

91 - 112

Artigo

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE
DIFUSO E A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL:
UMA ANÁLISE DO ART. 52, INCISO X,
DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1998**

KARLA THAÍS NASCIMENTO SANTANA

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO E A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: UMA ANÁLISE DO ART. 52, INCISO X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1998

DIFFUSE CONSTITUTIONALITY CONTROL AND CONSTITUTIONAL CHANGE:
AN ANALYSIS OF ART. 52, ITEM X, OF THE 1988 FEDERAL CONSTITUTION

KARLA THAÍS NASCIMENTO SANTANA

Advogada

Centro Universitário UniAges, Lagarto | Brasil

kaarlathais@live.com

RESUMO: A Constituição brasileira, promulgada em 5 de outubro de 1988, foi considerada como o marco da redemocratização do país, uma vez que surgiu após um período marcado pela Ditadura Militar. Ela é classificada, quanto à sua alterabilidade, como rígida. Isso significa que, para que haja mudança no seu texto, é necessário um procedimento especial solene, diferente das demais normas, realizado pelo Poder Legislativo. Todavia, este fato não é compatível com a necessidade que a Carta Maior tem de estar sempre adequada ao contexto social, que se encontra em constante mudança. Por esse motivo, o Poder Judiciário, por meio do ativismo judicial, vem atuando de forma a amoldar o Texto Constitucional às atuais conjunturas da sociedade por meio de decisões proferidas, principalmente, pelos tribunais superiores, que resultam na mudança informal das normas constitucionais, ou melhor, na mutação constitucional. Em suma, o presente artigo científico tem o objetivo de identificar como se deu a mutação constitucional do art. 52, inciso X, da Constituição, bem como seus principais fundamentos e sua importância para o ordenamento jurídico pátrio. Dessa forma, partindo de um estudo descritivo e exploratório, mediante a análise teórica e jurisprudencial, foi possível verificar que o novo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal é de que o Senado Federal, que, de acordo com a norma supramencionada, possui a discricionariedade de editar resolução para suspender a lei declarada inconstitucional pelo controle de constitucionalidade difuso, passe apenas a dar publicidade à decisão, sendo que a esta será atribuída o efeito *erga omnes* e vinculante.

PALAVRAS-CHAVE: controle de constitucionalidade difuso; ativismo judicial; mutação constitucional do art. 52, inciso X, da Constituição; Reclamação nº 4.335/AC; teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade.

ABSTRACT: The Brazilian Constitution, promulgated on October 5, 1988, was considered as the landmark of the country's redemocratization, since it emerged after a period marked by the Military Dictatorship. It is classified, as to its alterability, as rigid. This means that, for there to be a change in its text, it is necessary a special solemn procedure, different from the other rules, carried out by the Legislative Power. However, this fact is not compatible with the need that the Carta Maior has to be always adapted to the social context, which is constantly changing. For this reason, the Judiciary Power, through judicial activism, has been acting to shape the Constitutional Text to the current conjunctures of society through decisions rendered, mainly, by the higher courts that result in the informal change of constitutional norms, or better, on constitutional change. In short, this scientific article aims to identify how the constitutional mutation of art. 52, item X, of the Constitution, as well as its main foundations and its importance for the national legal system. Thus, starting from a descriptive and exploratory study, through theoretical and jurisprudential analysis, it was possible to verify that the new understanding signed by the Supreme Federal Court is that the Federal Senate, which, according to the aforementioned rule, has the discretion to edit resolution to suspend the law declared unconstitutional by the diffuse constitutionality control, proceed only to publicize the decision, and this will be attributed the *erga omnes* and binding effect.

KEYWORDS: diffuse constitutionality control; judicial activism; constitutional change in art. 52, item X, of the Constitution; Complaint 4335 / AC; theory of abstraction of diffuse constitutionality control.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Controle de Constitucionalidade Difuso. 3. O comportamento interpretativo do Poder Judiciário no Brasil. 4. Análise da Reclamação nº 4.335/AC. 5. Consequências da Mutação Constitucional do art. 52, inciso X, da Constituição. 6. Teoria da Abstrativização do Controle Difuso. 7. Conclusão. 8. Referências.

1. Introdução

A Constituição brasileira, promulgada em 5 de outubro de 1988, foi considerada como o marco da redemocratização do país, uma vez que surgiu após um período marcado pela Ditadura Militar. Ela é classificada, quanto à sua alterabilidade, como rígida. Isso significa que, para que haja mudança no seu texto, é necessário um procedimento especial solene, diferente das demais normas, realizado pelo Poder Legislativo. Todavia, este fato não é compatível com a necessidade que a Carta Maior tem de estar sempre adequada ao contexto social, que se encontra em constante mudança. Por esse motivo, o Poder Judiciário, por meio do ativismo judicial exercido pelo controle de constitucionalidade, especialmente em sede de controle difuso, vem atuando de forma a amoldar o Texto Constitucional às atuais conjunturas da sociedade por meio de decisões proferidas pelos tribunais superiores, que resultam na mudança informal das normas constitucionais, ou melhor, na mutação constitucional.

Nesse contexto, surge a discussão acerca da mutação constitucional do art. 52, inciso X, da Constituição Federal, tema de grande repercussão no âmbito do direito constitucional na atualidade, que foi afirmada pelo voto do ministro Gilmar Mendes, na Reclamação nº 4.335/AC.

O artigo citado prevê que o Senado Federal deverá editar resolução, de forma discricionária, com o objetivo de suspender a lei declarada inconstitucional em sede de controle difuso exercido pelo Supremo Tribunal Federal. Todavia, as deliberações oriun-

das das ações mencionadas deram ensejo a alterações relativas ao papel da respectiva Casa Legislativa. Assim, o Senado Federal, de acordo com o teor da norma supramencionada, seria o órgão deliberativo responsável pela edição de resolução para suspender a lei declarada inconstitucional em sede de controle difuso e atribuir a esta o efeito *erga omnes* ou apenas daria publicidade às decisões da Suprema Corte?

O que se vê é que, a partir do ativismo exercido pelo Poder Judiciário, mediante a Reclamação nº 4.335/AC, houve uma verdadeira mudança informal no texto constitucional no que se refere ao art. 52, inciso X, da Constituição. A nova interpretação é que as deliberações do Pretório Excelso no controle incidental de constitucionalidade passaram a ter eficácia *erga omnes*, de forma automática, e não *inter partes*. Frise-se que, antes da referida alteração, o Senado Federal possuía a discricionariedade de editar resolução e atribuir à decisão o efeito vinculante. Agora, a respectiva Casa Legislativa foi encarregada apenas de dar publicidade à determinação proferida, para que esta passe a vincular todos os juízes e tribunais do país.

Trata-se da aplicação da abstrativização do controle difuso, isto é, o fato de as decisões no sistema de controle indireto de constitucionalidade serem dotadas de força *erga omnes*. A referida teoria é fundamentada no fato de a Constituição já atribuir o efeito vinculante a inúmeras determinações do Tribunal Superior em sede difusa, alheias à inconstitucionalidade de uma norma, sem necessitar da manifestação do Senado Federal.

Posto isto, o objetivo geral do presente artigo científico é aliar a importância de o Texto Constitucional estar atualizado quanto às mudanças político-sociais, que, a partir do processo de globalização, se tornaram mais rápidas. Já o objetivo específico está relacionado à imprescindibilidade de atribuir à eficácia *erga omnes* as decisões em sede de controle de constitucionalidade difuso proferidas pelo Pretório Excelso, sob a análise da Reclamação nº 4.335/AC.

No que tange à metodologia, a pesquisa se caracteriza como qualitativa e descritiva, visto que a sua finalidade se resume em entender e explicar como se dá a alteração informal da Constituição a partir da análise do histórico e do conceito do controle de constitucionalidade difuso, bem como da mutação constitucional do art. 52, inciso X, da Carta Maior; sua influência na aplicação da teoria da abstrativização do controle difuso, e a importância para o direito pátrio. Para tanto, foi utilizada a revisão bibliográfica como principal fonte exploratória do tema.

Primeiro se discorrerá sobre o controle de constitucionalidade brasileiro, especialmente, o difuso, que possui inspiração no direito norte-americano e surgiu a partir do caso *Marbury versus Madison*. Também será mostrada a eficácia das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e da participação do Senado Federal no controle incidental de constitucionalidade para que haja compreensão acerca da sua aplicabilidade.

Depois será retratado o comportamento interpretativo do Poder Judiciário e a importância do ativismo judicial como fundamento para a aplicação do instituto da mutação constitucional, tendo como base a alteração informal do art. 52, inciso X, da Carta Maior. Além disso, será descrito o seu alicerce, qual seja, o voto do ministro Gilmar Mendes na Reclamação nº 4.335/AC.

Por fim, tratar-se-á da teoria da abstrativização do controle difuso, derivada da mutação constitucional do art. 52, inciso X, que significa atribuir às decisões do Supremo Tribunal o efeito *erga omnes* sem a necessidade de uma resolução do Senado Federal.

2. Controle de constitucionalidade difuso

O controle de constitucionalidade tem como parâmetro o princípio da supremacia da Constituição, isto é, o fato de esta ocupar a cimeira do ordenamento jurídico. Em síntese, a noção de

controle de constitucionalidade dos atos de outro poder pelo Judiciário teve origem no início do século XIX, com o caso *Marbury versus* Madison, julgado em 1803 pela Suprema Corte Americana, e responsável pelo desenvolvimento da doutrina *judicial review*, ou melhor, o controle atribuído aos órgãos do Poder Judiciário.

Ensina Bulos (2015, p. 193-195) que, no ano de 1797, os Estados Unidos eram governados pelo presidente John Adams, membro do Partido Federalista, e que era amplamente criticado pelo Partido Republicano por causa do posicionamento americano sobre o conflito entre França e Inglaterra. A então oposição dos federalistas acreditava que os Estados Unidos possuíam dívida histórica com a França, visto que a Europa foi uma grande aliada para sua independência. Ao fim do seu mandato, John Adams nomeou William Marbury para ocupar cargo estratégico no Poder Judiciário federal. Entretanto, antes de tomar posse, nas eleições de 1800, o Partido Federalista foi derrotado pelo Partido Republicano, que elegeu o presidente Thomas Jefferson. Este, por sua vez, ordenou ao Secretário de Estado, James Madison, que não concedesse a posse aos beneficiários. Recalcitrante, Marbury, com fulcro no *Judiciary Act*, ou seja, *writ of mandamus*, ajuizou ação para postular sua nomeação. Ainda de acordo com Bulos (2015, p. 191):

[...] a problemática era muito mais política do que jurídica. Enquanto a Corte Suprema era composta, em sua maioria, por federalistas, o Congresso e o Executivo eram controlados pelos republicanos, que nunca admitiram qualquer interferência direta do Judiciário nas deliberações do Executivo.

A Suprema Corte Americana, na pessoa de John Marshall, então *Chief Justice*, julga improcedente o pedido, com o argumento de que a referida lei utilizada por Marbury como fundamento para o seu pedido era contrária à Constituição americana e, portanto, devia ser considerada nula.

Nesse diapasão, Alexandre de Moraes (2017, p. 983) reafirma que a ideia de controle de constitucionalidade realizado por todos os órgãos do Poder Judiciário nasceu do caso *Marbury versus Madison* (1803), em que o Juiz Marshall, da Suprema Corte Americana, afirmou que é próprio da atividade jurisdicional interpretar e aplicar a lei. E, ao fazê-lo, em caso de contradição entre a legislação e a Constituição, o tribunal deve aplicar esta última por ser superior a qualquer lei ordinária do Poder Legislativo.

Surge, então, o controle de constitucionalidade difuso, chamado desta forma pelo fato de que qualquer juiz, em qualquer grau de jurisdição, a partir de uma situação concreta, tem competência para realizá-lo, assim como no caso de *Marbury versus Madison*. Seu objetivo não é resguardar a supremacia da Constituição, mas, sim, proteger direitos subjetivos que estão ameaçados pela lei inconstitucional. A declaração incidental será feita na fundamentação da sentença e não se reveste de coisa julgada material, uma vez que o conteúdo está limitado à questão principal. Neste sentido, Alexandre de Moraes (2017, p. 735) discorre:

O controle difuso caracteriza-se, principalmente, pelo fato de ser exercitável somente perante um caso concreto a ser decidido pelo Poder Judiciário. Assim, posto um litígio em juízo, o Poder Judiciário deverá solucioná-lo e para tanto, incidentalmente, deverá analisar a constitucionalidade ou não da lei ou do ato normativo. A declaração de inconstitucionalidade é necessária para o deslinde do caso concreto, não sendo, pois, objeto principal da ação.

No Brasil, o controle de constitucionalidade incidental surgiu a partir da edição do Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890. Todavia, tornou-se efetivo por intermédio da Constituição de 1891, em seu art. 59, § 1º, “a” e “b”, que previa a competência para juízes e tribunais avaliarem a validade das leis em situações concretas, podendo, até mesmo, deixar de usá-las, caso entendessem por sua inconstitucionalidade. Para Luiz Streck (2018, p. 148), ele se deu a partir da designação de um órgão

de cúpula do Poder Judiciário que seria encarregado de realizar esse controle. Percebe-se, então, que o direito brasileiro se inspirou de forma direta no modelo constitucional americano de controle, cujas características já foram delineadas.

O controle incidental, no entanto, passou a ganhar maiores contornos com a Constituição de 1934, que trouxe em seu bojo a cláusula de reserva de plenário e a competência do Senado Federal para editar resolução que suspende a lei declarada inconstitucional pela Suprema Corte. Mas só com a Constituição democrática, promulgada em 1988, o sistema misto de constitucionalidade, isto é, as hipóteses de declaração de inconstitucionalidade tanto pelo controle concentrado, quanto pelo difuso, ganhou destaque no direito brasileiro. De acordo com Barroso (2016, p. 88), o controle incidental difuso continuou a ser previsto de forma expressa, porém oblíqua, na disciplina do cabimento do recurso extraordinário, da qual decorre a inequívoca possibilidade de declaração de inconstitucionalidade por juízes e tribunais.

Além disso, de acordo com o autor Lênio Streck (2018, p. 148), pelo controle difuso de constitucionalidade permite-se que, no curso de qualquer ação, seja arguida/suscitada a inconstitucionalidade da lei ou de ato normativo, em âmbito municipal, estadual ou federal. Assim, qualquer das partes pode levantar a questão da inconstitucionalidade, assim como também o Ministério Público e, de ofício, o juiz da causa.

A declaração de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos faz com que estes sejam considerados nulos e, portanto, destituídos de qualquer carga de eficácia ou validade jurídica, até mesmo para atos passados praticados com fulcro nela. Todavia, o efeito *ex tunc* só será aplicado às partes e ao processo em que houver a declaração de forma incidental, o chamado efeito *inter partes*.

Todavia, já foi pacificado o entendimento de que tal questão se estende também ao controle incidental. Assim, poderá o STF ma-

nipular os efeitos da decisão para que esta não retroaja (efeito *ex tunc*), mas, sim, seja válida do trânsito em julgado da sentença em diante (efeito *ex nunc*).

Em aspecto subjetivo, o efeito do controle de constitucionalidade difuso possui efeito apenas entre as partes que compõem a lide, não se estendendo a terceiros. Assim, uma norma pode ser constitucional em um processo e inconstitucional em outro. De acordo com Nathalia Masson (2015, p. 1.083), cumpre informar que o efeito *inter partes* tem sido apontado como a principal desvantagem do controle difuso, pois dá oportunidade ao surgimento de uma multiplicidade de questões idênticas (ou mesmo muito semelhantes), ocasionando a marcante morosidade do Poder Judiciário, além de favorecer o surgimento de decisões judiciais contraditórias, o que enseja o descrédito na justiça pública.

Conclui-se que as decisões em controle difuso de constitucionalidade possuem efeitos *ex tunc* e *inter partes*. Todavia, o art. 52, inciso X, da Constituição Federal de 1988 autoriza o Senado Federal a editar resolução que suspenda a eficácia e validade da lei ou do ato normativo declarado inconstitucional pelo STF no controle incidental. Por consequência, o efeito restrito será ampliado e passará a ter efeito *erga omnes*. Segundo Nathalia Masson (2015, p. 1.083), vê-se, pois, que a decisão de inconstitucionalidade, por força do comando judicial emanado do STF, só produzia efeitos meramente *inter partes*, mas, em virtude da participação do Senado, passará a produzir efeitos *erga omnes*.

É assim que se perfaz a discussão principal do presente artigo científico, qual seja, a possibilidade de as decisões proferidas pela Suprema Corte em controle incidental possuírem efeitos *erga omnes* sem a atuação do Senado, a chamada abstrativização do controle difuso, disseminada pela decisão da Reclamação nº 4.335/AC, como se verá um pouco mais adiante.

3. O comportamento interpretativo do Poder Judiciário no Brasil

A Constituição brasileira, promulgada no dia 5 de outubro de 1988, foi fruto da Assembleia Constituinte (1987-1988), formada por membros do Legislativo, e trouxe consigo um rol extenso de direitos e garantias fundamentais. Um de seus direitos essenciais previstos é o do regime democrático, que assegura ao povo o poder político de decidir, por meio de voto direto, secreto, universal e periódico, os seus governantes, conforme preceitua o art. 60, § 4º, inciso II.

O teor democrático da Carta Maior foi desenvolvido com inspiração europeia advinda do pós-guerra, especialmente, no que diz respeito ao sobrepujamento do formalismo jurídico. Para Luís Roberto Barroso (2005, p. 5), o ordenamento jurídico nem sempre fornece ao aplicador do direito a norma pré-pronta, havendo casos nos quais a solução jurídica há de ser construída, por hermenêutica, pelo intérprete.

Nesse diapasão, a Constituição, no ordenamento jurídico brasileiro, encontra-se no topo e é suprema às demais normas. Por isso, foram criados mecanismos essenciais à sua garantia, tal como o controle de constitucionalidade (*judicial review*). Apesar de ser considerada rígida por muitos doutrinadores, a Carta Magna apresenta uma característica axiológica, que consiste na aproximação do direito e da moral, facilitando a interpretação do seu texto de acordo com a realidade fática.

É a partir desse contexto que surge o Judiciário como poder imprescindível à garantia dos direitos fundamentais, em virtude da sua aproximação com a realidade cultural e social. Doravante, ao concretizar valores, o Judiciário aplica as leis de acordo com os casos concretos e realiza uma hermenêutica judicial ao interpretar as normas de acordo com a situação real ali narrada. Luís Roberto Barroso (2005, p. 14) ensina que, ao longo dos últimos anos, verificou-se uma crescente judicialização da vida, rótulo

que identifica o fato de que inúmeras questões de grande repercussão moral, econômica e social passaram a ter sua instância decisória final no Poder Judiciário e, com frequência, no Supremo Tribunal Federal.

O Judiciário, então, desempenha papel fundamental para o exercício da democracia, enquanto o Poder Legislativo encontra-se defasado perante a sociedade em razão dos inúmeros casos de corrupção a ele atrelados, além da omissão quanto à elaboração de leis e à desqualificação profissional de seus integrantes. Ainda, percebe-se que o primeiro poder se encontra mais próximo à sociedade em virtude da democratização do acesso à justiça, fazendo com que haja um alto nível de litigiosidade de questões sociais relevantes, que poderão, assim, ser abrangidas pelas decisões judiciais interpretativas.

Alguns doutrinadores classificam tal atuação como ativismo judicial. Trata-se, de acordo com Lênio Luiz Streck (2011, p. 16), de uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo seu sentido e alcance. Há críticas relevantes associadas à atuação do Judiciário em face de questões relacionadas aos direitos fundamentais. Todavia, percebe-se que, na contemporaneidade, este atua no sentido de fazer cumprir a Constituição; portanto, não há o que se falar do conceito admoestado de ativismo, na medida em que não se trata de atuar como legislador.

De acordo com Luís Roberto Barroso (2016), a expressão “ativismo judicial” surgiu nos Estados Unidos e serviu como qualificação para a Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Para ele, seu conceito se baseia na ideia de participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização de valores e fins constitucionais; o ativismo seria uma atitude, ou seja, um meio proativo de interpretar a Constituição, ampliando seu sentido.

Assim, o ativismo representa uma maior atividade judicial na resolução de conflitos e é derivado de inúmeros fatores culturais e sociais. A globalização faz com que as transformações da sociedade aconteçam de forma mais rápida, razão pela qual é imprescindível que as normas se adaptem às novas realidades que surgem. Não é sensato, por exemplo, a aplicação de normas constitucionais em sua literalidade, sem que haja amoldamento com a atualidade, uma vez que a realidade em 1988, data da promulgação do Texto Constitucional, era completamente diferente da dos dias atuais. Appio (2008, p. 308) ensina que:

[...] por isso, o ativismo é uma ferramenta que promove a democracia, nos casos em que a Suprema Corte compreende seu papel histórico, dispondo de credibilidade política suficiente para contrariar a vontade da maioria do Congresso ou quando protege direitos fundamentais.

Trata-se, então, de conceder uma nova roupagem aos direitos e às garantias fundamentais, sem, no entanto, ofendê-los, mas ampliando-os e garantindo, assim, uma sociedade livre, justa e solidária¹, com a promoção da igualdade, fundada na isonomia, entre outros preceitos objetivos da República Federativa do Brasil e essenciais ao Estado Democrático de Direito.

No Brasil, a mutação constitucional é um exemplo claro dessa prática. Trata-se de um uma espécie do gênero ativismo judicial. Nesse contexto, o ministro Gilmar Mendes cita no acórdão da Reclamação nº 4.335/AC inúmeros atos judiciais que revelam um novo perfil ao controle de constitucionalidade e que reafirmam a ideia da alteração informal do art. 52, inciso X, da Constituição.

1 Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Pode-se dizer que a mutação constitucional se trata de um conflito entre a matéria constitucional e a realidade. A visão brasileira sobre o tema prospera como uma herança de conservação da Carta Magna e não de efetiva reforma. A mudança de sentido é fundamentada em uma classe dogmático-científica e tem como pressuposto a alteração das circunstâncias fáticas com relação ao que era desenvolvido na época da criação do documento.

4. Análise da Reclamação nº 4.335/AC

A Reclamação nº 4.335/AC, objeto de estudo do presente artigo, datada de 2014, foi ajuizada pela Defensoria Pública do Estado do Acre, junto ao Supremo Tribunal Federal, ante a 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 condenados a crimes hediondos que cumprem pena em regime fechado.

Pleiteou o reclamante que fosse ofertada a progressão de regime aos apenados e utilizou como precedente a decisão proferida em sede de controle difuso pela Suprema Corte do *Habeas Corpus* nº 82.959, com o seguinte teor:

PENA – REGIME DE CUMPRIMENTO – PROGRESSÃO – RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semiaberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA – CRIMES HEDIONDOS – REGIME DE CUMPRIMENTO – PROGRESSÃO – ÓBICE – ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/90 – INCONSTITUCIONALIDADE – EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena – artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal – a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90.

O julgamento do presente remédio constitucional declarou a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/1990, que proibia a progressão de regime de cumprimento de pena nos crimes hediondos. Ocorre que o plenário do Supremo Tribunal Federal indeferiu os pedidos de progressão de regime com o argumento de que a decisão em sede de controle incidental produz apenas efeitos *inter partes*. Portanto, não havendo resolução do Senado Federal que suspenda a lei declarada inconstitucional em questão, conforme prevê o art. 52, X, da Constituição, não há que se falar em efeito *erga omnes*. Assim, foi mantido o regime fechado de cumprimento de pena para crime hediondo.

A Reclamação em epígrafe ainda não foi julgada pela Suprema Corte. Todavia, há uma discussão assídua representada pelos votos de alguns relatores, como os dos ministros Gilmar Mendes e Eros Grau. O entendimento agora é de que, em virtude das mudanças ocorridas no controle de constitucionalidade pátrio, o papel do Senado foi alterado e ficou restrito a dar publicidade à lei declarada inconstitucional, e não a de editar resolução de nulidade, como prevê o art. 52, X, da Constituição. Assim, o simples fato de o Supremo Tribunal Federal decidir em sede de controle difuso de constitucionalidade já seria um precedente obrigatório (efeito *erga omnes*), devendo os juízes e tribunais observá-lo na forma do art. 927 do Código de Processo Civil. Haveria, portanto, a mutação constitucional do referido artigo da Carta Maior.

Os ministros Gilmar Mendes e Eros Grau julgaram procedente a reclamação. Já o ministro Sepúlveda Pertence julgou improcedente a reclamação, mas concedeu o *Habeas Corpus* de ofício. A concessão do remédio constitucional em epígrafe se alia ao fato de a Lei nº 11.464/2007 alterar a redação da Lei nº 8.072/1990 e permitir a progressão do regime de pena para crimes hediondos ou equiparados. Todavia, este não foi o ponto central da discussão. O ponto principal desse caso diz respeito aos efeitos

da decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso. Neste sentido, Pedro Lenza (2017, p. 290) explica que:

Nesse tema, 2 (sic) Ministros, Gilmar Mendes e Eros Grau, sustentavam, no caso concreto da Rcl 4.335, a partir do julgamento do referido HC, mesmo sem a edição da súmula vinculante, o efeito transcendente e *erga omnes* da decisão (tese da mutação constitucional do art. 52, X). Por sua vez, Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio não admitiam a mutação constitucional e, assim, para o efeito *erga omnes*, a necessidade de resolução do Senado Federal ou a edição de súmula vinculante. Como esses 4 concordavam com a tese da inconstitucionalidade do regime fechado, não conheceram da reclamação, mas concederam *habeas corpus* de ofício.

Muito embora a reclamação tenha sido conhecida e julgada procedente, apenas os ministros Gilmar Mendes e Eros Grau fundamentaram seus votos com base na tese da mutação constitucional.

Todavia, o voto do Ministro Gilmar Mendes na análise da reclamação alterou a conjuntura da atuação do Senado no controle difuso. Para ele, o art. 52, X, da Constituição, haveria sofrido mutação constitucional e passou a ter o papel restrito de apenas dar publicidade às decisões em controle difuso proferidas pelo Supremo, enquanto a estas seria atribuído o efeito *erga omnes* e vinculante no mesmo patamar do controle concentrado, como se verá a seguir, e esse é o entendimento mais atual sobre o assunto.

5. Consequências da mutação constitucional do art. 52, inciso X, da Constituição

O ordenamento jurídico brasileiro não adota como regra a utilização de precedentes para embasar decisões, e esse é um dos principais problemas da mutação constitucional do art. 52, inciso X, da Constituição Federal. A despeito do controle concen-

trado de constitucionalidade, não há que se falar em problemas envolvendo a situação, uma vez que a inconstitucionalidade da lei será suscitada como questão principal. O mesmo não ocorre com o controle difuso, já que a inconstitucionalidade da norma será aferida de forma incidental, isto é, servirá apenas como fundamentação para a procedência ou improcedência da questão principal, o denominado *judicial review*.

A principal problemática da adoção do efeito *erga omnes* para as decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso, sem a necessidade de edição de resolução do Senado Federal para suspender a lei, reside no fato de a legislação vigente prever que os efeitos da coisa julgada devem recair somente sobre o dispositivo da sentença, e não sobre os fundamentos que embasaram a decisão, conforme os artigos 468 e 469² do Código de Processo Civil.

Contudo, mesmo havendo ainda discussões doutrinárias e jurisprudenciais a respeito, algumas decisões vêm adotando, nos últimos anos, a teoria da transcendência dos motivos determinantes, ou melhor, o fato de atribuir à *ratio decidendi* o efeito vinculante, como se verá no próximo capítulo. A indagação que se faz é se a adoção da teoria da transcendência dos motivos determinantes facilita a consolidação da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade.

Noutro ponto, como já se viu, há uma discussão assídua a respeito da alteração informal do art. 52, inciso X, da Constituição. Essa modificação altera o sentido da referida norma, de modo que atribui às decisões do Supremo Tribunal Federal o efeito *erga omnes* sem a necessidade de edição de resolução pelo Senado, uma vez

2 Art. 468. A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.

Art. 469. Não fazem coisa julgada: I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença; III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.

que este só daria publicidade à deliberação da Corte Suprema, a chamada teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. Um dos precedentes iniciais utilizados para ratificar a decisão, que já havia sido discutida por vários doutrinadores, foi o voto do ministro Gilmar Mendes na Reclamação nº 4.335/AC, data de 2014, em que houve a menção de alguns institutos, como o requisito da repercussão geral para a admissibilidade dos recursos extraordinários e as condições para edição de súmula vinculante, que foram imprescindíveis para o convencimento acerca da mutação constitucional em epígrafe e, em consequência, a utilização da ideia da abstrativização do controle incidental.

6. Teoria da Abstrativização do Controle Difuso

Como foi dito antes, o Brasil adota a jurisdição constitucional mista, isto é, pode-se declarar uma lei inconstitucional tanto por meio do controle difuso, quanto pelo concentrado. No controle difuso, a declaração se dá de forma incidental, no bojo de um processo, como questão prejudicial. Já no concreto, a arguição da inconstitucionalidade é o objeto principal da ação, que tem como objetivo a proteção da supremacia da Constituição, ou melhor, o fato de esta se encontrar no topo do ordenamento jurídico brasileiro, devendo as demais normas respeitar seus preceitos.

Em tese, as decisões em sede de controle incidental proferidas pelo Supremo Tribunal Federal possuíam efeito *inter partes* e não vinculantes. A partir do julgamento da Reclamação nº 4.335-3/AC, surgiu uma discussão que envolve a atribuição do efeito *erga omnes* a essas decisões. Trata-se da teoria da abstrativização do controle difuso, que tem relação com o entendimento de as decisões do Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, possuírem efeito *erga omnes* e vinculante, sem a necessidade de edição de resolução do Senado Federal para tanto, como prevê o art. 52, inciso X, da Constituição de 1988.

Portanto, o atual entendimento é de que houve a mutação constitucional do referido dispositivo constitucional, fazendo com que as deliberações em controle incidental fossem equiparadas ao controle concentrado.

De acordo com Edson Pires da Fonseca (2014, p. 59-60), as modificações no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro fazem com que alguns constitucionalistas defendam a existência de verdadeira abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, que ganha cada vez mais feições típicas do controle concentrado. Para ele, em inúmeras situações, as decisões do Pretório Excelso, sem qualquer interferência senatorial, já desfrutam de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. Esta foi uma das fundamentações utilizadas no voto do ministro Gilmar Mendes na Reclamação nº 4.335/AC.

Trata-se, portanto, de atribuir a mesma roupagem de efeitos tanto ao controle de constitucionalidade concentrado, quanto ao difuso. Neste sentido, abstrativizar significa desvincular a conclusão caso concreto de uma decisão para que ela sirva como precedente em outras situações, passando a produzir efeitos em situações equivalentes. Canotilho dá o nome de generalização ao fato de estender os efeitos jurídicos de uma decisão. Assim, ensina que:

Permite-se o trânsito do controle difuso para o controle concentrado quando o Tribunal Constitucional tiver julgado e considerado inconstitucional ou ilegal uma norma em três casos concretos. Neste caso, ele poderá fixar, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade ou ilegalidade dessa norma (cfr. Art. 281,º/2). Existe aqui um fenômeno de generalização e o processo a isto destinado designa-se vulgarmente processo de generalização. Os efeitos jurídicos não se limitam aos casos concretos já julgados, antes se generaliza o juízo da inconstitucionalidade. (CANOTILHO, 2012, p. 1.024).

Para ratificar tal convicção, cita-se o princípio da reserva de plenário. Como se sabe, o art. 97 da Constituição Federal reza que

somente pela 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.

Em contrapartida, o art. 949, parágrafo único, do Código de Processo Civil preconiza que 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. Assim, é inegável que, em tal conjuntura, ocorre a “generalização” da decisão, isto é, um método de aplicar o efeito *erga omnes* às decisões do STF em controle difuso no próprio tribunal, que se dá pelo dever de seus órgãos fracionários se submeterem às deliberações proferidas pela Suprema Corte.

7. Conclusão

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou a realização de uma análise pormenorizada a respeito da mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal de 1988, fundada na necessidade que o Texto Maior tem de estar adequado às atuais conjunturas sociais e, assim, suprir as necessidades da sociedade.

Como foi mencionado, o Poder Legislativo é omissor, e, em consequência, o Poder Judiciário, por vezes, exerce o chamado ativismo judicial, caracterizado pela atribuição do efeito vinculante das decisões proferidas por tribunais, em especial pelo Supremo Tribunal Federal, a exemplo dos julgamentos da Reclamação nº 4.335/AC, que foi o fundamento para a referida alteração informal do Texto Constitucional.

No geral, o Brasil adota o modelo de controle de constitucionalidade misto, isto é, o controle exercido de forma direta, mediante

as ações diretas de inconstitucionalidade, e praticado na forma incidental, como prejudicial de mérito em qualquer processo e exercido por qualquer juiz ou tribunal. Este último possui inspiração no direito norte-americano, por meio do *judicial review*, inaugurado com o caso *Marbury versus Madison*, em que o juiz Marshall, da Suprema Corte Americana, afirmou que é próprio da atividade jurisdicional interpretar e aplicar a lei, devendo ser garantida à Constituição a supremacia perante as demais normas do ordenamento jurídico.

A promulgação da Constituição de 1988 trouxe consigo a previsão do controle de constitucionalidade difuso, ou melhor, o que pode ser exercido por qualquer juiz ou tribunal como questão prejudicial no processo, atribuindo a estas o efeito *inter partes*. Todavia, atribuiu ao Senado Federal à discricionariedade de editar resolução com o objetivo de conferir às decisões do Supremo Tribunal Federal a eficácia *erga omnes* e vinculante. Ocorre que, em meio às mudanças no ordenamento jurídico, que passou a dar uma maior visibilidade ao Pretório Excelso, uma vez que este é guardião da Carta Maior, surgiu a necessidade de alteração da interpretação do dispositivo que previa tal regra, o art. 52, inciso X.

Portanto, é perceptível que a mutação constitucional alterou a interpretação do art. 52, inciso X, da Carta Magna, no que se refere à participação do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade exercido pela Suprema Corte. Assim, a problemática do presente artigo está relacionada ao fato de que, antes, a respectiva Casa Legislativa editava resolução de forma discricionária para atribuir efeito *erga omnes* às deliberações do Pretório Excelso, que, em regra, possuíam efeito *inter partes*. Todavia, após a referida mutação, resolução senatorial passou apenas a dar publicidade às decisões.

8. Referências

ALMEIDA, Vânia Hack de. *Controle de Constitucionalidade*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005.

APPIO, Eduardo. *Direito das Minorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Grandes transformações do Direito Contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy*. São Paulo: Saraiva, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis*. Série "Arquivos do Ministério da Justiça". Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

BRASIL. Constituição (1934). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 8 nov. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 521.797-AgR. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. DJ 29 set. 2006.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 82.959, do Tribunal de Justiça de São Paulo, Brasília, DF. Relator: Ministro Marco Aurélio; Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2110217>>. Acesso em: 31 mar. 2011.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade: Teoria e prática*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

DANTAS, Bruno. *Repercussão Geral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

DANTAS, Ivo. *O Valor da Constituição*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2010. p. 35-39.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: JusPodivm, 2006.

FONSECA, Edson Pires da. *Direito Constitucional Legislativo: Poder Legislativo, Direito Parlamentar e Processo Legislativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

GARCIA-PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. 7 ed. Madri: Revista de Occidente, 1964.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOEWESTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Alfredo Galego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1970.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MASSON, Nathália. *Manual de Direito Constitucional*. 3. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PACHECO, José da Silva. *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1982.

SANTOS, José Wilson dos; BARROSO, Rusel Marcos Batista. *Manual de Monografia da AGES: graduação e pós-graduação*. Paripiranga: AGES, 2016.

STRECK, Lênio Luiz. *As recepções teóricas inadequadas em terrae brasilis*. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 2-37, jul./dez. 2011.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional*. 5. ed. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2018.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Volume III. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VASCONCELOS, Clever. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

VIANA, Ulisses Schwarz. *Repercussão geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

Artigo recebido em 24/03/2020.

Artigo aprovado em 11/05/2021.

DOI: <https://doi.org/10.59303/dejure.v21i37.414>