



**Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**

**A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE**

**Helio Guahyba Nunes Junior**

**Rio de Janeiro  
2012**

A Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ – não aprova nem reprova as opiniões emitidas neste trabalho, que são de responsabilidade exclusiva do autor.

HELIO GUAHYBA NUNES JUNIOR

ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE.

Monografia apresentada à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.  
Orientador: Prof. Guilherme Peña de Moraes  
Coorientadora: Prof. Néli L. Cavaliere Fetzner.

Rio de Janeiro  
2012

**HELIO GUAHYBA NUNES JUNIOR**

Abstrativização do Controle Concreto de Constitucionalidade.

Monografia apresentada à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.  
Orientador: Prof. Guilherme Peña de Moraes  
Coorientadora: Prof. Néli L. do Cavalieri Fetzner.

Data de aprovação:

Banca Examinadora:

---

Des. Nagib Slaibi Filho- Presidente

---

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Márcia Sleiman Rodrigues- Professora Convidada

---

Prof. Dr. Guilherme Pena de Moraes - Orientador

“Não por força nem por poder, mas pelo meu Espírito,  
diz o Senhor” (Zacarias, 4.6)

A Deus, por todas as coisas e aos meus pais por serem a razão de tudo.

## AGRADECIMENTOS

A conclusão deste trabalho representou muito mais que o encerramento de uma difícil etapa da minha vida. Os últimos dois anos foram particularmente delicados na minha vida familiar, contudo como contei com a compreensão e carinho da Professora Néli Fetzner e de Ana Dinna, se faz imperativo o agradecimento.

Em seguida, cumpre agradecer a Exma. Dra. Márcia Pacheco, jovem Promotora de Justiça fluminense, que me abriu a primeira porta profissional. Não posso esquecer de demonstrar meu carinho pela Dra. Simone Sibilio do Nascimento e Dra. Simone Paiva da Motta, Promotoras de Justiça que me ajudaram no amadurecimento profissional e são, sem qualquer dúvida, minhas maiores inspirações no *Parquet*.

Na Escola da Magistratura do Rio de Janeiro, certamente devo muitos agradecimentos. São tantos que corro o risco, quase certo, de esquecer alguém muito importante. Na equipe da EMERJ, não poderia olvidar da Dra. Rosângela Nunes Maldonado, responsável pelo meu primeiro passo na Escola e à quem devo toda a minha gratidão e honrarias. A Dra. Rosangela é a prova viva que a nossa Escola é muito mais que um curso preparatório. Em relação aos que ensinaram, meus sentimentos implicam em agradecer especialmente os Professores Guilherme Peña, Cláudia Barros, Ricardo Martins, José Maria Panoeiro, Elisa Pitaro e do festejado Professor Capanema. Todos estes, são dentre outros, a razão do sucesso da nossa Escola.

Por fim, agradeço a minha família. Razão de tudo na minha existência.

## **SÍNTESE**

O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro sempre foi classificado pela doutrina como de natureza mista, justamente por estar previsto na Carta Política de 1988 sistemas distintos, vale dizer, o controle abstrato e o controle concreto de constitucionalidade. Sempre houve substancial diferença entre as duas espécies, variando quanto a inúmeros aspectos, de se notar principalmente no que toca aos efeitos da decisão. A Corte Suprema tem indicado nova linha interpretativa sobre o tema, apontando para uma nova aplicação dos instrumentos de controle, a qual mitiga a diferença decorrente da eficácia da decisão. O presente trabalho tem por objetivo apresentar as novas tendências decorrentes da evolução da posição do Supremo Tribunal Federal e suas consequências no mundo jurídico e na sociedade.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.</b>	<b>10</b>
<b>1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE</b>	<b>15</b>
1.1. A Constituição.	20
1.2. Controle e Tipos de Inconstitucionalidade.	23
1.2.1. Total e Parcial.	24
1.2.2. Formal e Material.	24
1.2.3. Por Ação e por Omissão.	27
1.2.4. Originária e Superveniente.	27
<b>2. MODELO BRASILEIRO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE</b>	<b>29</b>
2.1. Sistemática do Controle Difuso.	30
2.2. Sistemática do Controle Concentrado.	31
<b>3. TENDÊNCIAS DE CONTROLE: A ABSTRATIVIZAÇÃO.</b>	<b>33</b>
3.1. Abstrativização e a Objetivação do Recurso Extraordinário.	37
3.2. Abstrativização e a Reclamação Constitucional.	45
3.3. Abstrativização e a Suspensão de execução de lei inconstitucional pelo Senado.	58
3.4. Abstrativização e o Mandado de Injunção.	75
3.5. Abstrativização e o caso “Mira Estrela”	96
3.6. Abstrativização e o caso da Progressão de regime nos crimes hediondos.	102
<b>4. PARADIGMAS PARA ABSTRATIVIZAÇÃO</b>	<b>115</b>
<b>CONCLUSÃO</b>	<b>118</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>120</b>
<b>ANEXO</b>	<b>125</b>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como foco principal a abordagem da recente orientação de vanguarda denominada pela doutrina de “abstrativização do controle difuso de constitucionalidade”. É certo que tal tema ainda está em evolução, não sendo pacífico em sede doutrinária e jurisprudencial. Sendo assim, pretende-se inicialmente apresentar as lições basilares sobre controle de constitucionalidade, para em seguida efetivamente enfrentar o tema do presente trabalho.

O sistema Constitucional do Brasil trata das técnicas de controle de constitucionalidade de forma peculiar, tendo o Poder Constituinte originário instituído o sistema híbrido ou misto de controle. Nessa linha, o texto da Carta Política de 1988 previu de forma expressa dois sistemas de controle, admitindo os modelos de controle concentrado e o controle abstrato.

Oportunamente é imperioso destacar que *mens legis* do Parlamento foi a melhor possível. Após anos de ditadura, nos quais o Estado de Direito foi distorcido e hipertrofiado, o Poder Legislativo pretendeu estabelecer todas as formas possíveis de controle para a estabilização e manutenção das garantias públicas, dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais.

Com a instituição do Estado Democrático de Direito (art. 1º da CRFB/88) a sociedade brasileira deu o primeiro passo em busca do pleno Estado de Justiça, afastando-se das épocas em que as Cortes de Justiça se restringiam a uma análise fria e estática da norma imperava, surgindo assim a nova era da supremacia e rigidez dos princípios e valores constitucionais.

Diante dessa nova realidade constitucional, a plena proteção da sociedade, a tutela do ordenamento jurídico e o estabelecimento de paradigmas que devem nortear todo

arcabouço jurídico, passaram a ser os arquétipos do um pleno controle do devido processo legislativo constitucional.

Como dito, a Carta previu expressamente o controle concentrado de constitucionalidade com origens no sistema de controle Austríaco, estabelecendo em seu texto diversos dispositivos que traçaram suas linhas básicas, dentre eles estão a previsão da competência para julgamento, dos objetos do controle (art. 102, I, “a”, §1º; art. 103, *caput*, c/c §1º e art. 125, §2º ), a especificação dos efeitos decorrentes da decisão (art. 102, §2º c/c art. 103, §§ 2º, 3º), e o rol de legitimados (art. 102, I, “a” e art.103). Dessa forma a Carta Republicana estabeleceu os elementos mínimos do controle concentrado, tendo o legislador ordinário minudenciado o tema com a edição da Lei 9868/99.

Na mesma linha, a Carta Política também fez previsão do controle difuso, esse com origens no direito norte-americano, possibilitando um instrumento pulverizado de pleno acesso à justiça no controle da constitucionalidade das normas infraconstitucionais.

Assim, da mesma forma, o Poder Constituinte previu expressamente dispositivos que asseguram tal forma de controle, pelo que estipulou os elementos nucleares de seu pleno exercício (art. 97 c/c art. 52, X). É bem verdade que foi preciso o Código de Processo Civil estruturar de forma mais aguçada tal modelo (art. 480 *usque* 482 do CPC), contudo este certamente é o sistema que viabiliza a todo e qualquer jurisdicionado provocar o Poder Judiciário sobre a constitucionalidade de leis ou atos normativos em suas lides.

É bem verdade que existem semelhanças entre os sistemas concentrado e difuso de controle, contudo também apresentam relevantes e acentuadas diferenças, as quais justificam a adoção do sistema misto entre nós.

Note-se que a doutrina e a jurisprudência sempre trabalharam com o tema de forma clássica, apontando para inúmeras diferenças, a saber: quanto à legitimidade ativa, à

competência para julgamento, de procedimento, e principalmente sobre os efeitos decorrentes da sentença de procedência do pedido.

Portanto, sempre se entendeu que o sistema de controle concentrado acarretava a produção de eficácia contra todos e em efeito vinculante perante os demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta (art. 102, § 2º da CRFB/88).

Já o controle difuso de constitucionalidade apresenta como regra, a restrição da produção de efeitos entre as partes da demanda deduzida em juízo (art. 472 do CPC), implicando verdadeiramente na limitação subjetiva da coisa julgada. Não obstante, o ordenamento jurídico constitucional também previu a possibilidade de ampliação desses efeitos, através de que resolução editada pelo Senado Federal, que suspenda a execução no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (art. 52, X da CRFB/88).

Nesse ponto estava a principal diferença entre as espécies de controle. Destarte, recentemente o posicionamento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, capitaneado pelo culto Ministro Gilmar Mendes, vem se modificando, tendo ele lançado as primeiras linhas sobre a chamada “abstrativização do controle concreto de constitucionalidade”.

Em suma, tal linha de interpretação sustenta ter ocorrido verdadeira mutação constitucional sobre o comando normativo contido no artigo 52, X da Carta Política, o qual deixaria de ser um mecanismo de ampliação dos efeitos subjetivos da coisa julgada, tornando-se mero instrumento de publicidade da decisão decorrente do controle concreto perante o Supremo. Afirmam ainda que, em virtude da gigantesca multiplicação de ações, muitas destas com a mesma discussão jurídica, acarretando a aproximação dos modelos de controle de constitucionalidade, pelo estaria caindo por terra a própria diferença entre estes e em última análise superar-se-ia a necessidade de manutenção do modelo difuso.

Diante das diferenças entre os modelos de controle, as quais cotejadas com os recentes sinais de evolução do tema despertados pela doutrina da “abstrativização”, justificam o enfrentamento neste presente trabalho.

Para exemplificar como o tema tem despertado a atenção dos juristas, vale destacar que recentemente foi proferida pelos Professores Nagib Slaibi Filho e Ricardo Barcelos palestra intitulada “Abstrativização” na Escola da Magistratura Fluminense<sup>1</sup>. Assim, o primeiro capítulo apresenta breves noções sobre controle de constitucionalidade, destacando conceitos basilares da disciplina.

No segundo capítulo, são introduzidos os modelos de controle de constitucionalidade adotados no Direito brasileiro, que sabidamente adotou o peculiar sistema misto. Neste capítulo foram desenvolvidas noções dos modelos concentrado e difuso de controle, traçam-se as suas diferenças ao final.

Após toda a contextualização do tema, o terceiro capítulo enumerará todas as hipóteses apresentadas pela doutrina e jurisprudência como sendo exemplos de abstrativização do controle difuso de constitucionalidade.

Ainda no desenvolvimento deste capítulo, o mais extenso deste trabalho, indicou-se os *leading cases* que serviram para iniciar o debate da questão no Supremo Tribunal Federal, ocasião em que se desenvolveu detalhadamente a inteligência interpretativa daqueles que aceitam o fenômeno da abstrativização, para em seguida expor a contraposição dogmática que refuta o tema. Dessa forma, adota-se nesse trabalho, a metodologia de didática empregada na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

No quarto e último capítulo, destaca-se os paradigmas hermenêuticos para a adoção do fenômeno da abstrativização, compatibilizando as novas idéias jurídicas com os

---

<sup>1</sup> Reunião do Fórum Permanente de Direito Constitucional, 34, 25/03/2013, EMERJ, *Abstrativização*.

parâmetros condicionantes do direito positivo estabelecido, viabilizando assim a evolução da ciência jurídica sem violar as normas jurídicas brasileiras.

## 1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.

Historicamente, Barroso<sup>2</sup> destaca que o primeiro precedente de exercício de controle de constitucionalidade remonta o ano de 1803, no conhecido caso *Marbury v. Madison*, quando a Suprema Corte dos Estados Unidos da América afirmou seu poder de exercer o controle de constitucionalidade, negando aplicação a leis que, conforme a inteligência interpretativa da Corte fossem consideradas inconstitucionais. O contexto social e político que viabilizaram o nascimento dessa doutrina devem ser destacados.

Barroso<sup>3</sup> aponta que tudo começou nas eleições americanas realizadas no final de 1800, quando o então Presidente John Adams e seus aliados federalistas foram derrotados pela oposição republicana, tanto para o Poder Legislativo como para o Executivo.

Thomas Jefferson viria a ser o novo Presidente, apesar de vencido no voto popular empatara com Aaron Burr na votação do Colégio Eleitoral, sendo que a Câmara dos Representantes proferiu a decisão final, elegendo Jefferson em 17 de fevereiro de 1801.

John Adams no final de seu mandato, com a colaboração do Congresso, que ainda apresentava maioria federalista, articulava verdadeira manobra política para tentar manter sua influência, agora através do Poder Judiciário.

Em 13 de fevereiro de 1801, aprovaram uma lei de reorganização do Judiciário federal, *the Circuit Court Act*, criando dezesseis novos cargos de juiz federal, os quais foram preenchidos por federalistas aliados a John Adams, então derrotado nas eleições. Nessa manobra legislativa também ficou estabelecido a redução no número de Ministros da Suprema

---

<sup>2</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 3-10.

Corte, para assim evitar-se a possibilidade de o novo Presidente Jefferson, nomear alguém para tal cargo.

Em 27 de fevereiro de 1801, outra lei, *the Organic Act of District of Columbia*, também autorizava o Presidente a nomear quarenta e dois juízes de paz, tendo os nomes indicados sido confirmados pelo Senado na véspera da posse de Thomas Jefferson, em 3 de Março de 1801.

Nesse contexto, surge o nome de John Marshall, indicado para ocupar o cargo de Presidente da Suprema Corte, *Chief Justice*, que logo no início de suas atividades, enfrentou um grande desafio, a saber: o novo Secretário de Estado, James Madison, seguindo orientação do presidente, recusou-se a entregar os atos de investidura para alguns nomeados que ainda não tinham tomado posse. Dentre os juízes de paz nomeados e não empossados estava William Marbury, que propôs demanda judicial, *writ of mandamus*, buscando ver reconhecido o seu direito ao cargo.

A ação foi pautada em lei de 1789, *the Judiciary Act*, a qual determinava como de competência originária para processar e julgar de demandas dessa natureza da Suprema Corte.

Outrossim, não obstante a propositura da demanda e da expressa previsão legal da competência para julgamento da causa, o Congresso, agora com maioria republicana, veio a revogar a lei em comento, *the Circuit Court Act* de 1801, extinguindo os cargos criados por John Adams e destituindo seus ocupantes.

Foi nesse ambiente político extremamente hostil e de paixões exacerbadas que a Corte Constitucional se reuniu para o julgamento do emblemático caso de *Marbury v. Madison*.

Nessa linha, é relevante salientar que a Constituição não conferia à Corte Constitucional ou a qualquer outro órgão judicial, expressamente, tal competência. Ao julgar o caso, a Corte construiu verdadeira interpretação jurisprudencial da qual comprovou-se que,



apesar da omissão expressa, a competência seria determinada pelo sistema, logo, a atribuição desenvolvida por Marshall acerca da supremacia da Constituição, da necessária existência do instituto do *judicial review* e a previsão de competência do Judiciário para matéria é tida como brilhante, contudo não era pioneira.

Destaca-se que havia outros precedentes em vários outros períodos temporais, podendo-se até asseverar a existência deste tipo de controle desde a antiguidade.

Não obstante, foi com *Marbury v. Madison* que o tema ganhou as páginas de livros pelo mundo, superando de forma exemplar todos os embates políticos e doutrinários já travados.

Na análise da questão posta à cognição da Corte Suprema Americana, o juiz Marshall enfrentou o imbróglio central do tema, vale dizer, analisou se poderia a Suprema Corte deixar de aplicar uma lei inconstitucional, assim estava criada a tese do controle de constitucionalidade.

No desenvolvimento do seu raciocínio jurídico, Marschall apresentou três fundamentos para embasar a teoria do controle de constitucionalidade, a saber:

A necessária supremacia da Constituição, constatando-se que toda lei que contrariar a Constituição estará eivada de nulidade, logo, qualquer ato legislativo que contrarie a Constituição será nulo.

Por fim, o estabelecimento do Poder Judiciário como intérprete natural e final da Constituição, cabendo-lhe então dizer o sentido das leis.

A doutrina<sup>4</sup> constitucionalista sempre destacou as consequências do caso *Marbury v. Madison*. No caso, ao estabelecer a competência do Poder Judiciário para analisar a luz da

---

<sup>4</sup> BARROSO, op. cit. 2012, p. 3-10.

Constituição, os atos praticados pelos Poderes Executivo e Legislativo, estava a Suprema Corte demarcando o seu próprio poder.

Note-se que a Suprema Corte não parou por aí e, posteriormente, estabeleceu como de sua competência, o controle de atos, leis e decisões estaduais em face da Constituição e também de federais, conhecendo de recursos contra pronunciamentos dos Tribunais dos Estados.

Com efeito, pode-se afirmar que *Marbury v. Madison* foi a decisão que inaugurou o controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno, estabelecendo os três arquétipos apresentados por *Marscheall* como as sementes de toda a teoria hodiernamente desenvolvida pela doutrina<sup>5</sup> sobre controle de constitucionalidade.

Superada as linhas históricas do controle de constitucionalidade, constatou-se que a idéia nuclear do sistema de controle está diretamente ligado às premissas da supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico, à rigidez constitucional e efetiva proteção dos direitos fundamentais.

Sendo assim, é imperioso que a Constituição ocupe o topo da hierarquia de todo o sistema normativo, condicionando e informando toda a atividade legislativa infraconstitucional, de forma que todas as demais normas legais encontrem fundamento de validade na Carta.

Oportunamente, deve-se lembrar que nas constituições rígidas, verifica-se a superioridade das prescrições constitucionais em relação às normas produzidas pelo Poder Legislativo, o qual, na verdade, é um dos Poderes constituídos pelo Constituinte originário. Assim a conclusão é automática, não podem as normas produzidas por um Poder constituído

---

<sup>5</sup> *ibid.* 2012, p. 3-10

contrariarem àquelas prescritas pelo próprio Poder Constituinte que, por ser originário, é ilimitado, incondicionado e inicial.

O controle de constitucionalidade retrata em sua essência, a concretização da supremacia dos direitos e garantias fundamentais prescritos na Carta, configurando verdadeiro limite ao poder exercido pelo Estado, já que determina seus deveres e viabiliza o pleno exercício da democracia no Estado de Direito.

Sendo assim, no Brasil, não poderia ser diferente e o parlamento constituinte originário criou mecanismos de controle dos atos normativos, possibilitando, então, verificar sua adequação aos preceitos previstos na Carta republicana.

Conceitualmente<sup>6</sup>, pode-se afirmar que controlar a constitucionalidade significa verificar a compatibilidade de uma lei ou ato normativo com a Constituição, analisando tanto os seus requisitos formais, como os materiais.

Seguindo a tendência adotada pela maioria da doutrina brasileira<sup>7</sup>, influenciada pelo direito norte americano com adoção da teoria da nulidade ao se declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, o que acarreta efeitos diretos no plano da validade.

Em verdade, tratar-se-ia de ato declaratório que reconhece uma situação pretérita, vale dizer, um vício no nascimento da norma. Com efeito, a idéia de vício originário por não observância de prescrições formais ou incompatibilidade material com a Carta, implica, segundo doutrina majoritária, reconhecê-lo como nulo e desprovido de força vinculante. É a chamada aplicação da Teoria da Nulidade elaborada pelos norte-americanos.

---

<sup>6</sup> MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 3 ed. São Paulo:Atlas, 2010, p. 150

<sup>7</sup> BARROSO, op. cit. 2012, p. 12-13.

Contudo, deve-se asseverar que existe outra linha de entendimento, o qual perfilha o entendimento defendido por Hans Kelsen<sup>8</sup> baseado na Teoria Pura do Direito, com berço na Corte Constitucional austríaca, asseverando que a decisão em tema de controle tem natureza constitutiva. Segundo Kelsen<sup>9</sup>, a Corte não declara a nulidade, mas anula, cassa o ato viciado. Até a publicação da decisão o ato declarado inconstitucional é válido e eficaz. Trata-se da teoria da anulabilidade da norma inconstitucional.

Não obstante, vale destacar que doutrina de vanguarda diverge sobre o nascimento histórico do controle de constitucionalidade. Assim, Gustavo Nogueira<sup>10</sup> e Lênio Streck<sup>11</sup> afirmam que coube a um juiz inglês, *Sir. Edward Coke*, em 1610, a elaboração das primeiras linhas sobre controle de constitucionalidade, ocasião em que *Sir. Coke* elaborou a teoria, segundo a qual caberia ao Poder Judiciário controlar a validade das leis e dos atos administrativos que fossem contrários a uma lei superior, ocasião em que atuando como *Chief Justice of the Court of Common Pleas*, procedeu à invalidação de multa e ulterior prisão de Thomas Bonham.

Estabelecidas às linhas preliminares do controle de constitucionalidade, é necessário apresentar os tipos de inconstitucionalidade.

### 1.1 A Constituição.

---

<sup>8</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 374-376.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 374-376.

<sup>10</sup> NOGUEIRA, Gustavo. *Sir Edward Coke e o Judicial Review Inglês: breve história* in Teoria do Processo – Panorama Doutrinário Mundial. V. II. Salvador: JusPODIVM, 2010, p.186.

<sup>11</sup> STRECK, Lênio. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio e Janeiro: Forense, 2004, p. 305 – 306.

Analicamente, Constituição é o sistema de normas jurídicas, produto do exercício do poder constituinte, que objetivam precipuamente o estabelecimento da forma de Estado, da forma de governo, do modo de aquisição e exercício do poder, da instituição e organização de seus órgãos, dos limites de sua atuação, dos direitos fundamentais e das respectivas garantias e remédios constitucionais e da ordem econômica e social.

Canotilho<sup>12</sup> assevera que a Constituição é o conjunto de normas que regulam as estruturas do Estado e da sociedade em seus aspectos fundamentais, *in verbis*:

Por constituição moderna entende-se a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político. Podemos desdobrar o conceito de forma a captarmos as dimensões fundamentais que ele incorpora: (1) ordenação jurídico-política plasmada num documento escrito; (2) declaração, nessa carta escrita, de um conjunto de direitos fundamentais e do respectivo modo de garantia; (3) organização do poder político segundo esquemas tendentes a torna-lo um poder limitado e moderno.

Em sua concepção mais remota, idealizada por Platão<sup>13</sup> (427 a. C.-347 a. C.) e Aristóteles<sup>14</sup> (384 a.C- 322 a.C), e repleta de influxos da Moral e Política, retrataria verdadeiramente uma ordem política ideal, na medida em que descreveria um projeto de conciliação e disciplina das relações sociais e políticas, objetivando atingir a forma de governo mais adequada à construção da unidade política, desde que se afastasse de uma origem unilateral e violenta, tudo como um modelo de estabilidade, equilíbrio para a formação de uma ordem política ideal<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 52.

<sup>13</sup> PLATÃO. *República*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1992, p. 557.

<sup>14</sup> ARISTÓTELES. *Política*. III 3, 1276b 1-16.

<sup>15</sup> PLATÃO. *op. cit.* VIII, 557 a- 558c.

A Constituição medieval, inspirada em Tomás de Aquino<sup>16</sup> no período compreendido entre 1225 e 1274 estava inserta no campo do Direito, retratando uma ordem jurídica dada, pelo que limitava a capacidade de normatização dos poderes públicos, dotada assim de uma limitação intrínseca dos poderes públicos e se dedicaria a tutela da ordem jurídica dada, que preexistiria à vontade política do príncipe, autorizando inclusive o direito à resistência contra o arbítrio.

A Constituição no sentido moderno foi elaborada com primazia por Thomas Hobbes<sup>17</sup> no período compreendido entre 1588 até 1679, quando na sua obra *Leviathan* desenvolveu a teoria da soberania do monarca, que em suma afirmava ser provido de natureza perpétua, originária, absoluta e indivisível. Contudo não se pode deixar de destacar os ensinamentos de Jean Jacques Rousseau<sup>18</sup>, que no período compreendido entre 1712 a 1778 instituiu a idéia de que o poder seria confiado ao povo, dentro do qual seriam equilibrados os poderes de forma limitativa e tutelada os direitos, numa perspectiva de garantia, pelo que a produção de normas constitucionais estaria limitada a atuação dos poderes constituídos, os quais se apóiam em última linha, na própria vontade popular.

Cumpre ainda destacar que a idéia de constituição democrática surgiu no século XX, mais precisamente entre 1881 a 1973 quando foi instituído por Hans Kelsen<sup>19</sup>, pensamento endossado por Carl Schmitt<sup>20</sup> em 1888 a 1985. Nesta ocasião a democracia e constitucionalismo se aproximaram, já que a Constituição na verdade expressaria as decisões tomadas pelo poder constituinte através dos princípios constitucionais, mormente no que toca os direitos fundamentais.

---

<sup>16</sup> AQUINO, Tomás de. *Summa Theológica*. III ae, q. 96, a. 5.

<sup>17</sup> HOBES, Thomas. *Leviathan*. Cap. 16.

<sup>18</sup> ROSSEAU, Jean Jacques. *Du contrat social*. I, Cap. 7, p. 132.

<sup>19</sup> KELSEN, Hans. *Quien deve ser el Defensor de la Constitución?* Madrid: Tecnos, 1997, p. 81.

<sup>20</sup> SCHMITT, Carl. *La Defesa de la Constitución*. 2 ed. Madrid: Tecnos, 1998, p. 75.

Note-se em última linha, que segundo o Professor Guilherme Pena<sup>21</sup>, a Constituição teria natureza não unívoca, podendo ser analisada pelo prisma sociológico, quando retrataria fatores reais de poder, sob o enfoque político, consubstanciando a decisão política fundamental, ou em última perspectiva, com base no sentido estritamente jurídico, quando configuraria a lei fundamental da organização estatal.

Ainda segundo o Professor Guilherme, vale destacar a título de complementação, que a idéia de Constituição pode ser analisada por uma concepção jusnaturalista, quando retrata um conjunto de princípios de Direito Natural, ou uma concepção juspositivista, quando significaria em última análise um conjunto de normas de Direito Positivo, sem qualquer apreciação de elementos axiológicos.

Assim, tem-se que Constituição, ao menos no sentido jurídico, deve ser entendida como lei fundamental e suprema de um Estado, que contém normas referentes à própria estrutura do Estado, à formação dos poderes públicos, sua forma de governo e aquisição do poder de governar e distribuição de competências (parte orgânica), além dos direitos, garantias e deveres dos cidadãos (parte dogmática).

## 1.2 Controle e tipos de inconstitucionalidade.

A inconstitucionalidade de uma norma pode ser determinada com base em diferentes critérios, que incluem o momento em que ela é verificada no ordenamento jurídico, o tipo de ação estatal que a gerou, o procedimento de elaboração e o próprio conteúdo da norma.

---

<sup>21</sup> MORAES, Guilherme Pena de. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 61 – 62.

### 1.2.1 Total e parcial.

A inconstitucionalidade será total quando colher a íntegra do diploma legal impugnado, e será parcial quando recair sobre um ou vários dispositivos, ou sobre fração de um deles, inclusive uma única palavra. A norma não perde sua validade jurídica, já que subsistem outros dispositivos válidos.

Como regra, os vícios formais acarretam o reconhecimento da inconstitucionalidade total, já que, ou a competência ou procedimento exigido na Carta não foi obedecido, violando-se o devido processo legislativo.

Por sua vez, a inconstitucionalidade material pode acarretar a inconstitucionalidade total ou parcial do ato normativo.

### 1.2.2 Formal e material.

A inconstitucionalidade formal é aquela que se apresenta com algum vício de forma, vale dizer, não foi respeitado o devido processo legal legislativo exigido pela Constituição para a elaboração da norma. Nessa perspectiva, a doutrina<sup>22</sup> convencionou chamar de inconstitucionalidade formal orgânica aquela que se traduz na inobservância de regra de competência para a edição do ato.

---

<sup>22</sup> BARROSO, op. cit. 2012, p. 27-28.



Ainda no que toca aos vícios formais, ladeando a já mencionada inconstitucionalidade orgânica, encontra-se a denominada inconstitucionalidade formal propriamente dita. Nela, a norma foi produzida sem a observância de alguma fase do processo legislativo.

O processo legislativo completo previsto na Carta compreende iniciativa, deliberação, votação, sanção ou veto, promulgação e publicação. Note-se que somente a lei ordinária e a lei complementar percorrem todas essas fases.

Comumente a Corte Suprema brasileira se depara com leis com vícios formais, os exemplos são inúmeros, valendo citar como exemplos a edição por Assembléia Legislativa Estadual, de lei que verse sobre matéria penal, ou ainda parlamentar federal que apresente projeto criando cargos de promotor de justiça ou alterando atribuições do membro do *Parquet*.

Também são corriqueiros os casos em que o Congresso trata de matéria reservada à lei complementar através de lei ordinária. É certo que as citadas hipóteses de inconstitucionalidade formal não param por aí, contudo os exemplos bastam para dar o tom do que se pretende demonstrar.

Já a inconstitucionalidade por vício material é retrata uma incompatibilidade de conteúdo, ou seja, há vício substantivo entre a lei ou ato normativo e a Constituição. O controle material pode ser exercido com base em todas as categorias de normas constitucionais, podendo inclusive ter como parâmetro normas de organização e aquelas ditas programáticas.

Feita essa diferenciação, é oportuno salientar que nada impede que a mesma norma objeto de controle apresente vício formal e material, que podem estar cumulativamente presentes.

O efeito concreto do reconhecimento da inconstitucionalidade quer seja formal, quer seja material, produz uma única consequência segundo a teoria da nulidade amplamente adotada entre os brasileiros: a invalidade da norma, acarretando a sua ineficácia.

Contudo, deve-se ressaltar que existe uma hipótese em que o caráter formal ou material da inconstitucionalidade implicará efeitos diversos: quando a incompatibilidade for travada entre uma nova Constituição ou uma emenda constitucional e norma inconstitucional preexistente.

Nessa situação, sendo o vício de natureza material, a norma não poderá subsistir, logo, a incompatibilidade originada preteritamente fica automaticamente revogada com o advento do novo tratamento constitucional dedicado à matéria. Oportuno dizer sobre o posicionamento que entende também estar esse vício no campo da inconstitucionalidade atacável pela via ação direta, é minoritário no direito nacional.

Já, quando a norma preexistente apresentar vício de natureza formal, a consequência será outra, vale dizer, tal norma, se materialmente compatível com a Constituição será considerada recepcionada com o novo ordenamento. Nesses casos, a norma objeto de recepção apenas se submeterá *ad futurum* à nova disciplina constitucional estabelecida pelo Poder Constituinte.

Ainda no tocante aos vícios materiais, Luis Roberto Barroso<sup>23</sup> faz a seguinte observação sobre a questão do desvio ou excesso de poder legislativo, incluindo-o nesta categoria:

Desvio ou excesso de poder legislativo, caracterizado pela edição de normas que se afastam abusivamente dos fins constitucionais e/ou declarados. A ascensão e difusão do princípio da razoabilidade, com sua exigência de adequação entre meio e fim, de necessidade da medida (com a consequente

---

<sup>23</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 30 - 31

vedação do excesso) e de proporcionalidade em sentido estrito, de certa forma atraiu o tema para seu domínio, tornando-se, na atualidade, um dos principais parâmetros de controle da discricionariedade dos atos do Poder Público.

### 1.2.3 Por ação e por omissão.

A Constituição é norma jurídica cogente, logo, goza do atributo da imperatividade. Apresenta comandos proibitivos e preceptivos, portanto é possível violar a Carta praticando um ato nela proibido ou deixando de praticar ato por ela determinado. Em virtude dessa característica, a Constituição pode ser violada tanto por via de ação, como por via de omissão.

É certo que os atos praticados por órgãos dos três Poderes do Estado podem ser objeto de controle de constitucionalidade, contudo na classificação aqui apresentada tem pertinência no controle dos atos produzidos pelo Legislativo.

Sendo assim, a inconstitucionalidade pode se dar por ação decorrente de conduta positiva do legislador, como também pode surgir de omissão legislativa, que se dará tanto pela inércia em legislar, ou poderá surgir de uma produção legislativa parcial violando o princípio da isonomia.

Com efeito, tanto uma conduta positiva como negativa podem ferir a Constituição.

### 1.2.4 Originária e superveniente.

A inconstitucionalidade será originária quando o ato normativo for produzido durante a vigência da norma constitucional violada e será superveniente quando ocorrer em momento futuro. Note-se, então, que a norma pode nascer constitucional no momento de sua

sanção ou promulgação, mas deixar de sê-la em virtude de alguma reforma constitucional ulterior, ou de nova interpretação do dispositivo constitucional violado, como também em decorrência de mudança em circunstâncias fáticas.

Vale destacar que para o Supremo Tribunal Federal, não há inconstitucionalidade<sup>24</sup> superveniente, quer seja material, quer seja formal. A controvérsia surgida de alteração da norma constitucional por reforma ou da promulgação de nova Carta Política será resolvida pela recepção ou não da norma pretérita promulgada na égide do texto constitucional anterior.

---

<sup>24</sup> BARROSO, op. cit. 2012, p. 39-40.

## 2. MODELO BRASILEIRO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.

No que toca à natureza do órgão controlador, esse pode ser classificado político, jurisdicional ou misto. O controle será de natureza política quando realizado por um órgão que não pertença ao Poder Judiciário. Será jurisdicional quando realizado por juízes ou tribunais pertencentes ao Poder Judiciário<sup>25</sup>.

O Brasil adotou o sistema de controle jurisdicional sobre as questões relativas à constitucionalidade das leis ou atos normativos, pelo que caberá aos membros do Poder Judiciário o seu exercício.

Em relação ao momento do seu exercício, o controle poderá ser exercido preventivamente quando realizado antes da promulgação da lei ou ato normativo impugnado, ou repressivo quando realizado após a sua promulgação ou edição. Note-se que os três Poderes da República poderão exercer o controle preventivo ou repressivo conforme apregoa o professor Marcelo Novelino, *in verbis*:

[...] o Poder Legislativo exerce o controle preventivamente por meio das Comissões de Constituição e Justiça, o Poder Executivo pode exercer o controle vetando (veto jurídico) um projeto de lei que entenda ser inconstitucional, por sua vez, o Poder Judiciário, ainda que de forma excepcional, também poderá exercê-lo caso seja impetrado um mandado de segurança por Parlamentar, em razão da inobservância do devido processo legislativo constitucional, como no caso de deliberação de uma proposta de emenda tendente a abolir cláusula pétrea.<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> BARROSO, op. cit. 2012, p. 41-43.

<sup>26</sup> NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Método, 2008, p. 105.

Em relação ao controle preventivo, busca-se evitar que a norma inconstitucional ingresse no ordenamento jurídico brasileiro, enquanto que o controle repressivo incidirá em norma já existente, pelo que, atacará em regra lei já em vigor.

O Poder Legislativo brasileiro atuará basicamente no controle repressivo objetivando sustar atos normativos elaborados pelo Chefe do Executivo que exorbitem do poder regulamentar que lhe foi deferido pela Constituição ou dos limites da delegação que lhe foi deferida pelo Legislativo na forma do art. 49, V da CRFB/88. Contudo o Legislativo poderá atuar repressivamente quando rejeitar uma medida provisória que não atenda aos arquétipos de relevância e urgência exigidos pelo art. 62 da CRFB/88.

Por fim, o controle repressivo caberá, com primazia, para o Poder Judiciário, a quem cabe ser o maior e natural responsável pelo controle da constitucionalidade das leis e atos normativos. Outrossim, é imperioso ressaltar que nesta perspectiva, o Brasil adotou o sistema misto de controle repressivo, pelo que poderá ser exercido de forma difusa (por todos os juízes) ou de forma concentrada (quando exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal em plano nacional ou pelo órgão especial das Cortes Estaduais quando em nível regional).

Concluída a fase introdutória e conceitual, passar-se-á a desenvolver as diferenças existentes entre o modelo concentrado e difuso de controle, para em seguida apresentar os ensinamentos que apregoam a aproximação do controle difuso ao modelo concentrado.

## 2.1. Sistemática do Controle Difuso.

O controle difuso de constitucionalidade é exercido por qualquer órgão poder Judiciário, que provocado em um caso concreto irá apreciar a alegação de inconstitucionalidade apresentada por uma das partes da lide. Nesta linha, por se tratar de

processo subjetivo, a inconstitucionalidade requer a observância da reserva de plenário expressamente exigida no art. 97 da CRFB/88, após a chamada cisão de competência no plano vertical.

Reconhecida à inconstitucionalidade, a mesma integrará os fundamentos da decisão, contudo por não estar na parte dispositiva da sentença prolatada, não transita em julgado. Vale destacar que por se tratar de processo subjetivo, a decisão de inconstitucionalidade terá eficácia *ex nunc* e estará restrita às partes da demanda, sob pena de violar os limites subjetivos da coisa julgada.

Não obstante essa restrição de eficácia, a Constituição previu a possibilidade de ampliação dos seus efeitos com a edição de resolução pelo Senado, na forma do art. 52, X da CRFB/88, quando então a decisão de suspensão da eficácia atingirá efeitos *erga omnes*.

## 2.2. Sistemática do Controle Concentrado.

O modelo de controle concentrado de constitucionalidade se distingue fundamentalmente do modelo difuso por vários fatores. Inicialmente vale destacar que possui rol de legitimados taxativamente previsto no art. 103 da Carta Política, afastando a ampla e irrestrita legitimação ativa prevista para o modelo difuso.

Também há diferença na competência para julgamento. Enquanto o modelo difuso permite que qualquer órgão do Poder Judiciário conheça da alegação de inconstitucionalidade, no modelo concentrado, como a própria denominação indica, só poderá ser julgado de forma concentrada pelo Supremo Tribunal Federal quando em nível nacional, ou pela Corte especial dos Tribunais de Justiça Estaduais quando se tratar de controle regional ou municipal.

Por fim, o maior ponto de diferenciação entre os sistemas está no que toca aos efeitos decorrentes da sentença de procedência do pedido, que como já dito, para o modelo difuso estará restrito às partes da demanda, contudo em relação ao modelo concentrado terá eficácia *erga omnes* e efeito *ex tunc*.



### 3. TENDÊNCIAS DE CONTROLE: A ABSTRATIVIZAÇÃO.

A Carta Política de 1988 optou pela adoção do sistema misto de controle de constitucionalidade, assim, o Poder Constituinte Originário prescreveu expressamente o sistema concentrado e o sistema difuso.

Não obstante a dupla opção traçada pela Constituição, tem-se discutido a possibilidade de haver “hibridação” dos modelos de justiça constitucional<sup>27</sup>. Nessa linha, algumas vozes<sup>28</sup> surgiram sustentando a possibilidade de extensão da eficácia *erga omnes* e vinculante aos pronunciamentos judiciais de inconstitucionalidade pela via de exceção em controle difuso, independentemente da suspensão de execução da lei ou ato normativo impugnado pelo Senado Federal.

Tal tese já era ventilada desde a Constituição de 1967, quando então a nova redação dada ao artigo 45, inc. IV pela Emenda nº 1 de 1969, essa perspectiva interpretativa foi objeto de análise do Professor Calos Alberto Lúcio Bittencourt, o qual lançou a primeira semente de tal idéia.

Ensinava o referido mestre<sup>29</sup> que a extensão da eficácia *erga omnes* e vinculante dos pronunciamentos de inconstitucionalidade no controle difuso independeriam da suspensão da execução da lei ou ato normativo pelo Senado Federal. Nessa linha, afirma que a manifestação da Câmara Alta teria apenas a função de tornar pública a decisão do Tribunal Constitucional.

---

<sup>27</sup> PEGORARO, Lúcio. *A Circulação, a Recepção e a Hibridação dos Modelos de Justiça Constitucional*. Revista de Informação Legislativa, n 165, 2005.

<sup>28</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *O Papel do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional*. Revista de Informação Legislativa, n 162, 2004, p. 149 – 168.

<sup>29</sup> BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio, *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 145 – 146.

O professor Bittencourt<sup>30</sup> afirmava que a atividade do Senado de suspender a execução da lei declarada inconstitucional retrataria verdadeira impropriedade técnica, já que a declaração de inconstitucional já configuraria ato inexistente ou ineficaz.

Hodiernamente essa discussão ressurgiu na doutrina do Ministro Gilmar Mendes<sup>31</sup>, que tem assim julgado em seus mais recentes arestos na Suprema Corte. Com efeito, ele sustenta que o sistema jurídico constitucional aplicável à suspensão de execução de lei declarada inconstitucional pelo Senado sofreu mutação, *in verbis*:

Passamos em virtude de um texto, pelo qual compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução , no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, a outro texto, no qual compete privativamente ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo<sup>32</sup>.

Para lastrear juridicamente o novo entendimento, Gilmar apresenta algumas diretrizes, que consubstanciam basicamente três linhas de inteligência:

Primeiramente sustentam que o controle difuso-incidental vem sofrendo nítido enfraquecimento. Ocorre que antes da Carta Política de 1988 o sistema difuso ainda retratava uma forte orientação jurisprudencial, que foi perdendo espaço para o incremento do controle concentrado de constitucionalidade.

Nessa linha, a ampliação do controle abstrato é nítida, podendo ser constatada concretamente pelo aumento de legitimados para a propositura da ação direta expressamente

---

<sup>30</sup> BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio, *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 145 – 146.

<sup>31</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *O Papel do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional*. Revista de Informação Legislativa, n 162, 2004, p. 149 – 168.

<sup>32</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Min. Rel. Gilmar Mendes, Reclamação. n. 1880. Data do julgamento 23.05.2002. Extraído de: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/Acesso> em 14/03/2012.

previsto no art. 103 da CRFB/88, o que ampliou de maneira significativa a exposição direta de praticamente todas as controvérsias relevantes perante os Ministros da Suprema Corte.

Diante de tal quadro jurídico, é certo que a ênfase passou a ser tal espécie de controle, que seguramente retrata mais presteza e celeridade quando comparado com o modelo difuso de controle, o qual exige não só o percurso integral da relação processual subjetiva deduzida em juízo, mas também o trânsito em julgado da decisão e a posterior suspensão da execução da norma pela resolução do Senado Federal para alcançar a amplitude máxima dos seus efeitos.

Os sinais desta potencialização não se retratam apenas pela ampliação da legitimação ativa, mas também pelo advento da ação declaratória de constitucionalidade, sendo assim, a opção legislativa de mecanismos com eficácia geral passou a dominar o cenário jurídico constitucional brasileiro.

Em uma segunda consideração, Gilmar<sup>33</sup> e seus seguidores destacam que a suspensão de execução de lei pelo Senado não se aplicaria a todas as hipóteses de controle difuso de constitucionalidade, já que nos casos em que se entendeu pela não recepção de normas pré-constitucionais, bem como nas decisões em que o Supremo aplique as técnicas de interpretação conforme a Constituição ou declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto e sem pronúncia de nulidade previstas no art. 1º, parágrafo único, I da Lei 9.882/99 e art. 28, parágrafo único da Lei 9.868/99, o Senado não seria chamado a aplicar o art. 52, X da CRFB/88.

Por último afirmam que a suspensão de execução de norma pelo Senado, em sede de controle de constitucionalidade, manejado no bojo de demanda coletiva, seria verdadeiramente inócua, já que a sentença de procedência de tal demanda, por si só, poderia

---

<sup>33</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1084.

ter efeito *erga omnes* a luz do que dispõe o art. 16 da Lei n. 7347/85, art. 18 da Lei n. 4717/65, art. 103, I da Lei n. 8078/90).

Contudo, tal visão apresenta contraposição. A doutrina tradicional se opõe às idéias lançadas na citada obra de autoria de Bittencourt<sup>34</sup> também argumentando em três perspectivas. Primeiramente sustenta que a técnica de jurisdição constitucional desenvolvida por Gilmar e seguida pelo Ministro Eros Grau na Reclamação 4.335 teria distorcido o texto constitucional, ultrapassando todas as válidas possibilidades semânticas extraíveis do artigo 52, inciso X da CRFB/88.

Em segundo lugar, salienta-se que o precedente obrigatório violaria a própria separação entre poderes, verdadeiro princípio fundamental da Constituição brasileira esculpido pelo Poder Constituinte originário, acarretando por consequência a vulneração ao devido processo legal, a ampla defesa e ao contraditório. Tais impressões são observadas porque o precedente obrigatório, ao diminuir as atribuições do Senado estaria transformando-o em mero órgão de publicidade dos arestos do Supremo Tribunal, permitindo que os efeitos decorrentes das decisões da Corte tomadas em sede de controle incidental atinjam pessoas que não participaram da relação jurídica subjetiva posta em juízo de forma direta, ou seja, sem a participação do Senado.

Em sua terceira linha argumentativa, ressalta que a aprovação, revisão ou cancelamento dos verbetes da súmula vinculante da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal exigem a reiteração de decisões sobre a matéria constitucional, o que em nada se aproxima a declaração de inconstitucionalidade incidental. Assim, a atribuição de efeito *erga omnes* e vinculante para este seria verdadeiramente uma inovação constitucionalmente vedada.

---

<sup>34</sup> BITTENCOURT, op. Cit. , p. 145 – 146.

A visão tradicional do tema, pautada em paradigmas nucleares da própria Carta, ressalta que os efeitos das decisões proferidas em sede de controle incidental estariam restritos às próprias partes litigantes, somente admitindo a sua ampliação por força da previsão expressa da Constituição no art. 52, inciso X, tal como entabulado pelo poder constituinte originário. Assim, a ampliação dos efeitos da decisão *inter partes*, com a revogação total da lei atacada, somente seria possível através da intervenção do Senado.

Seguindo o posicionamento clássico, os Ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa aduziram que a EC nº 45/2004 inaugurou na Carta Republicana o instituto da súmula vinculante através do art. 103-A<sup>35</sup>. Contudo asseveraram que tal medida, decorrente do Poder Constituinte derivado, não poderia vulnerar o disposto no art. 52, X, dispositivo este fruto do Poder Constituinte originário.

### 3.1. Abstrativização e Objetivação do Recurso Extraordinário.

O sistema processual brasileiro estabeleceu o recurso extraordinário como tradicional mecanismo de controle difuso de constitucionalidade, com o qual o operador do direito pode garantir a defesa de interesse individual que tenha sido vulnerado por alguma norma inconstitucional.

Atualmente tal recurso tem recebido tratamento jurídico diverso, já que teve o seu espectro ampliado, passando também a ser verdadeiro mecanismo de controle abstrato de constitucionalidade.

---

<sup>35</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo 463:2010, Reclamação n 4.335, rel. para acórdão Min. Gilmar Mendes, Data do julgamento 19/04/2007. Extraído de: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/Acesso> em 14/03/2012.

Tal modificação já foi sensivelmente percebida e desenvolvida pela doutrina de Fredie Didier Júnior,<sup>36</sup> pelo que o festejado professor vem trabalhando o tema titulando tal fenômeno de “objetivação do recurso extraordinário”.

O professor Didier<sup>37</sup> apontou diversas manifestações desta nova perspectiva, dentre elas citou o emblemático caso sobre a progressão de regime nos crimes hediondos (HC 82.959/SP), o caso Mira Estrela (RE 197.917/SP), a dispensa do prequestionamento no AI 375.011/RS, a aceitação do *amicus curie* em sede de controle difuso, a dispensa do reexame necessário em sentenças que adotem posicionamento do Pleno do Supremo Tribunal Federal (art. 475, § 3º do CPC), o cabimento da Reclamação ante o desrespeito de súmula vinculante (art. 103-A, § 3º da CF) e a desnecessidade de afetação do incidente de inconstitucionalidade ao plenário dos Tribunais de Justiça locais quando já houver manifestação do plenário do STF.

Diante das diversas hipóteses apresentadas na doutrina do professor Didier,<sup>38</sup> o mestre concluiu que o instituto da reclamação constitucional passou a ter maior relevância no cenário jurídico, empregada nas hipóteses de desobediência das decisões tomadas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso, ainda que em detrimento da existência de súmula vinculante que estabelecesse a solução jurídica do caso.

A aproximação dos modelos de controle difuso ao de controle concentrado ganhou maior desenvoltura com o advento dos institutos da repercussão geral e da súmula vinculante, já que viabilizaram verdadeira ampliação subjetiva dos limites da coisa julgada *inter parts* proferidas nas hipóteses de decisões em controle concreto.

---

<sup>36</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. *O Recurso Extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade no Direito Brasileiro*, in *Leituras Complementares de Constitucional, Controle de Constitucionalidade*, 3 ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 445 – 460.

<sup>37</sup> *Ibid.*

<sup>38</sup> DIDIER JÚNIOR, op. cit., p. 445 – 460.

O tema também foi tratado por Rubens Beçak,<sup>39</sup> esclarecendo o referido autor que o modelo de controle difuso parece estar adquirindo características do modelo abstrato com a instituição dos novos mecanismos jurídicos da repercussão geral e da súmula vinculante pelo Poder Constituinte derivado.

Vale destacar que o instituto da repercussão geral teve como escopo imediato restringir o número de recursos extraordinários que atolavam os gabinetes dos Ministros da mais alta Corte de Justiça brasileira, atingindo de forma mediata à depuração das questões que devem ser enfrentadas e analisadas pelo Supremo.

Nessa linha, o Poder Legislativo atendeu aos anseios do Judiciário, criando institutos que objetivam filtrar as questões que serão analisadas pelo STF, de forma que as demandas com interesses meramente privados fossem obstadas, passando a Corte a enfrentar somente os temas constitucionais relevantes.

Dessa forma, o Congresso instituiu o art. 543-A, § 1º do CPC restringindo o cabimento do recurso extraordinário para questões com relevância econômica, política, social ou jurídica que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

Seguindo a tendência da objetivação do recurso extraordinário, surgiu a súmula vinculante. Com esta, outorgou-se efeito vinculante no controle difuso sem qualquer participação do Senado Federal. Assim, verdadeiramente se ampliou o espectro de incidência do conteúdo das decisões da Corte, de forma que a Administração Pública e os demais órgãos jurisdicionais estão condicionados ao que restou estabelecido no enunciado da súmula vinculante editada.

Para a sua configuração, os Ministros devem decidir com fulcro na maioria de dois terços, tudo após a verificação da ocorrência de reiteradas decisões sobre matéria

---

<sup>39</sup> BEÇAK, Rubens. *As Alterações do controle difuso de constitucionalidade e sua aproximação com o modelo concentrado*. SE, 2007. Disponível em: <http://www.conpedeorganausarquivos/rubensbecak.pdf>. Acesso em 14 de outubro de 2012.

constitucional. Glauco Leite<sup>40</sup> ensina que as súmulas vinculantes acentuaram “um maior entrosamento da jurisdição difuso-concreta com a concreta-abstrata, atenuando a conhecida tensão dialética que caracteriza a convivência desses modelos”, tudo porque, na sua perspectiva, ao promover e potencializar a força obrigatória das suas decisões, o Supremo aproximou ainda mais o controle difuso do concentrado.

Dalton Santos Moraes acompanhou a mesma linha interpretativa, destacando que a nova posição jurisdicional do Supremo Tribunal diminuiu a diferença entre os modelos de controle de constitucionalidade adotados na Carta Política de 1988 e potencializa a celeridade nas decisões judiciais em sede de controle de constitucionalidade aduzindo que, *in verbis*:

Ressalte-se que, apesar de importar na diminuição no número de recursos extraordinários submetidos ao julgamento do STF, o que inclusive é objeto de crítica de parte da doutrina constitucionalista brasileira, o objetivo fundamental da instituição da repercussão geral não é de ordem quantitativa, mas sim qualitativa com fim precípua de alçar à Corte Constitucional brasileira apenas os recursos de relevante ordem constitucional que importem em alteração ou violação à realidade político - social desejada pela Constituição. A súmula vinculante, sim, é que foi criada sob o aspecto meramente quantitativo, com o fim de propiciar a prestação jurisdicional de forma célere e compatível com o princípio da segurança jurídica resguardado pela própria Constituição.<sup>41</sup>

Acompanhando a linha da doutrina abstrativista, o Supremo Tribunal Federal tem apresentado à comunidade jurídica alguns arestos no mesmo sentido, corroborando a tendência de objetivação do recurso extraordinário. Vale destacar o AI 375.011, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, no qual a Corte dispensou a exigência de prequestionamento, quando de forma concreta o Supremo demonstrou que caminha de forma acelerada para a

---

<sup>40</sup> LEITE, Glauco Salomão. *Súmula Vinculante e Jurisdição Constitucional Brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 199.

<sup>41</sup> MORAIS, Dalton Santos. *Abstrativização do controle difuso de constitucionalidade no Brasil e a participação do amicus curiae em seu processo*. 2008. p. 7 Disponível em <[http://www.escola.agu.gov.br/revista/2008/Ano\\_VIII\\_Junho\\_2008/Abstrativização.Dalton.pdf](http://www.escola.agu.gov.br/revista/2008/Ano_VIII_Junho_2008/Abstrativização.Dalton.pdf)> Acesso em 10 de outubro de 2012.



redefinição de tradicionais institutos jurídicos objetivando potencializar a efetividade da prestação jurisdicional:

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, em recentes julgamentos, vem dando mostras de que o papel do recurso extraordinário na jurisdição constitucional está em processo de redefinição, de modo a conferir maior efetividade às decisões. Recordo a discussão que se travou na Medida Cautelar no RE 376.852, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes. Naquela ocasião, asseverou sua Excelência o caráter objetivo que a evolução legislativa vem emprestando ao recurso extraordinário, como medida racionalizadora da efetiva jurisdição. Registro também importante decisão tomada no RE. 298.694, rel. Min. Pertence, por maioria, DJ 23/4/2004, quando o Plenário desta Casa, a par de alterar antiga orientação quando ao juízo de admissibilidade e de mérito do apelo extremo interposto pela alínea “a” do permissivo constitucional, reconheceu a possibilidade de um recurso extraordinário ser julgado com base em fundamento diverso daquele em que se lastreou a Corte *a quo*. Esses julgados, segundo entendimento, constituem um primeiro passo para a flexibilização do prequestionamento nos processos cujo tema de fundo foi definido pela composição plenária desta Suprema Corte, com o fim de impedir a adoção de soluções diferentes em relação à decisão colegiada. É preciso valorizar a última palavra, em questão de direito, proferida por esta Corte<sup>42</sup>.

Neste aresto, o Supremo deu provimento ao recurso extraordinário interposto, superando, inclusive, a necessidade legal do prequestionamento. Na ocasião, o STF pretendeu efetivar a igualdade formal já que, caso não implementasse a superação do prequestionamento, acabaria por permitir que servidores municipais de Porto Alegre recebessem tratamento jurídico diverso, mesmo estando na mesma situação jurídica.

O imbróglio jurídico requeria tal posicionamento da Corte, sob pena de o Judiciário autorizar que determinados servidores recebessem mais do que outros, somente porque alguns haviam se beneficiado de determinada situação processual, vale dizer, alguns sagraram-se vitoriosos pela ausência de presquestionamento em recurso extraordinário interposto pela Procuradoria catarinense, já outros restaram vencidos ante ao efetivo cumprimento de tal

---

<sup>42</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n 375.011/RS, rel. para acórdão Min. Ellen Gracie, Data do julgamento 05/10/2004, Extraído de: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/Acesso> em 14/03/2012.

requisito processual. Ora, tal solução violaria frontalmente qualquer visão de isonomia material e da própria Justiça.

Em outra ocasião, o STF decidiu por maioria que seria possível o julgamento de recurso extraordinário com base em fundamento jurídico diverso do enfrentado pelo Tribunal *a quo*.

Dessa forma, o Supremo, nada mais fez que ampliar sua cognição sobre a causa de pedir do recurso interposto, não se restringindo apenas ao tema enfrentado pelo Tribunal regional, tal como ocorre no controle concentrado de constitucionalidade.

Para tanto, a Corte aplicou o entendimento de que a causa de pedir é aberta, permitindo que a controvérsia seja solucionada com base em outro fundamento jurídico. Neste julgado, o Ministro Carlos Ayres Brito acompanhou o voto do Ministro relator aduzindo que o Supremo não estaria vinculado ao fundamento apresentado pelo recorrente, *in verbis*:

Nada na Constituição, nada na lógica jurídica autoriza a inaplicabilidade do *iura novit curia* às decisões da Casa, em sede de recurso extraordinário. Não é a extraordinariedade do recurso que vai forçar o Supremo Tribunal Federal a restringir o seu próprio âmbito de apreciação da matéria<sup>43</sup>

Diante dos exemplos indicados pelo professor Didier, é oportuno dissertar sobre a aceitação do instituto do *amicus curiae* no controle difuso de constitucionalidade. Tal admissão, como sinalizado, retrata mais uma hipótese de aproximação entre as espécies de controle.

Nesse ponto, oportuno é a transcrição do seguinte julgado:

---

<sup>43</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n 298.694/SP, rel. para acórdão Min. Carlos Ayres Brito, Data do julgamento: 06/08/2003, Extraído de: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/Acesso> em 14/03/2012.

[...] considerando a relevância da matéria e, apostando a objetivação do processo constitucional também em sede de controle incidental, especialmente a realizada no art. 14, § 7º e art.15 da Lei 10.259/2001, resolveu questão de ordem no sentido de admitir a sustentação oral da Confederação Brasileira dos Aposentados, Pensionistas e Idosos.<sup>44</sup>

Sendo assim, a Lei 11.418/2006 que deu nova redação ao artigo 543-A do CPC, ao tratar da repercussão geral, estabeleceu no seu parágrafo 6º que o relator poderá admitir a manifestação de terceiros, nos termos do regimento interno da Corte, desde que subscrita por advogado.

Diante de tal possibilidade, a doutrina mais uma vez faz coro e afirma que a decisão em recurso extraordinário teria efeito *erga omnes* sem a necessidade de participação do Senado, logo, o art. 52, X da CRFB/88 ganharia uma nova interpretação.

Em última análise, o *amicus curiae* conferiria legitimidade democrática a ampliação dos efeitos da decisão prolatada em controle difuso, já que garante a manifestação da pluralidade de opiniões.

Mais um exemplo da tendência de abstrativização é o art. 475, § 3º do Código de Processo Civil.<sup>45</sup> Assim, não estará sujeita ao duplo grau de jurisdição a sentença que estiver em jurisprudência do plenário do STF ou em enunciado da súmula de jurisprudência desta Corte ou de tribunal superior competente, atribuindo relevância ímpar as decisões tomadas pelo Pleno do STF.

---

<sup>44</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n 416827/SC e n 415454/SC, rel. para acórdão Min. Gilmar Mendes, Data do julgamento: 21/09/2005, Extraído de: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/Acesso> em 14/03/2012.

<sup>45</sup> “Art. 475, § 3. Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou Tribunal Superior competente”.

Também é oportuno destacar o parágrafo único do artigo 481 do Código de Processo Civil<sup>46</sup>, o qual também é apontado como mais um exemplo de abstrativização. Observa-se que nesta hipótese, mais uma vez, a relevância foi dada ao fato da decisão ter sido tomada pelo Pleno da Corte, ficando em segundo plano a observação se tal questão foi tomada em sede de controle difuso ou concentrado.

A badalada aproximação entre os tipos de controle também é observada no texto da própria Constituição, quando o Poder Constituinte reformador elaborou a Emenda Constitucional nº45/2004. Nesta hipótese, a Constituição passou a permitir o ajuizamento de reclamação para cassar a decisão judicial que contrariar súmula vinculante editada.

Com esse entendimento, o professor Didier<sup>47</sup> expressou que:

[...] os casos de desobediência a decisões tomadas pelo Pleno do STF em controle difuso de constitucionalidade, independentemente da existência de enunciado sumular de eficácia vinculante. É certo, porém, que não há previsão expressa neste sentido (fala-se de reclamação por desrespeito a súmula vinculante e a decisão em ação de controle concentrado de constitucionalidade). Mas a nova feição que vem assumindo o controle difuso de constitucionalidade, quando feito pelo STF, permite que se faça essa interpretação extensiva, até mesmo como forma de evitar decisões contraditórias e acelerar o julgamento das demandas.

Assim, conforme foi exposto, constata-se que a doutrina sustentadora da diminuição entre as diferenças entre os modelos de controle de constitucionalidade vem ganhando cada vez mais força, corroborando com isso o que foi chamado por Didier<sup>48</sup> de abstrativização do controle difuso.

---

<sup>46</sup> Art. 481. 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.

<sup>47</sup> DIDIER JÚNIOR, op. cit., p. 6 - 7.

<sup>48</sup> *ibid*, p. 6 - 7.

### 3.2. Abstrativização e a Reclamação Constitucional.

Inicialmente convém tecer algumas considerações preliminares sobre a reclamação constitucional. A sua função de preservar a competência do Supremo Tribunal Federal ou para garantir a autoridade das decisões desta Corte é decorrente da construção jurisprudencial.

Nessa linha, está à doutrina do Ministro Gilmar Mendes, destacando com propriedade que a jurisprudência da mais alta Corte de Justiça se pautou para tanto, inicialmente na teoria dos poderes implícitos, de forma que formulou-se fundamento doutrinário para densificar o novo entendimento, *in verbis*:

O Supremo Tribunal Federal passou a adotar essa doutrina para a solução de problemas operacionais diversos. A falta de contornos definidos sobre o instituto da reclamação fez, portanto, com que a sua constituição inicial repousasse sobre a teoria dos poderes implícitos<sup>49</sup>.

Historicamente, observa-se que os primeiros arestos neste sentido datam o ano de 1952, ocasião em que o saudoso Ministro Rocha Lagoa já assim se posicionava na Reclamação n 141 que o Supremo seria dotado de instrumentos jurídicos que viabilizassem a Corte tutelar a efetividade das suas decisões:

A competência não expressa dos tribunais federais pode ser ampliada por construção constitucional. Não seria o poder, outorgado ao Supremo Tribunal Federal de julgar em recurso extraordinário as causas decididas por outros tribunais, se não fora possível fazer prevalecer os seus pronunciamentos, acaso desatendidos pelas justiças locais. A criação dum remédio de direito para vindicar o cumprimento fiel das suas sentenças, está na vocação do Supremo Tribunal Federal e na amplitude constitucional e

---

<sup>49</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. et al. *A reclamação constitucional no Supremo Tribunal Federal*, in *Leituras Complementares de Constitucional, Controle de Constitucionalidade*. 3 ed. Salvador: JusPODIVM., 2010, p. 334.

natural de seus poderes. Necessária e legítima é assim a admissão do processo de reclamação, como o Supremo Tribunal tem feito. É de ser julgada procedente a reclamação quando a justiça local deixa de atender a decisão do Supremo Tribunal Federal.<sup>50</sup>

Em 1957 incrementou-se a referida construção jurisprudencial com a incorporação do instituto da reclamação no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Sobre esse ponto o Ministro Gilmar Mendes lembra que:

A reclamação foi adotada pelo regimento interno do STF em 02.10.1957, dentro a competência que lhe dava a Constituição de 1946, em seu art. 97, II, quando foi aprovada proposta dos Ministros Lafayette de Andrada e Rieiro da Costa, no sentido de incluir o instituto no RISTF, em seu Título II, capítulo V.”<sup>51</sup>

Seguindo a linha do tempo, em 1967 a Constituição Federal autorizou o STF a estabelecer a disciplina processual dos feitos sob sua competência, conferindo força de lei federal às disposições do seu regimento interno, legitimando a reclamação inclusive com fulcro em norma constitucional.

Finalmente em 1988, com a nova Carta Republicana, o instituto foi alçado ao status de instituto jurídico de nível constitucional. Nessa linha, o Poder Constituinte originário prelecionou no art. 102, I, “I” da Carta Política o cabimento da reclamação, prevendo ainda o seu cabimento no seu art. 105, I, “f” para preservar a competência e a autoridade das decisões do Superior Tribunal de Justiça.

Analisando os atuais ditames constitucionais o professor Alexandre de Moraes afirma de forma clara que:

---

<sup>50</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n 141, rel. para acórdão Min. Rocha Lagoa. Data do julgamento 25/01/1952, Extraído de: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/Acesso> em 14/03/2012.

<sup>51</sup> MENDES, op. cit., p. 336.

Tradicionalmente para garantir a autoridade de suas decisões proferidas em sede de ação direta de inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal sempre admitiu a utilização de reclamação desde que ajuizada por um dos legitimados para a propositura da própria ação direta de inconstitucionalidade e com o mesmo objeto. Como acentua o pretório Excelso, a necessidade de garantir-se a eficácia das decisões em sede de ações diretas de inconstitucionalidade, notadamente em face da notória insubmissão de alguns tribunais judiciários às teses jurídicas consagradas nas decisões proferidas pelo STF, autoriza o reconhecimento de legitimidade aos órgãos ativos ou passivamente legitimados à instituição do controle abstrato de constitucionalidade.<sup>52</sup>

Sedimentada a sua instituição em sede constitucional, a doutrina passou a se deparar com uma relevante questão, determinar a natureza jurídica de tal instituto. Com efeito, vale trazer a colação preciso aresto de relatoria do eminente Ministro Celso Mello:

Reclamação- natureza jurídica- alegado desrespeito à autoridade de decisão emanada do STF- inoportunidade- improcedência. A reclamação, qualquer que seja a qualificação que se lhe dê: ação (Pontes de Miranda, Comentários ao Código de Processo Civil, tomo V/384, Forense), recurso ou sucedâneo (Moacyr Amaral Santos, RTJ 56/546-548; remédio incomum (Orosimbo Nonato, apud Cordeiro de Mello, O processo no Supremo Tribunal Federal, vol. 1/280), incidente processual (Moniz de Aragão, A Correição Parcial, p.110,1926, medida de Direito Processual Constitucional (José Frederico Marques, Manual de Direito Processual Civil, vol. 3, 2 parte, p.199, item 653,9 edição, 1987, Saraiva) ou medida processual de caráter excepcional (Min. Djaci Falcão, RTJ 112/518-522), configura, modernamente instrumento de extração constitucional, inobstante a origem pretoriana de sua criação (RTJ 112/504), destinado a viabilizar, na concretização de sua dupla função de ordem político-jurídica, a preservação da competência e a garantia das decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.<sup>53</sup>

Não obstante as diversas posições históricas que se formaram sobre a natureza jurídica da reclamação, prevalece atualmente de forma pacífica na doutrina que se trata de medida de

<sup>52</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 803.

<sup>53</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n 336, rel. para acórdão Min. Celso Mello. Data do julgamento 15/03/1991, Extraído de: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/Acesso> em 14/03/2012.

caráter jurisdicional, restando superado o entendimento que apregoava se tratar de mera medida administrativa. Por todos, lembra o professor Marcelo Navarro Dantas<sup>54</sup> que, o fato da jurisprudência reconhecer o poder de produzir modificações em decisões tomadas em outras jurisdições, certificando ainda a Corte Suprema que, a decisão em reclamação produz coisa julgada, restou pacificado entre todos seu caráter jurisdicional.

Gilmar Mendes<sup>55</sup> informa que no seu mister, a posição dominante é a capitaneada por Pontes de Miranda, justificando-se a natureza de ação propriamente dita pelo fato da reclamação poder provocar efetivamente a jurisdição do STF, cabendo inclusive pedido de tutela jurisdicional na busca da solução do conflito travado em razão da invasão de competência daquela Corte ou no restabelecimento da efetividade das suas decisões.

Ocorre que, com o desenvolvimento dos processos de índole objetiva que desempenham a função jurisdicional de controle de constitucionalidade, a reclamação ganhou nova roupagem, vale dizer, passou a servir como mecanismo jurídico de controle da garantia da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal e especialmente na preservação da sua competência.

Enfrentando de forma qualificada o tema, Gilmar Mendes sinaliza que com a edição da Emenda Constitucional que instituiu a súmula vinculante no ordenamento jurídico brasileiro, o próprio Poder Constituinte derivado reformador previu no seu art. 103-A, parágrafo 3, que a sua observância seria assegurada através do instituto da reclamação.

Tal como previsto na atual Carta Política, a reclamação tem dois objetos, ora destinando-se a preservar a competência do Supremo Tribunal Federal, ora objetivando garantir a autoridade das suas decisões.

---

<sup>54</sup> DANTAS, Marcelo Navarro. *Reclamação Constitucional no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Fabris, 2000, p. 438 – 439.

<sup>55</sup> MENDES, op. cit., p. 334.



Sendo assim, quando tiver como escopo preservar a competência do Supremo, terá cabimento a reclamação sempre que for observada usurpação da sua competência. Nessa perspectiva, é comum constatar no dia a dia forense a propositura de reclamações para dirimir conflitos entre Estados – membros da federação ou entre estes e a União.

Nesse ponto, vale destacar que a partir da decisão prolatada na Reclamação n 383, assentou-se não estar configurada a usurpação de competência do Supremo quando os Tribunais de Justiça analisam, em sede de controle concentrado, a constitucionalidade de leis municipais perante normas constitucionais estaduais que reproduzem regras da CRFB/88 de observância obrigatória.

Noutro giro, também é oportuno destacar que o Supremo sempre entendeu legítimo o exercício do controle de constitucionalidade concentrado pelos Tribunais de Justiça estaduais, ainda que com base em norma constitucional federal.

Quando a reclamação objetivar garantir a autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal, observamos como hipóteses mais corriqueiras, aquelas que objetivavam assegurar a eficácia das decisões tomadas em sede de *habeas corpus* ou em recurso extraordinário. Oportuno mais uma vez destacar que a reforma do Poder Judiciário implementada pela Emenda Constitucional n 45/2004, instituiu expressiva novidade ao admitir a reclamação perante o Supremo para tutela da autoridade das suas decisões consagradas em súmulas vinculantes.

Sendo assim, a referida Emenda instituiu-se mais uma hipótese de cabimento para a reclamação, pela qual se admitirá a sua utilização sempre que ato judicial ou da Administração for praticado em desconformidade com súmula dotada de efeito vinculante. Vale destacar que esta inovação adequou-se perfeitamente ao conhecido posicionamento jurisprudencial que admitia a utilização da Reclamação contra atos judiciais contrários as orientações do Tribunal tomadas em processos objetivos que apresentassem força vinculante.

Atento à novidade implementada, o Ministro Gilmar Mendes asseverou que:

A reclamação constitucional vem prevista no art. 102, I, “I” do texto Constitucional, para preservar a competência e garantir a autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal. O modelo constitucional adotado consagra a admissibilidade de reclamação contra ato da Administração em desconformidade com a súmula. E, na certa, essa é a grande inovação do sistema, uma vez que a reclamação contra atos judiciais contrários à orientação com força vinculante já era largamente praticada. É certo que também essa reclamação estava limitada às decisões dotadas de efeito vinculante nos processos objetivos<sup>56</sup>.

A jurisprudência pretoriana passou a debater sobre a possibilidade de ser admitida a reclamação para assegurar o cumprimento de decisões de mérito prolatadas em sede de controle abstrato de constitucionalidade. Nesse ponto, é imperioso fazer a ressalva da alteração de sentido da jurisprudência, a qual inicialmente se manifestou diversas vezes sobre a impossibilidade da utilização da reclamação para tal finalidade. Para tanto, vale trazer a colação a decisão do Supremo Tribunal Federal tomada na Reclamação n 354, *in verbis*:

AGRAVO REGIMENTAL-RECLAMAÇÃO QUE BUSCA GARANTIR A AUTORIDADE DE DECISÃO TOMADA EM PROCESSO DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE-INADMISSIBILIDADE-RECURSO IMPROVIDO. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido do não cabimento da reclamação na hipótese de descumprimento de decisão tomada em sede de controle concentrado de constitucionalidade, dada a natureza eminentemente objetiva do processo de ação direta. Precedentes Corte<sup>57</sup>.

Ocorre que no final do novembro de 1992, a posição da Corte começou a ser alterada a partir de precedente do eminente Ministro Celso Mello, quando então o Ministro sinalizou pela necessidade de alteração da posição refratária até então vigente naquela Corte de Justiça,

<sup>56</sup> MENDES, op. cit., p. 362.

<sup>57</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n 354, rel. para acórdão Min. Celso Mello. Data do julgamento: 28/06/1991. Extraído de: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/Acesso> em 14/03/2012.

abrindo caminho para a possibilidade da utilização da reclamação para atacar as decisões que desobedecessem às decisões do Supremo tomadas em controle concentrado. Na ocasião, o Tribunal entendeu que estariam legitimados os entes e órgãos que fossem titulares de legitimidade concorrente para requerer ação idêntica, ainda que não tenha sido parte na ADI em cuja decisão se fundamenta a reclamação. Nessa linha vale a transcrição do seguinte aresto:

RECLAMAÇÃO-GARANTIA DA AUTORIDADE DE DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE-EXCEPCIONALIDADE DO SEU CABIMENTO- AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE ATIVA- PEDIDO NÃO CONHECIDO. A natureza eminente objetiva do controle normativo abstrato afasta o cabimento do instituto da reclamação por inobservância de decisão proferida em ação direta (Rcl. 354, Rel. Celso de Mello). Coloca-se, contudo, a questão da conveniência de que se atenuem o rigor dessa vedação jurisprudencial, notadamente em face da notória insubmissão de alguns Tribunais judiciários às teses jurídicas consagradas nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em ações diretas de inconstitucionalidade. A expressão parte interessada, constante da Lei n 8038/90, embora assumam conteúdo amplo no âmbito do processo subjetivo, abrangendo, inclusive, os terceiros juridicamente interessados, deverá, no processo objetivo de fiscalização normativa abstrata, limitar-se apenas aos órgãos ativa ou passivamente legitimados à sua instauração<sup>58</sup>.

Acompanhando o avanço da jurisprudência, vale destacar a Reclamação n 399 de 7 de outubro de 1993 quando a Corte Suprema reconheceu o cabimento da reclamação quando o próprio órgão responsável pela edição da lei declarada inconstitucional persiste em praticar atos concretos que pautam-se na suposta validade da norma declarada inconstitucional<sup>59</sup>. Ocorre que a modificação pretoriana foi acolhida pelo Poder Constituinte reformador com a

---

<sup>58</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem em Medida Cautelar n 397, rel. para acórdão Min. Celso Mello. Data do julgamento: 21/05/1993. Extraído de: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/Acesso> em 14/03/2012.

<sup>59</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n 399, rel. para acórdão Min. Sepúlveda Pertence. Data do julgamento 24/03/1995. Extraído de: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/Acesso> em 14/03/2012.

edição da Emenda Constitucional n 3/1993, pacificando qualquer dúvida sobre o cabimento da reclamação no processo de controle abstrato de normas.

A derradeira evolução do instituto da reclamação ocorreu em maio de 2002, quando o Supremo julgou a Rcl. n. 1880, admitindo o cabimento da reclamação para todos aqueles que comprovem prejuízo resultante de decisões que destoem das posições da Corte Suprema, reconhecendo assim a eficácia vinculante e *erga omnes* das decisões de mérito proferidas em controle concentrado.

Diante desse novo quadro jurídico, passou-se a admitir então que qualquer pessoa afetada ou diretamente atingida pelo ato contrário à orientação fixada pelo STF terá legitimidade para ajuizar a reclamação.

O deslinde da evolução da Reclamação atingiu seu ápice com o advento da EC n 45/2004, quando então a Constituição passou expressamente a prever que as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo STF em sede de ação direta de controle de constitucionalidade, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante perante os demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, em todas as esferas da federação brasileira.

Com a reforma implementada pela referida emenda, o cabimento da reclamação como instrumento para preservar autoridade de decisão cautelar do Supremo concedida em ADC e ADI passou a ser um consectário lógico da referida ação de Reclamação. Nessa linha, a doutrina capitaneada por Gilmar Mendes também passou a sinalizar pelo cabimento da reclamação para a tutela das decisões prolatadas em ADPF, afirmando o mestre que:

Não há dúvida de que a decisão de mérito proferida em ADPF será dotada de efeito vinculante, dando azo, por isso, à reclamação para assegurar a autoridade da decisão do Supremo Tribunal Federal. Não impressiona, igualmente, o fato de o efeito vinculante ter sido estabelecido em lei (e não estar expressamente previsto na Constituição). É que, como observado acima, o efeito vinculante configura apanágio da jurisdição constitucional e não depende, por isso, de regra expressa na Constituição (...) Da mesma

forma, cabível a reclamação para assegurar a autoridade da decisão proferida em ADPF, não há razão para não reconhecer também o efeito vinculante da decisão proferida em cautelar na ADPF (art. 5, parágrafo 3 da Lei 9882/99), o que importa, igualmente, na admissão da reclamação para garantir o cumprimento de decisão adotada pelo Tribunal em sede cautelar<sup>60</sup>.

O fundamento nuclear do raciocínio que admite a Reclamação para a tutela da observância de decisão concessiva de cautelar em ADPF, decorre do fato desta ser dotada igualmente de efeito vinculante, tal como ocorre já explicitado em relação a ADI e a ADC.

Apresentadas todas as considerações sobre o instituto da reclamação já expostas, cumpre agora trabalhar sua aplicação em reação à tutela da efetividade das súmulas vinculantes editadas pelo Supremo Tribunal Federal. Para tanto é necessário recordar que o art. 103-A, parágrafo 3 da CRFB/88 expressamente prevê que do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que. Esta, uma vez julgada procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, determinando que outra seja proferida com ou sem aplicação as súmula, tudo conforme o caso concreto.

Vale destacar que a grande inovação do texto constitucional insculpido no art. 102, inciso I, “I” está no fato da Carta Republicana prever que caberá reclamação para preservar a competência e garantir a autoridade das decisões do Supremo contra atos da Administração que venham desrespeitar a Corte. Assim, a Constituição inovou no sistema que era tradicionalmente adotado, o qual sempre admitiu a reclamação apenas contra atos judiciais contrários à orientação da corte com força vinculante.

Nesse ponto é imperioso destacar preciosa recordação afirmada pelo Ministro Gilmar Mendes, *in verbis*:

---

<sup>60</sup> MENDES, op. cit., p. 360.

Parece abusivo, nesse contexto, que se admita a reclamação sem que se envidem esforços para a solução da controvérsia no âmbito administrativo. Aqui reside um dos pontos mais delicados e mais relevantes do novo sistema inaugurado pela Emenda Constitucional n. 45/2004. É que não se pode substituir a crise numérica, ocasionada pelo recurso extraordinário, pela multiplicação de reclamações formulada pelo recurso extraordinário, pela multiplicação de reclamações formulada diretamente contra a Administração perante o Supremo Tribunal Federal<sup>61</sup>.

Para bem concluir todos os pontos relevantes que versam sobre o emprego do instituto da reclamação, em especial no que toca o respeito às decisões tomadas pela Corte Suprema em sede de controle de constitucionalidade, é oportuno enfrentar o seu cabimento nas hipóteses de suspensão de execução de lei pelo Senado Federal.

Sobre esse ponto do tema, é preciso inicialmente fazer algumas considerações sobre relevantes questões que vêm provocando embates doutrinários. Inicialmente convém lembrar que a o sistema constitucional de controle de constitucionalidade passou por intensas transformações a partir da Carta Constitucional de 1967/69. Naquela época, a ação direta de constitucionalidade era apenas uma idiosincrasia diante do forte sistema de controle difuso estabelecido no ordenamento jurídico constitucional brasileiro.

Contudo, com o advento da Carta Republicana tudo mudou. O controle concentrado de constitucionalidade ganhou nova roupagem, saindo fortalecido. Tal reformulação potencializou o sistema misto de controle por nós adotado, permitindo assim que a ênfase passasse a residir nas ações diretas, e não mais no modelo difuso.

Gilmar Mendes bem observou o tema afirmando que:

Vê-se assim, que a Constituição de 1988 modificou de forma ampla o sistema de controle de constitucionalidade, sendo inevitáveis as

---

<sup>61</sup> *ibid*, p. 363.

reinterpretações ou releituras dos institutos vinculados ao controle incidental de inconstitucionalidade, especialmente da exigência da maioria absoluta para declaração de inconstitucionalidade e da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal.<sup>62</sup>

Assim, como em destacou o Ministro Gilmar, alguns institutos passaram a ganhar novas roupagens, diante do que às interpretações sobre determinados mecanismos jurídicos foi adaptada à nova sistemática jurídica. Tal movimento foi denominado de efeito transcendente da decisão do Supremo independente da intervenção do Senado Federal, ora pautada no art. 52, X da CRFB/88.

Diante de tal perspectiva, o Supremo passou a atribuir um novo significado jurídico à declaração de inconstitucionalidade proferida em sede de controle incidental, pelo que fica o órgão fracionário de outras Cortes exonerado da obrigação de submeter a declaração de inconstitucionalidade ao plenário ou órgão especial, na forma do art. 97 da CRFB/88.

A mesma linha interpretativa prevaleceu na orientação que entende dispensável a aplicação do art. 97 da Constituição por parte dos Tribunais ordinários, se o Supremo já tiver declarado a inconstitucionalidade da lei, mesmo que o tenha feito na via incidental, valendo trazer a colação parte do aresto que bem explicita esta orientação:

[...] em perfeita consonância não apenas com o princípio da economia processual, mas também com o da segurança jurídica, merecendo, por isso, todo encômio, como procedimento que vem ao encontro da tão desejada racionalização orgânica da instituição jurídica brasileira, ressaltando que se cuidava de norma que não deve ser aplicada com rigor literal, mas ao revés, tendo-se em mira a finalidade objetivada, o que permite a elasticidade do seu ajustamento às variações da realidade circunstancial<sup>63</sup>.

---

<sup>62</sup> *ibid.*, p. 364.

<sup>63</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n 190.728, rel. para acórdão Min. Ilmar Galvão. Data do julgamento 30/05/1997. Extraído de: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/Acesso> em 14/03/2012.

Outro ponto destacado com propriedade ímpar pela doutrina de vanguarda constitucionalista brasileira versa sobre o instituto da suspensão da execução da lei pelo Senado Federal prescrito no art. 52, X da CRFB/88. Nessa toada, é imperioso destacar que a nova produção legislativa tem acompanhado o posicionamento da jurisprudência, editando reformas legislativas que consolidaram as decisões que outorgaram efeitos gerais as decisões da Corte Superior em casos concretos. Trata-se da já mencionada eficácia transcendente do alcance da decisão, indicando que o próprio Supremo vem fazendo uma releitura do texto do citado art. 52, X da CRFB/88.

Tratando bem do tema, o Ministro Gilmar assevera que, *in verbis*:

[...] o texto constitucional de 1988 alterou substancialmente o papel esta Corte, que passou a ter uma função preeminente na guarda da Constituição a partir do controle direto exercido na ADI, na ADC e na ADPF, não há como deixar de reconhecer a necessidade de uma nova compreensão do tema. A aceitação das ações coletivas como instrumento de controle de constitucionalidade relativiza enormemente a diferença entre os processos de índole objetiva e os processos de caráter estritamente subjetivo (...) Somente essa nova compreensão parece apta a explicar o fato de o Tribunal ter passado a reconhecer efeitos gerais à decisão proferida em sede de controle incidental, independentemente da intervenção do Senado. O mesmo há de se dizer das várias decisões legislativas que reconhecem efeito transcendente às decisões do STF tomadas em sede de controle difuso<sup>64</sup>.

Diante deste novo cenário jurídico Gilmar Mendes passou a defender a configuração de mutação constitucional, de forma a conferir nova roupagem interpretativa ao art. 52, X, da CRFB/88, pelo que afirma ter ocorrido verdadeira reforma da Constituição sem expressa modificação do texto. Gilmar defende que o incremento do modelo de controle abstrato de constitucionalidade promovido pela Carta Política de 1988 seria o responsável por tal

---

<sup>64</sup> MENDES, op. cit., p. 365/366.



interpretação já que teria sido decisivo para que se verificasse que as decisões com eficácia *erga omnes* passassem a se generalizar.

O Ministro Gilmar ensina que:

[...] A multiplicação de processos idênticos no sistema difuso - notória após 1988 - deve ter contribuído, igualmente, para que a Corte percebesse a necessidade de atualização do aludido instituto. Nesse contexto, assume constitucional ao Plenário de qualquer Tribunal se o Supremo Tribunal já se tiver manifestado pela inconstitucionalidade do diploma. Tal como observado, essa decisão acaba por conferir uma eficácia mais ampla - talvez até mesmo certo efeito vinculante - à decisão do Plenário do Supremo Tribunal no controle incidental. Essa orientação está devidamente incorporada ao direito positivo (CPC, art. 481, parágrafo único, parte final, na redação da Lei n 9756, de 1998). No mesmo contexto situa-se a decisão que outorgou ao relator a possibilidade de decidir, monocraticamente, os recursos extraordinários vinculados às questões já resolvidas pelo Plenário do Tribunal (CPC, art. 557, parágrafo primeiro, A)<sup>65</sup>.

Os que defendem a aproximação entres os sistemas de controle difuso e concreto de constitucionalidade, ponderam suas conclusões sustentando não haver razão para que decisões proferidas em ADI ou ADC e em ADPF possam ser dotadas de eficácia geral, enquanto as decisões proferidas no âmbito do controle incidental continuem a ter eficácia apenas entre as partes do processo. Afirmam não ser razoável que estas decisões, tomadas no bojo de processos que tramitaram em todas as instâncias do Judiciário e foram analisadas com muito mais cautela e morosidade tem seu campo de eficácia restrito as partes da demanda.

Diante do quadro que se formou, observando as diversas construções doutrinárias, as quais são acompanhadas por decisões da própria Corte Suprema, sobre a denominada eficácia transcendente das suas decisões, é necessário concluir que o posicionamento tomado em relação aos efeitos do art. 52, X da CRFB/88 deve ser alterado. Nessa linha, propugnam os

---

<sup>65</sup> *ibid.* p. 367.

vanguardistas que, hodiernamente a suspensão de execução da lei pelo Senado Federal deve ser tomada como simples ato de publicidade, já que a decisão do Supremo Tribunal em controle incidental de inconstitucionalidade terá efeitos gerais, contendo inclusive força normativa:

Por todos os que assim pensam, vale trazer a colação os ensinamentos do já citado Gilmar Mendes, *in verbis*:

[...] a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Desta 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 este 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 se cuida de uma decisão substantiva, mas de simples dever de publicação<sup>66</sup>.

Desta forma, concluem os que assim pensam, que a não publicação pelo Senado Federal, da resolução prevista no art. 52, X da CRFB/88, em nada impedirá que a decisão da Corte Suprema tenha eficácia *erga omnes*.

### 3.3. Abstrativização e a Suspensão de execução de lei inconstitucional pelo Senado.

A Constituição da República prevê no seu art. 52, inciso X que competirá privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei

---

<sup>66</sup> *ibid.*, p. 368.

declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Para tanto, o Senado deverá se valer de resoluções previstas no art. 59, VII da CRFB/88.

Tradicionalmente a suspensão da execução de lei inconstitucional pelo Senado era vista majoritariamente como mecanismo de ampliação dos efeitos *inter parts* da decisão de procedência de arguição de inconstitucionalidade. Este mecanismo de controle difuso de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal e face da Constituição Federal ou Estadual é regulado nos art. 480 *usque* art. 482 do CPC.

Tal modelo difuso de controle é classificado doutrinariamente como:

[...] incidente processual, suscetível perante órgão fracionário de tribunal, com escopo de resolver questão constitucional no processo de controle de constitucionalidade difuso, para assentar uma das premissas da decisão de mérito.<sup>67</sup>

Tal modelo de controle, foi idealizado nas bases do sistema norte americano de controle de constitucionalidade, pelo qual sua decisão, quando acolhida pelo voto da maioria absoluta dos membros do plenário ou órgão especial do Tribunal que está exercendo o controle de constitucionalidade concreto, resulta a declaração de ineficácia da norma impugnada limitada às partes do processo.

Não obstante a peculiar restrição de efeitos deste modelo de controle, a Constituição Republicana prevê mecanismo de ampliação dos efeitos da decisão prolatada, alargando o campo de alcance da decisão tomada em controle incidental através da participação do Senado Federal conforme preceitua o art. 52, X da CRFB/88.

Nessa linha, a doutrina tem compreendido a suspensão de execução tratada no citado dispositivo constitucional como ato político daquela casa parlamentar, que através de

---

<sup>67</sup> MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 3 ed. São Paulo:Atlas, 2010, p. 150.

resolução confere eficácia *erga omnes* à decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual em face da Carta Republicana.

Alexandre de Moraes ensina detalhadamente sobre esse ponto que, *in verbis*:

[...] O regimento interno do Senado Federal prevê, em seu art. 386, que o Senado conhecerá da declaração, proferida em decisão definitiva pelo Supremo Tribunal Federal, de inconstitucionalidade, total ou parcial de lei mediante: comunicação do Presidente do Tribunal; representação do Procurador-Geral da República; projeto de resolução de iniciativa da comissão de constituição, justiça e cidadania (...) Há, doutrinariamente, discussões sobre a natureza dessa atribuição do Senado Federal ser discricionária ou vinculada, ou seja, sobre a possibilidade de o Senado Federal não suspender a exequoriedade da lei declarada inconstitucional, incidentalmente, pelo Supremo Tribunal Federal, pela via de defesa<sup>68</sup>.

Já o Professor Guilherme Peña saliente que:

[...]O escopo da suspensão de execução é converter eficácia *inter partes* em eficácia *erga omnes* da declaração incidental de inconstitucionalidade, sem infringência ao limite subjetivo da coisa julgada, pois enquanto não suspensa pelo Senado Federal, a decisão do Supremo Tribunal Federal, como as decisões judiciais não constituem precedentes obrigatórios (...) porém, em suspenso o texto, a lei ou ato normativo, pelo Senado Federal, perde eficácia, deixa de ter exequoriedade<sup>69</sup>.

Vale destacar que tal hipótese constitucional provou diversos embates doutrinários, dos quais surgiram vários posicionamentos. Inicialmente muito se discutiu sobre a natureza da competência do Senado, não tendo a doutrina estabelecido uma posição pacífica. Neste ponto é possível destacar basicamente três linhas interpretativas, a saber:

---

<sup>68</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 749.

<sup>69</sup> MORAES, op cit., p. 150.

A primeira posição foi defendida por Carlos Alberto Lúcio Bittencourt<sup>70</sup> entende que o Senado estaria obrigado a suspender a execução da lei ou ato normativo declarado inconstitucional, no exercício de controle concreto, após a decisão final do Supremo. Tratar-se-ia então de competência vinculada em ato complexo.

Em uma segunda linha de entendimento, Alfredo Buzaid<sup>71</sup>, Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>72</sup> e Celso Ribeiro Bastos<sup>73</sup> entendem pela obrigatoriedade mitigada, pelo que o Senado estaria obrigado a suspender a execução de lei ou ato normativo declarado inconstitucional em sede de controle difuso, após a decisão definitiva do Supremo, desde que presentes os requisitos formais da declaração de inconstitucionalidade.

Por fim, em uma terceira perspectiva interpretativa estão Aliomar Baleeiro<sup>74</sup>, Gilmar Ferreira Mendes<sup>75</sup>, Clèmerson Merlin Clève<sup>76</sup>, Paulo Napoleão Nogueira da Silva<sup>77</sup> e Marcelo Caetano<sup>78</sup>. Tal posição opta por entender que a atuação do Senado tem natureza facultativa, dispondo de competência de natureza discricionária, logo, não estaria obrigado a suspender a execução da lei ou ato normativo declarado incidentalmente inconstitucional em decisão definitiva do Supremo. Afirmam que haveria a possibilidade de apreciação de conveniência e oportunidade na decisão de suspensão.

---

<sup>70</sup> BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 145.

<sup>71</sup> BUZAID, Alfredo. *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1959, p. 89.

<sup>72</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, 2 ed. V. I. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 316.

<sup>73</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. V. I, t. I. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 179.

<sup>74</sup> BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, esse outro Desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 97 – 98.

<sup>75</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 1998, p. 379 – 385.

<sup>76</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 97.

<sup>77</sup> SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *O Controle de Constitucionalidade e o Senado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 94.

<sup>78</sup> CAETANO, Marcelo. *Direito Constitucional*. VII. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 247.

A melhor posição está com aqueles que entendem que o Senado pode atuar de maneira facultativa. Só essa linha interpretativa é capaz de não ferir a separação entre Poderes esculpida no art. 2 da CRFB/88, já que não se pode perder de vista que o Senado goza de liberdade de conformação legislativa negativa. Entender de forma diferente significaria admitir que o Parlamento estaria obrigado a atuar diante da decisão do Supremo, interpretação esta que não se harmoniza com a sistemática constitucional adotada pela Carta Política de 1988. Nessa linha, já decidiu o próprio Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

[...] a função institucional do Senado da República não o reduz à mera atividade juridicamente vinculada. Pelo contrário, o Senado da República não está obrigado a proceder à edição da resolução suspensiva do ato estatal cuja inconstitucionalidade, em caráter irrecorrível, foi declarada in concreto pelo Supremo. Esse ato do Senado submete-se, quanto à sua prática, sempre facultativa, a um regime de estrita discricionariedade legislativa<sup>79</sup>.

Também há divergência sobre os limites de extensão da suspensão de execução pelo Senado. Em uma primeira linha interpretativa, Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>80</sup> e Gilmar Mendes<sup>81</sup> entendem que o Senado não pode manipular os efeitos da decisão do Supremo, vinculando a extensão da suspensão de execução àquela determinada na decisão de declaração de inconstitucionalidade efetivada pelo STF.

Em um segundo posicionamento é defendido por Michel Temer<sup>82</sup> (Elementos de Direito Constitucional. 14 edição. São Paulo:Malheiros, 1998, p. 48-49) e Clèmerson Merlin Clève<sup>83</sup> (A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro. 2 edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 121), que admitem a possibilidade do Senado

<sup>79</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injução n 460, rel. para acórdão Min. Celso Melo. Data do julgamento 10/06/1994. Extraído de: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/Acesso> em 14/03/2012.

<sup>80</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 35.

<sup>81</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. Cit.*, 1998, p. 215 – 216.

<sup>82</sup> TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

<sup>83</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *op.cit.*, 121.

suspender a execução de parcela da lei ou ato normativo declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo, já que, segundo eles, a extensão da suspensão de execução não necessariamente é igual à da declaração incidental de inconstitucionalidade.

Nesse ponto, a melhor posição é àquela defendida por Michel Temer e Clèmerson Clève,<sup>84</sup> de forma que o Senado poderia suspender totalmente ou não a execução da lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo. Não obstante, a Suprema Corte se posicionou de forma contrária a essa possibilidade de manipulação pelo Senado sobre a extensão dos efeitos da suspensão aduzindo que “há inconstitucionalidade da segunda resolução daquele órgão legislativo, para interpretar a decisão judicial, modificando-lhe o sentido ou restringindo-lhe os efeitos”<sup>85</sup>.

Ainda cabe destacar mais um ponto que gera severo embate doutrinário. Existe divergência sobre a possibilidade de revogabilidade da resolução suspensiva pelo Senado.

José Celso de Mello Filho<sup>86</sup> se posiciona pela impossibilidade de revogação da resolução que suspende a eficácia de lei ou ato normativo inconstitucional. Para tanto afirma que a competência constitucional do Senado Federal é exaurida no momento em que a norma que fora submetida ao controle de constitucionalidade for suspensa pelo parlamento.

Em um segundo entendimento está a doutrina de José Horácio Meirelles Teixeira<sup>87</sup>, que entende ser possível a revogação da resolução suspensiva, baseando seu entendimento na possibilidade de modificação da jurisprudência do Supremo sobre a questão analisada em sede de controle difuso, ocasião em que a resolução poderia ser revogada pelo Senado aderindo a nova orientação firmada pelo STF.

---

<sup>84</sup> *ibid.* p. 121.

<sup>85</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n 16.512, rel. para acórdão Min. Amaral Santos. Data do julgamento 31/08/1966. Extraído de: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/Acesso> em 14/03/2012.

<sup>86</sup> MELO FILHO, José Celso de. *Constituição Federal Anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 139 – 140.

<sup>87</sup> TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 429 – 431.

Aqui mais uma vez aderimos ao posicionamento acolhido pelo Supremo que expressamente se posicionou pela impossibilidade de revogação da resolução editada pelo Senado afirmando que no momento em que a resolução é editada, cessa a sua competência. Vale a transcrição do seguinte aresto, *in expressis*:

[...] o ato produzido pelo Senado Federal não é um ato legislativo, sendo complementar de uma decisão judicial, ampliando os efeitos desta. Não pode o Senado Federal rever, em sua substância, a decisão do Supremo Tribunal Federal<sup>88</sup>

Outro ponto de grande enfrentamento doutrinário versa sobre a eficácia temporal da suspensão de execução, surgindo duas posições sobre a possibilidade da resolução do Senado ter eficácia retroativa ou prospectiva.

Em uma primeira linha de entendimento, defendida entre outros por José Afonso da Silva<sup>89</sup> e Nagib Slaibi Filho<sup>90</sup> consideram que a resolução editada pelo Senado possui eficácia *ex nunc*, vale dizer, opera efeitos prospectivos a partir da sua edição. Nessa linha, os efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade estariam limitados às partes do mesmo processo enquanto não editada a resolução de suspensão pela Câmara Alta do parlamento brasileiro. Procuram assim resguardar os atos jurídicos perfeitos e os direitos adquiridos na vigência do ato impugnado, em verdadeira atenção ao primado da segurança jurídica.

Contudo, em outra posição estão entre outros, Gilmar Ferreira Mendes<sup>91</sup>, Clèmerson Merlin Clève<sup>92</sup> e Marcelo Caetano<sup>93</sup>, que entendem que a resolução de suspensão do Senado

---

<sup>88</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n 16.519, rel. para acórdão Min. Luiz Galloti. Data do julgamento 16/02/1966. Extraído de: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/Acesso> em 14/03/2012.

<sup>89</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 162.

<sup>90</sup> SLAIBI FILHO, Nagib. *Anotações à Constituição de 1988: aspectos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 107.

<sup>91</sup> MENDES, op. cit. 1988, p. 209.



tem eficácia *ex tunc*. Afirmam que a edição da resolução operaria efeitos retroativos a partir da data em que o ato normativo impugnado em sede de controle de constitucionalidade difuso foi produzido.

A posição capitaneada pelo Ministro Gilmar Mendes<sup>94</sup> é acolhida pelo Supremo Tribunal Federal ao prelecionar que “a suspensão da vigência da lei ou ato normativo por inconstitucionalidade torna sem efeito todos os atos praticados sob o império da lei inconstitucional”.

O último ponto de enfrentamento doutrinário, o qual foi deixado para o fim propositalmente porque está intimamente ligado ao objeto deste trabalho, versa sobre a possibilidade de extensão da eficácia *erga omnes* e vinculante da decisão final de declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo em sede de controle concreto independente da edição da resolução de suspensão de execução pelo Senado. É o que doutrinariamente se vem chamando de abstrativização do controle concreto.

Para bem dissertar sobre o tema, é imperioso destacar as duas posições que se formaram. Em uma primeira linha de entendimento estão os respeitados professores Daniel Bijos Faidiga<sup>95</sup>, Izaias José de Santana<sup>96</sup>, Dirley da Cunha Júnior<sup>97</sup>, Freddie Didier Júnior<sup>98</sup> e Luiz Flávio Gomes<sup>99</sup>. Sustentam que o art. 52, X da CRFB/88 sofreu mutação constitucional, apresentando como sua nova finalidade apenas dar publicidade as declarações de

---

<sup>92</sup> CLÈVE, op. cit. 2000, p. 122.

<sup>93</sup> CAETANO, op. cit. 1987, p. 275.

<sup>94</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n 17.976, rel. para acórdão Min. Amaral Santos. Data do julgamento n 13/09/1969. Extraído de: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/Acesso> em 14/03/2012.

<sup>95</sup> FAIDIGA, Daniel Bijos. *Efeito Vinculante e Declaração Incidental de Inconstitucionalidade*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 146 – 148.

<sup>96</sup> SANTANA, Izaias José de. *Controle Concreto de Constitucionalidade: efeitos das decisões e vinculação do Poder Judiciário*, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008, p. 146 – 147.

<sup>97</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *O Princípio do Stare Decisis e a Decisão do Supremo Tribunal Federal no Controle Difuso de Constitucionalidade*, in *Leituras Complementares de Direito Constitucional: Controle de Constitucionalidade*. Salvador: JusPodvim, 2007, p. 73 – 97.

<sup>98</sup> DIDIER JÚNIOR, Freddie. Op. cit. 2007, p. 329 – 345.

<sup>99</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Efeitos do Controle de Constitucionalidade Difuso Abstratizado*, Consulex, 221, 2006, p. 47.

inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, em sede de controle concreto, tomadas em decisão definitiva pelo plenário do Supremo, já que estas teriam por si só efeito *erga omnes* e vinculante.

Tal entendimento está fundamentado em três argumentos, a saber:

O enfraquecimento do modelo de controle difuso-incidental com o hipertrofia do modelo de controle concentrado-principal, pelo que todas as controvérsias de caráter constitucional podem ser levadas ao Supremo Tribunal Federal por iniciativa dos legitimados ativos, inclusive com a possibilidade da Corte Suprema suspender liminarmente a eficácia da lei ou ato normativo impugnado.

O cabimento da argüição de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos nas ações coletivas exemplificaria de forma concreta a ausência de efetividade da resolução de suspensão de execução decorrente de decisões tomadas em sede de controle de constitucionalidade coletivo. Ocorre que nestes casos, o provimento judicial de tutela coletiva se reveste, por si só, de caráter *erga omnes*.

Por fim, observam que a resolução de suspensão de execução de lei ou ato normativo declarado inconstitucional não se aplica às decisões de não recepção de normas anteriores a Constituição, bem como às técnicas de decisão no controle de constitucionalidade, como naquelas em que o Supremo apesar de não declarar à inconstitucionalidade da norma, fixa interpretação conforme a Constituição e a própria declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto e pronúncia de nulidade.

Acolhendo esse posicionamento está à primorosa doutrina do Ministro Gilmar Mendes que vale a transcrição, *in verbis*:

[...] hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Se o Supremo Tribunal Federal, no exercício do controle concreto, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei ou ato normativo é inconstitucional, esta

decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado Federal que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo Tribunal Federal. A própria decisão da Corte contém essa força normativa (...) É possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988. Valendo-nos dos subsídios da doutrina constitucional a propósito da mutação constitucional, poder-se-ia cogitar aqui de autêntica reforma da Constituição sem expressa modificação do texto. Em verdade, a aplicação que o Supremo Tribunal Federal vem conferindo ao disposto no art. 52, X, da CF indica que o referido instituto mereceu uma significativa reinterpretação a partir da Constituição de 1988.”<sup>100</sup>

Importe destaque é apresentado pelo professor Guilherme Pena de Moraes, que de forma atenta as deliberações parlamentares apresenta preciosa informação:

[...] A proposta de Emenda à Constituição n 406/01 em tramitação na Câmara dos Deputados, poderá resultar no acréscimo do parágrafo 5 ao art. 103, segundo o qual, em casos de reconhecida relevância, ao Supremo Tribunal Federal competiria determinar a suspensão de todos os processos em curso perante qualquer juízo ou tribunal, para proferir decisão, com eficácia e efeito previstos no curso perante qualquer juízo ou tribunal, para proferir decisão com eficácia e efeito previstos no parágrafo segundo do art. 102, que verse exclusivamente sobre matéria constitucional, e a proposta de Emenda à Constituição n 11/08, em trâmite no Senado Federal, poderá revogar o inciso X do art. 52 (suspensão de execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal) (ANELLO, Gustavo Lacerda. *A Abstração dos Efeitos da Decisão em Sede de Controle de Constitucionalidade*. Disponível em: <http://www.clubjus.com.br>. Acesso em 05.11.2012 in *Curso de Direito Constitucional*, 3 edição, editora Atlas, p. 172)<sup>101</sup>.

Noutro giro, em posição diametralmente oposta está a doutrina de Lenio Luiz Streck<sup>102</sup>, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, Martonio Mont’Alverne Barreto Lima que se posicionam contrariamente àqueles que admitem a mutação constitucional do art. 52, X da

<sup>100</sup> MENDES, op. cit., 2010, p. 366 – 368.

<sup>101</sup> MORAES, op. cit. 2010, p. 172.

<sup>102</sup> STRECK, Lenio Luiz. *A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Sobre o Controle Difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional in Constitucionalismo: os desafios do terceiro milênio*. Belo Horizonte: Forum, 2008, p. 353 – 384.

CRFB/88. Afirmam que a releitura do papel do Senado Federal configuraria verdadeiramente usurpação de competência reformadora pelo Poder Judiciário.

Aqui também podemos organizar o raciocínio em três vetores, a saber:

O exercício da jurisdição constitucional pelo Supremo Tribunal Federal teria extrapolado as possibilidades semânticas do texto constitucional, acarretando em um resultado não comportado pelo art. 52, X da CRFB/88.

Em seguida afirmam que o precedente obrigatório importaria em violação a diversos princípios de estatura constitucional, como o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório e a própria separação entre os Poderes da República. Afirmam desta forma porque tal interpretação estaria atacando as atribuições do Senado Federal à de mero órgão de divulgação intralegislativo dos arestos do Supremo Tribunal Federal, além de estar ampliando os efeitos daquela decisão para pessoas que não participaram do processo de tomada das decisões, as quais acabarão sendo atingidas.

Como último ponto para refutar a tese que admite mutação constitucional do art. 52, X da CRFB/88, recordam que com o surgimento do instituto da súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal, restaria fulminada a possibilidade da declaração incidental de inconstitucionalidade atingir efeitos *erga omnes*. Note-se que o Poder Constituinte reformador exigiu para a aprovação, revisão ou cancelamento dos enunciados vinculantes do Supremo à reiteração de decisões sobre matéria constitucional. Assim, os pronunciamentos daquela Corte, tomados em sede de controle difuso, não poderiam ser dotados de força normativa por não preencher tais condições.

Nesse ponto é adequado transcrever as lições de Joaquim Benedito Barbosa Gomes, *in verbis*:

[...] tradicionalmente, os efeitos das decisões se limitam, em princípio, às partes em litígio, a ab-rogação formal da lei não tem lugar senão depois da

intervenção do Senado. A intervenção do Senado é quase automática, e inclina-se muito facilmente às decisões da Corte. Quanto às decisões proferidas em sede de controle dos atos infralegislativos, elas produzem efeito *erga omnes* desde a sua publicação, porque de acordo com a Constituição a Corte não tem a obrigação de comunicá-la ao Senado.”<sup>103</sup>

Fazendo coro a essa crítica está a doutrina de Soraya Regina Gasparetto e Dimitri Dimoulis, valendo trazer a colação:

[...] tais modificações carecem de utilidade, pois o STF possui a competência de editar súmulas vinculantes, cujo efeito vinculante equivale à atribuição de efeitos *erga omnes* em pronúncias de inconstitucionalidade incidental. Esse último argumento apresenta um aspecto questionável, pois os requisitos formais e materiais para a edição da súmula vinculante conforme a Constituição Federal e a Lei n. 11.417 de 2006 são mais numerosos e complexos do que a atribuição automática de efeito vinculante *erga omnes* a uma única declaração incidental de inconstitucionalidade”<sup>104</sup>

Somando-se aos três pontos que refutam a adoção do entendimento que admite a mutação constitucional do art. 52, X da CRFB/88, insistimos nas lições de Soraya Regina Lunardi e Dimitri Dimoulis, *in verbis*:

[...] não há como negar que a Constituição Federal mantém a paralelidade dos mecanismos processuais do controle difuso e do controle concentrado. Isso foi uma clara opção do constituinte de 1988, constantemente confirmada pelas Emendas constitucionais que se limitam a modificações do equilíbrio entre controle difuso e concentrado (por exemplo, mediante introdução da súmula vinculante), sem operar uma ruptura. Ao mesmo tempo, a Constituição de 1988 preserva um importante espaço ao Legislativo, não autorizando o afastamento de dispositivos infraconstitucionais no âmbito do controle difuso-incidental. Os atos normativos tidos por inconstitucionais pelos julgadores permanecem no ordenamento até a sua revogação pela

<sup>103</sup> GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. *La Cour Suprême dans le Système Politique Brésilien*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1994, p. 104 – 105. V.

<sup>104</sup> DIMOULIS, Dimitri et al. *Efeito Transcendente e Concentração do Controle na Jurisprudência autocriativa do Supremo Tribunal Federal*, in *Leituras Complementares de Constitucional, Controle de Constitucionalidade*, 3 ed. Salvador: JusPodivm, p. 304.

autoridade que os criou ou, no caso específico de leis federais, até que ocorra a suspensão pelo Senado (art. 52, X da Constituição Federal)<sup>105</sup>

Em verdade, não se pode deixar de considerar que o Poder Constituinte reformador de 2004 optou por admitir que apenas os julgamentos em sede de controle difuso fossem equiparados, em seus efeitos, as decisões prolatadas pela Corte em sede de controle concentrado, desde que através do já referido instituto da súmula vinculante, logo, é imperioso concluir que não desejou que isso ocorresse em uma simples declaração incidental de inconstitucionalidade.

Ainda afirmam os críticos da mutação constitucional que:

[...] o reconhecimento da mutação constitucional só é possível no âmbito de uma teoria de interpretação constitucional que admite fatores reais (situação econômica, moral dominante, interesses políticos etc) possam (ou mesmo devam) influenciar a interpretação dos dispositivos constitucionais que evoluem junto à sociedade, mesmo quando permanecem inalterados em sua liberdade. Trata-se de opção interpretativa conhecida como interpretação evolutiva (...) |A terceira crítica baseia-se na inadmissibilidade jurídica da mutação constitucional como método ou forma de interpretação constitucional por dois motivos. O primeiro se refere a teoria da Constituição e questiona a possibilidade de considerar que fatores sociais (e suas mudanças) possam ser decisivos para a interpretação jurídica. Parte-se do pressuposto da rigidez constitucional que objetiva moldar a realidade social, incluindo-se nela a conduta das autoridades estatais que aplicam o direito. A realidade deve se pautar pelos mandamentos constitucionais (...) Para admitir que uma mudança na realidade social possa modificar o significado do comando normativo, deveríamos inverter a relação entre dever ser e ser (mudança na realidade ou nos valores sociais) (...) Caso contrário, o aplicador usurparia competências do poder constituinte reformador (que não desejou modificar a Constituição nesse ponto, apesar das mudanças sociais) e desrespeitaria a hierarquia das fontes do direito”.<sup>106</sup>

Com base nos ensinamentos de Soraya Regina e Dimitri Dimoulis<sup>107</sup> pode-se inferir pela inadmissibilidade jurídica da mutação constitucional como método de interpretação

<sup>105</sup> DIMOULIS, *ibid.*, p. 299 – 300.

<sup>106</sup> DIMOULIS, *ibid.*, p. 307 – 308.

<sup>107</sup> *Ibid.*, p. 307 – 308.

capaz e ensejar a reforma do conteúdo do art. 52, X da CRFB/88 sem a modificação do seu texto, já que o modelo de controle difuso permanece regulamentado pela Constituição da mesma forma que quando instituído em 1988. Note-se, não existiu qualquer modificação do comportamento do Senado em relação à suspensão, da mesma forma não ocorreu qualquer movimento de opinião pública contrário a tal modelo, diante do que os citados professores não admitiram a mutação do referido dispositivo constitucional.

O Supremo Tribunal Federal já tem pronunciamentos sobre o tema, valendo destacar que os Ministros Eros Grau e Gilmar Mendes já se manifestaram pelo acolhimento da mutação constitucional do art. 52, X da CRFB/88 no julgamento do *habeas corpus* n 82.959 que tratava da progressibilidade do regime prisional nos crimes hediondos. Na ocasião, os Ministros afirmaram expressamente que o referido dispositivo constitucional sofreu verdadeira mutação constitucional, pelo que o Senado teria competência apenas para dar publicidade à decisão de suspensão de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo. Contudo tal posição de vanguarda não é pacífica dentro da Corte, havendo voto dos Ministros José Paulo Sepúlveda Pertence e Joaquim Benedito Barbosa Gomes no sentido contrário, *in verbis*:

[...] Aduziram, no ponto, que a EC n 45/04 dotou o Supremo Tribunal Federal de um poder que, praticamente, sem reduzir o Senado Federal a um órgão de publicidade de suas decisões, dispensaria essa intervenção, qual seja, o instituto da súmula vinculante.<sup>108</sup>

Os professores de Soraya Regina Lunardi e Dimitri Dimoulis<sup>109</sup>, concluíram que caso prevaleça no Supremo Tribunal Federal à posição de vanguarda do Ministro Gilmar, acabará a

---

<sup>108</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n 4.335, rel. para acórdão Min. Gilmar Mendes. Data do julgamento 19/04/2007. Extraído de: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/Acesso> em 14/03/2012.

<sup>109</sup> DIMOULIS, *ibid.*, p. 307 – 310.

Corte, tendo que estabelecer dois paradigmas interpretativos: Estará substituindo os termos “suspender a execução” constante do art. 52, X da Constituição para a que dele se extraia “ser informado da suspensão da execução”, através da restrição do sentido do referido dispositivo; Realizará uma ulterior interpretação teleológica, cujo resultado será a ampliação analógica do art. 102, § 2 da Constituição, atribuindo eficácia *erga omnes* e efeito vinculante a todas as decisões do Tribunal em temas de constitucionalidade. Isso ocorrerá mediante eliminação da locução “nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade”

Ainda para Soraya e Dimitri<sup>110</sup>, tais operações interpretativas acarretariam em claras “operações autocriativas do processo constitucional, atuando o STF como poder constituinte reformador que modifica o texto da constituição.” Após tecerem detalhadas considerações sobre o instituto da mutação constitucional e criticar a forma pela qual a doutrina brasileira tem adotado-a para justificar a alteração interpretativa realizada sobre o art. 52, X da CRFB/88, concluíram pela sua impossibilidade no citado dispositivo constitucional, *in verbis*:

[...] aqui não temos a presença de fatores que poderiam dar ensejo ao reconhecimento de uma mutação constitucional, mesmo para quem admite a possibilidade de mutação. Só temos considerações de cunho utilitarista relacionadas a um desequilíbrio entre demandas de tutela e capacidade produtiva do Judiciário. Atribuir a esse fato a capacidade normativa de restringir ou mesmo de abolir competências constitucionais é algo que carece de justificativa.<sup>111</sup>

Seguindo a posição que refuta a possibilidade de configuração de mutação constitucional sobre o tema, estão as lições de Lenio Luiz Streck, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Martonio Mont’Alverne Barreto Lima. Sustentam que caso prevaleça no Supremo

---

<sup>110</sup> Ibid., p. 307 – 303.

<sup>111</sup> DIMOULIS, *ibid.*, p. 310.



Tribunal Federal à posição proposta pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Roberto Grau, ocorrerá verdadeira ruptura paradigmática no plano da jurisdição constitucional brasileira. Seguem no desenvolvimento da fundamentação das suas posições destacando que:

Agir no limite de um contexto significa obedecer aos limites do poder constituído, condição existencial do Supremo Tribunal Federal como poder jurisdicional vinculado à Constituição. Esta compreensão, claro, origina-se do simples fato de que os poderes de um Estado estão submetidos a uma mesma vontade política, objetivamente identificada num determinado percurso histórico das sociedades, ou seja, o instante constituinte. E a importância disso é incontestável, bastando, para tanto, examinar o papel das constituições para a consolidação das democracias no século XX<sup>112</sup>.

Lenio Streck afirma que o ponto nodal da sua crítica está no fato de que, caso se adote a aplicação da mutação constitucional do referido artigo constitucional, restaria configurada verdadeira lesão a direitos fundamentais, já que se atribuiria eficácia erga omnes e efeito vinculante às decisões do STF em sede de controle difuso àqueles que sequer foram parte do processo, violando a ampla defesa e o contraditório, valendo a transcrição da sua preciosa lição:

Nesse sentido, a tônica democrática-participativa da Constituição se evidencia, já que a própria Constituição não compreende a sociedade sem seus nexos com o Estado e vice-versa (...) Mas o modelo de participação democrática no controle difuso também se dá de forma indireta, pela atribuição constitucional deixada ao Senado Federal. Excluir a competência do Senado Federal- ou conferir-lhe apenas um caráter de tornar público o entendimento do Supremo Tribunal Federal- significa reduzir as atribuições do Senado Federal à de uma secretaria de divulgação intra-legislativa das decisões do Supremo Tribunal Federal; significa, por fim, retirar do processo de controle difuso qualquer possibilidade de chancela dos representantes do povo deste referido processo, o que não parece ser sequer sugerido pela Constituição da República de 1988. Como se não bastasse reduzir a competência do Senado Federal à de um órgão de imprensa, há também uma consequência grave para o sistema de direitos e de garantias fundamentais. Dito de outro modo, atribuir eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às decisões do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade é ferir os

---

<sup>112</sup> STRECK, *ibid.*, 2008.

princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.”<sup>113</sup>

Na verdade, vale constatar que, se a Constituição de 1988, quer seja na sua versão original, quer seja naquela decorrente das reformas operadas pelo Poder Constituinte derivado, elabora precisa e detalhada diferenciação entre os modelos de controle de constitucionalidade, não é razoável que o Poder Judiciário, verdadeiro Poder constituído, equiparando os efeitos das decisões de inconstitucionalidade tomadas em sede de controle concentrado e difuso, viole o modelo misto traçado pelo Poder Constituinte. Admitir como adequada a posição capitaneada pelo Ministro Gilmar Mendes configura verdadeiramente em violar a tônica democrática - partidária da Carta cidadã de 1988, “equiparando” modelos absolutamente distintos. Com efeito, não se pode perder de vista que o Estado Democrático de Direito é um verdadeiro paradigma constitucional, o qual refuta por si só qualquer forma de ativismo judicial.

Também não se pode omitir que, deixando de aplicar o comando normativo expressamente estabelecido no art. 52, X da CRFB/88, acarretar-se-á verdadeiro enfraquecimento da força normativa da Constituição, violando também exercício de atribuição do Senado Federal estabelecido pelo Poder Constituinte originário.

Oportunamente há ainda aqueles que apresentem críticas ao reconhecimento da mutação constitucional do art. 52, X da CRFB/88 com base no cotejamento entre as lições do Direito com os ensinamentos da filosofia. Recordam que o século XX foi atravessado por duas grandes revoluções, as quais se transformaram em condições de possibilidade para a compreensão dos fenômenos jurídicos - políticos a partir do segundo pós-guerra. Para tanto, Lenio Streck sustenta que:

---

<sup>113</sup> STRECK, *ibid.* 2008.

De um lado, o constitucionalismo compromissário e principiológico com feições claramente diretivas (tese que continuamos a defender), firmando o compromisso do povo para com a transformações sociais historicamente sonegadas, circunstância que assume foros de dramaticidade em países de modernidade tardia como Brasil. Isso significa que o compromisso primordial de uma constituição é a democracia e a realização dos direitos fundamentais”<sup>114</sup>.

Seguindo no aprofundamento filosófico da doutrina de Lenio Streck, observa-se que o professor assevera que, ao admitir reclamações contra suas teses e não apenas contra suas decisões proferidas em casos propriamente ditos, o Supremo desloca a discussão jurídica para os discursos de fundamentação, elaborados de forma descontextualizada. Nesse contexto Streck<sup>115</sup> afirma que passam a ser constituídos “conceitos sem coisas”, em verdadeira hipótese de metafísica, valendo-se de linguagem hermenêutica de caráter intimamente filosófico.

Em última análise, deve-se inferir que não cabe ao Supremo Tribunal Federal “corrigir” a Constituição, já que, se assim fosse admitido, estar-se-ia admitindo que a Corte figurasse como verdadeiro Poder Constituinte permanente e legítimo, o que certamente não foi desejado ou autorizado pelo Poder Constituinte originário.

#### 3.4. Abstrativização e o Mandado de Injunção.

O mandado de injunção, inserido no texto constitucional no seu art.5º, LXXI, pela própria disposição constitucional, se trata de remédio constitucional, na forma de cláusula

---

<sup>114</sup> STRECK, *ibid.*, 2008.

<sup>115</sup> STRECK, *Ibid.*, 2008.

pétrea explícita apresentando ainda a natureza de ação cível, sendo assim, tem verdadeira natureza dúplice.

Segundo o texto constitucional, o mandado de injunção tutela o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. A doutrina tem criticado a redação do dispositivo, no sentido de que o constituinte utilizou três vocábulos que têm o mesmo sentido. Nessa linha vale a lição de José dos Santos Carvalho Filho que afirma “o texto não é um primor de clareza, primeiramente porque menciona três vocábulos que têm sentido idêntico ou aproximado: direitos, liberdades e prerrogativas.”<sup>116</sup>

O referido texto constitucional também desperta controvérsia quanto à amplitude de seu conteúdo. Celso Bastos, numa visão moderada, entende que caberá a todos os direitos contidos no título II da Carta Republicana, com a seguinte lição,

Destarte, é de se entender que a tutela do mandado de injunção alcança os direitos subsumidos debaixo do Título II da Constituição, aí incluídos obviamente os direitos de nacionalidade, os políticos e também os relativos à soberania nacional.<sup>117</sup>

Contudo Luís Roberto Barroso<sup>118</sup> firmou posicionamento pelo cabimento do mandado de injunção para qualquer direito subjetivo constitucional, independente da sua localização no corpo da Constituição de 1988.

O texto constitucional prescreve o mandado de injunção em seu artigo 5º, inciso LXXI da seguinte forma:

---

<sup>116</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 15.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p.858

<sup>117</sup> BASTOS, Celso. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, p.222

<sup>118</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, p. 117.

conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerente à nacionalidade, à soberania e à cidadania.<sup>119</sup>

Percebe-se que o constituinte não regulamentou expressamente quais são os efeitos decorrentes da decisão de procedência do pedido do *writ*, sendo assim, diversos posicionamentos se formaram.

Comumente a doutrina processualista classifica, com base no seu conteúdo, as sentenças de procedência em três espécies: meramente declaratórias, constitutivas e condenatórias. Nessa linha, entende-se que sentença meramente declaratória é a que confere certeza jurídica à existência ou inexistência de uma relação jurídica, à autenticidade ou falsidade de um documento. Sentenças constitutivas, por sua vez, são aquelas que criam, modificam ou extinguem uma relação jurídica. Por fim, as sentenças condenatórias, sempre de difícil conceituação, é aquela que tem como efeito principal permitir a instauração da execução forçada de um crédito.

Segundo Alexandre Câmara,

A condenação seria, a imposição da sanção, entendida esta como 'efetiva e específica determinação das conseqüências que o ordenamento jurídico quer em seguida à verificação de certa hipótese (que, o mais das vezes, é o inadimplemento de uma obrigação), e que não preexiste ao processo.<sup>120</sup>

---

<sup>119</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituição/constitui%C%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituição/constitui%C%A7ao.htm). Acesso em: 10 nov. 2012.

<sup>120</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p.380

Parcela respeitável da doutrina brasileira, capitaneada por Pontes de Miranda<sup>121</sup>, ao prescrever a classificação das sentenças de procedência do pedido, inclui duas outras espécies, vale dizer, sentenças executivas e mandamentais. Aquelas se caracterizariam por apreciar e decidir sobre a relação existente entre o demandado e os bens que serão objeto da futura atividade executória, de modo a cortar a base de legitimidade, antes da sentença existente, entre o réu e o objeto material do processo.

Já as mandamentais objetivam que o juiz emita uma ordem a ser observada pelo demandado, em vez de limitar-se a condená-lo a fazer ou não fazer alguma coisa.

Não obstante, a doutrina processualista ter sedimentado as considerações aqui transcritas sobre as classificações da decisão de procedência do pedido, grande controvérsia reina neste aspecto especificamente quando se trata de mandado de injunção. É certo que a natureza da classificação a ser apontada, vai depender do posicionamento adotado quanto à amplitude da decisão do *writ*.

Alexandre de Mores<sup>122</sup> estruturou de forma didática as várias posições doutrinárias e jurisprudências sobre o tema. Dessa forma, classificou as posições em dois grandes grupos, sendo eles: concretista e não concretista. Dividiu a posição concretista em geral e individual, cabendo quanto a essa ainda, uma subdivisão em direta e intermediária.

Conforme os concretistas, presentes os requisitos exigidos pelo texto constitucional para o *writ*, o Poder Judiciário através de uma decisão de natureza constitutiva declara a existência da omissão administrativa, implementando o exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa constitucional até que o poder competente para tal produza a norma ora ausente.

---

<sup>121</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das Ações*. V. VI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

<sup>122</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 184.

Ainda na linha concretista, desenvolvendo o entendimento de Alexandre de Moraes<sup>123</sup> quando expõe as respectivas subdivisões, apresenta como concretista geral a posição que admite que a decisão do Poder Judiciário tenha efeitos *erga omnes*, implementando o exercício da norma constitucional através de uma normatividade geral, até que o poder competente produza a norma necessária.

Já para a concretista individual, a decisão de procedência do mandado de injunção só produzirá efeitos para o autor do *writ*, que poderá a partir disso exercitar de forma plena o direito, liberdade ou prerrogativa outrora obstada.

A Suprema Corte tem dividido a posição concretista individual em direta e intermediária. Naquela o Judiciário ao julgar procedente o *writ*, imediatamente implementa a eficácia da norma constitucional àquele que ajuizou o referido remédio constitucional.

Com esse entendimento os Ministros Marco Aurélio e Carlos Velloso entendem que a Carta Republicana de 1988 instituiu dois mecanismos distintos voltados a controlar as omissões inconstitucionais, vale dizer, a ação direta de inconstitucionalidade constante do artigo 103 da CR/88, e o mandado de injunção estabelecido pelo artigo 5º, inciso LXXI da mesma Carta.

Já quanto à concretista individual intermediária, capitaniada pelo Ministro Néri da Silveira, após julgar a procedência do mandado de injunção, deverá fixar o prazo de 120 dias para que o Parlamento produza a norma regulamentadora. Caso a norma não seja produzida após se esgotar esse prazo, o Poder Judiciário deverá fixar as condições necessárias ao exercício do direito por parte daquele que propôs a demanda.

A posição não - concretista, a qual foi adotada de forma dominante na Corte Suprema durante muito tempo, atribuiu-se ao *writ* a finalidade específica do reconhecimento formal da

---

<sup>123</sup> MORAES, op. cit., p 108.

inércia do Poder competente, buscando-se com essa exortação a plena integração normativa do preceito fundamental invocado por aquele que teve o exercício do seu direito obstado pela omissão inconstitucional. Nessa perspectiva, não há que se falar em medidas jurisdicionais que possibilitem desde logo a efetivação do exercício do direito constitucionalmente previsto. Essa posição tímida tem sido criticada amplamente já que iguala os efeitos do *writ* a ação direta de inconstitucionalidade por omissão prevista no art.103, §2º da CRFB/88.

Luís Roberto Barroso critica tal posicionamento,

Assim, de acordo com a interpretação da mais alta Corte, existem dois remédios constitucionais para que seja dada ciência ao órgão omissor do poder público, e nenhum para que se componha, em via judicial, a violação do direito constitucional da parte.<sup>124</sup>

Não se pode deixar de lembrar que o STF, em alguns julgados adotou excepcionalmente, ainda que de forma parcial, a posição concretista. Um destes casos decorreu justamente da manutenção da inércia do Poder Legislativo. Nele, a Corte ao julgar mandado de injunção que versava sobre o art.8º,§3º do ADCT da CR/88, autorizou desde logo o ajuizamento pelos beneficiários dessa norma, de ação de reparação econômica do prejuízo.<sup>125</sup> Alexandre de Mores salienta que:

[...] esta decisão baseou-se no fato de o Poder Legislativo ter descumprido um prazo constitucionalmente estabelecido para a edição de norma, pela própria constituição, nos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, não podendo desta maneira restar dúvida quanto à mora do parlamento.<sup>126</sup>

<sup>124</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, p. 256

<sup>125</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n 439-1/RJ, rel. para acórdão Min. Moreira Alves. Data do julgamento: 03/05/1995. Extraído de: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/Acesso> em 14/03/2012.

<sup>126</sup> MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas Editora, p. 162.



Em outro julgado, a Corte por maioria, também adotou excepcionalmente a posição concretista, para tutelar o direito constitucional previsto no art. 195, §7º da CRFB/88 que fora desrespeitado pela inércia estatal, constituindo assim em mora o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote as providências legislativas, decorrentes do texto constitucional, sob pena de expirado o prazo, sem que tenha ocorrido a produção legislativa respectiva, passasse o impetrante do *writ* a gozar da imunidade requerida.

Por fim, apenas para que se tenha noção da fragmentação doutrinária e jurisprudencial que se formou sobre o tema, passa-se a citar os posicionamentos e seus respectivos defensores. A posição concretista geral é adotada pelo renomado mestre Vicente Greco Filho<sup>127</sup>,

A solução adequada, portanto, parece a primeira, admitida a alternativa de, antes, ser dada a oportunidade para que o poder competente elabore a norma. Se este não o fizer o Judiciário a fará para que possa ser exercido o direito constitucional.

A posição concretista individual é adotada por José da Silva Pacheco<sup>128</sup>, que nos seus dizeres,

[...] mandado de injunção como instrumento para obter do juiz a decisão no sentido de, atendendo ao pedido, proteger o direito reclamado, levando em conta os fins sociais, as exigências do bem comum e os princípios constitucionais e gerais do Direito”, e ainda, “o órgão competente, que não se resume no Legislativo, baixe a norma em certo prazo, ciente de que se não o fizer, o juiz julgará o caso concreto submetido à sua apreciação.

---

<sup>127</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989, p.184.

<sup>128</sup> PACHECO, José da Silva. *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 290 - 291.

A posição concretista individual direta é adotada por muitos doutrinadores, vale dizer, Michel Temer<sup>129</sup>, Roque Carraza<sup>130</sup>, José Afonso da Silva<sup>131</sup>, Flávia Piovesan<sup>132</sup>, Sérgio Bermudes<sup>133</sup>, Celso Agrícola Barbi<sup>134</sup>, entre outros.

A posição não concretista é adotada na doutrina pelos mestres Hely Lopes<sup>135</sup> e Manuel Gonçalves Ferreira Filho<sup>136</sup>.

Por fim, toma-se o cuidado de transmitir as várias posições dos membros que compoem o Supremo Tribunal Federal.

A posição concretista individual direta é adotada pelo Ministro Marco Aurélio e Carlos Velloso.

A concretista individual intermediária é adotada pelo Ministro Néri da Silveira, contudo é a posição não concretista a dominante na Corte Suprema, sendo seus representantes naquela mais alta casa de justiça, os Ministros Sepúlveda Pertence, Moreira Alves, Celso de Mello, Ilmar Galvão, Octávio Galloti, Sydney Sanches, Maurício Corrêa.

Conforme demonstrado neste capítulo, a Suprema Corte tem tradicionalmente se filiado ao acanhado posicionamento não concretista, abstendo-se de adotar uma interpretação mais efetiva do *writ* pautada no acesso à justiça. Ocorre que a constante morosidade e displicência do parlamento pátrio, sempre escondido sob o manto da liberdade de conformação legislativa, têm gerado situações insustentáveis, danosas a paz social e aos

---

<sup>129</sup> TEMER, Michel. Op. cit.

<sup>130</sup> CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito Constitucional Tributário*. 2.ed. São Paulo:Revista dos tribunais, 1991.

<sup>131</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9. ed. São Paulo:Malheiros, 1992.

<sup>132</sup> PIOVESAN, Flávia C. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

<sup>133</sup> BERMUDES, Sérgio. *O mandado de Injunção*. RT 642/24.

<sup>134</sup> BARBI, Celso Agrícola. *Mandado de Injunção*, p. 391.

<sup>135</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data*. 18.ed. São Paulo:Revista dos Tribunais,1997, p.141.

<sup>136</sup> FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p.277

titulares dos direitos não regulamentados que estejam impedidos de usufruírem suas liberdades constitucionais.

Contudo, com a alteração da composição do Supremo, os Ministros tornaram a enfrentar o tema e modificaram a orientação da Corte em relação aos efeitos decorrentes da decisão de procedência do mandado de injunção após julgar alguns *writs*<sup>137</sup> que versavam sobre o art. 37, VII da CR/88, dispositivo que preleciona “o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica”.

Note-se que o texto constitucional transcrito configura verdadeira norma constitucional de eficácia limitada, que nas sábias lições de Alexandre de Moraes,

[...] as normas de eficácia limitada, são aquelas que apresentam aplicabilidade indireta mediata e reduzida, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses, após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a aplicabilidade.<sup>138</sup>

Não obstante ao tradicional posicionamento do Supremo Tribunal Federal, é basilar no Direito Constitucional, que a Suprema Corte não está condicionada as suas decisões já proferidas, sendo assim pode a Corte rever seus próprios posicionamentos.

É fato conhecido por todos, pertencentes ou não da comunidade jurídica, que a mais alta Corte de Justiça brasileira passou por recentes e robustas alterações em sua composição. São diversos novos Ministros, fato que determinou a mudança de entendimento.

---

<sup>137</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n 712/PA; MI-695/MA; MI-670/ES. Extraído de: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/Acesso> em 14/03/2012.

<sup>138</sup> MORAES, Alexandre. op. cit., p. 39.

O mestre Alexandre de Moraes, em sua constituição interpretada, resumiu o tradicional posicionamento, ora aqui respeitosamente criticado, do Supremo Tribunal Federal, vale dizer:

A Constituição Federal de 1988 ampliou os direitos sociais dos servidores públicos civis, permitindo-lhes tanto o direito à livre associação sindical, quanto o direito de greve, este último exercido nos termos e nos limites definidos em lei ordinária específica, conforme prevê a Emenda Constitucional nº19/98. Dessa forma, alterou-se a espécie normativa exigida para a definição dos limites do direito de greve do servidor público que deixou de ser lei complementar, cuja exigência constitucional para aprovação é de maioria absoluta (CF, art.69), para tornar-se lei ordinária, cuja aprovação exige tão-somente maioria simples (CF, art.47). Independentemente dessa alteração, a jurisprudência já se havia fixado no sentido da inexistência de auto-aplicabilidade do direito de greve do servidor público, principalmente nos chamados serviços essenciais, necessitando integração infraconstitucional, que, a partir de EC nº19/98, será realizada por meio de lei ordinária específica.<sup>139</sup>

Adotando a posição tradicional, quando então os Ministros decidiram pela impossibilidade do exercício do direito de greve sem a edição da lei regulamentadora, pode-se destacar a decisão do plenário em sede de mandado de injunção, de relatoria do Ministro Celso de Mello,

EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO - DIREITO DE GREVE DO SERVIDOR PÚBLICO CIVIL - EVOLUÇÃO DESSE DIREITO NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO - MODELOS NORMATIVOS NO DIREITO COMPARADO - PRERROGATIVA JURÍDICA ASSEGURADA PELA CONSTITUIÇÃO (ART. 37, VII) - IMPOSSIBILIDADE DE SEU EXERCÍCIO ANTES DA EDIÇÃO DE LEI COMPLEMENTAR - OMISSÃO LEGISLATIVA - HIPÓTESE DE SUA CONFIGURAÇÃO - RECONHECIMENTO DO ESTADO DE MORA DO CONGRESSO NACIONAL - IMPETRAÇÃO POR ENTIDADE DE CLASSE - ADMISSIBILIDADE - WRIT CONCEDIDO. DIREITO DE

---

<sup>139</sup> MORAES, Alexandre. *Constituição do Brasil Interpretada*. 3. ed. São Paulo: Atlas, p. 850.

GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO: O preceito constitucional que reconheceu o direito de greve ao servidor público civil constitui norma de eficácia meramente limitada, desprovida, em consequência, de auto-aplicabilidade, razão pela qual, para atuar plenamente, depende da edição da lei complementar exigida pelo próprio texto da Constituição. A mera outorga constitucional do direito de greve ao servidor público civil não basta - ante a ausência de auto-aplicabilidade da norma constante do art. 37, VII, da Constituição - para justificar o seu imediato exercício. O exercício do direito público subjetivo de greve outorgado aos servidores civis só se revelará possível depois da edição da lei complementar reclamada pela Carta Política. A lei complementar referida - que vai definir os termos e os limites do exercício do direito de greve no serviço público - constitui requisito de aplicabilidade e de operatividade da norma inscrita no art. 37, VII, do texto constitucional. Essa situação de lacuna técnica, precisamente por inviabilizar o exercício do direito de greve, justifica a utilização e o deferimento do mandado de injunção. A inércia estatal configura-se, objetivamente, quando o excessivo e irrazoável retardamento na efetivação da prestação legislativa - não obstante a ausência, na Constituição, de prazo pré-fixado para a edição da necessária norma regulamentadora - vem a comprometer e a nulificar a situação subjetiva de vantagem criada pelo texto constitucional em favor dos seus beneficiários.<sup>140</sup>

Como já dito, em suas últimas decisões o tema o novamente debatido, fato que determinou a alteração na jurisprudência da Corte, passando o Supremo a buscar dar efetividade ao acesso à justiça, concretizando o exercício do direito pleiteado através do mandado de injunção.

Tal abertura foi iniciada tendo como objeto de análise o direito de greve dos servidores públicos.

A questão começou a ser debatida através do MI-712 e MI-670, com decisões datadas de sete de Junho de 2006. Nesta ocasião, alguns Ministros da Corte se posicionaram de forma distinta daquela tradicionalmente adotada pelo Supremo. A nova postura visa dar real eficácia às decisões proferidas na Corte, o que cristalinamente se adequou ao acesso à justiça, buscando assim a operosidade, utilidade, acessibilidade e proporcionalidade. A alteração de

---

<sup>140</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n 20, rel. para acórdão Min. Celso de Mello. Data do julgamento 22/11/1996. Extraído de: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/Acesso> em 14/03/2012.

posição se iniciou com a inquietação dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, os quais sinalizavam pela necessidade do Poder Judiciário intervir de forma mais decisiva, afastando a inoperância das decisões de outrora.

Nesta ocasião, foi ponderado também o princípio da continuidade do serviço público e ainda sugerida à aplicação da Lei 7.783/89, originalmente elaborada para regular o direito de greve na iniciativa privada ante a ausência de norma que regulamente o mesmo direito para o setor público, apontando-se tal linha de inteligência como solução lastreada na analogia.

Outra saída encontrada para a omissão foi a formação de forma supletiva da norma regulamentadora faltante, com verdadeiro caráter de poder-dever do Tribunal Supremo, para que por força deste atuar, fosse removido o obstáculo decorrente da omissão, viabilizando o exercício do direito de greve do servidor público.

Sendo assim, necessário se faz a apresentação dos julgados acima referidos:

Mandado de Injunção e Direito de Greve - Iniciado julgamento de mandado de injunção impetrado pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará - SINJEP contra o Congresso Nacional, em que se pretende seja garantido a seus associados o direito de greve previsto no art. 37, VII, da CF ("Art. 37. ... VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;"). O Min. Eros Grau, relator, acompanhado pelo Min. Gilmar Mendes, conheceu do mandado de injunção para, enquanto a omissão não for sanada, aplicar, observado o princípio da continuidade do serviço público, a Lei 7.783/89, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada (CF: "Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender. § 1º - A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade. § 2º - Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei."). Salientando a necessidade de se conferir eficácia às decisões proferidas pelo Supremo no julgamento de mandados de injunção, o relator reconheceu que a mora, no caso, é evidente e incompatível com o previsto no art. 37, VII, da CF, e que constitui dever-poder deste Tribunal a formação supletiva da norma regulamentadora faltante, a fim de remover o obstáculo decorrente da

omissão, tornando viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos. Após, pediu vista dos autos o Min. Ricardo Lewandowski.<sup>141</sup>

Mandado de Injunção e Direito de Greve - Retomado julgamento de mandado de injunção coletivo impetrado pelo Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Espírito Santo - SINDIPOL, com o objetivo de ser autorizado o exercício do direito de greve ao impetrante e aos seus associados, bem como de compelir o Congresso Nacional a regulamentar, dentro do prazo de trinta dias, o inciso VII do art. 37 da CF. Requer-se, também, que se suspendam os efeitos de sentença que proibira o movimento grevista - v. Informativo 308. O Min. Gilmar Mendes, em voto-vista, abriu divergência para conhecer do mandado de injunção para, enquanto não suprida a lacuna legislativa, aplicar a Lei 7.783/89, observado o princípio da continuidade do serviço público, ressaltando, no ponto, que, de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto, e mediante solicitação de órgão competente, seja facultado ao juízo competente impor a observância a regime de greve mais severo em razão de se tratar de serviços ou atividades essenciais, nos termos dos artigos 10 e 11 da Lei 7.783/89. Asseverou que a inércia do Poder Legislativo em regular o direito de greve dos servidores públicos acabou por gerar uma preocupante realidade em que se observam inúmeras greves ilegais com sérias conseqüências para o Estado de Direito. Concluiu que, diante desse contexto, considerado ainda o enorme lapso temporal dessa inércia, não resta alternativa para o Poder Legislativo quanto a decidir pela regulação ou não do tema, e que cabe, por sua vez, ao Poder Judiciário, intervir de forma mais decisiva, de modo a afastar a inoperância de suas decisões em mandado de injunção, e atuar também nos casos de omissão do Poder Legislativo, tendo em vista as balizas constitucionais que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores. Após, pediu vista dos autos o Min. Ricardo Lewandowski.<sup>142</sup>

Posteriormente, o Supremo Tribunal analisou o mandado de injunção 695/MA, que tinha como objeto o direito ao aviso prévio proporcional previsto no art. 7º, XXI, da CR/88. Nesta ocasião a Corte procedeu como de costume, determinando a imediata comunicação da decisão ao parlamento.

Contudo, é necessário destacar que não obstante a decisão do Supremo ter se restringido a mera comunicação com constituição em mora decorrente da inércia na produção

---

<sup>141</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n 712/PA, rel. para acórdão Min. Eros Grau. Data do julgamento n 07/06/2006. Extraído de: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/Acesso> em 14/03/2012.

<sup>142</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n 670/ES, rel. para acórdão Min. Maurício Correa. Data do julgamento: 07/06/2006. Extraído de: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/Acesso> em 14/03/2012.

da norma regulamentadora, a Corte ponderou sobre a possibilidade de imediata regulamentação da matéria pelo Tribunal, atuando de forma a afastar a inoperância decorrente da adoção da sua posição tradicional, já que esta impossibilita que se atinja o escopo social do processo, fazendo com que o jurisdicionado não obtenha uma tutela efetiva.

Ocorre que assim não pode atuar a Corte, já que o impetrante limitou o pedido na inicial requerendo simplesmente a mera comunicação ao órgão competente para a produção da norma ausente imediatamente.

Nesse sentido, passa-se a transcrição do respectivo julgado,

Mandado de Injunção e Aviso Prévio Proporcional - O Tribunal julgou procedente pedido formulado em mandado de injunção para declarar a mora legislativa do Congresso Nacional na regulamentação do direito ao aviso prévio proporcional previsto no art. 7º, XXI, da CF, e para determinar a comunicação da decisão a esse órgão (CF: "Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais... XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;"). Na espécie, tratava-se de mandado de injunção impetrado contra o Banco do Brasil por empregado que trabalhara por mais de 20 anos na empresa e que, dispensado sem justa causa, recebera apenas o pagamento de trinta dias. Ressaltou-se que a simples existência de projetos de lei referentes à matéria debatida não seria causa suficiente para afastar a mora. Reconheceu-se, ademais, que, não fosse o pedido da inicial, limitado a requer a comunicação ao órgão competente para a imediata regulamentação da norma, seria talvez a oportunidade de reexaminar a posição do Supremo em relação à natureza e à eficácia do mandado de injunção, nos termos do que vem sendo decidido no MI 670/ES (v. Informativo 430).<sup>143</sup>

---

<sup>143</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n 695/MA, rel. para acórdão Min. Sepúlveda Pertence. Data do julgamento: 01/03/2007. Extraído de: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/Acesso> em 14/03/2012.



O tema continuou sendo trabalhado pelos Ministros da Corte através do mandado de injunção 708/DF. Neste também se discutiu o direito de greve do servidor público ante a ausência de norma legal. Analisado inicialmente pela Corte durante o mês de maio de 2007. O ilustre Ministro Gilmar Mendes, relator do *writ* posicionou-se pela adoção de um novo posicionamento progressista a ser adotado pelo Supremo, de forma a assegurar o acesso à justiça e tornar efetivo o remédio constitucional em questão.

A possibilidade de aplicação da Lei 7.783/89, lei que regula o direito de greve no âmbito privado, que já havia sido discutida e adotada pelos Ministros Celso de Mello, Sepúlveda Pertence, Carlos Brito, Cármen Lúcia e Cezar Peluzo, voltou a ser apresentada como solução viável agora pelo Ministro Gilmar Mendes.

Na ocasião, o Ministro Gilmar salientou a necessidade de se alterar a tradicional orientação perfilhada pelo Supremo, a qual se limita a declaração da mora legislativa na edição de norma regulamentadora. Sendo assim, asseverou pela possibilidade de uma regulação provisória promovida pelo próprio Judiciário. Na mesma ocasião, o relator do *writ* enfrentou o polêmico tema das decisões aditivas ou modificativas promovidas pelo Judiciário.

Ressaltando que não caberia ao legislador a opção entre conceder ou não o direito de greve, mas somente dispor pela sua configuração desejada, poderia o Judiciário valer-se das decisões aditivas.

Na linha das decisões aditivas ou modificativas, destacou que estas são admitidas em geral quando integram ou completam um regime previamente adotado pelo legislador ou quando a solução adotada pelo Judiciário seja aquela que o texto constitucional exige.

Pela relevância da decisão, passa-se a transcrição na íntegra do voto do Ministro relator:

Educação do Município de João Pessoa - SINTEM em face do Congresso Nacional, com o objetivo de dar efetividade à norma inscrita no art. 37, VII, da CF ("Art. 37. ... VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;"). O Min. Gilmar Mendes, relator, conheceu do mandado de injunção e acolheu a pretensão nele deduzida para que, enquanto não suprida a lacuna legislativa, seja aplicada a Lei 7.783/89, e, ainda, em razão dos imperativos da continuidade dos serviços públicos, de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto, e mediante solicitação de órgão competente, seja facultado ao juízo competente impor a observância a regime de greve mais severo, haja vista se tratar de serviços ou atividades essenciais, nos termos dos artigos 9 a 11 da Lei 7.783/89. Inicialmente, teceu considerações a respeito da questão da conformação constitucional do mandado de injunção no Direito Brasileiro e da evolução da interpretação que o Supremo lhe tem conferido. Ressaltou que a Corte, afastando-se da orientação inicialmente perfilhada no sentido de estar limitada à declaração da existência da mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica, passou, sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, a aceitar a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário. Registrou, ademais, o quadro de omissão que se desenhou, não obstante as sucessivas decisões proferidas nos mandados de injunção.

Mandado de Injunção e Direito de Greve 2- O Min. Gilmar Mendes entendeu que, diante disso, talvez se devesse refletir sobre a adoção, como alternativa provisória, para esse impasse, de uma moderada sentença de perfil aditivo. Aduziu, no ponto, no que concerne à aceitação das sentenças aditivas ou modificativas, que elas são em geral aceitas quando integram ou completam um regime previamente adotado pelo legislador ou, ainda, quando a solução adotada pelo Tribunal incorpora "solução constitucionalmente obrigatória". Salientou que a disciplina do direito de greve para os trabalhadores em geral, no que tange às denominadas atividades essenciais, é especificamente delineada nos artigos 9 a 11 da Lei 7.783/89 e que, no caso de aplicação dessa legislação à hipótese do direito de greve dos servidores públicos, afigurar-se-ia inegável o conflito existente entre as necessidades mínimas de legislação para o exercício do direito de greve dos servidores públicos, de um lado, com o direito a serviços públicos adequados e prestados de forma contínua, de outro. Assim, tendo em conta que ao legislador não seria dado escolher se concede ou não o direito de greve, podendo tão-somente dispor sobre a adequada configuração da sua disciplina, reconheceu a necessidade de uma solução obrigatória da perspectiva constitucional.

Mandado de Injunção e Direito de Greve 3- Por fim, depois de esclarecer a necessidade da complementação na parte dispositiva de seu voto, porquanto não se poderia deixar de cogitar dos riscos decorrentes das possibilidades de que a regulação dos serviços públicos que tenham características afins aos serviços ou atividades essenciais seja menos severa que a disciplina dispensada aos serviços privados ditos essenciais, concluiu que, sob pena de injustificada e inadmissível negativa de prestação jurisdicional nos âmbitos federal, estadual e municipal, seria mister que, na decisão do writ, fossem fixados, também, os parâmetros institucionais e constitucionais de definição de competência, provisória e ampliativa, para apreciação de dissídios de

greve instaurados entre o Poder Público e os servidores com vínculo estatutário.

Dessa forma, no plano procedimental, vislumbrou a possibilidade de aplicação da Lei 7.701/88, que cuida da especialização das turmas dos Tribunais do Trabalho em processos coletivos. Após, o julgamento foi suspenso em virtude do pedido de vista do Min. Ricardo Lewandowski.<sup>144</sup>

Após a postura progressista do Ministro Gilmar Mendes, o Ministro Ricardo Lewandowski pediu vista dos autos do *writ* suspendendo o julgamento, que só foi retomado em meados do mês de Setembro de 2007.

Com o retorno do julgamento, o Min. Lewandowski acompanhou o voto do Min. Relator, mas ressalvando de que a Lei 7783/89 não poderia ser aplicada na íntegra, já que determinados dispositivos deste diploma legal não têm aplicação adequada quando se trata de serviços públicos. Sendo assim, Lewandowski estabeleceu parâmetros para a concretização do direito dos impetrantes, que buscam fazer valer o seu direito de greve previsto no texto constitucional. Como tal postura servirá de norteamento para outras possíveis decisões neste sentido e pelo caráter inovador da mesma, passa-se a apresentação dos requisitos ora determinados pelo Min. Lewandowski:

Inicialmente abordou quanto ao prazo de duração e a amplitude, asseverando que o direito de greve poderá ser exercido de forma temporária, podendo ser total ou parcial, desde que exercido de forma pacífica. Para que a paralisação dos serviços ocorra, deverá ser precedida de negociação ou tentativa desta. A Administração Pública deverá ser notificada da paralisação com antecedência mínima de 48 horas, sendo que quando se tratar de serviço ou

---

<sup>144</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n 708/DF, rel. para acórdão Min. Gilmar Mendes. Data do julgamento: 24/05/2007. Extraído de: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/Acesso> em 14/03/2012.

atividade de natureza essencial, o período mínimo é ampliado para 72 horas, acrescentando-se a necessidade de comunicação prévia aos usuários também neste prazo.

A entidade representativa dos servidores assistirá os seus interessados em todas as negociações, perante a Administração Pública e o Poder Judiciário, devendo ela, convocar na forma de seu estatuto e sendo respeitado o quorum previsto no mesmo, a assembléia geral para que se delibere sobre as reivindicações feitas e a paralisação por vir a ocorrer.

Foram assegurados aos grevistas de forma exemplificativa, vários direitos, tais como a possibilidade de empregar meios tendentes a persuadir ou aliciar os demais servidores a aderirem o movimento, desde que pacíficos e nesta mesma linha buscar arrecadar fundos para o movimento e a sua livre divulgação. Vedou-se a Administração a adoção de meios que venham a constranger os servidores ao comparecimento no serviço e aqueles que frustrem a divulgação da greve.

Também se vedou a demissão de servidor no período de greve, salvo se motivada em fatos não relacionados com a paralisação e ainda em se tratando de servidor ocupante de cargo comissionado ou quando a pedido do próprio servidor, se ocupante de cargo efetivo.

Determinou-se ainda que a responsabilidade pelos atos praticados durante a greve deverá ser apurado caso a caso, nas esferas respectivas, vale dizer, administrativa, civil e penal.

Não obstante a postura diligente do Ministro em assegurar expressamente alguns direitos dos servidores, não se deixou desamparada a Administração de forma que Lewandowski assegurou a possibilidade de demissão quando o direito de greve for exercido de forma abusiva, sendo assim considerada quando não observado pelos grevistas os requisitos determinados no mandado de injunção 708/DF, ou quando mesmo após celebrado o acordo ou em havendo decisão judicial as atividades se mantenham paralisadas.

Caso não ocorra o acordo ou não tendo sido assegurada a continuidade da prestação dos serviços paralisados, terá a Administração durante a greve, o direito de contratação de pessoal por tempo determinado, na forma do artigo 37, inciso IX da CR/88, ou ainda a contratação de serviços terceirizados.

A elogiável decisão do ilustre Ministro, não deixou de tutelar os interesses da coletividade, real destinatária dos serviços públicos. Sendo assim, restou assegurado a manutenção das atividades com equipes de servidores visando à prestação de serviços essenciais e indispensáveis as necessidades inadiáveis da coletividade.

Quanto à remuneração dos servidores, valeu-se Lewandowski como elemento norteador o projeto de Lei 4.497/2001, determinando que os dias de greve devam ser contados como de efetivo exercício para todos os efeitos legais, inclusive remuneratórios, desde que atendidos os limites estabelecidos no *writ* 708/DF, respeitada a reposição das horas não trabalhadas conforme a escala estabelecida no cronograma acordado pela Administração Pública, evitando-se assim o enriquecimento ilícito e a vulneração ao princípio da moralidade.

Por fim, ressaltou o Ministro que a sua decisão sobre o MI 708/DF se aplicaria apenas à categoria representada pelo Sindicato impetrante do *writ*, já que se trataria de verdadeiro limite subjetivo da coisa julgada, sempre presente nas decisões com eficácia *inter partes*, pertinente as demandas que tenham como objeto a tutela de direito subjetivo.

Em questão ao foro competente para dirimir os dissídios decorrentes da greve, determinou a Corte Suprema seguindo o entendimento do Ministro relator, que os mesmos sejam de competência da Justiça Estadual comum.

Passa-se agora a transcrição do mandado de injunção 708/DF, tendo em vista o seu alto grau de importância no cenário do tema foco deste trabalho:

Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa - SINTEM em face do Congresso Nacional, com o objetivo de dar efetividade à norma inscrita no art. 37, VII, da CF (“Art. 37. ... VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;”) — v. Informativo 468. O Min. Ricardo Lewandowski, em voto-vista, acompanhou a conclusão do voto do relator. Salientando, entretanto, que a incidência pura e simples da Lei 7.783/89 à hipótese, ainda que com algumas alterações tópicas, não se mostraria de todo devida, por serem alguns de seus dispositivos inadequados ou insuficientes para regular a greve no serviço público, concedeu o mandado de injunção, desde que atendidas determinadas exigências. Aplicou, ainda, apenas à categoria representada pelo Sindicato requerente, a solução que preconizou para assegurar-lhe o exercício do direito de greve. No ponto, considerou o fato de tratar-se de mandado de injunção e não de ADI por omissão.

Mandado de Injunção e Direito de Greve - 5

Nesse sentido, o Min. Ricardo Lewandowski determinou que: 1) a suspensão da prestação de serviços deve ser temporária, pacífica, podendo ser total ou parcial; 2) a paralisação dos serviços deve ser precedida de negociação ou de tentativa de negociação; 3) a Administração deve ser notificada da paralisação com antecedência mínima de 48 horas; 4) a entidade representativa dos servidores deve convocar, na forma de seu estatuto, assembléia geral para deliberar sobre as reivindicações da categoria e sobre a paralisação, antes de sua ocorrência; 5) o estatuto da entidade deve prever as formalidades de convocação e o quorum para a deliberação, tanto para a deflagração como para a cessação da greve; 6) a entidade dos servidores representará os seus interesses nas negociações, perante a Administração e o Poder Judiciário; 7) são assegurados aos grevistas, dentre outros direitos, o emprego de meios pacíficos tendentes a persuadir ou aliciar os servidores a aderirem à greve e a arrecadação de fundos e livre divulgação do movimento; 8) em nenhuma hipótese, os meios adotados pelos servidores e pela Administração poderão violar ou constranger os direitos e garantias fundamentais de outrem; 9) é vedado à Administração adotar meios para constranger os servidores ao comparecimento ao trabalho ou para frustrar a divulgação do movimento; 10) as manifestações e os atos de persuasão utilizados pelos grevistas não poderão impedir o acesso ao trabalho nem causar ameaça ou dano à propriedade ou pessoa; 11) durante o período de greve é vedada a demissão de servidor, exceto se fundada em fatos não relacionados com a paralisação, e, salvo em se tratando de ocupante de cargo em comissão de livre provimento e exoneração ou, no caso de cargo efetivo, a pedido do próprio interessado; 12) será lícita a demissão ou a exoneração de servidor na ocorrência de abuso do direito de greve, assim consideradas: a) a inobservância das presentes exigências; e b) a manutenção da paralisação após a celebração de acordo ou decisão judicial sobre o litígio; 13) durante a greve, a entidade representativa dos servidores ou a comissão de negociação, mediante acordo com a Administração, deverá manter em atividade equipes de servidores com o propósito de assegurar a prestação de serviços essenciais e indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da coletividade; 14) em não havendo o referido acordo, ou na hipótese de não ser assegurada a continuidade da prestação dos referidos serviços, fica assegurado à Administração, enquanto perdurar a greve, o direito de contratação de pessoal por tempo determinado, prevista no art. 37, IX, da Constituição Federal ou a contratação de serviços de terceiros; 15) na

hipótese de greve em serviços ou atividades essenciais, a paralisação deve ser comunicada com antecedência mínima de 72 horas à Administração e aos usuários; 16) a responsabilidade pelos atos praticados durante a greve será apurada, conforme o caso, nas esferas administrativa, civil e penal.

Mandado de Injunção e Direito de Greve - 6  
Quanto à remuneração dos dias parados, o Min. Ricardo Lewandowski inspirou-se na redação proposta ao art. 9º do Projeto de Lei 4.497/2001, para determinar que os dias de greve serão contados como de efetivo exercício para todos os efeitos, inclusive remuneratórios, desde que atendidas as exigências acima formuladas, e desde que, após o encerramento da greve, sejam repostas as horas não trabalhadas, de acordo com cronograma estabelecido pela Administração, com a participação da entidade representativa dos servidores. No que concerne especificamente à questão da fixação de parâmetros de definição de competência para a apreciação de dissídios de greve instaurados entre o Poder Público e seus servidores, adotou a regra fixada pelo relator de competência da Justiça Estadual comum para dirimir os conflitos. O Min. Gilmar Mendes, relator, aditou seu voto para determinar que o Congresso Nacional, no prazo de 60 dias, supra a omissão legislativa. Após os votos dos Ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia, Celso de Mello e Carlos Britto, acompanhando o voto do relator, pediu vista dos autos o Min. Joaquim Barbosa.<sup>145</sup>

O desfecho deste imbróglio ocorreu em 25 de outubro de 2007, quando o Supremo Tribunal Federal acolheu o voto condutor do Ministro Gilmar Mendes, relator do MI 708/DF, decidindo pela possibilidade de aplicação das Leis 7.701/88 e 7.783/89 aos conflitos e ações judiciais que envolvam a interpretação do direito de greve dos servidores públicos civis.

Assim, o Supremo acabou acolhendo a posição concretista geral, admitindo que sua decisão gerasse efeitos *erga omnes*, através de uma normatividade geral aplicável aos servidores públicos civis em greve, enquanto o tema não fosse legislado pelo Congresso.

Dessa forma, através de um remédio constitucional, consubstanciado em uma ação cível geradora de um processo subjetivo, o Supremo possibilitou o exercício do direito de greve do servidor civil de forma geral e abstrata, situação jurídica que em última análise configura a tese da abstrativização.

---

<sup>145</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n 708/DF, rel. para acórdão Min. Gilmar Mendes. Data do julgamento: 19/09/2007. Extraído de: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/Acesso> em 14/03/2012.

### 3.5. Abstrativização e o caso “Mira Estrela”.

O caso “Mira Estrela” é apontado como *leading case* para aqueles que defendem a tendência da abstrativização do sistema difuso de controle de constitucionalidade.

O julgamento se iniciou após o Ministério Público paulista ajuizar ação civil pública objetivando reduzir o número de vereadores no Município de Mira Estrela. Existiam onze vagas para vereador na Câmara daquele município e o *Parquet* pretendia reduzir este número para nove, fundamentando sua pretensão na alegação de que a Lei Orgânica de Mira Estrela estaria em desacordo com os parâmetros constitucionais estabelecidos no art. 29, IV “a” da CRFB/88.

Em primeira instância o pedido Ministerial foi julgado parcialmente procedente, ocasião e que o Magistrado *a quo* reconheceu a inconstitucionalidade do art. 6 da referida Lei Orgânica, quando então determinou a redução do número de vereadores. Em segunda instância tal decisão foi reformada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, momento em que a Corte paulista afirmou que o número de onze vagas encontrava-se dentro do permitido pela Carta Republicana de 1988.

Inconformado com a reforma da decisão, o Ministério Público de São Paulo interpôs recurso extraordinário 197.917/SP, levando a análise da questão ao Supremo Tribunal Federal com fulcro no art. 102, “a” e “c” da CRFB/88. Na ocasião, o *Parquet* sustentou que as onze vagas para vereador da Câmara daquela cidade estavam em contraste com a proporcionalidade exigida pelo art. 29, IV da CRFB/88.

Com o conhecimento do recurso, a Corte Suprema deliberou sobre o tema, restado vencedor o voto do relator Maurício Correa, *in verbis*:



RECURSO EXTRAORDINÁRIO MUNICÍPIOS. CÂMARA DE VEREADORES. COMPOSIÇÃO. AUTONOMIA MUNICIPAL. LIMITES CONSTITUCIONAIS. NUMERO DE VEREADORES PROPORCIONAL À POPULAÇÃO. CF ARTIGO 29, IV, APLICAÇÃO DE CRITÉRIO ARITIMÉTICO RÍGIDO. INOVAÇÃO 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.

1. O art. 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 número de habitantes várias vezes maior. Casos em que a falta de 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 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, art. 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 Assembléias Legislativas (artigos 27 e 45, parágrafo 1)
7. Inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, da lei 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.<sup>146</sup>

---

<sup>146</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n 197.917/SP, rel. para acórdão Min. Mauricio Correa. Data do julgamento 24/03/2004. Extraído de: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/Acesso> em 14/03/2012.

Com o mencionado julgamento, o Supremo Tribunal Federal firmou posição no sentido de que a norma do art. 29, IV “a” da Carta Republicana deve ser interpretado matematicamente, dessa forma não cabe qualquer margem de ampliação nos patamares constitucionais insertos no texto “mínimo de nove e no máximo de vinte e um Municípios de até um milhão de habitantes”.

Na ocasião, a Corte entendeu que admitir que os Municípios brasileiros tenham a possibilidade de regular por decisão própria o número de cadeiras disponíveis na sua Casa legislativa, correr-se-ia o risco de instituir a possibilidade de desproporções no cenário municipal nacional, de forma que, em última análise restaria violada a proporcionalidade e uniformidade desejada pelo constituinte pátrio. Durante o julgamento do caso Mira Estrela, alguns dados reais foram trazidos à baila pelos Ministros, que observaram com surpresa e discordância o exemplo da nítida incongruência que vigorava entre nós, a saber: O município de São Manuel-SP (38.271 habitantes) e Guarulhos-SP (972.197 habitantes) possuíam igualmente 21 vereadores.

Neste *leading case*, os Ministros seguiram o posicionamento de vanguarda apresentado por Gilmar Mendes, ocasião em que inovaram ao modular os efeitos temporais da decisão da Corte. Analisando o caso Mira Estrela, a Corte inovando decidiu conceder efeitos *pro futuro*, modulando a decisão tomada em controle concreto. Expressamente só encontramos a possibilidade de modulação no artigo 27 da Lei 9868/99 e no artigo 11 da Lei 9882/99, os quais regulam hipóteses de controle abstrato.

No seu voto, o Ministro Gilmar<sup>147</sup> sustenta que a limitação de efeito é um “apanágio do controle judicial de constitucionalidade”, logo, poderia ser aplicada em qualquer sistema de controle, quer seja direto, quer seja incidental. O renomado professor prossegue

---

<sup>147</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n 197.917/SP, rel. para acórdão Min. Maurício Correa. Data do Julgamento 24/03/2004. Extraído de: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/Acesso> em 14/03/2012.

apresentando como maior embasamento para a sua posição, a tutela da segurança jurídica, lembrou que a supressão da norma poderá ser mais danosa para o sistema do que a sua própria preservação durante certo lapso de tempo.

A Corte pode constatar que no próprio *leading case* de Mira Estrela, caso fosse adotada a tese da nulidade com eficácia retroativa, tal Município sofreria conseqüentemente, enorme abalo no seu ordenamento jurídico, elevando a instabilidade jurídica. Note-se inclusive que seria possível questionar diversas deliberações e votações realizadas na Câmara de Mira Estrela, já que certamente em muitas das sessões realizadas, os votos dos vereadores “irregulares” determinaram à aprovação das novas leis municipais.

É importante observar que o Ministro Gilmar<sup>148</sup> não fragilizou o entendimento tradicionalmente pacificado sobre a nulidade decorrente da lei declarada inconstitucional, mas o temperou. Deixou de anular os efeitos do ato impugnado quando tal solução se revelou inidônea para a finalidade perseguida, exatamente como ocorre nos casos de omissão inconstitucional violadora do princípio da igualdade, bem como nos casos em que a nulidade acarrete grave ameaça à segurança jurídica. Analisando o posicionamento de Gilmar no já citado RE 197.917/SP, pode-se concluir que foi adotada a técnica da ponderação sobre o eventual conflito entre o princípio da nulidade dos atos inconstitucionais e o princípio da segurança jurídica.

Nesse primoroso voto, Gilmar guiou o Supremo Tribunal Federal para outro inovador posicionamento, o qual versa sobre a possibilidade da declaração de inconstitucionalidade com efeitos *pro futuro* em sede de controle difuso.

---

<sup>148</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n 197.917/SP, rel. para acórdão Min. Maurício Correa. Data do julgamento 24/03/2004. Extraído de: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/Acesso> em 14/03/2012.

Tal decisão motivou o Tribunal Superior Eleitoral expedir a Resolução TSE n 21.702/2004, a qual tem como objeto regular o número de vereadores nos municípios brasileiros, *in verbis*:

RESOLUÇÃO Nº 21.702/2004

Instruções sobre o número de vereadores a eleger segundo a população de cada município.

O Tribunal Superior Eleitoral, no uso das atribuições que lhe confere o art. 23, IX, do Código Eleitoral, resolve expedir a seguinte instrução:

Art. 1 Nas eleições municipais deste ano, a fixação do número de vereadores a eleger observará os critérios declarados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 197.917, conforme as tabelas anexas.

Parágrafo único. A população de cada município, para fins deste artigo, será a constante da estimativa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) divulgada em 2003.

Art. 2 Até 1 de junho de 2004, o Tribunal Superior Eleitoral verificará a adequação da legislação de cada município ao disposto no art. 1 e, na omissão ou desconformidade dela, determinará o número de vereadores a eleger.

Art. 3 Sobrevindo emenda constitucional que altere o art. 29, IV, da Constituição, de modo a modificar os critérios referidos no art. 1, o Tribunal Superior Eleitoral proverá a observância das novas regras.

Art. 4 Esta Instrução entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 5 Revogam-se as disposições em contrário

Brasília – DF, 2 de Abril de 2004.<sup>149</sup>

Assim, observa-se logo no seu primeiro artigo, que a resolução fixou o número de vereadores para a eleição de 2004 conforme o estabelecido na decisão do Supremo Tribunal Federal no RE n 197.917. Diante desta postura, o Tribunal Superior Eleitoral acabou por outorgar eficácia *erga omnes* à decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal no *leading case* Mira Estrela, aplicando assim o que se tem denominado transcendência dos motivos determinantes da decisão tomada em sede de controle de constitucionalidade, porquanto a mesma motivação utilizada no caso analisado pelo STF serviu de base para a Resolução do TSE.

---

<sup>149</sup> BRASIL. Resolução - TSE 21.702/2004, de 02 de abril de 2004. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_resoluçõesTSE.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_resoluçõesTSE.htm). Acesso em :15 de novembro de 2012.

Para parcela da doutrina, a referida resolução do TSE comprovaria a tendência de abstrativização do controle difuso, já que a partir dos fundamentos da decisão do julgamento de recurso extraordinário (controle concreto), o TSE normatizou o tema, atribuindo em última linha, eficácia erga omnes a decisão tomada no RE 197.917, transcendendo os motivos determinantes daquela decisão tomada pelo STF.

Vale destacar que o Parlamento brasileiro se inquietou diante da edição da resolução, pelo que o Partido Progressista e o Partido Democrático Trabalhista ajuizaram ações diretas de inconstitucionalidade (ADI 3345/DF e ADI 3365/DF) sustentando ter ocorrido ofensa à reserva legal, à separação dos poderes, à anterioridade da lei eleitoral e à autonomia municipal. No mais, ainda foi sustentado que o efeito típico do controle de constitucionalidade concreto é *inter partes*, pelo que não poderia ser ampliado os efeitos daquela decisão por meio de simples resolução do TSE.

A questão foi enfrentada pelo Supremo, que refutou todas as teses apresentadas pelo PP e PDT, ocasião em que os Ministros entenderam que a Resolução TSE 21.702/2004 apenas objetivou efetividade concreta à decisão tomada pelo próprio Supremo quando do julgamento do RE 197.917/SP. Note-se que essa decisão estabeleceu interpretação definitiva à cláusula de proporcionalidade prevista no art. 29, IV da CRFB/88, adotando-se a teoria dos efeitos transcendentais dos motivos determinantes do julgamento do RE 197.917.

Em última análise o Supremo Tribunal Federal concluiu que o Tribunal Superior Eleitoral ampliou os efeitos da decisão tomada no RE 197.917/SP objetivando estabelecer tratamento harmônico e isonômico na fixação do número de vereadores nos municípios brasileiros, *in verbis*:

Afirmou-se que o TSE, dando expansão a interpretação constitucional definitiva assentada pelo Supremo-na sua condição de guardião maior da supremacia e da intangibilidade da Constituição Federal- em relação à citada cláusula de proporcionalidade, submeteu-se, na elaboração do ato

impugnado, ao princípio da força normativa da Constituição- objetivando afastar as divergências interpretativas em torno dessa cláusula, de modo a conferir uniformidade de critérios de definição do número de Vereadores, bem como assegurar normalidade às eleições municipais. Vencido o Min. Marco Aurélio que julgava pela procedência dos pedidos, ao fundamento de que o TSE extrapolou sua competência para editar resoluções- a qual estaria limitada ao cumprimento do Código Eleitoral (art. 23, IX) ao fixar tabela quanto ao número de vereadores, cuja incumbência, nos termos do inciso IV do seu art. 29 da CRFB/88, e desde que observados os limites mínimo e máximo previstos neste último dispositivo, seria de cada Câmara de Vereadores, por meio de Lei Orgânica dos Municípios<sup>150</sup>

Com os desdobramentos do julgamento do *leading case* Mira Estrela, mormente diante da edição da Resolução TSE n 21.702/2004 e ulteriores decisões tomadas nos julgamentos das ADI 3345/DF e ADI 3365/DF pelo Supremo Tribunal Federal, ganhou força o posicionamento daqueles que defendem a abstrativização do controle concreto. Afirmam que diante da modulação temporal dos efeitos da procedência da ação no caso Mira Estrela realizada pelo Supremo Tribunal Federal e a ampliação dos efeitos daquela decisão *inter partes* em *erga omnes*, atreladas com a incidência da teoria dos motivos transcendentales deram concretude e viabilidade jurídica a já mencionada abstrativização.

### 3.6. Abstrativização e o caso da progressão de regime nos crimes hediondos.

O julgamento do paradigmático *habeas corpus* 82.959/59, no qual foi argüida a inconstitucionalidade da previsão do regime integralmente fechado estabelecida na Lei 8.072/90, é seguramente um dos casos que alteraram os paradigmas jurídicos brasileiros. Nessa linha, ao julgar o HC 82.959/59, o Supremo Tribunal Federal apreciou no plano objetivo tal previsão contida no artigo 2 da chamada lei dos crimes hediondos, ocasião em que

---

<sup>150</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n 197.917/SP, rel. para acórdão Min. Mauricio Correa. Data do julgamento: 24/03/2004. Extraído de: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/Acesso> em 14/03/2012.

a Corte declarou a inconstitucionalidade com efeitos *ex nunc* da previsão de cumprimento de pena em regime integralidade fechado previsto para tais delitos.

Vale destacar que diferentemente do que ocorreu no *leading case* Mira Estrela, onde a abstrativização foi atingida através da concessão de eficácia *erga omnes* da decisão do STF por resolução do TSE, aqui, a ampliação dos limites subjetivos da coisa julgada foi atingido na discussão do julgamento da Reclamação 4.335/AC.

Assim, em 2003, um réu acusado de praticar um delito de estupro no qual não houve lesão corporal ou morte impetrou o heróico remédio libertário em nome próprio sustentando que seu delito não possuía o *status* de hediondo, diante do que requereu a redução da reprimenda e a progressão no regime de cumprimento da pena aplicada na sua sentença condenatória. O *write* foi indeferido no Superior Tribunal de Justiça, ocasião em que os Ministros assim entenderam, *in verbis*:

PROCESSUAL PENAL *HABEAS CORPUS*. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. INEXISTÊNCIA DE LESÃO CORPORAL GRAVE OU MORTE. VIOLÊNCIA PRESUMIDA.

CRIME HEDIONDO. REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. ART. 2º, § 1º, LEI 8.072/90. CONSTITUCIONALIDADE. NÃO REVOGAÇÃO PELA LEI 9.455/97.

- A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de que os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, nas suas formas qualificadas ou simples, ou seja, mesmo que deles não resulte lesão corporal grave ou morte, e ainda que praticados mediante violência presumida, são considerados hediondos, devendo as suas respectivas penas serem cumpridas em regime integralmente fechado, por aplicação do disposto no artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90.

- E na linha do pensamento predominante no Supremo Tribunal Federal, consolidou, majoritariamente, o entendimento de que a Lei nº 9.455/97, que admitiu a progressão do regime prisional para os crimes de tortura, não revogou o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, que prevê o regime fechado integral para os chamados crimes hediondos.

- É firme o posicionamento desta Corte, em consonância com a jurisprudência do STF, no sentido da compatibilidade da norma do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 com a Constituição Federal.<sup>151</sup> HC denegado.

<sup>151</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n 23.920/SP, rel. para acórdão Min. Vicente Leal. Data do julgamento 12/12/2002. Extraído de: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/Acesso> em 14/03/2012.

O réu, diante do indeferimento do seu *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça, impetrou nova ordem libertária, agora perante o Supremo Tribunal Federal, no qual a sua sorte foi diferente. Na ocasião, os Ministros da Suprema Corte de Justiça concederam a ordem, afastando a impossibilidade de progressão de regime estabelecida rigidamente na lei 8072/90, passando a admitir que cada Juiz, no caso concreto, verifique a possibilidade ou não da progressão.

O relator deste *writ* foi o Ministro Marco Aurélio<sup>152</sup>, que em sua detalhada análise entendeu ser inconstitucional a necessidade de cumprimento de pena em regime integralmente fechado estabelecido no parágrafo primeiro do art. 2 da Lei 8.072/90. Para Marco Aurélio, a impossibilidade de progressão de progressão feriria o princípio da dignidade da pessoa humana, já que, para ele, o condenado deveria manter viva em sua consciência a possibilidade de poder, um dia, cumprir o restante da sua pena em regime menos rigoroso.

Marco Aurélio também entendeu que tal vedação violava o princípio da individualização da pena já que “a progressividade do regime está umbilicalmente ligada à própria pena, no que, acenando ao condenado com dias melhores, incentiva-o à correção de rumo e, portanto, a empreender um comportamento voltado à ordem”<sup>153</sup>.

O Ministro seguiu asseverando que a individualização da pena não deve ocorrer apenas na dosimetria da pena, momento em que o Magistrado analisa as circunstâncias judiciais, mas também deve ser individualizada diante da possibilidade de progressão de regime. Só dessa forma o Poder Judiciário estaria assegurando a máxima efetividade da dignidade da pessoa humana do condenado. Ressaltou Marco Aurélio que se o regime fosse

---

<sup>152</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n 82.959/SP, rel. para acórdão Min. Marco Aurélio. Data do julgamento: 23/02/2006. Extraído de: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/Acesso> em 14/03/2012.

<sup>153</sup> Ibid.



imutavelmente fechado, o condenado não teria o menor receio de cometer delitos dentro do sistema prisional, já que sempre estaria sujeito a cumprir a pena em regime integralmente fechado.

Em seu último argumento, Marco Aurélio<sup>154</sup> destacou para a incompatibilidade entre o regime integralmente fechado exigido na lei 8072/90, com a determinação de regime inicialmente fechado previsto no art. 1, parágrafo 7 da Lei 9455/97. Para o Ministro, o Poder Constituinte derivado teria legislado em descompasso com o estabelecido na Carta Republicana pelo Poder Constituinte originário. Ocorre que, para o Marco Aurélio, o art. 5 da CRFB/88 prevê regra de tratamento jurídico uniforme entre os delitos hediondos e assemelhados, *in verbis*:

XLIII- a lei considerará crimes inafiançáveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecente e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que podendo evita-los, se omitirem<sup>155</sup>.

Sendo assim, para Marco Aurélio, o legislador não poderia ter estabelecido obrigatoriedade de cumprimento de pena em regime diferenciado entre delitos hediondos ou equiparados, diante do que, para ele, “deveria prevalecer à disposição normativa mais favorável ao réu”. Em suma, segundo o Ministro o ordenamento penal deve constituir um sistema racional e lógico, não se podendo permitir contradições internas<sup>156</sup>.

Já o Ministro Gilmar Mendes, quando da prolação do seu voto no julgamento do HC 82.959/SP, manteve a coerência com o que havia entendido no caso Mira Estrela e mais uma

---

<sup>154</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n 82.959/SP, rel. para acórdão Min. Marco Aurélio. Data do julgamento: 23/02/2006. Extraído de: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/Acesso> em 14/03/2012.

<sup>155</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7.htm). Acesso em 15 nov. 2012.

<sup>156</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n 82.959/SP, rel. para acórdão Min. Marco Aurélio. Data do julgamento: 23/02/2006. Extraído de: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/Acesso> em 14/03/2012.

vez defendeu a necessidade de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Da mesma forma que ocorreu no julgamento sobre o número de Vereadores daquele município paulista, Gilmar entendeu que a nulidade *ex tunc* geraria efeitos negativos em todo o ordenamento processual penal, mormente no que toca a segurança jurídica, já que o Supremo entendeu durante muito tempo que a exigência de regime integralmente fechado era constitucional.

Vale trazer a colação o seguinte aresto do Supremo Tribunal Federal que bem resume o superado posicionamento da Corte em relação ao regime integralmente fechado:

HC75634/SP-SÃO PAULO

*HABEAS CORPUS*

Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO

Julgamento: 04/11/1997 Órgão Julgador: Segunda Turma

Publicação DJ 12-12-1997

Parte(s)

PACTE. : BENEDITO APARECIDO DA SILVA

IMPTE. : GIANFRANCO ZANUSO

COATOR: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS.

REVISÃO CRIMINAL: PROVA. TRÁFICO ILÍCITO DE

ENTORPECENTES E DROGAS AFINS. REGIME FECHADO. LEI

8.072/90, ART. 2º, § 1º. CONSTITUCIONALIDADE. I. - A prova, para a

revisão criminal, há que ser produzida judicialmente, com obediência ao

princípio do contraditório. II. - A pena por crime previsto no art. 2º, § 1º, da

Lei 8.072/90, será cumprida em regime fechado. Inocorrência de

inconstitucionalidade. C.F., art. 5º, XLIII. Precedentes do STF: HC 69.657-

SP, Min. F. Rezek, RTJ 147/598; HC 69.603-SP, Min. P. Brossard, RTJ

146/611; HC 69.377-MG, Min. C. Velloso, "DJ" de 16.4.93. III. - H.C.

indeferido. Apresentado o feito em mesa, o julgamento foi adiado em virtude

do adiantado da hora - 18:40 horas, e da superveniente ausência dos

Ministros Néri da Silveira, Presidente, e Maurício Corrêa, para comporem o

Tribunal Superior Eleitoral. 2ª Turma, 21.10.97.

Decisão: Por unanimidade, a Turma indeferiu o *habeas corpus*<sup>157</sup>.

---

<sup>157</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n 75.634/SP, rel. para acórdão Min. Carlos Velloso. Data do julgamento: 04/11/1997. Extraído de: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/Acesso> em 14/03/2012.

Naquela época, muitos doutrinadores faziam coro ao entendimento do Supremo, defendendo a constitucionalidade do art. 2, parágrafo 1 da Lei 8072/90. Por todos, vale citar a sempre respeitada doutrina do mestre Alexandre de Moraes, *in verbis*:

[...] O parágrafo 1, do art. 2, da presente lei prevê que a pena aplicada em razão da prática de crimes hediondos ou assemelhados será integralmente cumprida em regime fechado, vedando-se qualquer espécie de progressão aos regimes semiabertos ou aberto. Essa previsão não padece de qualquer inconstitucionalidade. A obrigatoriedade legal do cumprimento integral da pena, em o de condenação por crimes hediondos ou assemelhados, em regime fechado não ofende o princípio da individualização da pena, uma vez que se trata de matéria infraconstitucional a ser disciplinada por lei ordinária. Assim, da mesma forma como o legislador ordinário tem discricionariedade para a criação de regimes de cumprimento de pena, bem como de hipóteses de progressão e regressão entre os diversos regimes previstos, poderá também instituir algumas hipóteses em que a progressão estará absolutamente vedada<sup>158</sup>.

Assim, diante das reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal pela constitucionalidade do regime integralmente fechado, as quais eram acompanhadas por doutrinadores de peso como o citado Alexandre de Moraes<sup>159</sup>, verifica-se de forma concreta que a preocupação com a eficácia temporal da decisão destacada por Gilmar Mendes é pertinente. Pelo que, a declaração de inconstitucionalidade com nulidade *ex nunc* acabaria fragilizando a segurança jurídica vigente até o julgamento do HC 82.959/SP.

Nessa linha, após os debates sobre o tema, os Ministros decidiram em votação apertada (6 votos X 5 votos), pela inconstitucionalidade da determinação do regime integralmente fechado estabelecida no art. 2, parágrafo primeiro da Lei 8072/90 com o seguinte acórdão:

---

<sup>158</sup> MORAES, Alexandre de. *Legislação Penal Especial*, 9. ed. São Paulo:Atlas, 2006, p. 74.

<sup>159</sup> *Ibid.*, p. 74.

HC 82959 / SP - SÃO PAULO

*HABEAS CORPUS*

Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO

Julgamento: 23/02/2006 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação DJ 01-09-2006

PACTE.(S) : OSEAS DE CAMPOS

IMPTE.(S) : OSEAS DE CAMPOS

ADV.(A/S) : ROBERTO DELMANTO JUNIOR E OUTRO(A/S)

COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

Decisão: Apresentado o feito em mesa pelo Relator, o julgamento foi adiado. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 01.07.2003.

Decisão: Após os votos dos Senhores Ministros Marco Aurélio, Relator, e Carlos Britto, que deferiam a ordem para cassar o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça e assentar o direito do paciente à progressão no regime de cumprimento da pena, e dos votos dos Senhores Ministros Carlos Velloso e Joaquim Barbosa, indeferindo-a, pediu vista o Senhor Ministro Cezar Peluso. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 06.08.2003.

Decisão: Após os votos dos Senhores Ministros Marco Aurélio, Relator, e Carlos Britto, que deferiam a ordem para cassar o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça e assentar o direito do paciente à progressão no regime de cumprimento da pena; dos votos dos Senhores Ministros Carlos Velloso e Joaquim Barbosa, que a indeferiam; e o do Senhor Ministro Cezar Peluso, que acompanhava o Relator e cancelava *ex officio* o aumento da pena do artigo 226, III, do Código Penal, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello e, neste julgamento, os Senhores Ministros Nelson Jobim e Joaquim Barbosa. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 18.12.2003.

Decisão: Renovado o pedido de vista do Senhor Ministro Gilmar Mendes, justificadamente, nos termos do § 1º do artigo 1º da Resolução nº 278, de 15 de dezembro de 2003. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 28.04.2004.

Decisão: Após os votos dos Senhores Ministros Marco Aurélio (Relator) e Carlos Britto, que deferiam a ordem para cassar o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça e assentavam o direito do paciente à progressão do regime de cumprimento da pena; dos votos dos Senhores Ministros Carlos Velloso e Joaquim Barbosa, que indeferiam a ordem; do voto do Senhor Ministro Cezar Peluso, que acompanhava o Relator e cancelava *ex officio* o aumento da pena do artigo 226, III, do Código Penal; e do voto do Senhor Ministro Gilmar Mendes, que declarava a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º, com eficácia *ex nunc*, pediu vista dos autos a Senhora Ministra Ellen Gracie. Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 02.12.2004.

Decisão: Renovado o pedido de vista da Senhora Ministra Ellen Gracie, justificadamente, nos termos do § 1º do artigo 1º da Resolução nº 278, de 15 de dezembro de 2003. Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim.

Plenário, 24.02.2005. Decisão: O Tribunal, por maioria, deferiu o pedido de *habeas corpus* e declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, nos termos do voto do relator, vencidos os Senhores Ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Celso de Mello e Presidente (Ministro Nelson Jobim). O Tribunal, por votação unânime, explicitou que a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará conseqüências 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 progressão. Votou o Presidente. Plenário, 23.02.2006.<sup>160</sup>

Com efeito, é oportuno destacar que há quem defenda que o julgamento do HC 82.959/SP é o caso mais emblemático para o desenvolvimento da doutrina que promulga a abstrativização do controle concreto. Nessa linha, Luiz Flávio Gomes<sup>161</sup> sustenta que o julgamento do *writ* concentrou todos os requisitos para a efetiva configuração da abstrativização, já que a problemática da progressão foi discutida em face da lei em tese e não apenas no caso concreto, tendo a Corte se preocupado inclusive em definir a extensão dos efeitos da sua decisão.

Assim vale destacar que Luiz Flávio Gomes<sup>162</sup> concluiu que a declaração de inconstitucionalidade de um texto legal pelo STF, na prática, ainda quando se de em sede de controle concreto, acabaria produzindo efeito *erga omnes* e eficácia vinculante, *in verbis*:

No caso do HC 82.959 acham-se presentes todos os requisitos dessa nota "abstrativizadora" (ou generalizadora). Com efeito, a decisão foi do Pleno do referido Tribunal. De outro lado, cabe asseverar que a matéria (progressão de regime em crimes hediondos) não foi discutida só em relação ao caso concreto relacionado com o pedido do condenado, sim, o tema foi debatido e discutido olhando-se para a lei "em tese" (não se voltou unicamente para o caso concreto). Ademais, houve a preocupação de se definir a extensão dos

<sup>160</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n 82. 959/SP, rel. para acórdão Min. Marco Aurélio. Data do julgamento: 23/02/2006. Extraído de: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/Acesso> em 14/03/2012.

<sup>161</sup> GOMES, Luiz Flavio et al. *STF Admite Progressão de Regime nos Crimes Hediondos-II*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. Acesso em 10 jul. 2012.

<sup>162</sup> *Ibid.*

efeitos da decisão, para disciplinar relações jurídicas pertinentes "a todos" (não exclusivamente ao caso concreto).

Com o mesmo posicionamento do mestre Luiz Flávio Gomes, Jonatas Vieira de Lima em trabalho específico sobre a abstrativização, sustenta que o acórdão do Supremo Tribunal Federal deixou claro que a Corte desejava atribuir efeitos *ultra partes* para seu aresto, já que os Ministros expressamente observaram que a decisão tomada no HC 82.959/SP iria repercutir em casos semelhantes, quando então teriam superado o dogma da restrição dos efeitos *inter partes* da declaração de inconstitucionalidade tomada em sede de controle difuso.

Segundo o sustentado por Jonatas Vieira de Lima<sup>163</sup>, tal ampliação da eficácia subjetiva da decisão da Corte Suprema é extraída da parte final do julgado, *in verbis*:

[...] a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará conseqüências 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 progressão. Votou o Presidente. Plenário, 23.02.2006<sup>164</sup>

Para tanto, Jonatas Vieira<sup>165</sup> atenta para a nova perspectiva de análise da decisão, quando se observa a sua repercussão em outros casos similares, *in verbis*:

---

<sup>163</sup> GOMES, Luiz Flavio et al. *STF Admite Progressão de Regime nos Crimes Hediondos-II*. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em 10 jul. 2012.

<sup>164</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n 82.959/SP, rel. para acórdão Min. Marco Aurélio. Data do julgamento: 23/02/2006. Extraído de: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>Acesso em 14/03/2012.

<sup>165</sup> LIMA, Jonas Vieira de. *A Tendência de Abstrativização do controle difuso de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. Disponível em: <[www.jusnaigandi.com.br](http://www.jusnaigandi.com.br)>. Acesso em 10 de jul. 2012.

Como se vê, a decisão se preocupa com a repercussão em outros casos similares, abandonando a idéia de que a decisão, por ter se dado no controle difuso, teria eficácia apenas entre as partes, mas já regulamenta o efeito que a mesma terá nos casos afins.

Preocupou-se também com a eficácia da decisão determinando que seja *ex nunc*, não retroagindo aos atos praticados com base na lei inconstitucional que não mais se afigurem suscetíveis de revisão, pois a declaração não gerará conseqüências jurídicas com relação às penas já extintas naquela data. Esta decisão mostrou de forma patente a tendência que está dominando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, qual seja a de abstração do controle difuso de constitucionalidade, seja por meio da objetivação do Recurso Extraordinário, seja pelo alargamento dos efeitos da decisão em sede de controle incidental (...)A tendência de abstração dos efeitos da decisão em sede de controle difuso de constitucionalidade é uma realidade que não pode ser refutada, mas devemos analisá-la com especial atenção e verificar até onde poderemos ir sem causar um rompimento da estabilidade jurídica (...)Vemos na abstração pura e simples do controle difuso de constitucionalidade um perigo que deve ser discutido a fundo, primeiro porque teremos que analisar os limites deste tipo de atuação, sendo que a declaração de inconstitucionalidade feita como no caso do HC 82.959, não deveria ser estendida automaticamente aos casos análogos, como deixou transparecer o Supremo, quando regulou seus efeitos quanto a terceiros. Se uma declaração de inconstitucionalidade com efeito *erga omnes* era o que queria o Supremo, entendemos perfeitamente possível que fosse oficiado o Senado para que, por ato discricionário, editasse uma resolução suspendendo a execução da lei declarada inconstitucional, ou ainda, no caso de inércia deste, poderia ser oficiado o Procurador-Geral da República, que como responsável por zelar pelo ordem constitucional, poderia ingressar com uma ADIN, caso entendesse conveniente. Portanto vemos com muita reserva esta possibilidade dada ao STF de chamar para si a responsabilidade de declarar a inconstitucionalidade de uma lei e atribuir-lhe efeito *erga omnes*, seja através da súmula vinculante, à qual não somos desfavoráveis, seja através da extensão dos efeitos da decisão, pois há recursos mais democráticos para se atingir esta finalidade.

Não obstante todas as repercussões decorrentes do julgamento do emblemático HC 82.959/SP, a Defensoria Pública da União ajuizou a Reclamação n 4.335/AC no Supremo Tribunal Federal, a qual tinha como objeto decisão judicial tomada pelo Juízo da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco no Acre. Na decisão questionada, o Juiz indeferiu o pedido de progressão de regime de cumprimento de pena de dez réus condenados, pelo que entendeu a DPU ter ocorrido ofensa à decisão proferida pelo plenário do Supremo quando da análise do HC 82.959/SP.

Relevante notar que o Magistrado estadual decidiu que o paradigma apresentado como fundamento para o requerimento de progressão do condenado, não poderia ser aplicado já que tratava-se de decisão de declaração de inconstitucionalidade tomada em sede de controle difuso, logo, com eficácia restrita as partes daquela demanda.

Analisando a referida Reclamação, o relator Gilmar Mendes<sup>166</sup> concedeu medida liminar possibilitando que fosse afastada a vedação legal à progressão de regime até que a questão fosse efetivamente julgada pela Corte. Na ocasião o relator entendeu que caberia ao Juiz de primeiro grau analisar concretamente a possibilidade da progressão de regime, pelo que afastou-se a alegação de inexistência de decisão do STF cuja a autoridade deveria ser respeitada apresentada no parecer do Ministério Público, que opinava pelo seu não conhecimento.

Gilmar<sup>167</sup> tem sustentado há algum tempo que o instituto da Reclamação Constitucional ganhou nova roupagem a partir da jurisprudência formada pela própria Corte Suprema, que passou a admitir sua utilização em sede de controle concentrado de normas sempre que se comprovarem prejuízo resultante de decisões que desrespeitem a posição já defendida pelo STF, vale a transcrição:

[...] Em linhas gerais, pode-se constatar que a reclamação constitucional perante o STF passou por uma transformação radical especialmente a partir de 1992/93, com a ampliação da competência do Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de normas. Como examinado, o cabimento da reclamação no controle concentrado de normas encontra-se pacificado na Corte, entendendo-se que o efeito vinculante abrange os fundamentos determinantes da decisão (...) A tendência hodierna é, pois, que a reclamação assumira cada vez mais o papel de ação constitucional voltada à proteção da ordem constitucional como um todo. Os vários óbices à aceitação da reclamação em sede de controle concentrado já foram superados, estando agora o Supremo Tribunal Federal em condições de ampliar o uso desse importante e singular instrumento da jurisdição constitucional brasileira”

---

<sup>166</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n 4335/AC, rel. para acórdão Min. Gilmar Mendes. Data do julgamento: 01/02/2007. Extraído de: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/Acesso> em 14/03/2012.

<sup>167</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1302.



Note-se também que como relator do julgamento da Reclamação 4335/AC o Ministro Gilmar defendeu mais uma vez que a suspensão da execução da lei por resolução do Senado é procedimento ultrapassado, que deve ser reinterpretado à luz do instituto da mutação constitucional, *in verbis*:

Preliminarmente, quanto ao cabimento da reclamação, o relator afastou a alegação de inexistência de decisão do STF cuja autoridade deva ser preservada. No ponto, afirmou, inicialmente, que a jurisprudência do STF evoluiu relativamente à utilização da reclamação em sede de controle concentrado de normas, tendo concluído pelo cabimento da reclamação para todos os que comprovarem prejuízo resultante de decisões contrárias às suas teses, em reconhecimento à eficácia vinculante *erga omnes* das decisões de mérito proferidas em sede de controle concentrado. Em seguida, entendeu ser necessário, para análise do tema, verificar se o instrumento da reclamação fora usado de acordo com sua destinação constitucional: garantir a autoridade das decisões do STF; e, depois, superada essa questão, examinar o argumento do juízo reclamado no sentido de que a eficácia *erga omnes* da decisão no HC 82959/SP dependeria da expedição da resolução do Senado suspendendo a execução da lei (CF, art. 52, X). Para apreciar a dimensão constitucional do tema, discorreu sobre o papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade. Aduziu que, de acordo com a doutrina tradicional, a suspensão da execução pelo Senado do ato declarado inconstitucional pelo STF seria ato político que empresta eficácia *erga omnes* às decisões definitivas sobre inconstitucionalidade proferidas em caso concreto. Asseverou, no entanto, que a amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de se suspender, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, no contexto da CF/88, concorreram para infirmar a crença na própria justificativa do instituto da suspensão da execução do ato pelo Senado, inspirado numa concepção de separação de poderes que hoje estaria ultrapassada. Ressaltou, ademais, que ao alargar, de forma significativa, o rol de entes e órgãos legitimados a provocar o STF, no processo de controle abstrato de normas, o constituinte restringiu a amplitude do controle difuso de constitucionalidade. Considerou o relator que, em razão disso, bem como da multiplicação de decisões dotadas de eficácia geral e do advento da Lei 9.882/99, alterou-se de forma radical a concepção que dominava sobre a divisão de poderes, tornando comum no sistema a decisão com eficácia geral, que era excepcional sob a EC 16/65 e a CF 67/69. Salientou serem inevitáveis, portanto, as reinterpretações dos institutos vinculados ao controle incidental de inconstitucionalidade, notadamente o da exigência da maioria absoluta para declaração de inconstitucionalidade e o da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal. 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 82959/SP. Após, pediu vista o Min. Eros Grau.<sup>168</sup>

Analisando atentamente o julgamento da referida reclamação, ficou claro o posicionamento do Ministro Gilmar, que mais uma vez de forma coerente com seus julgamentos anteriores, sustentou que a decisão do Supremo Tribunal Federal, tomada em sede de controle incidental possui eficácia *erga omnes*, podendo inclusive ser tutelada pelo instituto da reclamação. Nesse julgamento, o Ministro Eros Grau acompanhou o voto do relator, julgando procedente a Reclamação ajuizada pela DPU.

Noutro linha, os Ministros Joaquim Barbosa e Sepúlveda Pertence divergiram de Gilmar e Eros Grau, julgando improcedente a reclamação, iniciando a controvérsia no julgamento da referida reclamação. Em seu voto, o Ministro Pertence entendeu que não se poderia reduzir a participação do Senado a mero órgão de publicação, uma vez que seu papel nesta função está previsto no ordenamento constitucional brasileiro desde 1934. Pertence também não admitiu a tese da mutação constitucional do art. 52, X da CRFB/88, sendo acompanhado pelo Ministro Joaquim Barbosa, ocasião em que, Sepúlveda lembrou que bastaria a correta utilização do instituto da súmula vinculante para atingir-se a eficácia *erga omnes* e ter-se a solução do imbróglio<sup>169</sup>.

Pouco após o julgamento da Reclamação 4335/AC, a questão perdeu relevância concreta já que o Poder Legislativo achou por bem editar a Lei 11.464/2007, acompanhando o que foi decidido pelos Ministros naquela ocasião e passando a permitir a progressão de regime de cumprimento de pena para os crimes hediondos expressamente.

---

<sup>168</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n 4335/AC, rel. para acórdão Min. Gilmar Mendes. Data do julgamento: 01/02/2007.

<sup>169</sup> Como se trata de verdadeiro paradigma para a doutrina que sustenta a tese da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, esta decisão do Supremo, na Reclamação 4335/AC, *inf. 454 STF*: 01/02/2007, de relatoria do Min. Gilmar Mendes está integralmente transcrita em anexo.

#### 4. PARADIGMAS PARA A ABSTRATIVIZAÇÃO.

Com o desenvolvimento do tema, verificou-se que a denominada abstrativização do controle difuso é uma tendência de vanguarda no Direito brasileiro, tendo sido impulsionada pela própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que diante das recentes decisões capitaneadas pelos votos do Ministro Gilmar Mendes<sup>170</sup> demonstra uma tentativa da Corte em desafogar sua pauta de julgamento.

Nessa perspectiva, o Supremo tem tentado evoluir o modelo de controle de constitucionalidade difuso, contudo a adoção de eficácia *erga omnes* em sede de controle incidental pode acabar por esvaziar a própria existência do sistema misto de controle de constitucionalidade, o qual é tradicionalmente adotado por nós, já que inscrito em várias Cartas Republicanas brasileiras.

É nessa rivalização, travada entre a imperatividade da manutenção do modelo difuso instituído pelo próprio Poder Constituinte originário, e a necessidade de adaptação da sua sistemática para a adequada solução dos conflitos de massa, atual tendência do Poder Judiciário brasileiro, é que se tem admitido a abstrativização do controle difuso.

Como foi apresentado, pode ser reconhecida nessa tentativa de abstrativização a intenção de tutelar com mais efetividade as decisões prolatadas pela mais Alta Corte de Justiça brasileira, contudo, não se pode com base em “boas intenções”, violar o texto constitucional, transfigurando-o de tal forma que o descaracterize.

É certo que uma vez garantida a efetividade das decisões do Supremo Tribunal Federal, realizar-se-á em última perspectiva os valores da Justiça e do Estado Democrático de

---

<sup>170</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n 4335/AC, rel. para acórdão Min. Gilmar Mendes. Data do julgamento: 01/02/2007. Extraído de: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/Acesso> em 14/03/2012.

Direito, garantindo-se também a tutela da própria segurança jurídica e razoável duração do processo.

Por ser vital à manutenção da supremacia constitucional, patamar inexorável para a permanência dos poderes constituídos e da intangibilidade da separação entre os Poderes, se conclui que a defendida mutação constitucional do art. 52, X da CRFB/88 deve ser vista com cautela. Desta forma, é possível que se admita a ampliação da eficácia subjetiva das decisões de inconstitucionalidade tomadas em sede de controle difuso, mas tal outorga de eficácia *erga omnes* não pode ser justificativa para transmutar o art. 52, X da CRFB/88, de forma a tornar o Senado mero órgão de publicidade.

Assim, nas decisões de inconstitucionalidade tomadas em sede de controle difuso, que venham a ser paradigmas para a edição de súmulas vinculantes, será desnecessário a participação do Senado para a concessão da eficácia *erga omnes*. No mais, como se viu no decorrer deste trabalho, sequer poder-se-ia dizer que restaram configuradas as condições para a afirmação da configuração válida da mutação constitucional.

De qualquer forma, não se pode fechar os olhos a realidade dos fatos, sob pena de tornar-se ineficaz o próprio Direito, já que a realidade social, em última análise, é verdadeiramente a sua semente fertilizadora. Diante disso, somente em duas hipóteses poder-se-ia verdadeiramente admitir como válida abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, vale dizer: quando se tratar de edição de súmulas vinculantes e nos casos em que a discussão sobre a inconstitucionalidade da lei, apesar de chegar ao Supremo através de controle difuso, tenha esta Corte discutido a lei em tese e decidido a questão com o voto de dois terços dos seus Ministros, exatamente como previsto para a súmula vinculante.

Ao se admitir a necessidade do voto de dois terços dos Ministros para que assim reste ampliada a eficácia *inter partes* em *erga omnes*, se estará respeitando duas exigências constitucionais, vale dizer, o *quorum* de maioria absoluta prescrito no art. 97 da CRFB/88

restará íntegro, porque a maioria de dois terços é mais rígida, e também não se estará fazendo letra morta do *quorum* para edição de súmula vinculante (art. 103-A da CRFB/88).

Assim, para a adequada adoção da evolução jurisprudencial feita pelo Supremo Tribunal Federal, é necessário que a Corte, órgão do Poder Constituído com competência para interpretar em última instância o texto constitucional, respeite o quorum de 8 Ministros. Note-se que, desta forma, estar-se-á admitindo um caminho mais célere para a abstrativização, evitando-se a necessidade de se aguardar a ocorrência de “reiteradas decisões sobre o mesmo tema” exigidas para a edição de súmula vinculante. Assim, dois caminhos para abstrativização são possíveis, um através da súmula vinculante, fruta da evolução e amadurecimento jurisprudencial, e outro através do controle difuso exercido em sede de recurso extraordinário, desde que a alegada inconstitucionalidade da lei ou ato normativo seja analisada em abstrato, sempre atingindo o *quorum* de 8 Ministros.

Com essas medidas, objetiva-se uma ampliação da proteção das decisões do STF, contudo, sem se deixar apagar da memória que não se pode admitir um “guardião maior que a própria criatura”, sob pena de tornar tabula rasa o poder do constituinte criador.

## CONCLUSÃO.

No decorrer do desenvolvimento deste estudo, procurou-se apresentar os ensinamentos de vanguarda de parte da doutrina brasileira, que observam a tendência de abstrativização do modelo de controle de constitucionalidade difuso, a qual, de certa forma se apresenta como salutar solução para as Cortes de Justiça pátrias, cada vez mais assoberbadas de demandas.

Contudo, tecnicamente a abstrativização estritamente considerada, não encontra expressa previsão legal, sequer sua sistemática foi delineada em texto normativo, diante do que, pode-se afirmar que sua instituição configura na verdade, fruto de posicionamento jurisprudencial agasalhado por parcela da doutrina.

Assim, desenvolveu-se de forma cuidadosa cada um dos pontos indicados pelos vanguardistas com exemplos concretos de abstrativização, sempre procurando manter a observação crítica e ponderada sobre as ditas inovações, de forma a se manter a segurança e a rigidez das diretrizes constitucionais lançadas pelo Poder Constituinte originário.

Com espírito de pesquisa inovador, admitiu-se as ditas “novas tendências” lançadas pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau do Supremo Tribunal Federal, mas observou-se que cumpre a todo operador do Direito o dever de não violar as normas constitucionais originárias, chegamos à conclusão da possibilidade de adoção da chamada abstrativização com cautelas. Desta forma, não se descaracterizará o modelo de controle difuso de constitucionalidade e se viabilizará a evolução do Direito, adequando-o às novas realidades fáticas do mundo hodierno.

Nessa linha, sendo certo que não se pode fazer letra morta ao art. 52, X da CRFB/88, norma constitucional originária, manteve-se a sua plena eficácia e efetividade, sem suprimir a atribuição constitucional do Senado para a ampliação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, contudo se admite a abstrativização nos casos de súmulas vinculantes

do Supremo Tribunal Federal e nas hipóteses de recurso extraordinário, em que se analisou a lei atacada de forma objetiva e respeitando-se o quorum exigido pela Carta para a edição de súmula vinculante.

Só assim, não se burlará o instituto da súmula vinculante instituída na EC 45/2004 pelo Poder Constituinte Reformador e será mantida a atribuição do Senado no controle de constitucionalidade difuso estabelecida pelo Poder Constituinte Originário.

**REFERÊNCIAS**

- AQUINO, Tomás de. *Summa Theológica*. III ae, q. 96, a. 5
- ARISTÓTELES. *Política*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1992.
- BALEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, esse outro Desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- BARBI, Celso Agrícola. *Mandado de Injunção*. Revista dos Tribunais, n 637, 1988.
- BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- \_\_\_\_\_, Luís Roberto. *Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- \_\_\_\_\_, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 4. ed. São Paulo: Saraiva.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. V. I, t. I. São Paulo: Saraiva, 1995.
- \_\_\_\_\_, Celso. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva. 1994.
- BEÇAK, Rubens. *As Alterações do controle difuso de constitucionalidade e sua aproximação com o modelo concentrado*. SE, 2007. Disponível em: <http://www.conpedeorganausarquivos/rubensbecak.pdf>. Acesso em 14 de outubro de 2012.
- BERMUDES, Sérgio. *O mandado de Injunção*. RT 642/24. 1989.
- BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio, *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- BUZAID, Alfredo. *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1959.
- CAETANO, Marcelo. *Direito Constitucional*. VII. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 1999.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.



CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito Constitucional Tributário*. 2.ed. São Paulo:Revista dos tribunais, 1991.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 15.ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2006.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. *O Princípio do Stare Decisis e a Decisão do Supremo Tribunal Federal no Controle Difuso de Constitucionalidade*, in *Leituras Complementares de Direito Constitucional: Controle de Constitucionalidade*. Salvador: JusPodvim, 2007.

DANTAS, Marcelo Navarro. *Reclamação Constitucional no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Fabris, 2000.

DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. *O Recurso Extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade no Direito Brasileiro*, in *Leituras Complementares de Constitucional, Controle de Constitucionalidade*, 3 ed. Salvador: JusPodvim, 2010.

DIMOULIS, Dimitri et al. *Efeito Transcendente e Concentração do Controle na Jurisprudência autocriativa do Supremo Tribunal Federal*, in *Leituras Complementares de Constitucional, Controle de Constitucionalidade*, 3. ed. Salvador: JusPodvim. 20.10

FAIDIGA, Daniel Bijos. *Efeito Vinculante e Declaração Incidental de Inconstitucionalidade*. Curitiba: Juruá, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, 2. ed. V. I. São Paulo: Saraiva, 1997.

\_\_\_\_\_, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

GOMES, Luiz Flavio et al. *STF Admite Progressão de Regime nos Crimes Hediondos-II*. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em 10 jul. 2012.

\_\_\_\_\_, Luiz Flávio. *Efeitos do Controle de Constitucionalidade Difuso Abstratizado*, Consulex, 221, 2006.

\_\_\_\_\_, Joaquim Benedito Barbosa. *La Cour Suprême dans le Système POLitique Brésilien*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1994.

GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989.

HOBES, Thomas. *Leviathan or Matter, Form and Power of Commonwealth Ecclesiastical and Civil*. New York: Macmillan Publishing, 1978.

KELSEN, Hans. *Quien deve ser el Defensor de la Constitución?* Madrid: Tecnos, 1997.

\_\_\_\_\_, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

LEITE, Glauco Salomão. *Súmula Vinculante e Jurisdição Constitucional Brasileira*, Rio de Janeiro, Forense, 2007.

LIMA, Jonas Vieira de. *A Tendência de Abstrativização do controle difuso de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. Disponível em: <[www.jusnaigandi.com.br](http://www.jusnaigandi.com.br)>. Acesso em 10 de jul. 2012

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data*. 18.ed. São Paulo:Revista dos Tribunais,1997.

MELO FILHO, José Celso de. *Constituição Federal Anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

MENDES, Gilmar Ferreira. et al. *A reclamação constitucional no Supremo Tribunal Federal*, in *Leituras Complementares de Constitucional, Controle de Constitucionalidade*. 3. ed. Salvador: JusPODIVM,, 2010.

\_\_\_\_\_, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 1998.

\_\_\_\_\_, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_, Gilmar Ferreira. *O Papel do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional*. Revista de Informação Legislativa, n 162, 2004.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das Ações*. V. VI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

\_\_\_\_\_, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

\_\_\_\_\_, Alexandre. *Constituição do Brasil Interpretada*. 3. ed. São Paulo: Atlas Editora.

\_\_\_\_\_, Alexandre de. *Legislação Penal Especial*, 9. ed. São Paulo:Atlas, 2006.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo:Atlas, 2010.

\_\_\_\_\_, Guilherme Pena de. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MORAIS, Dalton Santos. *Abstrativização do controle difuso de constitucionalidade no Brasil e a participação do amicus curiae em seu processo*. 2008. p. 7 Disponível em <[http://www.escola.agu.gov.br/revista/2008/AnoVIII\\_Junho\\_2008/Abstrativização.Dalton.pdf](http://www.escola.agu.gov.br/revista/2008/AnoVIII_Junho_2008/Abstrativização.Dalton.pdf)> Acesso em 10 de outubro de 2012.

NOGUEIRA, Gustavo. *Sir Edward Coke e o Judicial Review Inglês: breve história in Teoria do Processo – Panorama Doutrinário Mundial*. V. II. Salvador: JusPODIVM, 2010.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*, 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

PACHECO, José da Silva. *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

\_\_\_\_\_, José da Silva. *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PEGORARO, Lucio. *A Circulação, a Recepção e a Hibridação dos Modelos de Justiça Constitucional*. Revista de Informação Legislativa, n 165, 2005.

PEGORARO, Lucio. *A Circulação, a Recepção e a Hibridação dos Modelos de Justiça Constitucional*. Revista de Informação Legislativa, n 165, 2005.

PIOVESAN, Flávia C. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

\_\_\_\_\_, Flávia C. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

PLATÃO. *República*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1992

ROSSEAU, Jean Jacques. *Du contrat social*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1992.

SANTANA, Izaias José de. *Controle Concreto de Constitucionalidade: efeitos das decisões e vinculação do Poder Judiciário*, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008.

SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitución*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1998.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *O Controle de Constitucionalidade e o Senado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

\_\_\_\_\_, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *O Controle de Constitucionalidade e o Senado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Anotações à Constituição de 1988: aspectos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

STRECK, Lênio. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio e Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_, Lenio Luiz. *A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Sobre o Controle Difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional in Constitucionalismo: os desafios do terceiro milênio*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

*Legislação Penal Especial*, 9. ed. São Paulo:Atlas, 2006, p. 74.

<sup>1</sup> Ibid., p. 74.

## ANEXO

DECISÃO: Trata-se de reclamação, ajuizada por VALDIR PERAZZO LEITE, em face de decisão do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco/AC, que indeferiu o pedido de progressão de regime em favor de ODILON ANTONIO DA SILVA LOPES, ANTONIO EDINEZIO DE OLIVEIRA LEÃO, SILVINHO SILVA DE MIRANDA, DORIAN ROBERTO CAVALCANTE BRAGA, RAIMUNDO PIMENTEL SOARES, DEIRES JHANES SARAIVA DE QUEIROZ, ANTONIO FERREIRA DA SILVA, GESSYFRAN MARTINS CAVALCANTE, JOÃO ALVES DA SILVA E ANDRÉ RICHARDE NASCIMENTO DE SOUZA.

Os condenados apontados pelo reclamante cumprem penas de reclusão em regime integralmente fechado, em decorrência da prática de crimes hediondos. Com base no julgamento do HC nº 82.959, que reconheceu a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei 8.072/1990 ("Lei dos Crimes Hediondos"), que proibia a progressão de regime de cumprimento de pena nos crimes hediondos, solicitou o reclamante ao Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais fosse concedida progressão de regime aos apenados relacionados acima, que indeferiu os pedidos de progressão de regime, sob a alegação de vedação legal para admiti-la e o seguinte argumento:" (...)conquanto o Plenário do Supremo Tribunal, em maioria apertada (6 votos x 5 votos), tenha declarado *incidenter tantum* a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º da Lei 8.072/90 (Crimes Hediondos),

por via do *Habeas Corpus* n. 82.959, isto após dezesseis anos dizendo que a norma era constitucional, perfilho-me a melhor doutrina constitucional pátria que entende que no controle difuso de constitucionalidade a decisão produz efeitos inter partes."(fl.23-24).Da denegação do pedido de progressão por parte do juízo *a quo*, o reclamante impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal de Justiça do Estado do Acre (fl.4-12).Solicitei informações ao Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco/AC, que assim se manifestou na Petição no 72.377/2006 (fls.20-25): "Inicialmente, opino pelo não conhecimento da reclamação, posto que não preenchidos os requisitos do art. 13, da Lei n. 8.038/90. Sendo o pedido de progressão de regime da competência da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco, vez que na Comarca cumprem pena os interessados na Reclamação, não há que se falar em preservar a competência dessa E. Corte; por outra, não é de conhecimento deste Juízo, até o momento, que o STF tenha expedido ordem em favor de um dos interessados na reclamação, e, portanto, não é hipótese de garantir a autoridade de decisão da Corte.

Por outra, a reclamação não foi regularmente instruída com os documentos necessários, talvez pelos motivos apontados no parágrafo anterior, e indicam claramente que busca suprimir instância, posto que conforme consta da inicial, contra a decisão deste Juízo que negou a progressão para aqueles apenados por crimes hediondos ou equiparados manejou o reclamante *habeas corpus* perante o Tribunal de Justiça do Estado do Acre. Quanto ao pedido, tenho a informar que efetivamente tramitam neste Juízo os autos das execuções penais ns. 001.02.017345-9, 001.05.012072-8, 001.05.017431-3, 001.04.000312-5, 001.05.015656-2, 001.05.013247-5, 001.02.007288-1, 001.06.003977-0, 001.05.014278-0 e 001.05.007298-7, cujos reeducandos figuram como interessados

na reclamação, e me permito reproduzir parcialmente as informações prestadas ao Tribunal de Justiça do Estado do ACRE quando oficiado a prestá-las, que são do seguinte teor: Sobre as alegações constantes no habeas corpus, forçoso dizer que o impetrante lançou mão de argumentos que não correspondem à verdade. No afã de conseguir seu intento, talvez tenha o impetrante esquecido que este Juízo, conforme determinado pelas Portarias ns. 07 e 09 da Corregedoria Geral da Justiça deste Estado, teve o seu expediente externo suspenso em função do cadastramento dos processos de execução no Programa SAJ de informatização de 13 a 31 de março passado.

No referido período, todos os prazos processuais foram suspensos, a fim de evitar prejuízo a qualquer das partes, e obviamente, restou prejudicada a tramitação dos feitos, isto porque os próprios servidores lotados na Vara de Execuções Penais - VEP executaram toda a árdua tarefa de cadastrar um a um os processos. Assim, com o fim do cadastramento e o reinício dos trabalhos, em três de abril passado, deu-se continuidade à tramitação dos procedimentos de execução, sendo portanto os feitos encaminhados ao Ministério Público, a fim de se colher o necessário parecer sobre o pedido. Particularmente quanto ao pedido de progressão de regime do 7º paciente, verifica-se que o mesmo foi objeto de julgamento no dia 25/04/2006 (decisão de indeferimento do pedido de progressão). É latente a falta de diligência do nobre defensor ao impetrar o presente writ ao 1º paciente (Odilon Antônio da Silva Lopes) que sequer tem execução em andamento nesta VEP, e aos 3º, 5º, 6º e 10º pacientes que cumprem pena por crimes comuns, tendo este último sido condenado no regime semi-aberto. Devo frisar ainda, que causa espécie a alegação de que este Magistrado tenha se eximido de decidir com base em comunicado que fiz veicular no presente fórum. Tal comunicado foi

veiculado única e exclusivamente com o fim de evitar o número cada vez crescente de atendimentos solicitando informações sobre o julgamento do STF perante esta VEP, e nada mais fez a não ser repassar a informação constante no site do próprio STF quando do julgamento do HC 82959 (anexo), que tem o seguinte teor: "Como a decisão se deu no controle difuso de constitucionalidade (análise dos efeitos da lei no caso concreto), a decisão do Supremo terá que ser comunicada ao Senado para que o parlamento providencie a suspensão da eficácia do dispositivo declarado inconstitucional. (...)" (in site [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br), notícias de 23.02.2006, cujo tema é 23/02/2006 - 19:05 - Supremo afasta a proibição de progressão de regime nos crimes hediondos - 3º parágrafo.)

Em momento algum este Magistrado deixou de decidir o feito com base no comunicado, posto que tal comunicado não foi juntado a qualquer processo, basicamente por não se constituir em ato judicial processual. O atraso deu-se unicamente em razão da suspensão do expediente externo, conforme apontado. Quanto à decisão do STF de declarar inconstitucional o artigo da Lei 8.072/90 que veda a progressão de regime de cumprimento de pena para condenados por crimes hediondos e equiparados, é pacífico que, tratando-se de controle difuso de constitucionalidade, somente tem efeitos entre as partes.

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

"Art. 178. Declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade, na forma prevista nos artigos 176 e 177, far-se-á a comunicação, logo após a decisão, à autoridade



ou órgão interessado, bem como, depois do trânsito em julgado, ao Senado Federal, para os efeitos do art. 42, VII, da Constituição."Assim, não havendo qualquer notícia de que o Senado Federal tenha sido comunicado e que tenha suspenso a eficácia do artigo declarado *incidenter tantum* inconstitucional, o que se tem até a presente data é que ainda está em vigor o art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, que veda a progressão de regime.

Se a decisão do Supremo Tribunal Federal tivesse sido tomada em sede de ação direta de inconstitucionalidade (controle concentrado), produziria eficácia contra todos e efeito vinculante, relativa aos demais órgãos do Judiciário e até à Administração Pública direta e indireta, nos exatos termos do art. 102, § 2º, da Constituição Federal. Todavia, como dito, não foi o que se verificou - a decisão se deu no controle difuso. A remansosa e respeitada doutrina nacional tem pacificado esse entendimento sobre as formas de controle de constitucionalidade.

De outro lado, este Juízo não tem competência para modificar o título executivo judicial com base em decisão judicial, mesmo que seja do Supremo Tribunal Federal. A lei confere este poder ao Juiz da Vara de Execuções Penais somente no caso de lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado (art. 66, I, da Lei de Execução Penal), e este não é o caso. Para melhor elucidar, transcrevo a decisão relativa a negativa de progressão de regime aos pacientes, cujos processos já foram julgados.

"Vistos, etc. O reeducando epigrafo ingressou com o pedido de progressão de regime. Os autos vieram instruídos com a liquidação de pena, o relatório carcerário e a certidão de antecedentes criminais. Instado, o Ministério Público manifestou-se pelo indeferimento do pedido de progressão de regime por falta de amparo legal, ante a vigência do art. 2º, § 1º da Lei 8.072/90, colacionando julgado do Tribunal de Justiça

de Goiás. É o breve relatório. Decido.

Compulsando os autos, ao analisar o pedido de progressão, em se tratando de execução de pena por crime hediondo, tenho que há vedação legal para admiti-la. Conquanto o Plenário do Supremo Tribunal, em maioria apertada (6 votos x 5 votos), tenha declarado *incidenter tantum* a inconstitucionalidade do art. 2.º, § 1.º da Lei 8.072/190 (Lei dos Crimes Hediondos), por via do *Habeas Corpus* n. 82.959, isto após dezesseis anos dizendo que a norma era constitucional, perfilho-me a melhor doutrina constitucional pátria, que entende que no controle difuso de constitucionalidade a decisão produz efeitos *inter partes*. Para que se estenda os seus efeitos *erga omnes*, a decisão deve ser comunicada ao Senado Federal, que discricionariamente editará resolução suspendendo o dispositivo legal declarado inconstitucional pelo Pretório Excelso (conforme, aliás, o próprio STF informou em seu site na internet, em notícia publicada no dia 23/02/2006, que é do seguinte teor: "...Como a decisão se deu no controle difuso de constitucionalidade (análise dos efeitos da lei no caso concreto), a decisão do Supremo terá que ser comunicada ao Senado para que o parlamento providencie a suspensão da eficácia do dispositivo declarado inconstitucional...").

A referida decisão operou-se para solução de determinado caso concreto, no controle difuso de constitucionalidade, sem a análise da lei em tese. Significa dizer que os seus efeitos se aplicam somente entre as partes do processo, e mesmo que suspensa a eficácia da lei pelo Senado Federal, no tempo, os efeitos se operam *ex nunc*.

Diversamente, na declaração de inconstitucionalidade por via do controle abstrato, analisa-se a lei e a Constituição sem qualquer referência a um caso concreto e seus efeitos atingem a todos, vinculando Juízes e Tribunais. Nestes casos, o STF decide se seus

efeitos podem atingir questões passadas, ou seja, se operam *ex tunc*. Entender de outra forma seria negar vigência ao disposto no art. 52, inc. X, da Constituição Federal, contrariando o sistema constitucional adotado, ou seja, o *check and balances*, ou freios e contrapesos, inspirado no modelo norte americano, onde um Poder é controlado pelo outro. Dito isto, o que continua líquido e certo até o momento, ante a inércia dos Poderes em fazer valer o disposto no art. 52, inc. X, da CF/88, é a eficácia do dispositivo da Lei dos Crimes Hediondos (art. 2º, § 1º, da Lei n.8.072/90) que veda a progressão de regime aos crimes hediondos ou a eles equiparados. Neste contexto, é sabido que compete ao Juízo da Execução Penal aplicar aos casos julgados a lei posterior de que qualquer modo favorecer o condenado (art. 66, I, da LEP, e Súmula n. 611 do STF), contudo até o momento não há lei nova que favoreça aqueles que se encontram cumprindo pena pela prática de delitos hediondos ou assim equiparados.

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

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

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

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

Conforme noticiado no Informativo no 417/STF: "Em conclusão de julgamento, o Tribunal, por maioria, deferiu pedido de *habeas corpus* e declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, que veda a possibilidade de progressão do regime de cumprimento da pena nos crimes hediondos definidos no art. 1º do mesmo diploma legal - v. Informativos 315, 334 e 372. Inicialmente, o Tribunal resolveu restringir a análise da matéria à progressão de regime, tendo em conta o pedido formulado. Quanto a esse ponto, entendeu-se que a vedação de progressão de regime prevista na norma impugnada afronta o direito à individualização da pena (CF, art. 5º, LXVI), já que, ao não permitir que se considerem as particularidades de cada pessoa, a sua capacidade de reintegração social e os esforços aplicados com vistas à ressocialização, acaba tornando inócua a garantia constitucional. Ressaltou-se, também, que o dispositivo impugnado apresenta incoerência, porquanto

impede a progressividade, mas admite o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena (Lei 8.072/90, art. 5º). Vencidos os Ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Celso de Mello e Nelson Jobim, que indeferiam a ordem, mantendo a orientação até então fixada pela Corte no sentido da constitucionalidade da norma atacada. O Tribunal, por unanimidade, explicitou que a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará conseqüências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, uma vez que a decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão." (HC no 82.959-SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, por maioria, acórdão pendente de publicação). Segundo salientei na decisão que deferiu a medida liminar, o modelo adotado na Lei no 8.072/1990 faz tabula rasa do direito à individualização no que concerne aos chamados crimes hediondos. Em outras palavras, o dispositivo declarado inconstitucional pelo Plenário no julgamento definitivo do HC no 82.959-SP não permite que se levem em conta as particularidades de cada indivíduo, a capacidade de reintegração social do condenado e os esforços envidados com vistas à ressocialização.

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

Entretanto, apenas para que se tenha a dimensão das reais repercussões que o julgamento do HC no 82.959-SP conferiu ao tema da progressão, é válido transcrever as

seguintes considerações do Min. Celso de Mello, proferidas em sede de medida liminar, no HC no 88.231-SP, DJ de 20.03.2006, *verbis*:

"Como se sabe, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 82.959/SP,. Rel. Min. MARCO AURÉLIO, declarou, *'incidenter tantum'*, a inconstitucionalidade do § 1o do art. 2o da Lei no 8.072, de 25/07/1990, afastando, em consequência, para efeito de progressão de regime, o obstáculo representado pela norma legal em referência. Impende assinalar, no entanto, que esta Suprema Corte, nesse mesmo julgamento plenário, explicitou que a declaração incidental em questão não se reveste de efeitos jurídicos, inclusive de natureza civil, quando se tratar de penas já extintas, advertindo, ainda, que a proclamação de inconstitucionalidade em causa - embora afastando a restrição fundada no S 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90 - não afeta nem impede o exercício, pelo magistrado de primeira instância, da competência que lhe é inerente em sede de execução penal (LEP, art. 66, III, 'b'), a significar, portanto, que caberá, ao próprio Juízo da Execução, avaliar, criteriosamente, caso a caso, o preenchimento dos demais requisitos necessários ao ingresso,ou não, do sentenciado em regime penal menos gravoso.

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

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

Não constitui demasia assinalar, neste ponto, não obstante o advento da Lei nº 10.792/2003 - que alterou o art. 112 da LEP, para dele excluir a referência ao exame criminológico -, que nada impede que os magistrados determinem a realização de mencionado exame, quando o entenderem necessário, consideradas as eventuais peculiaridades do caso, desde que o façam, contudo, mediante decisão adequadamente motivada, tal como tem sido expressamente reconhecido pelo E. Superior Tribunal de Justiça (HC 38.719/SP, Rel. Min. HÉLIO QUAGLIA BARBOSA - HC 39.364/PR, Rel. Min. LAURITA VAZ - HC 40.278/PR, Rel. Min. FELIX FISCHER - HC 42.513/PR, Rel. Min. LAURITA VAZ) e, também, dentre outros, pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (RT 832/676 - RT 837/568):

'(...). II - A nova redação do art. 112 da LEP, conferida pela Lei 10.792/03, deixou de exigir a realização dos exames periciais, anteriormente imprescindíveis, não importando, no entanto, em qualquer vedação à sua utilização, sempre que o juiz julgar necessária. III - Não há qualquer ilegalidade nas decisões que requisitaria a produção dos laudos técnicos para a comprovação dos requisitos subjetivos necessários à concessão da progressão de regime prisional ao apenado. (...)'(HC 37.440/RS, Rel. Min. GILSON DIPP - grifei)

'A lei 10.792/2003 (que deu nova redação ao art. 112 da Lei de Execução Penal) não revogou o Código Penal; destarte, nos casos de pedido de benefício em que seja mister aferir mérito, poderá o juiz determinar a realização de exame criminológico no sentenciado, se autor de crime doloso cometido mediante violência ou grave ameaça, pela presunção de periculosidade (art. 83, par. ún., do CP).'(RT 836/535, Rel. Des. CARLOS BIASOTTI - grifei)

A razão desse entendimento apóia-se na circunstância de que, embora não mais indispensável, o exame criminológico - cuja realização está sujeita à avaliação discricionária do magistrado competente- reveste-se de utilidade inquestionável, pois propicia, ao juiz, com base em parecer técnico, uma decisão mais consciente a respeito do benefício a ser concedido ao condenado' (RT 613/278).As considerações ora referidas, tornadas indispensáveis em conseqüência do julgamento plenário do HC 82.959/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, evidenciam a impossibilidade de se garantir, notadamente em sede cautelar, o ingresso imediato do ora sentenciado em regime penal mais favorável.Cabe registrar, neste ponto, que o entendimento que venho de expor encontra apoio em recentíssimo julgamento da colenda Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, que, ao apreciar o RHC 86.951/RJ, Rel. Min. ELLEN GRACIE, deixou assentado que, em tema de progressão de regime nos crimes hediondos (ou nos delitos a estes equiparados), cabe, ao magistrado de primeira instância,proceder ao exame dos demais requisitos, inclusive aqueles de ordem subjetiva, para decidir, então, sobre a possibilidade, ou não, de o condenado vir a ser beneficiado com a progressão do regime de cumprimento de pena." (HC no 88.231-SP, Rel. Min. Celso de Mello, decisão liminar, DJ de 20/03/2006)



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

Em sessão do dia 07.03.2006, a 1ª Turma, ao apreciar a Questão de Ordem no HC no 86.224-DF, Rel. Min. Carlos Britto, admitiu a possibilidade de julgamento monocrático de todos os *habeas corpus* que versem exclusivamente sobre o tema da progressão de regime em crimes hediondos. Em idêntico sentido, a 2ª Turma, ao apreciar a Questão de Ordem no HC no 85.677-SP, de minha relatoria, em sessão do dia 21.03.2006, reconheceu também a possibilidade de julgamento monocrático de todos os *habeas corpus* que se encontrem na mesma situação específica.

Tendo em vista que a situação em análise envolve direito de ir e vir, vislumbro, na espécie, o atendimento dos requisitos do art. 647 do CPP, que autorizam a concessão de *habeas corpus* de ofício, "sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir (...)." Nestes termos, concedo medida liminar, de ofício, para que, mantido o regime fechado de cumprimento de pena por crime hediondo, seja afastada a vedação legal de progressão de regime, até o julgamento final desta reclamação.

Nessa extensão do deferimento da medida liminar, caberá ao juízo de primeiro grau avaliar se, no caso concreto, os pacientes atendem ou não os requisitos para gozar do referido benefício, podendo determinar, para esse fim, e desde que de modo fundamentado, a realização de exame criminológico. Conforme salientado nas informações prestadas pelo Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais, às fls. 21, alguns dos condenados apontados como interessados na reclamação (Odilon Antonio da

Silva Lopes - 1o, Silvinho Silva de Miranda - 3o, Raimundo Pimental Soares - 5o, Deires Jhanes Saraiva de Queiroz - 6o e André Richarde Nascimento de Souza - 10o) não se encontram na condição de cumpridores de pena por crime hediondo. Conseqüentemente, o tema só deverá ser apreciado com relação aos demais interessados, a saber: Antonio Edinezio de Oliveira Leão, Dorian Roberto Cavalcante Braga, Antonio Ferreira da Silva, Gessyfran Martins Cavalcante e João Alves da Silva.

Comunique-se com urgência.

Publique-se. Brasília, 21 de agosto de 2006.

Ministro GILMAR MENDES

Relator<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> V. *inf. 454 STF, Rcl 4335/AC*: 01/02/2007, rel. para acórdão Min. Gilmar Mendes.