação ao concentrado pretende expor os benefícios e falhas que essa configuração trará à tradicional concepção de separação dos poderes. Medindo a importância do controle de constitucionalidade dentro de um sistema jurídico atuante em um Estado de Direito e que tem por lei maior uma Constituição que expressa valores irrenunciáveis de uma sociedade, é indispensável contribuir para o esclarecimento dessa nova tendência.

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Universidade do Grande Rio. Pós-graduando em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes. Advogado. Agente Legislativo da Diretoria de Pessoal da Câmara Municipal do Rio de Janeiro (CMRJ). Ex-Técnico administrativo da Secretaria Acadêmica do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) do Centro de Ciências Jurídicas e Políticas (CCJO) da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO), entre 2011 e 2015.

<sup>2</sup> Pós-graduado em Direito Público. Professor do Curso de Direito da Universidade do Grande Rio (UNIGRANRIO). Analista Sênior do Jurídico Regional do Rio de Janeiro da Caixa Econômica Federal (CEF). Pesquisador do Observatório dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais – ODESC/UNIGRANRIO. Advogado.

Palavras-chave: Controle de Constitucionalidade. Controle difuso. Controle abstrato. Abstrativização do controle difuso. Transcendência dos motivos determinantes. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Senado Federal.

## **ABSTRACT**

The presente work aims, without the intention of overcoming the theme, to presente a new doctrinal, legislative and jurisprudencial tendency about the Abstractization of the diffuse control of constitutionality. Some precedentes show how the Federal Sureme Court has not, in a peaceful manner, debated the idea os granting binding effect and *erga omnes*, regardless of the Senate's edition of the suspensive resolution, terms os article 52, I of the 1998 Federal Constitution, od the diplom declared unconstitutional. The study on the approximation of the effects of diffuse control in relation to concentrate intends to expose the benefits and flaws that this configurations will bring to the traditional conception of separation of powers. Measuring the importance of controlling constitutionality within a legal system operating in a rule of law and having a larger law by a Constitution that expresses the indispensable values of a society, it is indispensable to contribute to the clarification of this new trend.

Keywords: Constitutionality Control. Fuzzy control. Abstract control. Abstractionalization of fuzzy control. Transcendence of the determining motives. Jurisprudence. Federal Court of Justice. Federal Senate.

## **INTRODUÇÃO**

O presente trabalho investigará a abstrativização dos efeitos do controle difuso de constitucionalidade, tendo em vista a presença de indícios de uma nova tendência que busca harmonizar os efeitos preponderantes das decisões do Supremo Tribunal Federal em ações de controle de concentrado em relação as decisões de inconstitucionalidade proferidas em sede de controle difuso.

Doravante, será analisado a evolução histórica dos modelos de controle de constitucionalidade no mundo com ênfase em seus principais aspectos, sobre tudo o modo como os efeitos decorrentes de tais sistemas podem afetar as partes que compõem o processo, bem como, ainda, a possibilidade de terceiros estranhos a lide serem – ou não – afetados por tais decisões.

O modo como tais modelos influenciaram o cenário jurídico brasileiro no decorrer dos dois últimos séculos, especialmente no que tange à sua evolução através das Constituições brasileiras, vindo a culminar em um modelo híbrido de constitucionalidade, é de extrema relevância para esse trabalho, na medida em que se evidencia a inevitável dificuldade de comungar das benesses de ambos os sistemas de maneira eficaz em um mesmo panorama jurídico.

A análise do artigo 52, inciso X da Constituição Federal está no centro deste trabalho, porquanto há atualmente clara divergência entre a doutrina especializada e a jurisprudência atual do Supremo quanto a necessidade de observância do referido dispositivo, que preve a necessidade de submeter à apreciação política do Senado Federal uma questão já superada pela Suprema Corte quanto a constitucionalidade de determinado diploma legal, cabendo ao Senado – casa política – suspender ou não a execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo.

Será também objeto indispensável de análise o *Habeas Corpus* nº 82.959 que é, até o presente momento, o precedente de maior relevância para o tema, onde o Supremo Tribunal Federal alterou pela via difusa seu posicionamento quanto à progressão de regime, afirmando que tal expediente violaria a individualização da pena. Esse HC desencadeou a Reclamação 4335/AC, onde foi conferido, segundo o entendimento do Ministro relator Gilmar Mendes, efeito *erga omnes* ao writ.

Destarte, revela-se sedutora a investigação detalhada desta tendência que, por um lado, oferece maior economia e celeridade processuais e, por outro, pode violar de forma grave o sistema de direitos e de garantias fundamentais.

## **1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: CONCEITO E PRESSUPOSTOS**

O ordenamento jurídico deve ser entendido como um sistema harmônico de normas que estão dispostas de maneira ordenada, cada qual com uma função específica que contribui para o funcionamento de um todo uno e incindível. Quando essa harmonia é colocada em risco pela presença de uma norma estranha àquele

sistema, é necessária a utilização de mecanismos que reestabeleçam a consonância anterior.

O controle de constitucionalidade é o mais importante desses mecanismos de proteção, pois tem por finalidade confrontar uma Lei ou ato normativo infraconstitucional perante a Constituição e, se ao fazê-lo, for verificada uma incompatibilidade entre a carta maior e a norma infraconstitucional, esta deverá ser tida por inválida e retirada do ordenamento jurídico, restabelecendo a situação anterior.

Para que seja viável a existência de controle de constitucionalidade é necessária a verificação de pelo menos dois pressupostos: supremacia e rigidez constitucionais.

Supremacia constitucional é o entendimento segundo o qual a Constituição deve estar no topo de um sistema hierarquicamente disposto, servindo de fundamento para as demais normas inferiores. Nesse sentido, Luís Roberto Barroso:

*A supremacia da Constituição revela sua posição hierárquica mais elevada dentro do sistema, que se estrutura de forma escalonada, em diferentes níveis. É ela o fundamento de validade de todas as demais normas. Por força dessa supremacia, nenhuma lei ou ato normativo — na verdade, nenhum ato jurídico — poderá subsistir validamente se estiver em desconformidade com a Constituição.<sup>[3]</sup>*

Por sua vez, Rigidez constitucional é a necessidade que possui a norma constitucional de um processo de elaboração e alteração mais complexo em relação ao utilizado para leis infraconstitucionais em geral, sob pena de indistinção formal entre a norma-parâmetro e a norma-objeto de controle. Sem rigidez constitucional, uma norma infraconstitucional superveniente criada pelo mesmo procedimento da norma constitucional estaria apta, do ponto de vista formal, a revogar a norma constitucional e não ser considerada inconstitucional em relação àquela.

---

<sup>3</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 18

## 2 MODELOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

### 2.1 Controle Difuso de Constitucionalidade: Evolução Histórica e Conceito

O controle difuso de constitucionalidade, também denominado de "modelo estadunidense de justiça constitucional" ou "controle incidental", "concreto", "descentralizado" ou, ainda, "controle aberto", tem sua origem histórica no *leading case Marbury VS Madison* julgado pela Suprema Corte Americana no ano de 1803.

No caso, o juiz relator John Marshall endossou a supremacia da constituição como norma fundamental e a necessidade de observância obrigatória por todos os tribunais judiciários do país, devendo estes, ao verificar uma incompatibilidade de qualquer lei em face à constituição, rejeitar esta última em detrimento daquela que, a partir de então, passa a ser considerada hierarquicamente superior. Nesse entendimento, John MARSHALL:

Não há meio termo entre essas alternativas. A Constituição ou é uma lei superior e predominante, e lei imutável pelas formas ordinárias; ou está no mesmo nível juntamente com as resoluções ordinárias da legislatura e, como as outras resoluções, é mutável quando a legislatura houver por bem modificá-la. Se é verdadeira a primeira parte do dilema, então não é lei a resolução legislativa incompatível com a Constituição; se a segunda parte é verdadeira, então as Constituições escritas são absurdas tentativas do povo para delimitar um poder por sua natureza ilimitável.<sup>[4]</sup>

Nascia, então, através de entendimento jurisprudencial, o conceito de controle difuso de constitucionalidade que nos séculos seguintes influenciaria o modelo de controle de constitucionalidade de diversos países do ocidente.

#### 2.1.1 Principais Características do Controle Difuso de Constitucionalidade

O controle difuso se dá em um processo constitucional subjetivo em que a demanda não tem como objeto central a discussão sobre a (in) constitucionalidade em tese de uma determinada lei. O que se pretende é a solução de um conflito entre partes (envolvendo autor e réu) sobre determinado bem da vida à qual o judiciário precisa prestar uma solução razoável à luz do ordenamento jurídico.

---

<sup>4</sup> MARSHALL, John. Decisões Constitucionais. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 1908. In: MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 3ª ed. Salvador. Jus Podivm, 2015, p. 1.073.

No modelo de controle difuso, a discussão sobre a constitucionalidade de uma lei nasce de maneira incidental, prejudicial ao exame do mérito, de tal modo que para dar uma solução ao conflito entre o autor e réu é necessário antes verificar sobre a compatibilidade de um determinado ato normativo infraconstitucional para, só então, prosseguir ao exame do mérito. Em breve exemplo, elucida Nathalia Masson:

Imaginemos situação em que um sujeito aciona o Poder Judiciário na tentativa de paralisar a cobrança de certo tributo, ao argumento de que o mesmo é incompatível com a Lei Maior. Antes mesmo de verificar se o pagamento da obrigação tributária é, ou não, devido, o órgão jurisdicional terá que resolver, como premissa lógica que permitirá solucionar a questão central, se o tributo é compatível com a Constituição.<sup>[5]</sup>

A inconstitucionalidade, portanto, está na causa de pedir. Assim, a inconstitucionalidade é decidida na fundamentação da sentença (*incidenter tantum*), uma vez que no dispositivo será decidida apenas a procedência ou não do pedido (direito subjetivo).

Quanto aos efeitos no tempo, a norma declarada inconstitucional é considerada nula com efeitos declaratórios, retroagindo até a data da edição da norma impugnada (*ex tunc*). Pode, excepcionalmente, ocorrer a modulação dos efeitos temporais da decisão, desde que presentes, ao menos, um de dois requisitos, quais sejam, a presença de razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social.

Quanto a sua abrangência, as decisões proferidas em sede de controle difuso produzem efeitos *inter partes* e não vinculantes atingindo somente os sujeitos envolvidos na demanda, excluindo terceiros estranhos ao processo, ainda que tal decisão tenha sido proferida pelo Supremo Tribunal Federal através de Recurso Ordinário Constitucional (ROC) ou Recurso Extraordinário (RE).

---

<sup>5</sup> MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 3ª ed. Salvador. Jus Podivm, 2015, p. 1.074.

## 2.2 Controle Concentrado de Constitucionalidade: Evolução Histórica e Conceito

O controle concentrado de constitucionalidade, também denominado de “modelo Austríaco”, “modelo de Kelsen”, “em tese”, “por via de ação”, “principal” ou, ainda, “controle abstrato” nasce em 1920 na Constituição Austríaca, idealizado por Hans Kelsen. Nesta Constituição havia um capítulo intitulado “Controle de Constitucionalidade”.

Kelsen projetou um sistema constitucional que previa a existência de um Tribunal Constitucional externo ao próprio poder judiciário e desvinculado à tripartição clássica dos três poderes. Os membros desse tribunal – a qual Kelsen fazia parte – exerciam uma função exclusiva denominada pelo renomado jurista de “legisladores negativos”, podendo retirar leis do ordenamento jurídico ou revogá-las no todo ou em parte, se as entendessem incompatíveis com a Lei maior.

Tal configuração rompeu com o tradicional entendimento europeu segundo o qual um órgão não-eletivo não possuía legitimidade para retirar do sistema jurídico leis que haviam sido aprovadas por deliberações parlamentares eleitas pelo voto popular e, portanto, representantes da vontade geral. Nesse viés, ensina Luís Roberto Barroso:

Como essa não era a regra vigente nos sistemas judiciais europeus, optou-se pela criação de um órgão específico — um tribunal constitucional — para o desempenho de competência dessa natureza e alcance. Na perspectiva dos juristas e legisladores europeus, o juízo de constitucionalidade acerca de uma lei não tinha natureza de função judicial, operando o juiz constitucional como legislador negativo, por ter o poder de retirar uma norma do sistema. <sup>[6]</sup>

O modelo criado por Kelsen foi, ao longo dos anos, seguido pela maioria dos países europeus.

O Controle Concentrado, portanto, é aquele em que a manifestação sobre a constitucionalidade ou não de uma norma infraconstitucional cabe única e exclusivamente a uma corte constitucional, não podendo os magistrados de

---

<sup>6</sup> BARROSO, Luis Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 39.

instâncias inferiores pronunciarem-se sobre a (in) validade de uma norma em face a Constituição.

### **2.2.1 Principais Características do Controle Concentrado de Constitucionalidade**

O Controle Concentrado se dá em processo constitucional objetivo, onde a discussão sobre a (in) constitucionalidade se dá, não como uma questão *incidenter tantum* que surge em meio à discussão de um caso *in concreto*, mas sim como objeto principal da demanda, onde se pretende averiguar a constitucionalidade em tese de uma lei ou ato normativo infraconstitucional.

Por ser de índole objetiva, não tem partes formais (autor e réu). Não se aplica o princípio do contraditório, da ampla defesa nem do duplo grau de jurisdição, bem como não se admite desistência (não é direito próprio), assistência, nem intervenção de terceiros.

Quanto aos efeitos no tempo, assim como no controle difuso, a norma declarada inconstitucional é considerada nula com efeitos declaratórios retroagindo até a data da edição da norma impugnada (*ex tunc*), podendo, excepcionalmente, ocorrer a modulação dos efeitos temporais da decisão, desde que presentes, ao menos, um de dois requisitos, quais sejam, a presença de razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social.

As decisões proferidas em sede de controle concentrado, quanto a sua abrangência, entretanto, produzem, efeitos *erga omnes (contra todos)* e vinculantes atingindo tanto os sujeitos envolvidos na demanda como terceiros estranhos ao processo.

São ações constitucionais de Controle Concentrado previstas na Constituição Federal de 1988:

- a) Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC);
- b) Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI);
- c) Ação de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO); e
- d) Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

### **2.3 O Hibridismo Brasileiro**

O Brasil inaugura o controle de constitucionalidade na Constituição da República de 1981 na forma difusa/incidental com efeitos apenas *inter partes*. A



Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 mantém o controle difuso/incidental com duas grandes novidades: a exigência da reserva de plenário (*clausula full bench*) para declaração de inconstitucionalidade pelos tribunais e previsão pela primeira vez da possibilidade de se operar efeitos *erga omnes* através da participação do Senado Federal – objeto deste trabalho.

Somente em 1965, com o surgimento da Emenda nº 16 alterando a Constituição de 1946 que prevê a Ação Direita Genérica de Inconstitucionalidade (ADI), é que o modelo concentrado de constitucionalidade passa a coexistir como o modelo difuso, nascendo assim um sistema híbrido de controle no ordenamento jurídico brasileiro profundamente peculiar e que, desde então, passou a se repetir nas constituições seguintes, inclusive na Constituição de 1988.

Assim, o Brasil adota o modelo Difuso-Concreto, misto ou Híbrido, onde o controle pode ser exercido, de um lado, por qualquer magistrado do poder judiciário na forma incidental sob a égide de um caso concreto e ao mesmo tempo pode ser exercido de forma concentrada através de ações específicas (ADI, ADC, ADO e ADPF) impetradas por legitimados previstos pela própria Constituição.

### **3 TENDÊNCIA À ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL**

A Abstrativização dos efeitos do controle difuso de constitucionalidade no Brasil visa conceder efeito vinculante e *erga omnes* não somente ao controle concentrado de constitucionalidade, mas também para decisões em sede de controle difuso, estendendo os efeitos não apenas ao dispositivo da sentença, mas igualmente aos fundamentos determinantes da decisão – *ratio decidendi*. Assim, a razão de decidir, ou seja, os motivos que determinaram aquela decisão pela corte passam a vincular julgados futuros.

Essa tendência pode ser percebida, em dois âmbitos: no legislativo (através da EC 45/2004 – duas grandes novidades podem ser conectadas a essa tendência: súmula vinculante e exigência de demonstração de repercussão geral no recurso extraordinário) bem como no âmbito jurisprudencial (inicialmente através do HC 82.959/SP e posteriormente, vindo a ser referida na Rcl 4335/AC).

### 3.1 Tendência à Abstrativização no Âmbito Legislativo

Essa tendência ganha notoriedade no âmbito legislativo com o advento da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, denominada de “Reforma do Judiciário”. Nessa emenda é possível verificar pelo menos dois grandes indícios de abstrativização dos efeitos do controle difuso de constitucionalidade, quais sejam, a criação da súmula vinculante e a exigência de demonstração de repercussão geral no recurso extraordinário.

#### 3.1.1 Súmula Vinculante

A súmula vinculante surgiu no Brasil através da Emenda Constitucional n. 45, que tinha por objetivo conferir maior eficácia e celeridade à prestação jurisdicional e sua previsão constitucional está no artigo 103-A da Constituição Federal:

Art. 103 - A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços de 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 a sua revisão ou cancelamento na forma estabelecida em lei.<sup>[7]</sup>

Assim a súmula vinculante é o entendimento jurisprudencial que, depois de votado e aprovado pelo Supremo Tribunal Federal, por pelo menos 2/3 do plenário, passa a ser um entendimento compulsório aos quais todos os outros tribunais e juízes, bem como a Administração Pública, Direta e Indireta, terão que seguir.

É inegável que a súmula vinculante na prática, adquire força de lei e cria um vínculo jurídico expandindo efeitos *erga omnes*. Logo, assume o papel de conector entre o controle difuso e o controle concentrado, surgindo como uma verdadeira possibilidade de abstrativização do controle difuso sem qualquer necessidade de alteração constitucional ou de edição de uma nova lei.

---

7 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. In: Vade Mecum. 21ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

### 3.1.2 Demonstração de Repercussão Geral no Recurso Extraordinário

Surge no Brasil no mesmo contexto de celeridade e eficácia nas prestações jurisdicionais. O Recurso Extraordinário foi acrescido através da EC 45/2004 e no §3º do art. 102 da CF, prevê a obrigatoriedade da repercussão geral do recurso extraordinário:

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. <sup>[8]</sup>

A emenda autoriza à lei condicionar a admissibilidade do recurso extraordinário à demonstração de repercussão geral. O grau de relevância da matéria pretendida no recurso extraordinário será apreciado, não pelo modo como a decisão proferida pelo STF irá repercutir na esfera subjetiva dos pares, mas sim por meio de sua repercussão na sociedade.

Logo, a repercussão da matéria deve atingir: uma grande quantidade de pessoas, um segmento social de notória relevância ou uma decisão que contrarie orientação do STF. Nesse sentido Guilherme Marinone e Daniel Mitidiero:

A fim de caracterizar a existência de repercussão geral e destarte, viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário, nosso legislador alçou mão de fórmula que conjuga relevância e transcendência (repercussão geral = relevância + transcendência). A questão debatida tem de ser relevante do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, além de transcender para além do interesse subjetivo das partes na causa. Tem de contribuir, em outras palavras, para persecução da unidade do Direito no Estado Constitucional brasileiro, compatibilizando e/ou desenvolvendo soluções de problemas de ordem constitucional. Presente o binômio caracterizada está a repercussão geral da controvérsia. <sup>[9]</sup>

---

<sup>8</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. In: Vade Mecum. 21ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

<sup>9</sup> MARINONE, Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Repercussão geral do Recurso Extraordinário. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 33-34. 34 AMORIM, Aderbal Torres de. O novo recurso extraordinário. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010. p. 48

Perceba que a novidade recursal trazida pela EC 45/2004, exigindo o requisito formal da repercussão geral para apreciação do recurso extraordinário, possibilitou o encontro dos efeitos de controle abstrato (vinculante e *erga omnes*) em direção ao difuso. Após ser declarada inconstitucional pelo pleno do tribunal, a decisão deverá ser comunicada ao Senado Federal para que proceda, nos termos do artigo 52, X, quanto à suspensão, total ou parcial dos efeitos da decisão. Verifica-se, entretanto, uma tendência nos tribunais de reinterpretar o artigo 52, X, para que o Senado Federal passe apenas a dar publicidade às decisões do STF, posto que, evidentemente, já teriam eficácia contra todos e efeito vinculante.

### **3.2 Tendência à abstrativização no Âmbito Judicial**

A tendência à abstrativização do controle difuso recebe maior destaque na jurisprudência inicialmente através do HC 82.959/SP que discutia a progressão para crimes hediondos e equiparados e, posteriormente, o tema ganha lugar central no debate através da referida Rcl 4335/AC.

#### **3.2.1 Habeas Corpus 82.959/SP**

Em seu texto original, a Lei nº 8.072/90, em seu art. 2º, § 1º proibia a progressão de regime em crimes hediondos e equiparados. Em outras palavras, a Lei nº 8.072/90 determinava que os réus condenados por crimes hediondos ou equiparados deveriam cumprir suas penas em regime integralmente fechado.

Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

(...)

§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado. <sup>[10]</sup>

Em 23/02/2006, ao apreciar o habeas corpus 82.959/SP de Relatoria do Ministro Marco Aurélio, impetrado por um único preso, o STF declarou

---

<sup>10</sup> BRASIL. Lei nº 8.072 de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências.. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm)>. Acesso em: 08 nov. .2016.

inconstitucional a redação original do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, que trazia em seu teor a proibição de progressão de regime, apontando, dentro outras, duas razões: a violação do princípio da individualização da pena, previsto no art. 5º, XLVI da Constituição Federal e, ainda, a inviabilização de ressocialização do preso.

### 3.2.1.1 Efeitos da decisão proferida no HC 82.959/SP

Com a decisão proferida pela Suprema Corte, entendendo pela inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, iniciou-se um acirrado debate doutrinário e jurisprudencial com relação aos efeitos decorrentes desta decisão. A polêmica recai sobre uma questão fundamental: a decisão proferida no HC 82.959/SP, quanto a seus efeitos, possui eficácia vinculante e efeitos erga omnes? Ou, ainda, os juízes e Tribunais ficavam obrigados a se submeterem a decisão proferida pelo STF no referido HC?

A solução adequada para essa dúvida dependeria da corrente adotada quanto aos efeitos da decisão de controle difuso. Se fosse adotada a concepção tradicional (clássica), a resposta seria não, haja vista que, por essa corrente, o controle difuso produz, em regra, efeitos *ex tunc*, *inter partes* e não vinculante. Logo, por essa corrente, os juízes e tribunais não ficariam obrigados a se submeterem a decisão proferida pelo supremo no HC 82.959/SP.

Assim, pela teoria tradicional, caso desejasse conceder efeitos erga omnes, após declarar a inconstitucionalidade, o STF deveria comunicar a decisão ao Senado para que este suspendesse a execução, no todo ou em parte, da lei viciada (art. 52, X):

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: (...)

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;<sup>[11]</sup>

Por outro lado, caso fosse adotada a teoria da abstrativização do controle difuso, a resposta seria sim quanto à obrigatoriedade de observância da decisão proferida pelo supremo pelos juízes e tribunais, pois por essa teoria seria possível

---

<sup>11</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. In: Vade Mecum. 21ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

conceder efeitos *ex tunc*, *erga omnes* e vinculante, ainda que pela via difusa. Para isso seria necessário reinterpretar o art. 52, X, da CF/88 sob a ótica de uma mutação constitucional, entendendo-se pela desnecessidade do encargo por parte do Senado suspender, total ou parcialmente, a decisão já proferida pela Suprema Corte, tendo o Senado apenas a função de “casa publicadora” das decisões.

A resposta para essa pergunta foi respondida, 8 anos depois, através da Reclamação Constitucional 4335/AC de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, julgada em 20/3/2014.

### **3.2.1.2 Reclamação Constitucional 4335/AC**

Em abril de 2006, dois meses após a decisão do HC 82.959/SP, que declarou inconstitucional o § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, o juiz da vara de execuções penais de Rio Branco/AC indeferiu em um processo um pedido de progressão de regime que havia sido solicitado por um preso, sob o argumento de que a Lei n. 8.072/90 proibia expressamente a progressão de regime e que a decisão do STF no HC 82959/SP apenas teria eficácia *erga omnes* se o Senado Federal, nos termos do art. 52, X, da CF/88, suspendesse a execução do § 1º do art. 2º da Lei de Crimes Hediondos. Dito de outra forma, o Juiz da Vara de Execuções penais, aderiu a corrente tradicional, entendendo pela obrigatoriedade de observância do art. 52, X, da CF/88.

O condenado, contudo, através da Defensoria, levou o caso ao STF, por meio de reclamação (RC 4335/AC) sob o argumento de que a decisão do juiz ofendeu o conteúdo da decisão do STF no HC 82959/SP, afirmando que o Supremo já havia decidido pela inconstitucionalidade do dispositivo. Assim, não haveria margem para discordância quanto a esse entendimento, ainda que em sede de controle difuso. Em outras palavras, o condenado, através da Defensoria Pública, utilizou-se da Teoria da abstrativização do Controle Difuso em sua defesa.

Diante do inevitável confronto entre o entendimento tradicional e a Teoria da Abstrativização do Controle Difuso, o Supremo Tribunal Federal encontrou-se obrigado discutir o tema e, sobre tudo, definir a correta interpretação do artigo 52, inciso X da Constituição Federal.

#### 4 DECISÃO DA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL 4335/AC: UMA ANÁLISE DO ARTIGO 52, INCISO X DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Diante do impasse, por maioria, o STF conheceu e julgou procedente a Reclamação:

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal em sessão plenária, sob a presidência do ministro Ricardo Lewandowski, (vice-presidente), na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria, conhecer e julgar procedente a reclamação, nos termos do voto do Relator. Vencidos os ministros Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio que não conheceram da reclamação, mas concederiam habeas corpus de ofício. <sup>[12]</sup>

Entretanto, é preciso cuidado ao avaliar o voto de cada julgado, pois se percebe a presença de três correntes interpretativas. Duas dessas correntes de entendimento chegam a um resultado final idêntico, a saber, a procedência da RC 4335/AC, entretanto, seguindo caminhos interpretativos consideravelmente distintos.

O primeiro “bloco” formado pelos ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, tem por conclusão que a reclamação deveria ser conhecida, mas tendo por base interpretativa uma ofensa à decisão do HC 82.959/SP. Logo, trata-se de uma notória tendência à Teoria da Abstrativização do Controle Difuso, pois se filia à ideia de que, mesmo em sede de controle difuso, a decisão proferida por aquela corte deveria ser respeitada, ainda que não houvesse ocorrido a suspensão da execução pelo Senado Federal, nos termos do art. 52, X, da CF/88.

O segundo bloco formado pelos ministros Teori Zavascki, Luis Roberto Barroso, Rosa Weber e Celso de Mello, também entendiam pela procedência da reclamação, porém, não por entenderem que houve ofensa a decisão proferida no HC 82.959/SP, mas sim por afronta à Sumula Vinculante 26 editada posteriormente à decisão do referido Habeas Corpus:

Súmula Vinculante 26 - Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a

---

<sup>12</sup> RECLAMAÇÃO 4.335 ACRE. pag. 1. Disponível em  
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>> Acesso em:  
08/10/2016

inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.<sup>[13]</sup>

O terceiro bloco, formado pelos ministros Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio de Mello, tinha por fundamento que A reclamação não deveria ser conhecida porque o HC 82.959/SP tem eficácia *interpartes*. Assim, fica evidente a inclinação pela concepção tradicional, em que as decisões proferidas pelo STF pela via difusa possuem apenas efeitos *interpartes* e não vinculantes, não sendo obrigatória a observância pelos demais juízes e tribunais.

#### **4.1 Principais argumentos do Ministro Gilmar Mendes pela Teoria da Abstrativização do Controle Difuso: Mutação Constitucional do Art. 52, X da CF/88**

Para o Ministro Gilmar Mendes, aparentemente o único precursor da Teoria da Abstrativização do Controle Difuso dentre a composição atual da Suprema Corte, a suspensão da execução de ato declarado inconstitucional pela Suprema Corte através do Senado é um ato meramente político que concede eficácia contra todos (*erga omnes*) sobre as decisões de inconstitucionalidade em caso concreto. Para o referido ministro, essa concepção encontra-se ultrapassada e não se adequa com a ordem constitucional vigente:

Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de uma Emenda Constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, de valer tão-somente para as partes?

A única resposta plausível nos leva a crer que o instituto da suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão de índole exclusivamente histórica.<sup>[14]</sup>

---

<sup>13</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 26. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1271>>. Acesso em 08/10/2016

<sup>14</sup> MENDES, GILMAR FERREIRA. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. Revista de informação legislativa, v. 41, n. 162, p. 149-168,



Na visão do Ministro, é necessário reinterpretar os institutos ligados ao controle difuso de constitucionalidade, entendendo ser, nos dias de hoje, legítimo conferir ao Senado Federal o papel de “mera casa publicadora” em decorrência do fenômeno da mutação constitucional que recai sobre o artigo 52, inciso X da Constituição Federal. Assim, se o STF, pela via difusa, declarar que determinada lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos contra todos, devendo ser comunicada àquela Casa legislativa (Senado Federal) para que apenas publique a decisão no Diário do Congresso:

Vê-se, assim, que a Constituição de 1988 modificou de forma ampla o sistema de controle de constitucionalidade, sendo inevitáveis as reinterpretações ou releituras dos institutos vinculados ao controle incidental de inconstitucionalidade, especialmente da exigência da maioria absoluta para declaração de inconstitucionalidade e da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal.

O Supremo Tribunal Federal percebeu que não poderia deixar de atribuir significado jurídico à declaração de inconstitucionalidade proferida em sede de controle incidental, ficando o órgão fracionário de outras Cortes exonerado do dever de submeter a declaração de inconstitucionalidade ao plenário ou ao órgão especial, na forma do art. 97 da Constituição. Não há dúvida de que o Tribunal, nessa hipótese, acabou por reconhecer efeito jurídico transcendente à sua decisão. <sup>[15]</sup>

#### **4.2 Principais argumentos pela Teoria Tradicional do Controle Difuso de Constitucionalidade**

Para demais Ministros, o art. 52, X, da CF/88 não sofreu mutação constitucional, permanecendo o Senado Federal com a prerrogativa de conceder

---

abr./jun. 2004, 2012, p. 7. Disponível em < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/953>>. Acesso em: 08/10/2016.

<sup>15</sup> MENDES, GILMAR FERREIRA. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. Revista de informação legislativa, v. 41, n. 162, p. 149-168, abr./jun. 2004, 2012, p. 15. Disponível em < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/953>>. Acesso em: 08/10/2016.

através de Resolução eficácia *erga omnes* para as decisões do STF que declarar inconstitucionalidade de lei em sede de controle difuso.

O Ministro Teori Zavascki ressaltou a presença de decisões do STF, também proferidas em sede de controle incidental, que gozam de “força expansiva”, ainda que sem o art. 52, X, da CF/88. Em outros termos, no entendimento do Ministro, o art. 52, X, da CF/88 permanece sendo de observância obrigatória, com tudo, há decisões do Supremo que possuem eficácia *erga omnes* mesmo sem a atuação do Senado:

No meu entender, a ocorrência, ou não, da mutação do sentido e do alcance do dispositivo constitucional em causa (art. 52, X) não é, por si só, fator determinante do não-conhecimento ou da improcedência da reclamação. Realmente, ainda que se reconheça que a resolução do Senado permanece tendo, como teve desde a sua origem, a aptidão para conferir eficácia *erga omnes* às decisões do STF que, em controle difuso, declaram a inconstitucionalidade de preceitos normativos – tese adotada, com razão, pelos votos divergentes –, isso não significa que tal aptidão expansiva das decisões só ocorra quando e se houver a intervenção do Senado – e, nesse aspecto, têm razão o voto do relator. Por outro lado, ainda que outras decisões do Supremo, além das indicadas no art. 52, X da Carta Constitucional, tenham força expansiva, isso não significa, por si só, que seu cumprimento possa ser exigido diretamente do Tribunal, por via de reclamação. <sup>[16]</sup>

O Ministro cita vários exemplos de “força expansiva” de decisões proferidas pelo STF, ou seja, providências que geram efeito *erga omnes* mesmo sem a necessidade de observar o art. 52, X da CF88. Dos diversos exemplos dados pelo Ministro, cita-se a prerrogativa dada ao relator de, nos processos de competência do Tribunal Federal de Recursos (TFR) negar seguimento a recurso contrário a “súmula do Tribunal ou do STF”:

---

<sup>16</sup> RECLAMAÇÃO 4.335 ACRE. pag. 151. Disponível em  
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>> Acesso em:  
08/10/2016

A LC 35/1979 (Lei Orgânica da Magistratura - LOMAN), autorizou que, nos processos de competência do Tribunal Federal de Recursos (TFR), o relator negasse seguimento a recurso contrário a “súmula do Tribunal ou do STF” (art. 90, § 2.º, da LC 35/1979), o que representou manifestação inequívoca da força expansiva desses enunciados. Seguiu-se, no mesmo sentido, a Lei 8.038/1990, que, em seu art. 38, autorizou o relator, no STF e no STJ, a negar seguimento a recurso contrário a “súmula do respectivo tribunal”.<sup>[17]</sup>

## CONCLUSÃO

O presente trabalho verificou que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal aponta para uma tendência de expansão dos efeitos das decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade, ultrapassando as partes envolvidas no processo e atingindo terceiros a ele estranhos. Essa tendência ganha maior destaque por pendorosas investidas que buscam dar efeitos mais abrangentes as decisões do STF, reduzindo a atuação do Senado, fato evidenciado neste trabalho.

Os defensores desta teoria alegam que a atuação mais eficaz da Suprema Corte é de grande importância, na medida em que preserva princípios constitucionais relevantes como a segurança jurídica e a isonomia, bem como proporciona celeridade processual, motivo pelo qual buscam evidenciar uma mutação constitucional na interpretação do art. 52, inciso X, cujo papel do Senado seria apenas de dar mera publicidade às decisões do STF.

Em contraste, opositores da teoria conservam a ideia de que a presença em excesso do STF eleva o Poder Judiciário a um status de poder constituinte permanente, retirando do controle difuso quaisquer possibilidades de verificação dos representantes do povo, razão pela qual sustentam não haver nenhuma mutação constitucional na interpretação do art. 52, inciso X.

Assim, o presente trabalho buscou investigar os variados aspectos e posicionamentos já consolidados sobre a matéria que, sem dúvidas, revela-se de

---

<sup>17</sup> RECLAMAÇÃO 4.335 ACRE. pag. 152. Disponível em  
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>> Acesso em:  
08/10/2016

grande complexidade, contribuindo na busca científica de meios adequados para direcionar o operador do direito.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. In: Vade Mecum. 21ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Lei nº 8.072 de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências.. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm)>. Acesso em: 08 nov. .2016.

BRASIL. Lei no 9.882, de 03 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9882.htm)>. Acesso em: 08 nov. .2016.

BRASIL. Senado Federal. Regimento Interno. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/legislacao/regs/>>. Acesso em: 08 nov. .2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial no 763.812/SP. Quinta Turma. Relator: Min. Gilson Dipp, publicado em 07/10/2005. Disponível em|:< <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7187336/recurso-especial-resp-763812-rs-2005-0108634-3/relatorio-e-voto-12927854>>. Acesso em: 08 nov. .2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 26. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1271>>. Acesso em 08/10/2016

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. AG.REG no Recurso Extraordinário n. 645770. Relator Min. Luiz Fux, Julgamento em 17/04/2012.

Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 08 nov. .2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus no 82.959/SP. Relator: Min. Marco Aurélio, julgado em 23.02.2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/noticias/imprensa/VotoGilmarHC82959.pdf>>. Acesso em: 08 nov. .2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus no 96.301. Relator: Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 08 nov. .2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 4.335/Acre. Relatora: Mina. Ministra Elen Graice, julgado em 06.10.2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/rcl4335eg.pdf>>. Acesso em: 08 nov. .2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Regimento interno. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=legislacaoRegimentoInterno>>. Acesso em: 08 nov. .2016.

BULOS, Uadi. Curso de Direito Constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. O princípio do “Stare Decisis” e a decisão do Supremo Tribunal Federal no Controle Difuso de Constitucionalidade. In: CAMARGO, Marcelo Novalino;

TAVARES, André Ramos (org.). Leituras complementares de Direito Constitucional: Controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional. Salvador: Júris Podivm, 2007.

DIMOULIS, Dimitri. Curso de Processo Constitucional. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel. Curso de Direito Constitucional. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

KELSEN, Hans. Teoria pura do Direito. 6. ed. Tradução: João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional esquematizado. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARSHALL, John. Decisões Constitucionais. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 1908. In: MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 3ª ed. Salvador. Jus Podivm, 2015, p. 1.073.

MARINONE, Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Repercussão geral do Recurso Extraordinário. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 33-34. 34 AMORIM, Aderbal Torres de. O novo recurso extraordinário. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010.

MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 3ª ed. Salvador. Jus Podivm, 2015, p. 1.074.

MENDES, GILMAR FERREIRA. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. Revista de informação legislativa, v. 41, n. 162, p. 149-168, abr./jun. 2004, 2012, p. 7. Disponível em < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/953>>. Acesso em: 08/10/2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 6. ed. De acordo com a Emenda Constitucional n. 45/2004 (Reforma do Judiciário). São Paulo: Saraiva, 2014.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. Baron de. O espírito das leis. Tradução Pedro Vieira Mota. São Paulo: Ediouro, 1987.

MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. 32. ed. São Paulo. Atlas, 2015.

RAMOS, Eival da Silva. Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SOUZA, Eduardo Francisco de. A abstração do Controle Difuso de Constitucionalidade. Revista CEJ, Brasília, n. 41, p. 74-84, abr./jun. 2008.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont" Alverne. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. Disponível em: [http://www.conjur.com.br/2007-ago-03/perspectiva\\_stf\\_controle\\_difuso](http://www.conjur.com.br/2007-ago-03/perspectiva_stf_controle_difuso) Acesso em: 08 nov. .2016.

VELOSO, Zeno. Controle jurisdicional de constitucionalidade. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

ZAVASKI, Teori Albino. Eficácia das sentenças na jurisdição constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.