



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTONIO CARLOS / UNIPAC

FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS / FADI

CURSO DE DIREITO

LUIZ ANTONIO HENRIQUES JÚNIOR

**A TENDÊNCIA DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE
CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO**

BARBACENA

2016

LUIZ ANTONIO HENRIQUES JÚNIOR

**A TENDÊNCIA DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE
CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientadora: Débora Maria Gomes Messias Amaral.

BARBACENA

2016

Agradecimentos

Agradeço a Deus por todas as bênçãos derramadas, pelo amparo e sustentação em todos os momentos. Sem Ele, nada sou.

Aos meus pais, por todo o amor, carinho, apoio incondicional e compreensão. E por sempre acreditarem em tudo o que fiz.

A minha irmã Aline, pela amizade, companheirismo, por sempre acreditar em meus planos e me apoiar nos momentos mais difíceis.

Aos meus amigos, por todo o apoio e motivação, e também pela compreensão nos momentos em que estive ausente.

A todos os professores, pelos ensinamentos ministrados no decorrer desta graduação.

Às professoras Cristina e Josilene, por toda a amizade, conselhos, e motivação durante esta caminhada.

Agradeço à professora Débora, minha orientadora, por toda a ajuda e apoio na elaboração deste trabalho, e por me ensinar a amar o Direito Constitucional.

E por último, agradeço a todos aqueles que, de uma forma ou de outra, contribuíram em minha busca pela realização deste sonho.

Muito obrigado.

"Sejam fortes e corajosos. Não tenham medo nem fiquem apavorados por causa delas, pois o Senhor, o seu Deus, vai com vocês; nunca os deixará, nunca os abandonará".

Deuteronômio 31:6

Resumo

Na atualidade, a discussão a respeito do controle jurisdicional de constitucionalidade tem chamado a atenção de grande parte da doutrina, uma vez que encontra-se em debate no Supremo Tribunal Federal a possibilidade de se estender a eficácia erga omnes e vinculante, típica do controle concentrado, às decisões proferidas em sede de controle difuso pelo próprio Supremo Tribunal Federal, sem que haja a necessidade de participação do Senado Federal. Tal situação, além de aproximar cada vez mais o controle difuso ao controle abstrato (ou concentrado) de constitucionalidade, pode configurar uma verdadeira mutação Constitucional do art. 52, X, da CF/88. Tal tendência é denominada de “Abstrativização do Controle Difuso de Constitucionalidade”.

Palavras-chave: Constitucionalidade. Controle de constitucionalidade. Difuso. Concentrado. Abstrato. Concreto. Abstrativização. Transcendência.

Abstract

At present, the discussion regarding the jurisdictional control of constitutionality has called the attention of much of the doctrine, since it is under debate in the Supreme Court the ability to extend the effectiveness and binding *erga omnes*, typical of concentrated control, to judgments given in the diffuse control by the Supreme Court, without the need of support from the Senate. Such a situation, besides closer the diffuse control to the abstract (or concentrated) control of constitutionality, can configure a real Constitutional mutation article 52, X, CF/88. This trend is called "Abstrativização of the diffuse control of Constitutionality".

Lista de Siglas e Abreviaturas

Art. – Artigo

CF – Constituição Federal de 1988

EC – Emenda constitucional

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ- Superior Tribunal de Justiça

TJ- Tribunal de Justiça

HC – *Habeas corpus*

RE – Recurso extraordinário

REsp – Recurso especial

ADC- Ação declaratória de constitucionalidade

ADI – Ação direta de inconstitucionalidade

ADO – Ação direta de inconstitucionalidade por omissão

ADPF- Arguição de descumprimento de preceito fundamental

Sumário

1 Introdução	1
2 Controle de Constitucionalidade.....	2
2.1 Aspectos Históricos do Controle de Constitucionalidade	2
2.2 Histórico do Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro.....	4
2.3 Conceito de Controle de Constitucionalidade.....	6
2.4 Supremacia E Rigidez Constitucionais.....	8
2.5 Tipos de Inconstitucionalidade.....	9
2.5.1 Inconstitucionalidade Formal e Material	9
2.5.2 Inconstitucionalidade Por Ação e por Omissão	10
2.5.3 Inconstitucionalidade Originária e Superveniente.....	10
2.5.4 Inconstitucionalidade Total e Parcial	11
2.5.5 Inconstitucionalidade Direta e Indireta.....	12
2.6 Natureza do órgão que exerce o controle de Constitucionalidade	12
2.7 Momentos de Controle de Constitucionalidade: Preventivo e Repressivo.....	13
2.7.1 Controle Preventivo (Prévio, A priori).....	13
2.7.2 Controle Repressivo (Típico, Sucessivo, A posteriori)	14
3 Controle Difuso e Controle Concentrado de Constitucionalidade.....	17
3.1 Controle Difuso de Constitucionalidade.....	17
3.1.1 Origem Histórica do Controle Difuso.....	17
3.1.2 Conceito de Controle Difuso	18
3.1.3 Competência.....	19
3.1.4 Efeitos da Decisão	20
3.1.5 O Papel do Senado Federal no Controle Difuso de Constitucionalidade	21
3.2 Controle Concentrado de Constitucionalidade.....	22
3.2.1 Origem Histórica do Controle Concentrado.....	23
3.2.2 Conceito de Controle Concentrado	23
3.2.3 Competência.....	24
3.2.4 Efeitos da Decisão	25
4 A tendência da Abstrativização do Controle Difuso de Constitucionalidade no Direito Brasileiro	27
4.1 Conceito de Abstrativização	27
4.2 Fundamento Base: Mutação Constitucional	28

4.3 Espécies de Abstrativização.....	30
4.3.1 Súmula Vinculante	30
4.3.2 Repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário ..	31
4.3.3 O Caso Mira Estrela.....	33
4.3.4 A Progressão de Regime nos Crimes Hediondos	35
4.5 Principais teses de defesa e de combate à Abstrativização	37
5 Conclusão	43
6 Referências Bibliográficas:	45

1 Introdução

A Constituição brasileira é considerada, quanto à sua alterabilidade, como sendo Rígida. Ou seja, para a sua alteração, é necessário um processo legislativo mais árduo e complexo do que o de alteração de normas infraconstitucionais.

Um dos reflexos desta característica é o princípio da Supremacia da Constituição, que significa que a Constituição Federal é a lei maior de um país, se posicionando no topo do ordenamento jurídico, e todas as demais normas infraconstitucionais devem estar em consonância com as suas disposições, devem ser com ela compatíveis.

O Controle de Constitucionalidade é a ferramenta utilizada para análise da compatibilidade de uma norma com a Constituição Federal.

No Brasil, o sistema vigente é o de controle jurisdicional misto das normas. Neste sistema, o Poder Judiciário é o responsável por analisar se uma determinada lei ou ato normativo está de acordo ou não com a Constituição Federal. A declaração de inconstitucionalidade consiste no reconhecimento da invalidade de uma norma e tem por fim paralisar sua eficácia.

Tal sistema se divide em dois, podendo ser difuso ou concentrado.

O controle difuso (de origem americana) é aquele exercido por qualquer Juiz ou Tribunal, de maneira incidental. Ou seja, no julgamento de um caso concreto, faz-se necessária a análise da constitucionalidade de determinada norma, prejudicialmente ao mérito. Via de regra, em caso de declaração de inconstitucionalidade de tal norma, os efeitos de tal declaração serão *ex tunc*, ou seja, retroagem à data da edição da norma, e *inter partes*, ou seja, somente entre as partes.

O controle concentrado (de origem austríaca) é aquele que se concentra em um único órgão, sendo exercido, geralmente, pelas cortes constitucionais. No Brasil, é o Supremo Tribunal Federal quem detém esta atribuição. Aqui, o pedido principal é a análise da lei perante a CF, sendo, ao final, declarada Constitucional ou Inconstitucional. A decisão proferida em sede de controle concentrado produz efeitos erga omnes (para todos), e vinculante.

Apresentadas as formas de controle, passamos ao objeto central de nosso estudo.

Na atualidade, a discussão a respeito do controle jurisdicional de constitucionalidade tem chamado a atenção de grande parte da doutrina, uma vez que encontra-se em debate no Supremo Tribunal Federal a possibilidade de se estender a eficácia erga omnes e vinculante, típica do controle concentrado, às decisões proferidas em sede de controle difuso pelo próprio

STF, sem que haja a necessidade de participação do Senado Federal. Tal situação, além de aproximar cada vez mais o controle difuso ao controle abstrato (ou concentrado) de constitucionalidade, pode configurar uma verdadeira mutação Constitucional do art. 52, X, da CF/88. Tal tendência é denominada de “Abstrativização do Controle Difuso de Constitucionalidade”.

Pode o STF, em sede de Controle Difuso de Constitucionalidade, dar eficácia vinculante e erga omnes à sua decisão, sem a participação do Senado Federal, prevista no art. 52, X, da CF/88? A matéria não é pacífica na doutrina, existindo posicionamentos em vários sentidos.

O presente trabalho visa analisar profundamente o tema em discussão, cuja tendência de aplicação vem ganhando força perante a Suprema Corte, e que é de suma importância à Sociedade como um todo, por se tratar de matéria constitucional, aplicável em todas as áreas do Direito, e que pode gerar as mais diversas consequências.

2 Controle de Constitucionalidade

2.1 Aspectos Históricos do Controle de Constitucionalidade

Pouco se fala sobre as origens mais remotas do controle de constitucionalidade. O que se vê com frequência na doutrina é a citação de países que desenvolveram formas e meios de controle.

Nos tempos mais remotos, ainda na Grécia Antiga, no século IV antes de Cristo, foi instituído o *graphé paranomorn*, que consistia em uma arguição de inconstitucionalidade, onde todo e qualquer cidadão era responsável pela defesa das leis e da Constituição¹.

Na Roma Antiga, o Senado era o verdadeiro guardião das leis e da Constituição, zelando pela aplicabilidade das normas, e expurgando do ordenamento os dispositivos incompatíveis. Merece destaque a atuação de Cícero, que contribuiu, ainda que indiretamente, para o nascimento do controle jurisdicional através de algumas de suas ideias baseadas no direito natural.

Na Inglaterra encontramos o precursor mais expoente do controle jurisdicional de constitucionalidade. Apesar de sua Constituição plástica, histórica, é na Inglaterra que Lord

¹ Motta Filho, Sylvio Clemente da. Direito constitucional: teoria, jurisprudência e questões / Sylvio Motta. – 24. ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

Clock, autor das *Institutes of the Laws of England*, defendia fervorosamente a limitação do poder atribuído ao Parlamento. Segundo sua ideia, todas as deliberações do parlamento que contrariassem a common law (direito costumeiro), deveriam ser consideradas nulas. E essa ideia influenciou para que, a partir de 1.633, o parlamento sofresse limitações ao seu poder, o que escancara o controle de constitucionalidade das leis.

Portanto, o direito Inglês pode ser considerado o embrião do Controle de Constitucionalidade.

Mas o controle de constitucionalidade veio a se desenvolver efetivamente, em outro país, os Estados Unidos da América. O marco dessa história é o famoso caso *Marbury vs. Madinson*. Ao julgar este caso, o Juiz John Marshall, *Chief Justice*, decidiu que ante a existência de conflito entre a aplicação de uma norma em concreto e a Constituição, a Constituição sempre deverá prevalecer, pois é hierarquicamente superior.

Nas palavras de Marshall²:

Assim, a 'fraseologia' particular da Constituição dos Estados Unidos confirma e corrobora o princípio essencial a todas as constituições escritas, segundo o qual é nula qualquer lei incompatível com a Constituição; e que os tribunais, bem como os demais departamentos, são vinculados por esse instrumento.

Assim, o caso *Marbury vs. Madinson* inaugura o controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno. Verifica-se a adoção do princípio da Supremacia da Constituição, segundo o qual todas as demais normas e Poderes estatais estão vinculados à constituição, e cabe ao Poder Judiciário, como seu intérprete final, expurgar do ordenamento os atos que com ela forem incompatíveis. Este é o modelo de controle de constitucionalidade denominado Difuso.

Posteriormente, no ano de 1920, o controle de constitucionalidade é revolucionado, a partir dos ideais da Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen. Foi adotado pela Constituição da Áustria, e posteriormente pelas constituições da Alemanha e da Itália, um modelo concentrado de controle de constitucionalidade, onde cabia a um órgão específico a análise de validade das leis ante a Constituição.

² John Marshall apud Lcnza, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. Pedro Lcnza.- 18. cd. rcv., atual. e ampl.- São Paulo: Saraiva, 2014. Pág. 307.

Passaremos, agora, a uma breve análise do Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro.

2.2 Histórico do Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro

Ao longo do tempo, o controle de constitucionalidade no direito brasileiro evoluiu de maneira gradativa.

A Constituição Imperial de 1824 não trouxe em seu escopo nenhum sistema de controle. Ela se baseava no dogma da soberania do Parlamento. Além disso, o Poder Moderador atribuído ao Imperador inviabilizava qualquer forma de controle, uma vez que a ele cabia solucionar os conflitos envolvendo qualquer dos poderes.

Com o advento da Primeira Constituição Republicana, em 1891, surge no Brasil o sistema de controle de constitucionalidade difuso ou incidental, sob forte influência do direito americano. A Constituição de 1891 trazia em seu bojo a hipótese de controle incidental da norma no julgamento de um caso concreto mediante a provocação das partes. Esse foi o marco inicial do controle de constitucionalidade no direito brasileiro.

Posteriormente, a Constituição de 1934 trouxe várias novidades. Nela, foi inaugurada a exigência de que, para se declarar a inconstitucionalidade de determinada norma era necessária manifestação favorável da maioria absoluta dos membros do Tribunal. Também foi inserida a atribuição ao Senado Federal de competência para suspender, no todo ou em parte, a execução de lei ou ato declarado inconstitucional por decisão definitiva do Poder Judiciário. Merece destaque também a regulamentação da Intervenção Federal, com o objetivo de assegurar o devido respeito aos princípios constitucionais sensíveis.

No ano de 1937, a Constituição marcou um grande retrocesso no sistema de controle brasileiro. Em seu escopo, trazia a possibilidade de o Presidente da República submeter ao Parlamento a apreciação de norma declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário, e em caso de aprovação por 2/3 dos membros, a lei poderia ser declarada válida, afrontando e desconsiderando a decisão judicial. Por sofrer forte influência da Carta Ditatorial polonesa de 1935, nossa Constituição de 1937 foi denominada “Constituição Polaca”.

Segundo Pedro Lenza³, na Constituição de 1937:

Referidas regras, inegavelmente, implicavam o desproporcional fortalecimento do Executivo.

³ Lenza, Pedro. Direito constitucional esquematizado. Pedro Lenza.- 18. cd. rev., atual. e ampl.- São Paulo: Saraiva, 2014. Pág. 284.

Na Constituição de 1946, o controle de constitucionalidade voltou a ser o tradicional. Manteve-se o controle difuso, e as bases do controle concentrado foram edificadas. Destaca-se o fruto da Emenda Constitucional nº 16, datada de 26/11/1965, que instituiu no Brasil a representação de inconstitucionalidade, de competência originária do STF para processo e julgamento, tendo como legitimado para a sua propositura o Procurador Geral da República. Instituiu-se também a hipótese de controle concentrado em âmbito estadual. Nasce, aqui, o controle concentrado no direito brasileiro.

Com isso, percebe-se a adoção em nosso direito constitucional dos dois principais sistemas de controle. São eles: o controle difuso ou incidental, de origem americana; e o controle concentrado ou abstrato, de origem austríaca.

As Constituições de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1/1969 mantiveram as bases anteriores, mantendo o controle difuso e o concentrado, com algumas mudanças pontuais.

Finalmente, entramos em uma nova era no controle de constitucionalidade no direito brasileiro.

Em 1988, com a aprovação da chamada “Constituição Cidadã”, a matéria foi muito ampliada. O texto da CF/88 trouxe diversas novidades, com destaque para:

- A ampliação do número de legitimados para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), cujo rol se encontra no art. 103 da CF/88;
- Introduziu a possibilidade de ataque às omissões legislativas, através da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO);
- Facultou-se a criação da Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais (ADPF), que foi regulamentada posteriormente pela lei nº 9882/1999;
- Estabeleceu a possibilidade de instituição da Representação de Inconstitucionalidade no âmbito estadual;

Em 1993, foi introduzida a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), por meio da EC 3/1993. E em 2004, a EC 45 veio ampliar o rol de legitimados para a propositura da ADC, igualando-a à ADI, ADO e ADPF.

A CF/88 representou um grande avanço no sistema brasileiro de controle. Percebeu-se a adoção de um sistema misto, e a ampliação das possibilidades de controle concentrado. Agora, quase todas as controvérsias constitucionais podem ser analisadas em sede de controle concentrado. O controle concentrado se fortaleceu muito em relação ao difuso.

Todavia, o sistema difuso, apesar de um pouco mais vazio, continua a exercer papel de grande relevância, principalmente com relação às matérias não passíveis de controle concentrado, bem como na análise pelos juízes de primeiro grau de leis e atos municipais e estaduais.

Segundo o Nobre professor José Afonso da Silva⁴:

O Brasil seguiu o sistema norte-americano, evoluindo para um sistema misto e peculiar que combina o critério difuso por via de defesa com o critério concentrado por via de ação direta de inconstitucionalidade, incorporando também, agora timidamente, a ação de inconstitucionalidade por omissão (arts. 102, 1, a e III, e 103). A outra novidade está em ter reduzido a competência do Supremo Tribunal Federal à matéria constitucional. Isso não o converte em Corte Constitucional. Primeiro porque não é o único órgão jurisdicional competente para o exercício da jurisdição constitucional, já que o sistema perdura fundado no critério difuso, que autoriza qualquer tribunal e juiz a conhecer da prejudicial de inconstitucionalidade, por via de exceção. Segundo, porque a forma de recrutamento de seus membros denuncia que continuará a ser um Tribunal que examinará a questão constitucional com critério puramente técnico-jurídico, mormente porque, como Tribunal, que ainda será, do recurso extraordinário, o modo de levar a seu conhecimento e julgamento as questões constitucionais nos casos concretos, sua preocupação, como é regra no sistema difuso, será dar primazia à solução do caso e, se possível, sem declarar inconstitucionalidades'.

2.3 Conceito de Controle de Constitucionalidade

Se analisarmos o significado do verbo controlar no dicionário, encontraremos, entre suas definições, o mesmo que inspecionar, fiscalizar, verificar, conferir, orientar, guiar, conduzir.

Nesse contexto, podemos concluir que controlar a constitucionalidade de uma norma significa inspecionar a validade de uma norma perante a Constituição, ou seja, fiscalizar se a norma está de acordo ou se afronta a carta magna.

Portanto, o controle de constitucionalidade consiste na verificação dos aspectos materiais e formais das normas produzidas no país, para conferir se as mesmas estão em consonância ou não com o texto constitucional, se são compatíveis com a Constituição.

Nas palavras de Alexandre de Moraes⁵:

Controlar a constitucionalidade significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a constituição, verificando seus requisitos formais e materiais.

Verificar os requisitos materiais é analisar a compatibilidade do objeto da lei ou do ato normativo com a Constituição Federal. Já os requisitos formais se dividem em subjetivos

⁴ SILVA, José Afonso Da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. Pág. 561.

⁵ Moraes, Alexandre de Direito constitucional / Alexandre de Moraes. - 30. ed. - São Paulo: Atlas, 2014. Pág. 723.

e objetivos. Os subjetivos se referem à iniciativa da lei. Os objetivos se referem às demais fases do processo legislativo em si, como, por exemplo, a fase de votação.

Quando o órgão competente analisa este confronto entre a lei e a constituição, estamos diante da efetivação do fenômeno do controle de constitucionalidade.

Michel Temer⁶ também conceitua o controle de constitucionalidade:

Controlar a constitucionalidade de ato normativo significa impedir a subsistência de eficácia de norma contrária à Constituição. Também significa a conferência de eficácia plena a todos os preceitos constitucionais em face da previsão do controle da inconstitucionalidade por omissão.

É de suma importância salientar que nem todas as normas são passíveis de controle de constitucionalidade. Apenas aquelas que afrontem diretamente a Constituição poderão sofrer controle, não sendo admitido que normas que afrontem a Constituição de forma indireta ou reflexa sejam passíveis de controle.

Além disso, as normas decorrentes do Poder Constituinte Originário não podem sofrer controle. Nesse sentido, a jurisprudência do STF:

"Ação direta de inconstitucionalidade. ADI. Inadmissibilidade. Art. 14, § 4.º, da CF. Norma constitucional originária. Objeto nomológico insuscetível de controle de constitucionalidade. Princípio da unidade hierárquico-normativa e caráter rígido da Constituição brasileira. Doutrina. Precedentes. Carência da ação. Inépcia reconhecida. Indeferimento da petição inicial. Agravo improvido. Não se admite controle concentrado ou difuso de constitucionalidade de normas produzidas pelo poder constituinte originário." (ADI 4.097-AgR, Rei. Min. Cezar Peluso, j. 08.10.2008, DJE de 07.11.2008).

Por fim, há que se dizer que a CF/88 não dispôs em seu corpo a regulamentação do controle de constitucionalidade em sede estadual, limitando-se apenas a estabelecer o disposto no art. 125, §2º: *“Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão”*.

Com relação aos municípios, não há que se falar em controle, uma vez que tal ente é dotado de Lei Orgânica, e não Constituição. Já o Distrito Federal, apesar de possuir Lei Orgânica, poderá ter o art. 125, §2º aplicado ao seu caso, com a possibilidade de controle estadual, uma vez que possui natureza híbrida, tendo competências tanto estaduais quanto municipais.

⁶ Temer, Michel. Elementos de Direito Constitucional. Michel Temer. 24. ed. - São Paulo: Malheiros, 2014. Pág. 44.

2.4 Supremacia E Rigidez Constitucionais

Em determinados países, como o Brasil, por exemplo, para que se proceda à alteração do texto constitucional, é exigido um processo diferenciado daquele atinente às normas infraconstitucionais. O procedimento é mais dificultoso, dotado de extremo rigor, com maior formalidade, e é estabelecido pelo poder constituinte originário. Constituições com esta característica são denominadas rígidas. Nesse sistema, as normas tratadas na constituição se posicionam em nível hierarquicamente superior às demais, o que nos leva às ideias de supremacia e rigidez constitucionais.

A supremacia formal da norma constitucional decorre da rigidez da constituição. As normas presentes na Constituição possuem superioridade hierárquica em relação às demais, posicionando-se no topo da pirâmide normativa. Tal característica é consequência do processo de elaboração diferenciado, rígido, solene. É nela que as normas infraconstitucionais buscarão seu fundamento de validade.

Por sua vez, a supremacia material se refere ao conteúdo da norma, que é puramente constitucional.

A supremacia formal é item exclusivo das constituições rígidas e semirrígidas (na parte rígida de seu texto). No Brasil, todas as constituições foram rígidas, exceto a de 1824, que foi semirrígida.

Assim, é importante destacar que é a supremacia formal da constituição (e não material) que possibilita o controle de constitucionalidade das leis, afinal, uma norma que integra uma constituição rígida será sempre constitucional, independente de seu texto. Note-se, então, que o controle de constitucionalidade leva em consideração apenas a supremacia formal da norma constitucional, uma vez que esta é dotada de superioridade sobre as normas infraconstitucionais, pouco importando seu conteúdo.

Portanto, não há que se falar em controle de constitucionalidade em constituições flexíveis, já que nestas, o processo de elaboração das normas infraconstitucionais segue o mesmo rito das normas constitucionais e toda produção normativa tem o mesmo status formal, o que faz com que as leis novas derroguem ou revoguem todas as normas anteriores com ela incompatíveis, mesmo que sejam constitucionais.

Segundo Alexandre de Moraes⁷:

⁷ Moraes, Alexandre de Direito constitucional / Alexandre de Moraes. - 30. ed. - São Paulo: Atlas, 2014. Pág. 721.

A ideia de intersecção entre controle de constitucionalidade e constituições rígidas é tamanha que o Estado onde inexistir o controle, a Constituição será flexível, por mais que a mesma se denomine rígida, pois o Poder Constituinte ilimitado estará em mãos do legislador ordinário.

São dois os pressupostos para que haja controle de constitucionalidade, segundo as lições da doutrina clássica. O primeiro é a existência de constituição do tipo rígida. O segundo é a previsão de um mecanismo/organismo para que se efetive tal controle.

Insta ressaltar que existe a necessidade de fixação de competência para que algum órgão exerça esse controle, pois sem ele, fica inviável fazer valer a supremacia da constituição. Tais órgãos serão tratados em momento posterior.

Este é o ensinamento de Pedro Lenza⁸:

Como requisitos fundamentais e essenciais para o controle, lembramos a existência de uma Constituição rígida e a atribuição de competência a um órgão para resolver os problemas de constitucionalidade, órgão esse que variará de acordo com o sistema de controle adotado.

2.5 Tipos de Inconstitucionalidade

As normas podem ser eivadas de inconstitucionalidade por diversas formas: Inconstitucionalidade formal e material; por ação e por omissão; originária e superveniente; total e parcial; direta e indireta.

A seguir, faremos a análise separada de cada uma dessas formas.

2.5.1 Inconstitucionalidade Formal e Material

A inconstitucionalidade formal é aquela caracterizada por ocorrência de algum vício no processo legislativo de elaboração da norma. Subdivide-se em três, quais sejam:

- Inconstitucionalidade formal orgânica: decorre da não observância da competência legislativa para o ato.
- Inconstitucionalidade formal propriamente dita: decorre da inobservância do devido processo legislativo. Será subjetiva quando o vício for de iniciativa; e objetiva quando o vício ocorrer nas demais fases do processo legislativo.
- Inconstitucionalidade formal por violação a pressupostos objetivos do ato: ocorrerá em caso de violação a determinados elementos considerados determinantes em relação a certas matérias, como, por exemplo, editar uma medida provisória sem os requisitos da relevância e urgência.

⁸ Lenza, Pedro. Direito constitucional esquematizado. Pedro Lenza.- 18. cd. rev., atual. e ampl.- São Paulo: Saraiva, 2014. Pág. 275.

A inconstitucionalidade material é aquela caracterizada por vício no conteúdo da norma, que viola materialmente algum princípio ou regra estabelecidos na constituição.

Na doutrina, a inconstitucionalidade formal tem sido tratada como Nomodinâmica, uma vez que o vício ocorre no processo legislativo, o que nos dá a ideia de movimento, dinamismo. Já a inconstitucionalidade material tem sido tratada como Nomoestática, já que o vício ocorre na matéria, no conteúdo da norma, o que nos dá a ideia de vício de substância, estático⁹.

2.5.2 Inconstitucionalidade Por Ação e por Omissão

A inconstitucionalidade por ação é caracterizada pela prática de um ato comissivo que afronta a Constituição. Ou seja, um determinado órgão faz uma norma que viola a Constituição.

Por outro lado, a inconstitucionalidade por omissão é caracterizada pelo silêncio legislativo, pela omissão, quando não são tomadas as medidas necessárias para tornar aplicáveis as disposições constitucionais carentes de regulamentação. Ou seja, o legislador é omissor, e não cumpre o seu dever de legislar. A omissão poderá ser total, quando nenhuma norma é criada; ou parcial, quando a norma é criada, mas não regulamenta o tema adequadamente, é incompleta.

2.5.3 Inconstitucionalidade Originária e Superveniente

A inconstitucionalidade será originária quando a norma está viciada desde o seu surgimento, por violar normas jurídicas constitucionais então vigentes. Ou seja, a lei criada conflita e fere a constituição.

Já a inconstitucionalidade superveniente se caracteriza pela incompatibilidade da norma com a posterior modificação da constituição. Ao nascer, a norma é totalmente compatível com a constituição, mas em função de mudança posterior no texto constitucional, ela passa a ser incompatível.

Vale ressaltar que o Supremo Tribunal Federal (STF) não admite a inconstitucionalidade superveniente, uma vez que considera a situação hipótese de mero caso de revogação do texto pretérito, ou de não recepção da lei antiga pela nova disposição

⁹ Lcnza, Pedro. Direito constitucional esquematizado. Pedro Lcnza.- 18. cd. rcv., atual. e ampl.- São Paulo: Saraiva, 2014. Pág. 287.

constitucional, por sei a lei materialmente incompatível com o novo texto da constituição. Tal entendimento foi consagrado na ADPF 130/DF.

2.5.4 Inconstitucionalidade Total e Parcial

A Inconstitucionalidade total ocorre quando o inteiro teor do ato normativo fere a Constituição. Já a inconstitucionalidade parcial é verificada quando uma parcela, uma parte do ato viola a Constituição.

Destacamos que a declaração de inconstitucionalidade feita pelo Poder Judiciário poderá abranger somente uma parcela da norma, um artigo, parágrafo, inciso, alínea, fração de artigo ou até mesmo sobre uma única palavra ou expressão. Tal possibilidade é decorrente da *teoria da divisibilidade da lei*, que é bem aceita pela doutrina e jurisprudência nacionais.

Há casos em que o STF poderá declarar que determinado sentido da norma ou forma de aplicação é inconstitucional. Tal fenômeno é denominado declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto. Além disso, há a previsão da chamada interpretação conforme a constituição, quando o STF analisa uma norma e constata que algumas de suas interpretações são inconstitucionais, e somente uma delas é compatível com a Constituição Federal.

Tais possibilidades estão expressamente previstas no art. 28, parágrafo único, da Lei 9868/99: *Parágrafo único. 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.*

Perfeita é a distinção feita por Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino¹⁰:

Segundo essa linha de raciocínio, na declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, afasta-se a aplicação de um dispositivo legal a um grupo de pessoas ou situações; relativamente às demais pessoas ou situações, a lei se aplica sem restrições (não se manda adotar uma interpretação específica para os dispositivos legais; tampouco se veda a adoção de alguma interpretação). No caso da interpretação conforme a Constituição, o Supremo Tribunal Federal ordena que seja conferida determinada interpretação a dispositivo ou dispositivos de uma lei, ou proíbe a adoção de uma interpretação específica.

¹⁰ Direito Constitucional descomplicado. Vicente Paulo, Marcelo Alexandrino. - 14. ed. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2015. Pág. 786.

2.5.5 Inconstitucionalidade Direta e Indireta

A inconstitucionalidade direta, também conhecida como imediata ou antecedente, é verificada quando a desconformidade se dá diretamente entre a norma e a Constituição Federal, não havendo nenhuma norma intermediária entre elas.

Em sentido diverso, a inconstitucionalidade indireta, também denominada mediata, ocorre quando há uma norma intermediária entre a Constituição e o ato normativo. Como exemplo, podemos citar a hipótese de existência entre a Constituição e uma dada lei, de um decreto que regulamente tal lei.

A inconstitucionalidade indireta se subdivide em duas categorias, quais sejam:

- Consequente, derivada, por arrastamento ou atração: o vício de uma norma decorre da inconstitucionalidade de outra. Exemplo: Decreto expedido para regulamentação de norma inconstitucional.
- Reflexa ou oblíqua: haverá a violação de uma lei regulamentadora (norma primária) de dispositivo constitucional, por um decreto regulamentador (norma secundária) da aludida lei, expedido para a fiel execução da mesma.

O STF não admite o controle de constitucionalidade em caso de ocorrência da inconstitucionalidade indireta. Afinal, o fundamento de validades de normas indiretas é a lei que estas regulamentam, e se houver algum vício, o mesmo será mero caso de ilegalidade. Portanto, não há que se falar em controle de inconstitucionalidade, mas sim em controle de legalidade.

O controle de constitucionalidade só será admitido em caso de norma que viole diretamente a Constituição Federal.

2.6 Natureza do órgão que exerce o controle de Constitucionalidade

Quanto à natureza do órgão que exerce o controle de constitucionalidade, estes podem ser divididos em três: Político, Jurisdicional, Híbrido.

O controle será Político quando a Constituição outorga a competência para fiscalização da validade das leis a um órgão específico, que não integra nenhum dos três poderes. Trata-se de órgão de natureza especial.

Será Jurisdicional o controle quando este é realizado pelo Poder Judiciário, podendo ser feito através de um só órgão (controle concentrado), ou por qualquer juiz ou tribunal (controle difuso).

A terceira hipótese é o controle Híbrido, que consiste em uma reunião do controle político com o jurisdicional. Aqui, uma determinada parcela das normas serão controladas por

um órgão especial, distinto dos 3 poderes; enquanto as demais normas serão analisadas pelo poder judiciário.

No Brasil, prevalece a adoção do Controle Jurisdicional, ressalvados os excepcionais casos em que o Poder Legislativo e o Executivo poderão exercer este controle, tratados no capítulo a seguir.

2.7 Momentos de Controle de Constitucionalidade: Preventivo e Repressivo

O controle poderá ser realizado em dois momentos. Será preventivo (ou prévio, a priori) quando feito antes da promulgação da norma, ou seja, antes do projeto virar lei. E será repressivo (ou típico, sucessivo, a posteriori) após a promulgação da norma, ou seja, quando a lei já tiver sido promulgada.

2.7.1 Controle Preventivo (Prévio, A priori)

O controle preventivo é aquele realizado no decorrer do processo legislativo de elaboração da norma. Pode ser realizado pelos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Essa espécie de controle ocorre antes da promulgação da lei, e tem por escopo evitar a lesão à Constituição.

No âmbito do Poder Legislativo, o controle prévio é realizado através das Comissões de constituição, justiça e cidadania (art. 58, § 2º, I, CF/88), presentes na Câmara dos Deputados e no Senado Federal. O parecer dessas comissões pela inconstitucionalidade do projeto será terminativo, arquivando-se o projeto definitivamente. Todavia, é ressalvada a hipótese de recurso ao plenário da respectiva casa, nos termos de seus respectivos regimentos internos.

O Poder Executivo realizará controle preventivo no momento em que o projeto de lei, após passar por todo o processo legislativo, é enviado ao Presidente da República, que poderá sancioná-lo, ou vetá-lo se entender que este é inconstitucional. Tal matéria é tratada pelo art. 66, § 1º e seguintes da CF/88, que aduz que *“Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á 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”.

O poder Judiciário realiza o controle preventivo em uma única hipótese. Trata-se da possibilidade de um parlamentar, por entender que determinado projeto de lei fere à Constituição, impetrar mandado de segurança para garantir seu direito líquido e certo de participar de um processo legislativo hígido, legal. É um controle exercido pela via de exceção, ou de defesa.

Essa possibilidade de impetrar mandado de segurança só é dada a quem detenha a condição de parlamentar, uma vez que o direito público subjetivo de participar de um processo legislativo hígido só pertence aos membros do Poder Legislativo. Esse é o entendimento consolidado pelo STF:

CONSTITUCIONAL. PROCESSO LEGISLATIVO: CONTROLE JUDICIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. I. - O parlamentar tem legitimidade ativa para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de leis e emendas constitucionais que não se compatibilizam com o processo legislativo constitucional. Legitimidade ativa do parlamentar, apenas. II. - Precedentes do MS 20.257/DF">STF: MS 20.257/DF, Ministro Moreira Alves, RT (leading case) J 99/1031; MS 21.642/DF, Ministro Celso de Mello, RDA 191/200; MS 21.303-AgR/DF, Ministro Octavio Gallotti, RTJ 139/783; MS 24.356/DF, Ministro Carlos Velloso," DJ " de 12.09.2003. III. - Inocorrência, no caso, de ofensa ao processo legislativo, C.F., art. 60, § 2º, por isso que, no texto aprovado em 1º turno, houve, simplesmente, pela Comissão Especial, correção da redação aprovada, com a supressão da expressão "se inferior", expressão dispensável, dada a impossibilidade de a remuneração dos Prefeitos ser superior à dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. IV. - Mandado de Segurança indeferido. (STF - MS: 24642 DF, Relator: Min. CARLOS VELLOSO, Data de Julgamento: 18/02/2004, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 18-06-2004)

Em caso de perda do mandato antes do julgamento do Mandado de Segurança, este será extinto por falta de legitimidade.

2.7.2 Controle Repressivo (Típico, Sucessivo, A posteriori)

O controle repressivo será exercido após o término do processo legislativo, com a lei já devidamente promulgada, ainda que pendente de publicação. Ou seja, a lei já adentrou no ordenamento jurídico.

O Poder Legislativo exercerá controle repressivo nas hipóteses de sustação de atos normativos que exorbitem os limites da delegação legislativa ou do poder regulamentar, conforme previsto no art. 49, V, da CF/88; e também em caso de rejeição de Medidas Provisórias (nos termos do art. 62, CF/88) que forem consideradas inconstitucionais.

No caso do Poder Executivo, o controle de constitucionalidade repressivo é consubstanciado na hipótese de inaplicabilidade de determinada norma, com fundamento na sua inconstitucionalidade.

Este é o entendimento do STF e do STJ, exposto a seguir:

“Os Poderes Executivo e Legislativo, por sua Chefia – e isso mesmo tem sido questionado com o alargamento da legitimação ativa na ação direta de inconstitucionalidade –, podem tão-só determinar aos seus órgãos subordinados que deixem de aplicar administrativamente as leis ou atos com força de lei que considerem inconstitucionais. (STF – Pleno – ADI 221/DF – medida cautelar – Rel. Min. Moreira Alves, Diário da Justiça, Seção I, 22 out. 1993, p. 22.251. Conferir a íntegra do Acórdão: RTJ 151/331)”.

“LEI INCONSTITUCIONAL - PODER EXECUTIVO - NEGATIVA DE EFICACIA. O PODER EXECUTIVO DEVE NEGAR EXECUÇÃO A ATO NORMATIVO QUE LHE PAREÇA INCONSTITUCIONAL. (STJ - REsp: 23121 GO 1992/0013460-2, Relator: Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Data de Julgamento: 06/10/1993, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 08.11.1993 p. 23521
LEXSTJ vol. 55 p. 152)”.

Insta ressaltar, também, a possibilidade do Tribunal de Contas da União (TCU), no exercício de suas atribuições, apreciar a constitucionalidade das leis e atos do Poder Público. Tal entendimento foi consagrado na súmula 347 do STF, com a seguinte redação: “*O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público*”.

O Poder Judiciário exerce o controle de constitucionalidade repressivo de duas formas, em um sistema jurisdicional misto, através do controle difuso e do controle concentrado.

O Controle Difuso é aquele feito por qualquer juiz ou tribunal, de forma incidental, em julgamento de caso concreto.

O Controle Concentrado é exercido exclusivamente pelo STF, de maneira abstrata.

Devido à grande importância destas duas formas de controle efetuadas pelo Poder Judiciário, a matéria será tratada pormenorizadamente no capítulo seguinte.

3 Controle Difuso e Controle Concentrado de Constitucionalidade

No direito brasileiro, a CF/88 elegeu duas hipóteses de controle jurisdicional de constitucionalidade, que são o controle difuso e o controle concentrado. A regra é que este controle seja feito de forma repressiva, buscando expurgar do ordenamento jurídico as normas inconstitucionais. Todavia, excepcionalmente ele poderá ser feito de maneira preventiva, conforme já narrado no capítulo anterior.

3.1 Controle Difuso de Constitucionalidade

Este modelo de controle foi consagrado no Brasil com o advento da Constituição Republicana de 1.891, sob forte influência do direito norte americano. Em síntese, o controle difuso de constitucionalidade é aquele realizado por qualquer juiz ou tribunal, de maneira incidental.

3.1.1 Origem Histórica do Controle Difuso

Conforme narrado anteriormente, a origem do controle difuso de constitucionalidade é o direito norte americano. Em 1.803, no julgamento do caso *Marbury vs Madison*, o Juiz John Marshall, *Chief Justice*, decidiu que ante a existência de conflito entre a aplicação de uma norma em concreto e a Constituição, a Constituição sempre deverá prevalecer, pois é hierarquicamente superior. Este entendimento consagra a hipótese de que o Poder Judiciário pode afastar a aplicação de uma norma por entendê-la inconstitucional. Desde então, foi pacificada a ideia de que o Poder Judiciário, em todas as suas instâncias, só devem aplicar aos casos concretos as leis que forem compatíveis com a Constituição.

Assim, o caso *Marbury vc. Madison* inaugura o princípio de que é cabível aos tribunais a revisão de atos dos poderes executivo e legislativo, se estes afrontarem a constituição. Percebe-se, então, que o *judicial review* é uma criação jurisprudencial da Suprema Corte dos Estados Unidos da América. E é por essa razão que tal sistema é conhecido como sistema americano de controle de constitucionalidade.

No Brasil, o sistema difuso foi implantado e estruturado pela Constituição de 1.891, sendo esta o nascedouro do controle difuso em nosso ordenamento jurídico.

3.1.2 Conceito de Controle Difuso

O controle difuso, repressivo ou posterior, ou também denominado de controle pela via de exceção ou de defesa, ou controle aberto, é aquele realizado por qualquer juízo ou tribunal do Poder Judiciário, que reconhecerá a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, de maneira incidental, no julgamento de um caso concreto.

Repressivo ou posterior porque a norma atacada já está em plena vigência no ordenamento jurídico.

Pela via de exceção ou de defesa, pois este não é o objeto principal da lide, mas sim uma questão prévia, indispensável ao julgamento do mérito. O interessado busca a declaração de inconstitucionalidade como forma de defesa, para afastar que a lei inconstitucional fira o seu direito subjetivo.

Aberto, pois pode ser feito por qualquer juízo ou tribunal, respeitando-se as regras de competência trazidas no processo civil.

Concreto, pois é julgado durante a análise de um caso concreto, onde alguém pede a tutela de um direito subjetivo, e surge a dúvida a respeito da constitucionalidade de determinada lei.

É incidental, pois a declaração de inconstitucionalidade é feita incidentalmente, ou seja, não constitui o objetivo principal da ação. A inconstitucionalidade serve apenas de fundamento ao pedido principal, que é a tutela do direito subjetivo da parte.

O STF entende que a única possibilidade de controle difuso prévio ocorre sobre projeto de lei ainda em trâmite no congresso nacional, só podendo este ocorrer pela via incidental, quando algum parlamentar impetra mandado de segurança objetivando garantir seu direito subjetivo de participar de um processo legislativo hígido, regular.

O procedimento de declaração incidental de inconstitucionalidade segue regulamentado pelo Código de Processo Civil, em seus artigos 948 a 950.

Conclui-se, então, que o controle difuso de constitucionalidade é a possibilidade dada a qualquer juiz ou tribunal de verificar, na análise de um caso concreto, se a norma a ser aplicada mostra-se em consonância com a Constituição Federal.

3.1.3 Competência

A competência para o controle difuso é pertencente a todo e qualquer juízo ou tribunal no âmbito do Poder Judiciário, que poderão decidir pela inconstitucionalidade de uma norma, e afastar sua aplicação, no julgamento de um caso concreto.

Quando se fala em qualquer juízo ou tribunal, queremos dizer essa competência pertence tanto a juiz de primeiro grau, quanto ao Tribunal de Justiça de um estado, e pode chegar até ao STF, inclusive. Ou seja, é uma competência que abrange todo o Poder Judiciário.

Só deve ser feita uma ressalva com relação ao controle difuso perante os Tribunais. Quando forem analisar a constitucionalidade de uma determinada lei ou ato normativo, deve ser respeitada a chamada *cláusula de reserva de plenário*. Segundo esta regra, o Tribunal só pode declarar uma lei ou ato normativo como inconstitucional pelo voto da maioria de seus membros. Assim, em caso de surgimento de controvérsia a respeito da inconstitucionalidade da lei, a questão deve ser imediatamente remetida ao Pleno ou órgão especial do Tribunal, para que decida tal arguição.

Tal regra está prevista no art. 97, CF/88, que aduz: *Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público.*

A inobservância da cláusula de reserva de plenário causará a nulidade absoluta da decisão proferida pelo órgão fracionário.

A única exceção à cláusula de reserva de plenário ocorrerá quando o órgão especial ou pleno do tribunal, ou do STF, já tiver decidido acerca da inconstitucionalidade de tal ato normativo ou lei, conforme o disposto no artigo 949, parágrafo único do Código de Processo Civil, que assim estabelece: *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.*

Portanto, quando já houver decisão do pleno do tribunal, ou do STF, o órgão fracionário poderá declarar a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo.

Registre-se também que, a decisão de órgão fracionário do Tribunal que não remete o caso ao pleno, mas analisa implicitamente o pedido, apreciando a constitucionalidade da lei, viola a cláusula de reserva de plenário. Este é o entendimento consagrado na súmula vinculante nº 10 do STF: *Viola a cláusula de reserva de plenário 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.

3.1.4 Efeitos da Decisão

Via de regra, a sentença que declara a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo em sede de controle difuso possui efeitos *Ex Tunc* e *Inter Partes*, mesmo que seja proferida pelo STF. O efeito será *ex tunc* porque a declaração de inconstitucionalidade da lei retroagirá até o seu início, tornando nulos todos os efeitos por ela produzidos. O efeito será também *inter partes*, ou seja, só produzirá efeitos para as partes alcançadas por aquela decisão judicial, não alcançando pessoas que não participaram daquele determinado processo.

Todavia, o STF tem o entendimento de que é possível aplicar efeitos *Ex Nunc* ou *Pro futuro* a esta decisão de controle difuso, utilizando-se, por analogia, do artigo 27 da lei 9868/99, que consagra:

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.

Trata-se da chamada modulação dos efeitos da decisão, que visa garantir a segurança jurídica e o interesse social, aplicando efeitos futuros à decisão tomada. Segundo Pedro Lenza¹¹, o *leading case* foi o julgamento do RE 197.917, pelo qual o STF reduziu o número de vereadores do município de Mira Estrela-SP de 11 para 9, determinando que a aludida decisão só atingisse a próxima legislatura.

De qualquer forma, a decisão continuará a gerar efeitos somente para as partes do processo. Em relação a terceiros que não são partes na ação, a lei continuará a vigorar normalmente, produzindo todos os seus efeitos.

Essa é a regra.

Todavia, existe uma exceção, para que se façam as decisões proferidas em controle difuso pelo STF valerem em relação a todos. É a exceção prevista no artigo 52, X, da CF/88, que prevê a atuação do Senado Federal. Por ser de suma importância para a presente monografia, tal situação será tratada a seguir, de maneira detalhada.

¹¹ Lenza, Pedro. Direito constitucional esquematizado. Pedro Lenza.- 18. cd. rcv., atual. e ampl.- São Paulo: Saraiva, 2014. Pág. 314.

3.1.5 O Papel do Senado Federal no Controle Difuso de Constitucionalidade

A Constituição Federal traz em seu bojo a possibilidade de estender validade *erga omnes* nas decisões proferidas pelo STF em controle difuso de constitucionalidade, quando se declara uma determinada lei ou ato normativo inconstitucional, total ou parcialmente, evitando-se que cada um provoque o Judiciário autonomamente. Tal regra foi inaugurada na CF de 1934, e com exceção da CF de 1937, foi mantida em todas as posteriores.

A suspensão da execução de lei declarada inconstitucional pelo STF em sede de controle difuso se dá por ato do Senado Federal, conforme preleciona o artigo 52, X, da CF/88: *Compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.*

O primeiro passo é o trânsito em julgado da decisão proferida pelo STF que declare a inconstitucionalidade total ou parcial de uma lei ou ato normativo, sempre devendo ser observada a cláusula de reserva de plenário. Após a certificação do trânsito em julgado desta decisão, o Senado será comunicado para que exerça sua competência. A atuação do Senado Federal pode ser dar em relação a normas federais, estaduais, distritais e municipais.

Após receber a comunicação, o Senado fará a análise, e decidirá se suspende ou não a eficácia da norma. A maioria da doutrina e da jurisprudência entende que o Senado não está obrigado a suspender a execução da lei declarada inconstitucional pelo STF, e atuará com discricionariedade política, tendo liberdade para decidir sobre o cumprimento do art. 52, X, da CF/88. A jurisprudência do STF é pacífica neste entendimento.

Também neste sentido, são as palavras do Ministro Aliomar Baleeiro¹²:

O senado é o senhor da deliberação de suspender ou não suspender lei declarada inconstitucional. Seria supérflua a disposição, que o convertesse em porteiro de auditórios para solenizar a decisão do Supremo Tribunal Federal. Era mais simples, nesse caso, declarar que ficariam sem nenhum efeito as leis julgadas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal (...). Em verdade, ao Senado deve reconhecer-se a discricção de apreciar a conveniência nacional de suspender ou não os atos dados como inconstitucionais.

Conforme preceitua Pedro Lenza¹³, se houvesse obrigatoriedade, estaríamos diante de uma flagrante afronta ao princípio da Separação dos Poderes.

O instrumento utilizado pelo Senado para efetuar a suspensão será a Resolução.

¹² BALEEIRO, Aliomar. O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido, Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 97-98.

¹³ Lenza, Pedro. Direito constitucional esquematizado. Pedro Lenza.- 18. cd. rcv., atual. e ampl.- São Paulo: Saraiva, 2014. Pág. 317.

A suspensão da lei ou ato normativo inconstitucional pelo Senado Federal produzirá efeitos de natureza *erga omnes* (ou seja, para todos), e *ex nunc*, a partir da sua publicação na Imprensa Oficial. Todavia, para a Administração Pública direta e indireta, os efeitos serão *ex tunc*, por força do disposto no art. 1º, §2º, do Decreto 2346/97.

O Senado é livre para apreciar se suspende ou não a norma. Todavia, jamais poderá restringir ou ampliar a extensão da decisão proferida pelo STF. Se optar pela suspensão, deverá fazê-la dentro dos limites estabelecidos na declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF.

O assunto tratado neste ponto é de suma importância ao aprofundamento da presente monografia. Eis aqui o marco inicial para a discussão do que será proposto no capítulo 4 deste trabalho.

A resposta à afirmação do parágrafo anterior se encontra no entendimento adotado pelo Ministro Gilmar Mendes. Segundo o pensamento do nobre ministro, a competência atribuída ao Senado Federal no art. 52, X, da CF/88, que consiste em suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo STF em sede de controle difuso de constitucionalidade, em verdade, seria apenas para dar publicidade à referida decisão proferida.

Portanto, no entendimento de Gilmar Mendes, a decisão do Senado não mais confere eficácia ao julgado do STF, pois a decisão do Pretório Excelso já possui essa característica, esse efeito. Em verdade, o Senado apenas dará publicidade ao que foi decidido pelo STF.

Eis o cerne da questão a ser tratada no capítulo 4 do presente trabalho, que configura o ponto central da presente monografia.

3.2 Controle Concentrado de Constitucionalidade

O controle concentrado de constitucionalidade é, em síntese, aquele realizado por um único órgão, concentrando-se em apenas um Tribunal. No Brasil, tal atribuição pertence ao STF.

Nos dizeres de Alexandre de Moraes¹⁴:

Por meio desse controle, procura-se obter a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em tese, independentemente da existência de um caso concreto, visando-se à obtenção da invalidação da lei, a fim de garantir-se a segurança das relações jurídicas, que não podem ser baseadas em normas inconstitucionais. A declaração da inconstitucionalidade, portanto, é o objeto principal da ação, da mesma forma que ocorre nas Cortes Constitucionais europeias,

¹⁴ Moraes, Alexandre de Direito constitucional / Alexandre de Moraes. - 30. ed. - São Paulo: Atlas, 2014. Pág. 748.

diferentemente do ocorrido no controle difuso, característica básica do judicial review do sistema norte-americano.

3.2.1 Origem Histórica do Controle Concentrado

O controle concentrado de constitucionalidade surgiu na Constituição da Áustria. Em 1920, sob forte influência das ideias do jurista Hans Kelsen. Na visão adotada por Kelsen, a função de fiscalizar a validade das leis era uma tarefa de extrema importância, e não poderia ser delegada a todos os membros do Poder Judiciário. Tal atribuição deveria ser dada com exclusividade a uma Corte Constitucional. Seguindo essa linha de pensamento, foi criado o Tribunal Constitucional Austríaco, que detinha a função de fiscalizar a validade das leis.

Kelsen entendia que a função primordial do controle concentrado seria a defesa da Constituição, anulando-se as leis que com esta se apresentassem incompatíveis. Em sua Teoria Pura do Direito, defendia que a Constituição era uma norma absolutamente pura, e não sofria nenhuma influência de fatores políticos, sociais, filosóficos, morais.

No Brasil, o modelo de controle concentrado foi efetivamente adotado no ordenamento jurídico a partir da EC nº 16/65, que conferiu ao STF a competência de julgar a chamada representação de inconstitucionalidade, cujo legitimado para propositura era o Procurador Geral da República.

Merecem destaque as palavras de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino¹⁵:

A Emenda Constitucional 16/1965, introduziu em nosso ordenamento o controle abstrato de normas. A competência foi atribuída ao Supremo Tribunal Federal para julgamento de ação direta de inconstitucionalidade (ADI) de normas federais e estaduais em face da Constituição Federal, sendo a legitimação para a propositura conferida exclusivamente ao Procurador-Geral da República. Somente a partir dessa emenda o sistema jurídico brasileiro passou a admitir a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade em tese de atos normativos do Poder Público, mediante controle concentrado, pela via direta - e não mais somente diante de casos concretos, pela via incidental.

3.2.2 Conceito de Controle Concentrado

O controle concentrado, também conhecido como principal, abstrato, por via de ação, ou por via direta, é aquele exercido por um só órgão, que concentra a função de analisar a constitucionalidade das leis. Aqui, o controle é exercido independentemente da existência de um caso concreto, e visa exclusivamente à análise da constitucionalidade da norma.

¹⁵ Direito Constitucional descomplicado I Vicente Paulo, Marcelo Alexandrino. - 14. ed. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2015. Pág. 798.

É abstrato, pois é feito em relação à norma, independente dos efeitos que ela produziu ou de casos concretos. É por ação ou principal, uma vez que a declaração de inconstitucionalidade da norma é objetivo principal do processo.

No Brasil, o órgão competente para exercer o controle concentrado é o Supremo Tribunal Federal.

Vale destacar que, no processo de controle concentrado, o objetivo é a defesa do ordenamento jurídico, e por isso, não há que se falar em partes no processo.

3.2.3 Competência

O Supremo Tribunal Federal é o guardião da constituição, e é ele quem realiza o controle concentrado de normas, no caso de normas que violem a Constituição Federal. Nos casos de violações às Constituições dos estados membros, o controle será exercido pelos respectivos Tribunais de Justiça.

Para a efetivação do controle de constitucionalidade concentrado perante o STF, a CF/88 definiu como mecanismos as seguintes ações:

- a) Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI genérica (regulamentada pela Lei nº 9868/99);
- b) Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão - ADO (regulamentada pela Lei nº 9868/99);
- c) Ação Declaratória de Constitucionalidade - ADC (regulamentada pela Lei nº 9868/99);
- d) Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF (regulamentada pela Lei nº 9882/99);

O rol de legitimados à propositura das supracitadas ações é taxativo, e estes estão elencados no art. 103 da CF/88, que preceitua:

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 Assembleia 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.

No caso da ADPF, a lei 9882/99 em seu art. 2º, aduz que os legitimados são os mesmos da ADI. Com relação à ADC, regulada pela lei 9868/99, após o advento da EC 45/2004, esta passou a ter os legitimados coincidindo com aqueles da ADI.

Percebe-se que o controle concentrado difere-se muito do difuso. Neste, qualquer pessoa pode arguir a inconstitucionalidade de uma determinada lei. Já no concentrado, apenas

os legitimados detém essa prerrogativa, pois se trata de um processo no qual objetiva-se a retirar uma lei do ordenamento jurídico, e não resolver um caso concreto.

A seguir, serão apresentadas breves considerações sobre cada uma das ações do controle concentrado. O tema não será aprofundado, pois não é este o núcleo central do presente trabalho.

- a) A ADI é utilizada para arguir a inconstitucionalidade de qualquer lei ou atos normativos federais e estaduais, emendas à constituição, medidas provisórias, tratados internacionais, dentre outras. Não poderão ser analisados em sede de ADI súmulas, lei de eficácia exaurida ou já revogada, regulamentos subordinados, normas constitucionais autônomas, etc..
- b) A ADO poderá ser utilizada com o fito de tornar efetiva norma constitucional em razão de omissão de qualquer dos poderes ou de órgão administrativo.
- c) A ADC é utilizada para declarar expressamente a constitucionalidade de determinada lei. Só pode ser utilizada para analisar leis ou atos normativos federais.
- d) A ADPF é um tipo de ação utilizada com o objetivo de evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. Também poderá ser utilizada para questionar leis municipais em relação à CF/88, ou leis anteriores à CF/88. Possui caráter subsidiário.

3.2.4 Efeitos da Decisão

As decisões de mérito em controle concentrado de constitucionalidade são, via de regra, dotadas de eficácia *erga omnes*, *ex tunc*, e vinculantes.

Erga omnes, pois a decisão atinge a todas as pessoas.

Ex tunc, pois a decisão retroagirá ao momento de origem da norma impugnada.

Vinculante, porque obriga ao seu cumprimento todos os órgãos do Poder Judiciário, e também da Administração Pública direta e indireta de todos os entes da federação. Todavia, o efeito vinculante não se estende ao Poder Legislativo, que é livre em no exercício de sua função legiferante, e ao próprio STF.

Excepcionalmente, as decisões de mérito poderão ter seus efeitos modulados, passando a ser *ex nunc* ou *pro futuro*, ou seja, não retroagindo. Tal previsão está estabelecida no art. 27 da Lei 9868/99, bem como no art. 11 da Lei 9882/99.

As ações em controle concentrado admitem a possibilidade de medida cautelar. Em regra, os efeitos da cautelar serão *ex nunc e erga omnes*. Todavia, existe a possibilidade de efeitos *ex tunc*, conforme o art. 11, §1º, da lei 9868/99.

Há que se destacar que, em caso de ADO, a decisão de mérito determinará que seja dada ciência ao órgão ou poder competente para que tome as providências cabíveis, nos termos do art. 12, h, da lei 9868/99. Se tal órgão for administrativo, o prazo para a adoção das

medidas cabíveis será de 30 (trinta) dias, conforme a inteligência do art. 12, H, §1º, da lei 9868/99.

Após estas breves considerações, o próximo capítulo trará a análise pormenorizada do núcleo dessa monografia, consistente na proposta de Abstrativização do controle difuso de constitucionalidade.

4 A tendência da Abstrativização do Controle Difuso de Constitucionalidade no Direito Brasileiro

Após a apresentação dos principais pontos e conceitos do controle de constitucionalidade, passamos ao profundo estudo do fenômeno da Abstrativização. Iniciamos o assunto através da conceituação deste moderno instituto, que se traduz no cerne dessa monografia.

4.1 Conceito de Abstrativização

Sabemos que os efeitos de uma decisão em sede de controle difuso de constitucionalidade são *inter partes*. Para que sua decisão seja estendida às demais pessoas, a CF trouxe em seu texto a previsão do art. 52, X, que determina ser de competência do Senado Federal a suspensão, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF. Ou seja, a decisão em controle difuso, em princípio, não tem o poder de gerar efeitos a pessoas diversas das partes do processo. A lei continua gerando efeitos para todos os demais, e só é considerada nula para o caso concreto objeto do processo. Os efeitos *erga omnes* serão possíveis somente por via de controle concentrado de constitucionalidade.

Ocorre que, recentemente, podemos perceber uma mudança na jurisprudência do STF tendente a aproximar cada vez mais os efeitos do controle difuso e do controle concentrado de constitucionalidade. Tal tendência se traduz na aplicação de efeitos *erga omnes* às decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade. Esse é o conceito da Abstrativização.

A Abstrativização consiste na aplicação de efeitos *erga omnes* e vinculante, próprios do controle concentrado, às decisões proferidas pelo STF em sede de controle difuso de constitucionalidade, sem que haja a participação do Senado Federal. Ou seja, busca-se dar efeitos de controle abstrato em um processo que julga um caso concreto.

Tal tema não é pacífico na doutrina, gerando enormes debates a respeito de sua aplicação. Além disso, a sua nomenclatura também varia. Marcelo Novelino utiliza a expressão Abstrativização, enquanto Pedro Lenza prefere tratar o tema como Transcendência dos motivos determinantes da decisão. Independente do nome utilizado, o efeito que se busca é o mesmo.

Essa corrente de pensamento defende que as declarações de inconstitucionalidade proferidas incidentalmente no controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal tem eficácia

vinculante e *erga omnes*, independente da edição de resolução pelo Senado Federal para suspender a execução do ato declarado inconstitucional, conforme previsto no art. 52, X, da CF.

4.2 Fundamento Base: Mutação Constitucional

Podemos enxergar a Abstrativização como uma excelente forma de economia processual, uma vez que as pessoas que se encontram em situação semelhante não precisariam invocar o poder judiciário para solucionar sua questão, pois a decisão do STF no julgamento de um caso concreto valeria para todos. Além disso, o instituto nos traz uma maior segurança jurídica, posto que evita decisões diferentes acerca de uma determinada questão.

Mas o fundamento base da teoria da Abstrativização é a mutação constitucional.

A mutação constitucional ocorre quando o STF confere uma nova interpretação ao texto constitucional, sem que haja mudança no texto em si. Ou seja, muda-se somente o sentido do texto, mas não sua forma escrita. Portanto, podemos perceber claramente que os adeptos da tese da Abstrativização se baseiam em uma mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal.

Assim, através desta mutação, o Senado passa a ter o simples papel de dar publicidade à decisão do STF. Ou seja, competirá ao Senado publicar a decisão do STF que declara inconstitucional, ao invés de suspendê-la.

Este é o entendimento do nobre Ministro Gilmar Mendes¹⁶:

Parece legítimo entender que a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Dessa forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa força normativa. Parece evidente ser essa a orientação implícita nas diversas decisões judiciais e legislativas acima referidas. Assim, o Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, uma vez que não cuida de decisão substantiva, mas de simples dever de publicação, tal como reconhecido a outros órgãos políticos em alguns sistemas constitucionais (Constituição austríaca, art. 140, 5, publicação a cargo do Chanceler Federal, e Lei Orgânica da Corte Constitucional Alemã, art. 31,2, publicação a cargo do Ministro da Justiça). A não publicação não terá o condão de impedir que a decisão do Supremo assuma a sua real eficácia.

¹⁶ Mendes, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 9. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2014. Pág. 1122.

Além disso, é importante salientar que, como defendem os Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, a não atribuição de efeitos *erga omnes* e vinculantes à decisão do STF em controle difuso faria o Supremo se tornar uma mera instância recursal, por descontentamento, fugindo de seu papel que é o de guardião da Constituição. Além disso, Gilmar defende que a própria Súmula Vinculante reforça a ideia de mutação do art. 52, X, da CF, uma vez que permite a declaração de inconstitucionalidade sem interferência do Senado Federal.

Mais uma vez, faz-se necessária a transcrição das sábias palavras de Gilmar Mendes¹⁷:

Essa solução resolve de forma superior uma das tormentosas questões da nossa jurisdição constitucional. Superam-se, assim, também as incongruências, cada vez maiores, entre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a orientação dominante na legislação processual, de um lado, e, de outro, a visão doutrinária ortodoxa e – permita-nos dizer – ultrapassada do disposto no art. 52, X, da Constituição de 1988. Ressalte-se que a adoção da súmula vinculante reforça a ideia de superação do art. 52, X, da CF, na medida em que permite aferir a inconstitucionalidade de determinada orientação pelo próprio Tribunal sem qualquer interferência do Senado Federal. Em verdade, a súmula vinculante permite conferir efeito vinculante aos próprios fundamentos determinantes das decisões adotadas, como referência do enunciado. Por último, observe-se que a adoção da técnica da declaração de inconstitucionalidade com limitação de efeitos parece sinalizar que o Tribunal entende estar desvinculado de qualquer ato do Senado Federal, cabendo tão somente a ele – Tribunal – definir os efeitos da decisão.

Todavia, como já dito anteriormente, este assunto não é pacífico na doutrina. Muitos adotam posição contrária, por entender que a Abstrativização usurpa a competência do Senado Federal, elencada no art. 52, X, da CF.

Em posição contrária à Abstrativização, destacamos o pensamento de Pedro Lenza¹⁸:

Por todo o exposto, embora a tese da transcendência decorrente do controle difuso pareça bastante sedutora, relevante e eficaz, inclusive em termos de economia processual, de efetividade do processo, de celeridade processual (art. 5.º, LXXXVIII - Reforma do Judiciário) e de implementação do princípio da força normativa da Constituição (Konrad Hesse), afigura-se faltar, ao menos em sede de controle difuso, dispositivos e regras, sejam processuais, sejam constitucionais, para a sua implementação.

O efeito *erga omnes* da decisão foi previsto somente para o controle concentrado e para a súmula vinculante (EC n. 45/2004) e, em se tratando de controle difuso, nos termos da regra do art. 52, X, da CF/88, somente após atuação discricionária e política do Senado Federal.

No controle difuso, portanto, não havendo suspensão da lei pelo Senado Federal, a lei continua válida e eficaz, só se tornando nula no caso concreto, em razão de sua não aplicação.

¹⁷ Mendes, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 9. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2014. Pág. 1122.

¹⁸ Lenza, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. Pedro Lenza.- 18. cd. rcv., atual. e ampl.- São Paulo: Saraiva, 2014. Pág. 321.

Assim, na medida em que a análise da constitucionalidade da lei no controle difuso pelo STF não produz efeito vinculante, parece que somente mediante necessária reforma constitucional (modificando o art. 52, X, e a regra do art. 97) é que seria possível assegurar a constitucionalidade dessa nova tendência - repita-se, bastante "atraente" - da transcendência dos motivos determinantes no controle difuso, com caráter vinculante. Se aceita nos parâmetros propostos, a transcendência, com caráter erga omnes, dos motivos determinantes da sentença no controle difuso autorizaria, inclusive, o uso da reclamação em caso de descumprimento da tese constitucional resolvida enquanto questão prejudicial. Outra não poderia ser a interpretação.

Por fim, sustentamos (já que não nos filiamos à teoria da abstrativização) a possibilidade de se conseguir o objetivo pretendido mediante a edição de súmula vinculante, o que, em nosso entender, seria muito mais legítimo e eficaz, além de respeitar a segurança jurídica, evitando o casuísmo.

Lembramos que a súmula vinculante, para ser editada, deve preencher os requisitos do art. 103-A, como a exigência de reiteradas decisões sobre a matéria constitucional controvertida.

No mais, a segurança se completa com o quórum qualificado de 2/3 para a edição da súmula vinculante, mais seguro, para efeitos de abstrativização, do que o quórum normal do controle difuso que é o da maioria absoluta (art. 97).

Depois da breve explanação sobre o fundamento da teoria, suas defesas e críticas, agora serão feitas as análises dos tipos de abstrativização que tem se materializado no direito brasileiro.

4.3 Espécies de Abstrativização

Entre os vários exemplos de aplicação da tese da abstrativização, iremos abordar quatro casos de amplo destaque. São eles: Súmula vinculante; Repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário; o Caso Mira Estrela e A progressão de regime nos crimes hediondos.

4.3.1 Súmula Vinculante

Com o advento da EC 45/2004, foi instituída em nosso ordenamento a possibilidade da edição, por parte do STF, das Súmulas Vinculantes.

A Súmula Vinculante consiste em um resumo da decisão do STF, demonstrando o posicionamento do Tribunal acerca de reiterada questão constitucional, e que vincula as demais esferas do Poder Judiciário e o Poder Executivo. O próprio STF e o Poder Legislativo não sofrem vinculação. Seu objetivo é claro: consiste em uma tentativa de barrar as inúmeras ações judiciais que chegavam ao STF, com o mesmo objeto já decidido em processos análogos.

Tal instituto está previsto no art. 103-A, da CF, que aduz:

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, quando o STF edita uma súmula vinculante dotada de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, com base em decisão proferida em um caso concreto, vemos um clássico exemplo de abstrativização.

Afinal, pela regra do controle difuso, tal decisão teria efeitos apenas entre as partes. Mas, por se tratar de um caso de grande repercussão, e que transcende às partes daquele processo concreto, o STF entende por editar uma Súmula vinculante e conferir efeitos *erga omnes* e vinculante, alcançado pessoas que não integram aquele processo concreto. Trata-se de uma hipótese de abstrativização.

4.3.2 Repercussão Geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário

As decisões proferidas por órgãos jurisdicionais são passíveis de recurso. E no caso de decisão sobre a constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo, a última instância é o Supremo Tribunal Federal, por meio do recurso extraordinário.

O recurso extraordinário é o mecanismo utilizado para que a parte, em seu processo subjetivo em que fora arguida a inconstitucionalidade de determinado ato normativo ou lei, leve o caso concreto para a análise do Pretório Excelso, o STF.

No art. 102, III da CF encontramos as hipóteses de cabimento do Recurso Extraordinário:

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

Porém, tal instituto sofreu profundas inovações com a chegada da Emenda Constitucional 45/2004. A mais importante foi a implantação da exigência da repercussão geral das questões constitucionais no recurso extraordinário, conforme a redação do art. 102, § 3º, da CF: “§ 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”.

Sempre que a o recurso impugnar decisão contrária à súmula ou jurisprudência do Tribunal, haverá repercussão geral. Mais uma vez, percebemos a intenção de tornar o judiciário mais célere, filtrando e reduzindo a elevada quantidade de processos que chegavam ao Supremo.

Com essa exigência de repercussão geral nos recursos extraordinários para que o STF aprecie a questão, estamos diante de mais uma hipótese de abstrativização. Afinal, os interesses transcendem a esfera das partes daquele processo, e atingem processos semelhantes. É preciso que vários casos tenham a mesma controvérsia constitucional para que se tenha a repercussão geral. Ou seja, é uma flagrante abstrativização do controle difuso de constitucionalidade.

Nos dizeres de Pedro Lenza¹⁹:

Enquanto essa questão não se soluciona (o posicionamento do STF sobre a mutação ou não do art. 52, X, no controle difuso), temos de reconhecer que, em algumas situações, o legislador tendeu para a ideia da abstrativização, por exemplo, no julgamento da repercussão geral no recurso extraordinário (art. 543-A do CPC), que, inclusive, poderá implementar-se por amostragem quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia (art. 543-B do CPC)[...]. Parte-se de processos-modelos (de situações individuais e concretas, com caráter subjetivo e em defesa de interesses das partes), que repercutirão sobre os demais que ficaram sobrestados.

A essa exigência de repercussão geral, com o objetivo de defesa da ordem constitucional, a doutrina denomina de Teoria da objetivação do recurso extraordinário. Destaca-se a busca incessante pela economia processual.

Assim, fica claro que através do instituto da repercussão geral, o STF não analisa toda e qualquer ofensa à Constituição, mas somente aquelas que tenham tal requisito, que causem inúmeras controvérsias. Ou seja, o intuito da objetivação do recurso extraordinário é

¹⁹ Lenza, Pedro. Direito constitucional esquematizado. Pedro Lenza.- 18. cd. rcv., atual. e ampl.- São Paulo: Saraiva, 2014. Pág. 323.

de fazer do RE um defensor da ordem constitucional, e não um mero defensor das partes de um processo.

Portanto, constatamos, aqui, mais um expressivo caso de Abstrativização.

4.3.3 O Caso Mira Estrela

O caso Mira Estrela foi um divisor de águas no controle difuso brasileiro, que culminou em uma decisão histórica do STF. É um típico caso de abstrativização.

Mira Estrela é um pequeno município do interior de São Paulo. O Ministério Público de São Paulo ajuizou uma Ação Civil Pública objetivando a redução do número de vereadores da Câmara Municipal de Mira Estrela, de 11 para 9, por entender que o art. 6º da Lei Orgânica de tal município feria o disposto na Constituição Federal, em seu art. 29, IV, “a”.

O juiz de primeira instância reconheceu a inconstitucionalidade do art. 6º da Lei Orgânica de Mira Estrela, e determinou a redução do número de vereadores de 11 para 9. Todavia, em recurso ao Tribunal de Justiça de São Paulo, tal decisão foi reformada, pois o TJSP entendeu que o referido artigo da lei orgânica não ofendia o texto constitucional.

O Ministério Público paulista não se confirmou com a decisão, e recorreu ao Supremo Tribunal Federal, através do RE 197.917/SP. No STF, o RE foi relatado pelo Ministro Maurício Corrêa.

No dia vinte e quatro de março de 2004, por oito votos a favor e três contrários, o Supremo declarou inconstitucional o art. 6º da Lei Orgânica de Mira Estrela, por não observar a proporcionalidade entre o número de vereadores e a população do Município, o que fere o art. 29, IV, da CF. A seguir, colocamos a ementa do acórdão²⁰, por ser de relevante interesse a este trabalho:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MUNICÍPIOS. CÂMARA DE VEREADORES. COMPOSIÇÃO. AUTONOMIA MUNICIPAL. LIMITES CONSTITUCIONAIS. NÚMERO DE VEREADORES PROPORCIONAL À POPULAÇÃO. CF, ARTIGO 29, IV. APLICAÇÃO DE CRITÉRIO ARITMÉTICO RÍGIDO. INVOCAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A POPULAÇÃO E O NÚMERO DE VEREADORES. INCONSTITUCIONALIDADE, INCIDENTER TANTUM, DA NORMA MUNICIPAL. EFEITOS PARA O FUTURO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 197.917/ SP. Relator Min. Maurício Corrêa. Brasília, 24 de março de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28197917.NUME.%20OU%20197917.ACMS.%29&base=baseAcordaos>.

1. O artigo 29, inciso IV da Constituição Federal, exige que o número de Vereadores seja proporcional à população dos Municípios, observados os limites mínimos e máximos fixados pelas alíneas a, b e c.
2. Deixar a critério do legislador municipal o estabelecimento da composição das Câmaras Municipais, com observância apenas dos limites máximos e mínimos do preceito (CF, artigo 29) é tornar sem sentido a previsão constitucional expressa da proporcionalidade.
3. Situação real e contemporânea em que Municípios menos populosos têm mais Vereadores do que outros com um número de habitantes várias vezes maior. Casos em que a falta de um parâmetro matemático rígido que delimite a ação dos legislativos Municipais implica evidente afronta ao postulado da isonomia.
4. Princípio da razoabilidade. Restrição legislativa. A aprovação de norma municipal que estabelece a composição da Câmara de Vereadores sem observância da relação cogente de proporção com a respectiva população configura excesso do poder de legislar, não encontrando eco no sistema constitucional vigente.
5. Parâmetro aritmético que atende ao comando expresso na Constituição Federal, sem que a proporcionalidade reclamada traduza qualquer afronta aos demais princípios constitucionais e nem resulte formas estranhas e distantes da realidade dos Municípios brasileiros. Atendimento aos postulados da moralidade, impessoalidade e economicidade dos atos administrativos (CF, artigo 37).
6. Fronteiras da autonomia municipal impostas pela própria Carta da República, que admite a proporcionalidade da representação política em face do número de habitantes. Orientação que se confirma e se reitera segundo o modelo de composição da Câmara dos Deputados e das Assembleias Legislativas (CF, artigos 27 e 45, § 1º).
7. Inconstitucionalidade, incidenter tantum, da lei local que fixou em 11 (onze) o número de Vereadores, dado que sua população de pouco mais de 2600 habitantes somente comporta 09 representantes.
8. Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário conhecido e em parte provido.

Através da leitura da ementa acima, fica evidente que o STF adotou no caso Mira Estrela, a aplicação de efeitos *ex nunc*, ou seja, irretroativos, mesmo se tratando de um processo subjetivo, em controle difuso. Como se sabe, a regra no controle difuso é a adoção de efeitos *ex tunc*, ou seja, retroativos.

No caso em exame, trata-se de uma excepcional aplicação em controle difuso do art. 27 da Lei nº 9868/99, que autoriza o STF a declarar a inconstitucionalidade com efeitos limitados ao futuro em controle concreto de constitucionalidade.

Portanto, estamos diante da aplicação de efeitos de controle concentrado, em um caso de controle difuso. É mais um exemplo de abstrativização.

Mas essa não foi a única consequência do caso Mira Estrela. Em 2003, após a publicação do acórdão pelo STF, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) decidiu, de maneira unânime, ratificar o entendimento do STF no RE 197917/SP, e editou a resolução nº 21.702, determinando que nas eleições os municípios devessem observar o critério adotado pelo STF para fixação do número de vereadores.

Resta demonstrado que, embora a decisão proferida pelo STF se referisse apenas ao pequeno município de Mira Estrela, seus efeitos acabaram atingindo todos os demais municípios, em virtude da resolução elaborada pelo TSE, ficando a decisão tomada de efeitos *erga omnes* e vinculante, sem nenhuma participação do Senado Federal.

Este é mais um flagrante e evidente caso de abstrativização do controle difuso de constitucionalidade na jurisprudência pátria.

4.3.4 A Progressão de Regime nos Crimes Hediondos

Este é o caso mais emblemático, e que acende o debate sobre a teoria da abstrativização.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) denegou o pedido de habeas corpus, de paciente que teve sua liberdade privada por ser acusado da prática de atentado violento ao pudor, ao fundamento de que o art. 2º, § 1º, da Lei 8072/90 era compatível com a Constituição.

Inconformado com tal decisão, o paciente insurgiu-se contra a decisão do STJ, e impetrou um habeas corpus perante o Supremo Tribunal Federal - HC nº 82.959/SP.

Ao julgar o mérito do referido HC, o STF adotou posição totalmente diversa, decidindo por deferir o pedido de habeas corpus e declarar, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei 8072/90, ao fundamento de que a vedação à progressão de regime nos crimes hediondos feria o direito constitucional à individualização da pena, consagrado no art. 5º, LXVI, CF. A seguir, uma parte da decisão:

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. [...]. O Tribunal, por votação unânime, explicitou que a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará consequências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, pois esta 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 progressão²¹.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 82.959-SP. Relator Min. Marco Aurélio. Brasília, 23 de fevereiro de 2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+82959%2E+82959%2E+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+82959%2EACMS%2E+29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ayxgn8h>

Com essa decisão, o STF reconheceu a inconstitucionalidade da vedação de progressão de regime nos crimes hediondos, determinando que cabem aos juízes responsáveis pela execução penal a análise de cada pedido de progressão de regime, analisando-se caso a caso, de forma que seja efetivada a garantia da individualização da pena.

Podemos concluir que o STF, ao decidir o HC nº 82959/SP, afastou a aplicação do art. 2º, § 1º, da Lei 8072/90 não apenas no caso do paciente, mas também em todos os demais casos alheios à relação jurídica, porém em situação semelhante, permitindo-se que cada pedido de progressão fosse analisado de acordo com o caso concreto.

Fica nítida a ocorrência de mais um caso de Abstrativização do controle difuso de constitucionalidade.

Depois de referida decisão, a situação não se pacificou. O defensor público da União, Valdir Perazzo Leite, ajuizou a Reclamação 4335/AC, em face de decisão do juiz da Vara de Execuções Penais de Rio Branco/AC, na qual fora indeferida a progressão de regime para dez apenados. Ao decidir, o juiz sustentou que a decisão do STF no HC nº 82959/SP foi tomada em controle difuso de constitucionalidade, e que seus efeitos eram *inter partes*, só sendo possível sua extensão a outros casos após edição de resolução pelo Senado Federal, conforme previsto no art. 52, X, da CF/88.

Referida reclamação teve como relator o Ministro Gilmar Mendes, que concedeu liminar para que fosse afastada a vedação à progressão do regime nos crimes hediondos, até o julgamento final de mérito. Em sua decisão, sustentou o Ministro que:

[...] atualmente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado há de ter simples efeito de publicidade, ou seja, se o STF, em sede de controle incidental, declarar, definitivamente, que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação àquela Casa legislativa para que publique a decisão no Diário do Congresso. Concluiu, assim, que as decisões proferidas pelo juízo reclamado desrespeitaram a eficácia erga omnes que deve ser atribuída à decisão do STF no HC 82.959/SP 22.

Em dezembro de 2009 o STF, consolidou o entendimento apresentado no HC 82959/SP, ao fixar a necessidade de observância do princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI) e editou, com efeitos erga omnes e vinculante, a Súmula Vinculante 26/2009, que

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 4335, Relator: Min. GILMAR MENDES. Brasília, 20 de março de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+E+4335%2ENUME%2E%29+OU+%28Rcl%2EACMS%2E+ADJ2+4335%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c4z34zg>>

reconheceu a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei 8072/90, que determinava, em sua redação original, que a pena seria cumprida integralmente em regime fechado.

Finalmente, em março de 2014, o Ministro Teori Zavascki votou acompanhado pelos Ministros Barroso, Rosa Weber e Celso de Mello, no julgamento da RCL 4335/AC, que se originou a partir do HC 82959/SP, decidindo pela procedência da referida reclamação.

A tese da abstrativização não foi admitida, e o STF julgou procedente a Reclamação 4335/AC com fundamento na existência de fato superveniente (art. 493, CPC), fato este que é a Súmula Vinculante nº 26, e o advento da Lei 11.464/2007. Os ministros Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio já haviam concordado com a tese da inconstitucionalidade do regime fechado, não conhecido da reclamação, mas concederam habeas corpus de ofício.

Insta ressaltar que os fatos acima narrados perderam o objeto com o advento da Lei 11.464/2007, colocando fim à discussão. O artigo 2º da Lei de crimes hediondos foi alterado, determinando o regime inicialmente fechado para cumprimento de pena, ao invés do regime integralmente fechado, possibilitando a progressão de regimes em condenações por crimes hediondos.

4.5 Principais teses de defesa e de combate à Abstrativização

Por todo o exposto, podemos observar que a abstrativização tem sido adotada na jurisprudência brasileira, mesmo que de forma ainda discreta. Ou seja, nossa jurisprudência vem “abstrativizando” o controle difuso aos poucos, lentamente, e sem a participação do Senado Federal, configurando-se a mutação constitucional do art. 52, X, da CF.

O principal defensor e entusiasta da tese da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade é o Ministro Gilmar Mendes²³:

“[...] Reputou ser legítimo entender que, atualmente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado há de ter simples efeito de publicidade, ou seja, se o STF, em sede de controle incidental, declarar, definitivamente, que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação àquela Casa legislativa para que publique a decisão no Diário do Congresso. Concluiu, assim, que as decisões proferidas pelo juízo reclamado desrespeitaram a eficácia erga omnes que deve ser atribuída à decisão do STF no HC 82.959/SP (progressão

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 4335, Relator: Min. GILMAR MENDES. Brasília, 20 de março de 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+E+4335%2ENUME%2E%29+OU+%28Rcl%2EACMS%2E+ADJ2+4335%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c4z34zg>.

do regime na lei dos crimes hediondos', acrescente-se). Após, pediu vista o Min. Eros Grau”.

Gilmar Mendes também discorre precisamente sobre o tema em sua obra²⁴:

A adoção de estrutura procedimental aberta para o processo de controle difuso (participação de *amicus curiae* e outros interessados), a concepção de recuso extraordinário de feição especial para os juizados especiais, o reconhecimento de efeito transcendente para a declaração de inconstitucionalidade incidental, a lenta e gradual superação da fórmula do Senado (art.52, X), a incorporação do instituto da repercussão geral no âmbito do recurso extraordinário e a desformalização do recurso extraordinário com o reconhecimento de uma possível causa petendi aberta são demonstrações das mudanças verificadas a partir desse diálogo e intercâmbio entre os modelos de controle de constitucionalidade positivados no Direito brasileiro. Pode-se apontar, dentre as diversas transformações detectadas, inequívoca tendência para ampliar a feição objetiva do processo de controle incidental entre nós.

No mesmo sentido, assevera o Ministro Luís Roberto Barroso²⁵:

A verdade é que, com a criação da ação genérica de inconstitucionalidade, pela EC n. 16/65, e com o contorno dado à ação direta pela Constituição de 1988, essa competência atribuída ao Senado tornou-se um anacronismo. Uma decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, seja em controle incidental ou em ação direta, deve ter o mesmo alcance e produzir os mesmos efeitos. Respeitada a razão histórica da previsão constitucional, quando de sua instituição em 1934, já não há lógica razoável em sua manutenção.

Destacamos também o RESP 828.106, no qual se discutia alegações de matéria tributária, em que o Superior Tribunal de Justiça - STJ se rendeu à teoria da abstrativização, concordando que a decisão do STF por si só já possui eficácia vinculante e *erga omnes*, mesmo que seja em caráter incidental, conforme se vê em um dos trechos do acórdão²⁶:

O 1º do art. 3º da Lei 9.718/98 foi declarado inconstitucional pelo STF (RE 346084/PR, RE 357950/RS, RE 358273/RS e RE 390840/MG, sessão de 09.11.2005). A inconstitucionalidade é vício que acarreta a nulidade ex tunc do ato normativo, que, por isso mesmo, já não pode ser considerado para qualquer efeito. Embora tomada em controle difuso, a decisão do STF tem natural vocação expansiva, com eficácia imediatamente vinculante para os demais tribunais, inclusive para o STJ (CPC, art. 481, único), e com a força de inibir a execução de

²⁴ Mendes, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 9. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2014. Pág. 1131.

²⁵ Barroso, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência / Luís Roberto Barroso. – 6 ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012. Pág. 92.

²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 828106/SP, Relator: Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI. Brasília, 02 de maio de 2006. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=828106&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=12>>

sentenças judiciais contrárias (CPC, art. 741, único; art. 475-L, 1º, redação da Lei 11.232/05).

Por todo o exposto, percebe-se que os defensores da tese da abstrativização a consideram um forte mecanismo para desafogar o judiciário, bem como para efetivar a celeridade e a economia processual. Afinal, se o STF pudesse, ao analisar um caso concreto, declarar a inconstitucionalidade de uma lei com efeitos *erga omnes*, evitar-se-ia que muitas outras pessoas na mesma situação jurídica acionassem o judiciário, o que geraria uma enorme economia processual.

Outro ponto que merece destaque é a segurança jurídica. Quando o STF se manifesta e vincula os demais órgãos, a segurança jurídica é maior, uma vez que serão evitadas decisões contraditórias entre os diversos tribunais.

Além disso, os adeptos dessa teoria acreditam que, com a mutação constitucional do art. 52, X, da CF, o STF passa a ter plena competência para dar efeitos *erga omnes* e vinculante às suas decisões em sede de controle difuso de constitucionalidade, suspendendo a execução da lei, e podendo ainda modular seus efeitos, sem a necessidade de participação do Senado Federal. O Senado passa a ter um papel de dar mera publicidade à decisão do STF, devendo apenas publicar a decisão do STF.

Estes são os principais pontos de defesa da teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade.

De outro lado, surgem várias críticas ao mencionado instituto.

O primeiro ponto relevante a ser destacado é a questão da mutação constitucional. Muitos críticos da abstrativização não aceitam tal alegação, pois, para eles, a mudança da constituição somente é feita por Emenda, o que não ocorre no caso em exame.

Há quem diga, também, ser necessária a observância de alguns limites para que ocorra a mutação constitucional. São eles: os sentidos possíveis do texto que é interpretado; e a preservação dos princípios constitucionais. Consideram que a teoria da abstrativização violou os limites acima citados. Concluem que não há nenhum sentido linguístico que retire do Senado Federal a competência para suspender os atos normativos constitucionais. Além disso, existe violação ao princípio constitucional insculpido no art. 52, X, da CF.

Outros criticam a abstrativização por considerarem uma usurpação de competência. Explique-se: a Constituição prevê que a suspensão da lei declarada inconstitucional pelo STF em controle difuso deve ser feita pelo Senado Federal, por meio de resolução, nos termos do art. 52, X, da CF. Se O Judiciário suspende a lei sem a participação do Senado, estamos diante

de uma flagrante usurpação de competência, uma invasão do Judiciário na competência atribuída ao Poder Legislativo.

Além disso, alguns doutrinadores dizem que suspender a lei sem a participação do Senado pode fazer do Judiciário um Superpoder, que se sobrepõe aos demais, ferindo gravemente a Tripartição dos Poderes prevista na CF. Também aduzem que a participação do Senado caracteriza a participação democrática no processo de controle difuso. Quando se exclui a participação do Senado, estamos diante de um atentado à democracia.

Em posição contrária à abstrativização, destacamos o entendimento do clássico José Afonso da Silva²⁷:

A sentença é declaratória. Faz coisa julgada no caso e entre as partes. Mas, no sistema brasileiro, qualquer que seja o tribunal que a proferiu, não faz ela coisa julgada em relação à lei declarada inconstitucional, porque qualquer tribunal ou juiz, em princípio, poderá aplicá-la por entendê-la constitucional, enquanto que o Senado Federal, por resolução, não suspender sua executoriedade. O problema deve ser, pois, considerando-se dois aspectos. No que tange ao caso concreto, a declaração surte efeito ex tunc, isto é, fulmina a relação jurídica fundada na lei constitucional desde o seu nascimento. No entanto, a lei continua eficaz e aplicável, até que o Senado, que não revoga nem anula a lei, mas simplesmente lhe retira eficácia. Se existiu, foi aplicada, revelou eficácia, produziu validamente seus efeitos.

Também em sentido contrário, a ilustre Ada Pellegrini Grinover²⁸:

[...] se a declaração de inconstitucionalidade ocorre incidentalmente, pela acolhida da questão prejudicial que é fundamento do pedido ou da defesa, a decisão não tem autoridade de coisa julgada, nem se projeta, mesmo inter partes – fora do processo no qual foi proferida.

²⁷ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 54.

²⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. Controle da constitucionalidade. São Paulo: Revista de Processo, 1998. p. 99.

Contrário à teoria da Abstrativização, destacamos o voto do Ministro Joaquim Barbosa²⁹:

[...] Considerou que, apesar das razões expostas pelo relator, a suspensão da execução da lei pelo Senado não representaria obstáculo à ampla efetividade das decisões do Supremo, mas complemento. Aduziu, de início, que as próprias circunstâncias do caso seriam esclarecedoras, pois o que suscitaria o interesse da reclamante não seria a omissão do Senado em dar ampla eficácia à decisão do STF, mas a insistência de um juiz em divergir da orientação da Corte enquanto não suspenso o ato pelo Senado. Em razão disso, afirmou que resolveria a questão o habeas corpus concedido liminarmente pelo relator. Afirmou, também, na linha do que exposto pelo Min. Sepúlveda Pertence, a possibilidade de edição de súmula vinculante. Dessa forma, haveria de ser mantida a leitura tradicional do art. 52, X, da CF, que trata de uma autorização ao Senado de determinar a suspensão de execução do dispositivo tido por inconstitucional e não de uma faculdade de cercear a autoridade do STF. Afastou, ainda, a ocorrência da alegada mutação constitucional. Asseverou que, com a proposta do relator, ocorreria, pela via interpretativa, tão-somente a mudança no sentido da norma constitucional em questão, e, que, ainda que se aceitasse a tese da mutação, seriam necessários dois fatores adicionais não presentes: o decurso de um espaço de tempo maior para verificação da mutação e o consequente e definitivo desuso do dispositivo. Por fim, enfatizou que essa proposta, além de estar impedida pela literalidade do art. 52, X, da CF, iria na contramão das conhecidas regras de auto-restrição [...] (Rcl 4335/AC, rel. Min. Gilmar Mendes, 19.4.2007).

Em sentido contrário, também o Ministro Sepúlveda pertence³⁰:

[...] não se poderia, a partir daí, reduzir-se o papel do Senado, que quase todos os textos constitucionais subsequentes a 1934 mantiveram. Ressaltou ser evidente que a convivência paralela, desde a EC 16/65, dos dois sistemas de controle tem levado a uma prevalência do controle concentrado, e que o mecanismo, no controle difuso, de outorga ao Senado da competência para a suspensão da execução da lei tem se tornado cada vez mais obsoleto, mas afirmou que combatê-lo, por meio do que chamou de "projeto de decreto de mutação constitucional", já não seria mais necessário. Aduziu, no ponto, que a EC 45/2004 dotou o Supremo de um poder que, praticamente, sem reduzir o Senado a um órgão de publicidade de suas decisões, dispensaria essa intervenção, qual seja, o instituto da súmula vinculante (CF, art. 103-A). (Rcl 4335/AC, rel. Min. Gilmar Mendes, 19.4.2007).

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 4335, Relator: Min. GILMAR MENDES. Brasília, 20 de março de 2014. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+E+4335%2ENUME%2E%29+OU+%28Rcl%2EACMS%2E+ADJ2+4335%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c4z34zg>>

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 4335, Relator: Min. GILMAR MENDES. Brasília, 20 de março de 2014. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+E+4335%2ENUME%2E%29+OU+%28Rcl%2EACMS%2E+ADJ2+4335%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c4z34zg>>

O ilustre professor Pedro Lenza também é contrário à abstrativização. Em suas palavras³¹:

Assim, na medida em que a análise da constitucionalidade da lei no controle difuso pelo STF não produz efeito vinculante, parece que somente mediante necessária reforma constitucional (modificando o art. 52, X, e a regra do art. 97) é que seria possível assegurar a constitucionalidade dessa nova tendência -repita-se, bastante "atraente" - da transcendência dos motivos determinantes no controle difuso, com caráter vinculante. Se aceita nos parâmetros propostos, a transcendência, com caráter erga omnes, dos motivos determinantes da sentença no controle difuso autorizaria, inclusive, o uso da reclamação em caso de descumprimento da tese constitucional resolvida enquanto questão prejudicial. Outra não poderia ser a interpretação. Por fim, sustentamos (já que não nos filiamos à teoria da abstrativização) a possibilidade de se conseguir o objetivo pretendido mediante a edição de súmula vinculante, o que, em nosso entender, seria muito mais legítimo e eficaz, além de respeitar a segurança jurídica, evitando o casuísmo. Lembramos que a súmula vinculante, para ser editada, deve preencher os requisitos do art. 103-A, como a exigência de reiteradas decisões sobre a matéria constitucional controvertida. No mais, a segurança se completa com o quórum qualificado de 2/3 para a edição da súmula vinculante, mais seguro, para efeitos de abstrativização, do que o quórum normal do controle difuso que é o da maioria absoluta (art. 97).

Entre aspectos positivos e negativos, defesas e críticas, podemos perceber o quanto é contraditória e polêmica a teoria da abstrativização. E em meio a tantos argumentos, não podemos negar que a abstrativização já é uma realidade na jurisprudência brasileira.

³¹ Lenza, Pedro. Direito constitucional esquematizado. Pedro Lenza.- 18. cd. rcv., atual. e ampl.- São Paulo: Saraiva, 2014. Pág. 321.

5 Conclusão

Ao longo deste trabalho abordamos os diversos aspectos e peculiaridades do Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. No segundo capítulo foi feita uma análise dos aspectos históricos do controle; no terceiro capítulo pautamos as características do sistema difuso e também do sistema concentrado; e finalmente, no quarto capítulo buscamos destacar os aspectos marcantes da Abstrativização do controle difuso, seus conceitos, suas formas, exemplos, teses defensivas e críticas a esta teoria.

Foi possível perceber que a teoria da Abstrativização tem sido aplicada em nossos tribunais, ainda que de maneira discreta, e vem ganhando força na jurisprudência e também na doutrina brasileira.

O objetivo deste trabalho era explicar o que é a Abstrativização, e mostrar como esta ocorre. Consideramos que este objetivo foi alcançado.

Levando-se em conta os argumentos a favor e contrários à Abstrativização, nos filiamos à corrente que defende a utilização deste instituto. Afinal, a Abstrativização do controle difuso é um meio de garantir a celeridade e a economia processual, bem como de garantir a segurança jurídica em nosso ordenamento.

Entendemos que tal teoria é absolutamente eficaz na resolução dos maiores problemas da justiça brasileira, quais sejam, o excesso de ações judiciais e a longa duração do processo. Ao declarar uma lei inconstitucional, e suspender sua aplicação, o STF evita que diversas pessoas em situação jurídica semelhante procurem o Judiciário, o que traz a consequência positiva de redução do número de demandas, bem como de maior efetividade nos processos em curso.

Não há que se falar em violação ao art. 52, X, da CF. Pelo contrário, defendemos a tese da mutação constitucional. A mutação constitucional é um mecanismo que garante a mudança do sentido da lei, sem reforma do seu texto em si. Sabemos que o Direito é um ramo dinâmico, e que evoluiu à medida que o tempo avança e a sociedade altera seu modo de viver. Esperar que uma lei fosse formalmente alterada, em muitos casos, geraria efeitos muito negativos.

Portanto, entendemos que o STF pode definir a suspensão de uma lei em sede de controle difuso de constitucionalidade, com efeitos *erga omnes* e vinculante, sem que haja a participação do Senado Federal. Não há usurpação de competência, muito menos ofensa à tripartição dos poderes. A previsão de suspensão de leis pelo Senado insculpida no art. 52, X, da CF, é vetusta, ultrapassada, e não há lógica nenhuma para sua manutenção.

Ademais, entendemos que o STF não pode ser refém de um Legislativo que, na maioria das vezes, é omissos e ineficiente. Deixar uma lei inconstitucional em vigor, aguardando que o Senado decida por suspendê-la ou não, pode gerar efeitos catastróficos em nosso ordenamento, gerando uma enorme insegurança jurídica.

Vários são os aspectos positivos da Abstrativização. Todavia, sabemos que estamos longe de um consenso, e essa teoria ainda gera enormes discussões em nossa doutrina e jurisprudência. Ideal seria que o poder Legislativo se manifestasse sobre o tema, promovendo alguma reforma no texto constitucional, para acrescentar a Abstrativização, e encerrar as discussões.

Porém, até que isso seja efetivado, entendemos que a Abstrativização do Controle Difuso de Constitucionalidade deve ser amplamente utilizada em nosso direito, como forma de tornar o Judiciário mais seguro, mais célere, e atento à evolução do direito.

6 Referências Bibliográficas:

BALEEEEIRO, Aliomar. O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido, Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 97-98.

BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro : exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência / Luís Roberto Barroso. – 6. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 828106/SP , Relator: Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI. Brasília, 02 de maio de 2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=828106&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=12>>. Acesso em 09/06/2016.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n 82.959-SP**. Relator Min. Marco Aurélio. Brasília, 23 de fevereiro de 2006. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC\\$.SCLA.%20E%2082959.NUME.%29%20OU%20%28HC.ACMS.%20ADJ2%2082959.ACMS.%29&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC$.SCLA.%20E%2082959.NUME.%29%20OU%20%28HC.ACMS.%20ADJ2%2082959.ACMS.%29&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 24/04/2016.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Informativo n. 454**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo454.htm>>. Acesso em: 24/04/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 4335, Relator: Min. GILMAR MENDES. Brasília, 20 de março de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+E+4335%2ENUME%2E%29+OU+%28Rcl%2EACMS%2E+ADJ2+4335%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c4z34zg>>. Acesso em: 24/04/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 197.917/ SP. Relator Min. Maurício Corrêa. Brasília, 24 de março de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28197917.NUME.%20OU%20197917.ACMS.%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 24/04/2016.

Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 24/04/2016.

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado / Pedro Lenza. - 18. ed. rev., atual. e ampl.- São Paulo: Saraiva, 2014.

MAGALHÃES, Vitor Oliveira. A (im)possibilidade de análise do artigo 52, X, da Constituição Federal à luz do fenômeno da mutação constitucional . Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2417, 12 fev. 2010. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/14351/a-im-possibilidade-de-analise-do-artigo-52-x-da-constituicao-federal-a-luz-do-fenomeno-da-mutacao-constitucional/2>>. Acesso em: 24/04/2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 9. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. Revista de informação legislativa, v.41, nº 162, p. 17, abr./jun. de 2004. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/953>>. Acesso em: 24/04/2016.

MORAES, Alexandre de Direito constitucional / Alexandre de Moraes. - 30. ed. - São Paulo: Atlas, 2014.

MORAIS, Dalton Santos. Crítica à caracterização da atuação senatorial no controle concreto de constitucionalidade brasileiro como função de publicidade. A importância da jurisdição constitucional ordinária e os limites da mutação constitucional.. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2547, 22 jun. 2010. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/15074/critica-a-caracterizacao-da-atuacao-senatorial-no-controle-concreto-de-constitucionalidade-brasileiro-como-funcao-de-publicidade>>. Acesso em: 24/04/2016.

MOTTA Filho, Sylvio Clemente da. Direito constitucional: teoria, jurisprudência e questões / Sylvio Motta. – 24. ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

PAULO, Vicente, 1968 - Direito Constitucional descomplicado / Vicente Paulo, Marcelo Alexandrino. - 14. ed. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2015.

PIMENTA, Marcelo Vicente de Alkmim. Direito Constitucional em perguntas e respostas / Marcelo Vicente de Alkmim Pimenta. - Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ROSA, Michele Franco. A abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3082, 9 dez. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20586>>. Acesso em: 24/04/2016.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

TEMER, Michel. Elementos de Direito Constitucional. Michel Temer. 24. ed. - São Paulo: Malheiros, 2014.