

## **CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO: MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E A TENDÊNCIA DA ABSTRATIVIZAÇÃO PELO STF**

CONTROL OF DIFFUSED CONSTITUTIONALITY: CONSTITUTIONAL MUTATION AND THE ABSTRACT TREND OF THE STF

Bruna Ferreira Machado Santos<sup>1</sup>

Geilson Nunes<sup>2</sup>

### **RESUMO**

O presente trabalho teve por objetivo apresentar considerações sobre o controle de constitucionalidade brasileiro, com enfoque em uma de suas vertentes, qual seja o controle difuso e a tendência para aplicação da teoria de Abstrativização deste controle, e a mutação constitucional sofrida pelo art. 52,X da Constituição Federal. Inicialmente como forma de ilustração da pesquisa tratamos da organização dos Poderes do Estado e suas funções típicas e atípicas, posteriormente as noções gerais sobre o controle de constitucionalidade brasileiro, e então destacamos as importantes tendências jurisdicionais. Como método de pesquisa utilizou-se o dedutivo, tendo como metodologia uma pesquisa essencialmente bibliográfica.

**Palavras-chaves:** Abstrativização. Constituição Federal. Supremacia.

### **ABSTRACT**

The present work had as objective to present considerations on the control of Brazilian constitutionality, focusing on one of its aspects, which is the diffuse control and the tendency to apply the theory of abstraction of this control, and the constitutional mutation suffered by art. 52, X of the Federal Constitution. Initially as a way of illustration of the research, we deal with the organization of State Powers and their typical and atypical functions, later the general notions about Brazilian constitutionality control, and then we highlight the important jurisdictional tendencies. As a research method, the deductive was used, with a bibliographical research methodology.

**Keywords:** Abstracts of diffuse control. Federal Constitution. Supremacy

---

<sup>1</sup> Graduanda em Direito pelo Instituto Master de Ensino Presidente Antônio Carlos – IMEPAC – Araguari - MG

<sup>2</sup> Doutorando em Direito pela Universidade de Marília – SP – Mestre em Direito – Professor no Instituto Master de Ensino Presidente Antônio Carlos – IMEPAC – Araguari - MG

Direito & Realidade, v.6, n.7, p.20-36/2018



## 1 INTRODUÇÃO

O controle de constitucionalidade é elemento essencial para proteção da Supremacia Constitucional esta em constante evolução, acompanha de forma efetiva a dinâmica social, tanto é que, atualmente as tendências do controle difuso são consideradas no meio jurídico como uma das decisões mais importantes de Direito Constitucional.

O presente trabalho discorrerá sobre a aplicação do art. 52, X da Constituição Federal, que prevê a declaração por parte do Supremo Tribunal Federal da norma inconstitucional e que só poderá ampliar os efeitos gerados na declaração de inconstitucionalidade, para todos “erga omnes”, através de Resolução, o Senado Federal.

O instituto do controle difuso vem sendo objeto de discussões no Supremo Tribunal Federal acerca da abstrativização do controle exercido de forma incidental, reiteradas vezes pelo Tribunal, demonstrando a tendência na aplicação da teoria, bem como a mutação do art. 52, X, dando ao Senado somente a tarefa de publicar as decisões do Supremo Tribunal Federal, retirando assim a competência do Senado para suspender a execução da lei declarada inconstitucional.

O sistema jurisdicional de modelo misto exige-se que a inércia da jurisdição seja rompida o que se faz pela via principal de modo (abstrato) questionando-se a lei em tese) no controle concentrado e pela via de exceção de modo concreto na via difusa.

De modo resumido demonstrar as demais formas de controle de constitucionalidade vigentes no Brasil e noções gerais, demonstrando que o sistema adotado pelo Estado é o judicial de modelo combinado no qual o controle é exercido tanto por um órgão integrante do judiciário (leis locais) como também por órgão fora da estrutura judiciária (leis federais), considerando suas formas específicas e legitimados, esclarecendo o papel dos Poderes do Estado no auxílio do controle em busca da segurança jurídica, em suas funções típicas e atípicas.

O artigo apresentado tem como base de pesquisa, doutrinas de Controle de Constitucionalidade, Separação dos Poderes, Constituição Federal (em biblioteca) e artigos científicos (pela internet) com intuito de analisar o posicionamento majoritário entre os legisladores e juízes. Buscando apontar as principais divergências e aplicação da teoria da abstrativização do controle difuso.

## **2 ORGANIZAÇÃO DOS PODERES DO ESTADO E SUAS FUNÇÕES TÍPICAS E ATÍPICAS**

Apresenta a atual Constituição do Brasil, em seu art. 2º- “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Trata-se do poder político ou poder estatal, no qual sua função é coordenar e impor regras e limites em razão dos fins pretendidos pelo Estado.

Conforme Lenza esse poder político será, portanto, um poder soberano, baseados na soberania do Estado que, por consequência, acarreta simultaneamente na soberania interna e externa do Estado, levando a três características fundamentais do poder político: unidade, indivisibilidade e indelegabilidade. Deixando o termo de organização ou separação de poderes inadequados, pois o poder é uno, o que há, não é a sua divisão, mas sim, a repartição das funções estatais básicas, que são atribuídos os órgãos independentes e especializados.

A separação dos poderes é princípio fundamental do ordenamento constitucional brasileiro. Na Constituição Federal adotaram a formulação Tripartite de Montesquieu, que em sua obra de 1748, trouxe a idéia de três poderes harmônicos e independentes entre si, agregando a teoria da separação. Em seu artigo 1º da Constituição Federal, expõe a estrutura federativa como Estado Democrático de Direito, afirmando a existência das funções legislativas, executivas e jurisdicionais.

Os poderes políticos devem atuar sem subordinação e conflito não deve ser caracterizado como limitados ou absolutos, reforçando a existência do sistema de freios e contra pesos no ordenamento jurídico brasileiro, tais poderes devem respeito aos limites descritos pela própria constituição, cabendo aos mesmos a fiscalização uns dos outros.

Conforme Daniel Gouveia na separação de funções entre os poderes, tipicamente tocam ao Legislativo as tarefas de legislar e de fiscalizar. Sua competência deriva da Constituição ao incluir novas leis deve observar desconformidades, exercendo assim o controle de constitucionalidade, pois, se contrário fosse essas leis se reputariam nulas, sem validade.

A edição de atos normativos primários, que instituem direitos e criam obrigações é função típica do Poder Legislativo. O art. 59 da Constituição Federal lista os instrumentos normativos compreendidos na regulação que o constituinte desenvolve nos dispositivos seguintes. Cogita da Emenda á Constituição, das leis complementares, das leis ordinárias, das leis delegadas,

das medidas provisórias, dos decretos legislativos e das resoluções. (MENDES; COELHO; BRANCO 2009, p.873)

É composto por duas casas sistema denominado como bicameral opera por meio do Congresso Nacional, dividido em duas casas: a Câmara dos Deputados e Senado Federal. De modo atípico também exerce a função de administrar e julgar.

O Poder Executivo é compreendido de forma composta, ora exprime a relação com atividade do Poder e Governo. A referência para atividades diversas que envolvem atos típicos da Chefia do Estado e atos do Governo é exercida pelo Presidente Republica eleito para um mandato de quatro anos, e seus Ministros de Estado, seus auxiliares. Sua função principal é a prática de atos de Estado, de Governo e de Administração.

A expressão Poder Executivo tem significado variado. Nela se confundem o Poder e o Governo. Como anota José Afonso da Silva, ora ela exprime a função ou a atribuição de um Poder (CF, art.2º), ora o órgão (cargo e ocupante, CF, art. 76). É recorrente na realidade política brasileira certa hiperpotencialização do executivo, centrado na figura do Presidente da República. Tem-se verificado, eventualmente, instantes históricos nos quais o Poder Executivo exerce certo predomínio na vida política nacional, o que é uma das características construídas em nosso modelo político. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p.905)

Em sua natureza atípica, o poder executivo pode legislar, instituindo medidas provisórias com força de lei, em casos excepcionais, julgando de forma limitada.

Segundo Mendes o poder judiciário consiste em administrar a justiça da sociedade, aplicando a lei em casos concretos, assegurando a efetividade dos direitos e deveres, bem como a soberania da justiça em face da Constituição Federal. Esta disciplinada nos artigos 92 a 126 da Constituição Federal.

A Constituição de 1988 confiou ao Judiciário papel até então não outorgado por nenhuma outra Constituição. Conferiu-se autonomia institucional, desconhecida na história de nosso modelo constitucional e que se revela, igualmente, singular ou digna, de destaque também no plano do direito comparado. Buscou-se garantir a autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário. Assegurou-se a autonomia funcional dos magistrados. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p.931)

Em busca da afirmação da justiça, membros do Poder possuem garantias na Constituição, que visam a imparcialidade. A garantia atribuída ao Judiciário contribui de forma indiscutível assegurando sua independência, sem sofrer qualquer tipo de pressão que possa vir dos outros poderes. Atipicamente pratica atos de natureza legislativa (Estabelece regimento interno de seus tribunais), de natureza executiva (administra direitos de seus magistrados e serventuários).

O Ministro do Supremo Ricardo Lewandowski ressalta:

O século 21 é do Judiciário, afirmou o ministro do Supremo Tribunal Federal. (STF. O grande protagonista no século 21 é o Judiciário, e o Judiciário precisa dar uma resposta célere às demandas que a sociedade lhe coloca no que diz respeito à efetivação desses direitos fundamentais. Até porque a Justiça que tarde é também a que falha, acrescentou o ministro. Segundo afirmou, com vistas a solucionar a questão da morosidade, o constituinte derivado adicionou à Constituição o direito a razoável duração do processo, por meio da Emenda 45, aprovada em dezembro de 2004 para promover a primeira parte da Reforma do Judiciário)<sup>3</sup>

Como já vimos o Poder Judiciário não é o único interprete da lei maior, embora muito seja reservado a ele dar a sentença. O sistema jurisdicional é de grande importância para a sociedade, vivemos em tempos em que as medidas tomadas, devem acompanhar a dinâmica social.

### **3 NOÇÕES SOBRE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO**

O sistema jurisdicional como dito a cima, se estabelece em constantes mudanças que visam manter a supremacia constitucional, ou seja, os textos e suas formas de interpretação buscam a compatibilidade com a norma pétrea.

A Constituição Federal de 1988<sup>4</sup> trouxe instrumentos de proteção judicial que tornaram o controle de constitucionalidade mais efetivo, ganhando grande valor, pois em seu texto traz

---

<sup>3</sup> Disponível em 31 de agosto de 2009: <[www.jusbrasil.com.br/noticias](http://www.jusbrasil.com.br/noticias)>. Acesso em: 02 jun. 2018.

<sup>4</sup> Atual Constituição vigente concedida no processo de redemocratização iniciada no encerramento do período de Ditadura Militar brasileira (1964-1985).

princípios. A incumbência típica do controle de constitucionalidade é realizada pelo detentor do poder jurisdicional, porém não é só uma atribuição deste poder.

O controle de Constitucionalidade configura-se, portanto, como garantia de supremacia dos direitos e garantias fundamentais previstos na constituição que, além de configurarem limite ao Poder de Estado, são também uma parte de legitimação do próprio Estado, determinando seus deveres e tornando possível o processo democrático em um Estado de Direito (KELSEN 1985. p.734.)

Entende-se que a garantia da supremacia é um poder-dever<sup>5</sup> afirmado nos direitos fundamentais que delimitam as formas de autoproteção.

No Brasil, exige-se procedimentos especiais para reforma no rígido texto constitucional, tais procedimentos mais rigorosos devem estar expressos na edição da própria lei. Deixando evidente a supremacia formal da Constituição, dando segurança jurídica, a alteração constitucional. As alterações feitas na Constituição Federal são denominadas e formalizadas em Emendas<sup>6</sup> e Decreto autônomo<sup>7</sup>, estes atos são passíveis de discussão, por serem atos derivados.

O controle de constitucionalidade nada mais é que a indagação sobre a adequação da norma em face da Constituição Federal, como dito acima é o instituto que visa à preservação da supremacia, regra que prevalece em detrimento de qualquer outra norma. Portanto, o uso destes mecanismos se faz necessário para o controle dos requisitos formais e materiais, com a finalidade de que nenhum dispositivo entre em conflito com a norma Constitucional.

Os requisitos formais são regidos pelo ordenamento jurídico devem estar em conformidade com as regras básicas e fundamentos estabelecidos pelo poder constituinte, é por excelência um controle jurídico, aquele que o exerce tem o dever para analisar se a norma não fere preceitos constitucionais e não atinge a organização técnica dos poderes.

---

<sup>5</sup> No que diz respeito ao dever social do indivíduo.

<sup>6</sup> É uma modificação da Constituição de um Estado, resultando em mudanças pontuais do texto constitucional, as quais são restritas a determinadas matérias, não podendo, apenas, ter como objeto a abolição das chamadas cláusulas pétreas.

<sup>7</sup> Com a EC nº 32, de 11 de setembro de 2001, introduziu-se no ordenamento pátrio ato normativo conhecido doutrinariamente como decreto autônomo. É decreto que decorre diretamente da Constituição, possuindo efeitos análogos ao de uma Lei Ordinária. Tal espécie normativa, contudo, limita-se às hipóteses de organização e funcionamento da Administração Federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos, e de extinção de funções ou cargos públicos, quando vago (art. 84, VI, CF).

Por sua vez, os requisitos materiais dizem respeito à “matéria”, ao conteúdo do ato normativo, o procedimento de elaboração da espécie normativa não é significativo, mas, sim o seu tema.

No campo doutrinário existe o entendimento de que uma lei pode ser duplamente inconstitucional, contendo vício em requisitos formais e materiais. No Brasil várias são as formas de classificação do controle de constitucionalidade, para iniciar este estudo será analisado o seu momento, forma e a quem compete realizar o controle, conseqüentemente os efeitos que produzem.

No que tange ao momento em que será realizado o controle é possível que se dê em controle preventivo ou controle repressivo. No controle preventivo busca-se impedir que o projeto de lei vire lei, realizado durante o processo legislativo de formação do ato normativo, portanto, conclui-se que o controle pode e deve ser realizado por todos os poderes<sup>8</sup>. O controle repressivo é realizado não sobre o projeto, mas diretamente sobre a lei, é admitido tanto na forma difusa quanto na forma concentrada, em regra, é realizado pelo Judiciário e excepcionalmente pelo Poder Legislativo, controle este determinado nos arts. 49, V, e 62 da Constituição Federal.

#### **4 DO CONTROLE REPRESSIVO EXERCIDO PELO PODER JUDICIÁRIO**

Para melhor entendimento do controle exercido pelo judiciário se faz necessário este tópico. Vale ressaltar que o judiciário pode realizar o controle de forma difusa ou concentrada.

O controle concentrado foi aplicado no Brasil a partir da Constituição de 1946 originado por Emenda Constitucional nº 16/ 1965 conferiu ao Supremo Tribunal Federal a competência de forma exclusiva para processar e julgar as representações de inconstitucionalidade. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve a consolidação do controle como um sistema misto e com isso o aumento no rol de legitimados para aguir a inconstitucionalidade em ação direta.

---

<sup>8</sup> Legislativo: através de suas Comissões de Constituição e Justiça, de acordo com o art. 32, IV, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Executivo: o Chefe do Poder Executivo, considerando o Projeto de Lei inconstitucional ou contrário ao interesse público, poderá sancioná-lo ou vetá-lo. Judiciário: o controle é por via de exceção ou defesa.

O controle concentrado ou abstrato é exercido em regra por via principal, buscando a inconstitucionalidade da norma sem relação com caso concreto de forma genérica. Contudo apresenta exceção, podendo ser realizado por via incidental. Segundo Teori Zavascki “Nele não figuram partes, no sentido estritamente processual, mas entes legitimados a atuar institucionalmente, sem outro interesse que não o da preservação do sistema de direito” Zavascki, (2006, p. 262). Com a Constituição Federal vigente ampliou o rol dos legitimados, antes somente o Procurador Geral da República poderia provocar o Supremo Tribunal Federal para examinar a lei, com a alteração os representantes são todos aqueles ligados ao Estado, transformando-a em legitimação concorrente<sup>9</sup> e para a propositura da ação direta engloba a legitimidade recursal<sup>10</sup>.

Portanto, são legitimados: o Presidente da República, a mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador do Estado ou do Distrito Federal, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. A esses legitimados define o art. 103 da Constituição Federal que para a propositura da ação exige-se a chamada pertinência temática, definida como objetivo da relação de pertinência entre a defesa do interesse específico do legitimado e o objeto do caso concreto.

Neste controle a declaração de inconstitucionalidade é objeto principal da ação, gerando efeitos em regra *ex tunc* e *erga omnes* (vinculantes e repristinatórios), desconsiderando como válidos os atos que foram realizados durante vigência da lei inconstitucional e suas consequências e reproduzindo para todos, não somente para caso concreto. De forma excepcional poderá o Supremo manipular os efeitos de forma adequada para seus alcances, por meio do art. 27 da Lei 9.868/99<sup>11</sup>.

E para se manifestar existem ações específicas no sentido de se obter a finalidade desejada. O controle concentrado possui natureza objetiva, pois, não existem as figuras das partes (autor e réu), a ação visa atingir lei e atos normativos. Vale ressaltar, que não há a possibilidade de declaração de normas constitucionais originárias como inconstitucionais.

---

<sup>9</sup> A legitimidade era exclusiva do Procurador Geral da República, houve alteração por EC nº 01/69, art. 119, I, l, CF/46, com base na EC nº 26/65, art. 101, I, k.

<sup>10</sup> STF – Pleno – ADIn 2.130/SC – Rel. Min. Celso de Mello, decisão: 3-10-2001. Informativo STF nº 244.

<sup>11</sup> Momento adequado que o Supremo instituiu para que o alcance se torne *ex tunc*. Artigo prevê que o STF, por maioria de dois terços dos membros, poderá restringir os efeitos da decisão.

## Controle de constitucionalidade difuso

As ações que buscam a declaração de inconstitucionalidade estão previstas na Constituição Federal, sendo elas: Ação de inconstitucionalidade interventiva art. 36,III, seu objeto será a inconstitucionalidade lei ou ato normativo estadual contrário aos princípios sensíveis da Constituição; Ação de inconstitucionalidade genérica art.102, I, a, seu objeto é a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo distrital, estadual ou federal, posteriores a Constituição que ainda estão em vigência; Ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art.103, § 2º) tem como objeto principal a omissão do poder publico diante das normas Constitucionais de eficácia limitada e normas programáticas.

Tem-se ainda: Ação declaratória de constitucionalidade art.102, I, a e §2º, seu objeto é a declaração da constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, sobre o qual possua controvérsia judicial, possui efeito vinculante capaz de tornar absoluta a presunção de constitucionalidade de lei ou ato normativo; Ação de descumprimento de preceito fundamental art. 102, §1º, possui natureza subsidiária, tem seu cabimento quando esgotadas as demais vias processuais capazes de sanar a lesividade, visa evitar ou reparar lesão decorrente de ato do Poder Público, quando for relevante a controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal.

O controle difuso surgiu no Brasil com a Constituição de 1891<sup>12</sup>, efetivamente se instalou com a Lei Federal nº 221 de 1894, configura-se na forma difusa, pois todo e qualquer juiz ou tribunal possui a competência para analisar a incompatibilidade com a Carta Maior.

Busca resolver a questão controvérsia á Constituição no sentido de que não prejudique a lide, ou seja, o autor deseja resolver a questão prejudicial para se isentar da questão principal. Para este controle é essencial um caso concreto a ser analisado pelo sistema jurisdicional, a declaração se da de forma incidental, gerando efeitos inter partes e ex tunc (não vincula e não retroage), a decisão não afeta os demais órgãos do Poder Judiciário. Vale ressaltar que se admite ainda esta forma de controle via “habeas corpus”, mandado de segurança ou ações ordinárias.

A Constituição traz em seu art. 97 uma regra específica para a declaração ocorrida nos tribunais, a chamada Cláusula de Reserva de Plenário, tem como propósito a segurança jurídica, indicando que a declaração de inconstitucionalidade devera ser realizada por meio de votação (quorum de maioria absoluta) dos membros do Tribunal, ou integrante de órgão especial, sob

---

<sup>12</sup> A elaboração da Constituição Brasileira de 1891 iniciou-se em 1889. Após um ano de negociações, a sua promulgação ocorreu em 24 de fevereiro de 1891. Esta Constituição vigorou durante toda a República Velha e sofreu apenas uma alteração em 1926.

pena de nulidade absoluta, salvo duas hipóteses, se houver precedentes no âmbito do Supremo Tribunal Federal ou no próprio tribunal.

Conforme art. 178 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal no controle difuso a decisão deverá ser comunicada á autoridade ou órgão interessado, bem como, depois do trânsito em julgado, ao Senado Federal. Por força do art. 52, X, da Constituição Federal o Senado Federal possui a competência para suspender a execução no todo ou em parte, de lei declarada como inconstitucional por meio de resolução.

O ato suspensivo ocorrera em relação a leis federais, distritais, estaduais e municipais, em relação aos dois últimos confrontados perante a Constituição Estadual. O Senado suspendendo a execução, no todo ou em parte, da lei atingira a todos, valendo a partir do momento da publicação da resolução na Imprensa Oficial. Segundo Pedro Lenza: “Deve-se, pois, entender que o Senado Federal não está obrigado a suspender a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Este entendimento é majoritário, entende-se que não está obrigado vez que é somente discricionariedade política, dando liberdade para o Senado Federal cumprir os procedimentos necessários.

Vale ressaltar que com a edição da Emenda constitucional 45/04, o Supremo Tribunal Federal, trouxe para o ordenamento a possibilidade de se editar Súmulas Vinculantes, analisando incidentalmente a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, visando essencialmente a efetividade e celeridade processual. Assim, estando em acordo com todos os requisitos do art. 103–A da Constituição Federal o Supremo poderá editar Súmulas, evitando assim multiplicidade e mora na prestação jurisdicional gerando efeito erga omnes assim como no controle concentrado.

No controle de constitucionalidade brasileiro é evidente que o princípio da separação dos poderes foi condicionado no decorrer do tempo, dando a outros princípios maior atenção. A alteração nos parâmetros de análise nos remete a outra questão sobre a chamada mutação Constitucional. Definida por Lenza como:

Mutação constitucional é o processo informal de mudança da constituição, por meio do qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados à letra da constituição, quer através da interpretação, em suas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio da construção, bem como dos usos e dos costumes constitucionais. (LENZA, 2010, p. 110)

A mutação constitucional se caracteriza como mudança apenas na interpretação ou sentido da lei, e não do texto da lei, respeitando o princípio da legalidade, o que a teoria em posição completamente oposta. Assim, ao editar uma resolução, apesar da inexistência de obrigatoriedade do ato, o Senado não pode se posicionar além ou aquém do que foi sentenciado pelo Supremo Tribunal Federal, pois não detém competência.

## **5 TEORIA DA ABSTRATIVIZAÇÃO NO CONTROLE DIFUSO**

Conforme dito anteriormente o controle difuso gera decisões via de regra inter partes e ex tunc, ou seja, a decisão produz efeitos para as partes que figuram no processo e retroativos considerando-o nulo desde sua origem. Porém, existe situações que para assegurar a segurança jurídica e manter a harmonia, pode o Supremo Tribunal Federal por meio de votação (maioria de 2/3 de seus membros) conferir efeitos ex nunc, possibilitando a limitação dos efeitos.

Enfim, chegando ao ponto principal, segundo Luiz Oralando Carneiro no ano de 2014 em análise da Reclamação nº 4.335-AC, o supremo não admitiu a Teoria de Abstrativização no controle difuso e que o art. 52, X da Constituição Federal não havia sofrido mutação constitucional. A reclamação foi ajuizada pela Defensoria Pública da União, para assegurar o cumprimento da decisão contida no Habeas Corpus nº 82.959, da relatoria do Ministro Marco Aurélio, o Tribunal, na via difusa, a inconstitucionalidade da norma que veda a progressão de regimes nos crimes hediondos art.2º, §1º, Lei 8072/1990.

O relator da Reclamação foi o Ministro Gilmar Mendes, entendendo que se tratava de uma decisão com efeito geral, proferiu então o voto pela procedência da ação, por descumprimento do efeito vinculante da decisão no aludido Habeas Corpus, acompanhado pelo Ministro Eros Graus. Mesmo com o posicionamento dos Ministros citados, a casa se dividiu tendo na sessão votos contrários do Ministro Joaquim Barbosa e Ministro Sepúlveda Pertence, nascendo, portanto a Súmula Vinculante 26, permitindo a progressão de regime.

Súmula Vinculante 26:

Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e

subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

Em 2017 o Supremo julga ADIs 3.470 e 3.406 (controle concentrado) que tratava da discussão acerca da proibição de extração do asbesto/ amianto em todo território do Estado (Rio de Janeiro) julgando improcedente (constitucional) os pedidos, chamando atenção o registro da declaração de inconstitucionalidade com efeito vinculante e eficácia erga omnes, do art. 2º da lei Federal 9.055/95, por sinal, este artigo já havia sido objeto de análise do Supremo em outra oportunidade na qual foi julgado inconstitucional, sem vinculação e eficácia inter partes, mas como não era objeto da ação foi declarado como inconstitucional de forma incidental.

Na teoria tradicional adotada até então, texto da constituição o art. 52, X dispõe sobre o papel do Senado Federal dizendo: “Art. Compete privativamente ao Senado Federal: X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”. Entende-se que a decisão do Senado em suspender a execução da lei é discricionária, pois caso ele decida fazer pode alterar os efeitos de inter parte para erga omnes. Segundo Nagib Slaibi Filho (2008, p. 15), discricionariedade que geraria efeitos colaterais:

E aí ocorria situação que se mostrava terrivelmente gravosa: a despeito de reconhecer a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, não só incidentalmente como através do controle concentrado, o STF se via obrigado a fazer a comunicação ao Senado, que por sua vez, se omitia – não importam aqui os motivos tópicos - de suspender a execução da norma impugnada. Assim, milhares de demandas, através de recurso extraordinário e até mesmo através da medida cautelar referida no art. 800 parágrafo único, do CPC, continuavam chegando na Suprema Corte e por ela deviam ser individualmente julgadas, ainda que se tratassem de ações repetidas, geralmente sobre tributos ou atos da Administração Pública, em que somente mudavam as partes. O papel do STF era, assim, meramente declaratório da constitucionalidade, cabendo ao Senado atribuir carga erga omnes à eficácia da norma impugnada.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal em tese tem amparado suas decisões na Teoria da Abstrativização do controle difuso, ainda que implicitamente, levando ao entendimento que o art. 52, X sofreu mutação constitucional, levando o comunicado ao Senado com objetivo de que dê publicidade ao que decidido, mas não como no procedimento comum, dispensando o Senado da competência tradicional, passando realiza somente a publicação da decisão do

Supremo, que agora poderá decidir a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, dando a sua decisão os mesmos efeitos do controle concentrado, ou seja, eficácia erga omnes e vinculante.

O Ministro Gilmar Mendes é um dos maiores defensores da aplicação da teoria da Abstrativização visando evitar anomias e fragmentação da unidade, afirmando que é preciso fazer uma releitura do art. 52,X da CF/88. Seguido pelo Min. Celso de Mello, que afirmou que o Supremo Tribunal Federal fez uma verdadeira mutação constitucional com o objetivo de expandir os poderes do Tribunal com relação à jurisdição constitucional. A Min. Carmem Lúcia afirma também que o Supremo Tribunal Federal está caminhando para uma inovação da jurisprudência, no sentido de não ser mais declarado inconstitucionalidade a cada ato normativo, mas a própria matéria que nele se contém.

Os acórdãos ainda não foram oficialmente publicados mas ata da sessão já traz o modelo a ser adotado: Decisão:

O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, julgou improcedente a ação, e, incidentalmente, declarou a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 9.055/95, com efeito vinculante e erga omnes. Vencidos o Ministro Marco Aurélio, que votou pela procedência do pedido, e, em parte, o Ministro Alexandre de Moraes, que divergia parcialmente para julgar parcialmente procedente o pedido e dar interpretação conforme aos arts. 2º e 3º da Lei 3.579 do Estado do Rio de Janeiro, nos termos de seu voto. Ao final, o Tribunal indeferiu pedido de análise de modulação de efeitos suscitado da tribuna. Impedido o Ministro Roberto Barroso. Ausente, justificadamente, o Ministro Ricardo Lewandowski. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 29.11.2017.

A referida decisão demonstra a importância do tema exposto, o sistema de controle de constitucionalidade em especial o difuso é de extrema complexidade, e se faz perceber que por meio dele pode se expandir os poderes do Tribunal em relação à jurisdição constitucional, caminhando para uma inovação da jurisprudência.

## CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise sobre como o controle de constitucionalidade e como vem sendo aplicado no sistema jurisdicional brasileiro, nos possibilitando a reflexão acerca das atuais decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no sentido da aplicação da teoria da Abstrativização do controle difuso, e as constantes discussões sobre a mutação do art. 52, X.

De modo geral pode se analisar a organização do Estado e a separação dos Poderes, sendo possível apreciar que a função de julgar e aplicar a lei são do Poder Judiciário, deixando claro a grande importância do órgão na análise da inconstitucionalidade das normas, e que cumpre com sua finalidade ao exercer sua competência na sociedade, mesmo em tempos de crise e com seus tribunais assoberbados, segue com seu objetivo de instituir a justiça.

A própria Constituição Federal, expressamente, dois mecanismos aptos a conferir eficácia geral às decisões proclamadas na via difusa, a saber: a resolução senatorial, estampada no art. 52, X e a Súmula Vinculante da Carta de 1988, portanto, podemos afirmar que o controle de constitucionalidade adotado no Brasil é misto, admitido tanto na forma concentrada quanto na forma difusa. E que o novo entendimento sobre o art. 52, X tem se mostrado legítimo ao ser aplicado nas decisões do Supremo Tribunal Federal, demonstrando não só a mutação constitucional como também a inovação da jurisprudência brasileira.

A resistência ainda existente quanto à mutação do instituto são por aspectos processuais e formais, que a pacificação só ocorrera de fato com a alteração no texto constitucional, porém com isso só torna o processo para efetivação mais dificultoso. Os defensores da teoria que a partir da manifestação do Min. Gilmar Mendes se viram diante da necessidade de uma releitura do dispositivo, levando a todos a refletir sobre as possíveis anomias geradas, percebendo que

estão diante da possibilidade de expandir os poderes do Supremo Tribunal Federal e deixar de ter suas decisões vistas como atos meramente declaratórios.

Neste sentido, insistir na não adoção da eficácia erga omnes e efeito vinculante nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle incidental e na aplicação errônea do art.52, X é dizer não a evolução, se apegando a tradições políticas, colocando o Tribunal em um círculo vicioso de análises, em processos com a mesma matéria, colaborando com a ineficiência do sistema jurídico.

## REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3406**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2287108>>. Acesso em: 25 maio 2018.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF reafirma inconstitucionalidade de dispositivo que permita extração de amianto crisotila**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=363263>>. Acesso em: 27 maio 2018.

CARNEIRO, Luiz Orlando; TEIXEIRA, Matheus. **Em julgamento que proíbe amianto no país, STF inova – JOTA**. Disponível em: <<https://portaldomagistrado.com.br/2017/11/29/em-julgamento-que-proibe-amianto-no-pais-stf-inova-jota/>>. Acesso em: 01 jun. 2018.

GOUVEIA, Daniel Otávio Genaro; AMARAL, Sérgio Tibiriçá. **Organização dos Poderes e suas funções típicas e atípicas segundo a Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1685/1604>>. Acesso em: 02 jun. 2018.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MORELO, Ludimila Carvalho Bitar. **Histórico e sistemas do controle de constitucionalidade**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,historico-e-sistemas-do-controle-de-constitucionalidade,48391.html>>. Acesso em: 27 maio 2018.

SANTOS, B. F. M.; NUNES, G.

SIAIBI FILHO, Nagib. **Breve História do Controle de Constitucionalidade**. Disponível em: <[http://tjrj.jus.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=ea10bf6f-babb-4f4e8695-704a09b786e3&groupid-10136](http://tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=ea10bf6f-babb-4f4e8695-704a09b786e3&groupid-10136)>. Acesso em: 06 jun. 2018.

TAVARES, Diego Jorge Tenório. **O julgamento da Reclamação 4335-AC e a teoria da abstrativização do controle difuso: redesenhando a sua aceitação no seio da Corte**.

Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-julgamento-da-reclamacao-4335-ac-e-a-teoria-da-abstrativizacao-do-controle-difuso-redesenhando-a-sua-aceitac,48176.html>>. Acesso em: 04 jun. 2018.

VIEIRA, Luciano Pereira. **Controle de Constitucionalidade**. Disponível em:

<<http://www.rivero.pro.br/site/wp-content/uploads/2017/01/09-controlededeconstitucionalidade-lucianopereiravieira50289.pdf>>. Acesso em: 04 jun. 2018.