

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO SUL E SUDESTE DO PARÁ  
INSTITUTO DE ESTUDO EM DIREITO E SOCIEDADE - IEDS  
FACULDADE DE DIREITO - FADIR**

**ABIA EVANGELISTA GONÇALVES**

**TEORIA DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE  
CONSTITUCIONALIDADE: ANÁLISE DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO  
ART. 52, INCISO X DA CR/88**

**MARABÁ  
2018**

**ABIA EVANGELISTA GONÇALVES**

**TEORIA DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE  
CONSTITUCIONALIDADE: UMA ANÁLISE DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL  
DO ART. 52, INCISO X DA CR/88**

Monografia apresentada como requisito  
parcial à obtenção do grau de Bacharel em  
Direito da Universidade Federal do Sul e  
Sudeste do Pará - UNIFESSPA.

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Dra. Micheli Pereira de Melo

**MARABÁ  
2018**

**ABIA EVANGELISTA GONÇALVES**

**TEORIA DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE  
CONSTITUCIONALIDADE: ANÁLISE DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO  
ART. 52, INCISO X DA CR/88**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito da Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará - UNIFESSPA.

Aprovada em:

Banca Examinadora:

---

Profª. Dra. Micheli Pereira de Melo (Orientadora)

---

Prof. Me. Júlio Cesar Sousa Costa (Membro)

**MARABÁ**

**Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação  
(CIP) Biblioteca Josineide da Silva Tavares da UNIFESSPA.  
Marabá, PA**

---

Gonçalves, Abia Evangelista

Teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade: uma análise da mutação constitucional do art. 52, inciso X da CR/88 / Abia Evangelista Gonçalves ; orientadora, Micheli Pereira de Melo. — 2018.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará, Campus Universitário de Marabá, Instituto de Estudos em Direito e Sociedade, Faculdade de Direito, Curso de Bacharelado em Direito, Marabá, 2018.

1. Controle da constitucionalidade - Brasil. 2. Direito Constitucional  
- Brasil. 3. Supremo Tribunal Federal - Brasil. I. Melo, Micheli Pereira de, orient. II. Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará. III. Título.

---

CDDir: 4. ed.: 341.204

Elaboração: Adriana Barbosa da Costa  
Bibliotecária-Documentalista CRB2/391

## **AGRADECIMENTOS**

À minha mãe Maria, minha rainha, obrigada pelas orações, pelo apoio e incentivo nos momentos difíceis.

Às minhas irmãs Kátia e Cláudia, pelo apoio, por vibrarem comigo a cada conquista, mesmo de longe me mandando energias positivas sempre.

À minha irmã Kassia, a quem devo meu crescimento e evolução pessoal, minha mais sincera gratidão. Por tudo.

À minha orientadora, professora Micheli, minha mais sincera gratidão e admiração, grata pela oportunidade de ser sua orientanda.

Ao meu professor Edson, pelo auxílio e pelas palavras de ânimo nos momentos difíceis.

Ao meu querido amigo Júlio, atual procurador da Universidade, por acreditar em mim.

Ao meu chefe Rayson, pela paciência, empatia e compreensão em meus momentos finais de curso.

Aos amigos e familiares, que foram essenciais em minha trajetória até aqui.

Meus mais sinceros agradecimentos!

## RESUMO

O que se pretende no presente trabalho é fazer uma análise da teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, mediante o estudo da hermenêutica do art. 52, inciso x, da Constituição Federal ao longo da evolução do sistema constitucional brasileiro. Há uma evidente aproximação dos efeitos das decisões proferidas em sede de controle difuso e concentrado de constitucionalidade. Notadamente, diante das recentes decisões proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade 3406/RJ e 3470/RJ, de relatoria da Min. Rosa Weber, julgadas em 29/11/2017, já é possível ouvir diversas vozes defensoras da ocorrência de uma mutação constitucional do art. 52, inciso x, da Constituição Federal. Tal mutação se justifica diante da necessidade de conferir ao dispositivo uma reinterpretação mais consentânea com o atual constitucionalismo brasileiro. A partir dessa perspectiva, será feita uma análise acerca do papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade, dos argumentos que rejeitam e defendem a teoria da abstrativização, bem como dos precedentes jurisprudenciais.

**PALAVRAS-CHAVE:** controle difuso de constitucionalidade, efeitos do controle difuso, teoria da abstrativização do controle difuso.

## ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze the theory of abstractivization of the diffuse control of constitutionality, through the study of the hermeneutics of art. 52, subsection x, of the Federal Constitution along the evolution of the Brazilian constitutional system. There is an evident approximation of the effects of the decisions made in the diffuse and concentrated control of constitutionality. Notably, in view of the recent decisions handed down in the direct actions of unconstitutionality 3406 / RJ and 3470 / RJ, Min. Rosa Weber's report, judged on 11/29/2017, it is already possible to hear several voices defending the occurrence of a constitutional mutation of the Art. 52, subsection x, of the Federal Constitution. Such a mutation is justified by the need to give the device a reinterpretation more in line with current Brazilian constitutionalism. From this perspective, an analysis will be made of the role of the Federal Senate in the diffuse control of constitutionality, of the arguments that reject and defend the theory of abstractivization, as well as of jurisprudential precedents.

**KEYWORDS:** diffuse control of constitutionality, effects of diffuse control, diffusion control abstractivization theory.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

AI – Agravo de Instrumento

Art. – Artigo

CPC – Código de Processo Civil

CR – Constituição da República

EC – Emenda Constitucional

HC – Habeas Corpus

Min. – Ministro

RE – Recurso Extraordinário

STF – Supremo Tribunal Federal

SV – Súmula Vinculante



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>1. APONTAMENTOS SOBRE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE:</b> .....	15
1.2 o surgimento do controle de constitucionalidade: .....	19
1.3 sistemas de controle de constitucionalidade (breve noção).....	22
1.3.1 Sistema Americano (1803) .....	23
1.3.2. Sistema Austríaco (1920) .....	23
1.3.3 Sistema Francês (1958) .....	24
1.4 histórico do controle de constitucionalidade no direito brasileiro: .....	25
1.5 controle difuso de constitucionalidade no brasil e o papel do senado federal	30
<b>2. TEORIA DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE: MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ART. 52, INCISO X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988:</b> .....	35
2.1 Principais argumentos favoráveis à mutação constitucional do art. 52, X da constituição federal de 1988: .....	37
2.2 Principais críticas à tese da abstrativização: .....	39
<b>3. DISCUSSÃO DA TEORIA DA ABSTRATIVIZAÇÃO E DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ART. 52, X, DA CR/88 NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:</b> .....	43
3.1. Teoria da transcendência dos motivos determinantes x teoria da abstrativização do controle difuso: .....	55
<b>CONCLUSÃO</b> .....	57
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	61

## INTRODUÇÃO

Pode-se dizer que a Constituição tem como objeto primordial os direitos fundamentais, a organização do Estado e a separação dos poderes.

Inicialmente inspirada pelos ideais liberais que inspiraram a Revolução Francesa e Americana do século XVIII, a Constituição emergiu como forma de proteção da dignidade da pessoa humana e das liberdades individuais, em um contexto de desmandos e arbitrariedades cometidas pelo monarca.

Foi a partir da Constituição norte-americana de 1787 que um novo movimento surgiu pelo mundo: o Constitucionalismo. Desse movimento a Constituição surge como um sistema assegurador das liberdades, sendo marcado pelo surgimento de dois modelos de Constituição: liberais e sociais.

As **Constituições liberais**, entre elas a americana de 1787 e a francesa de 1789, consagraram os direitos fundamentais negativos, como a liberdade, a igualdade formal, os direitos civis e políticos. As **Constituições sociais**, que têm como marco a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919, surgiram como resposta à crise do Estado liberal provocada por sua omissão mediante as demandas sociais, forçando o Estado a abandonar sua postura abstencionista e figurar como agente garantidor intervindo nas relações sociais, econômicas e laborais.

O valor supremo da Constituição não surgiu de pronto, sendo resultado de reflexões propiciadas ao longo da história. Sendo certo afirmar que o momento atual é marcado pela supremacia da Constituição, a que se subordinam todos os poderes por ela instituídos.

Essa supremacia é garantida por mecanismos de controle de constitucionalidade, os quais buscam impedir a perpetuação no ordenamento jurídico de normas incompatíveis com a Lei Maior.

O controle de constitucionalidade surgiu, portanto, como instrumento apto a garantir a supremacia da Constituição. É por meio desse controle que se compara determinada norma jurídica com o texto constitucional, e, estando a norma analisada incompatível com a Constituição, esta acaba sendo excluída do

ordenamento jurídico, ou tendo a sua incidência afastada no caso concreto, a depender do tipo de controle de constitucionalidade que está sendo exercido.

Conforme se verificará ao longo deste estudo, os modelos jurisdicionais de controle de constitucionalidade são divididos em **modelo difuso** e **modelo concentrado**, surgindo, a partir dessas concepções, um **modelo misto**, que combina elementos presentes nos dois sistemas básicos (Mendes, 2016, p. 938).

No Brasil, que adota o sistema misto, coube ao Supremo Tribunal Federal o papel de guardião da Constituição, cabendo-lhe a palavra final acerca da interpretação da norma constitucional.

Assim sendo, a sistemática do controle de constitucionalidade no Brasil é complexa: ora se discute a constitucionalidade da lei em tese (controle abstrato de normas, realizado de maneira concentrada no Supremo Tribunal Federal); ora se discute a constitucionalidade como fundamento de um caso concreto (controle difuso e concreto, realizado por qualquer juiz ou tribunal).

O presente trabalho tem como enfoque o controle difuso de constitucionalidade.

Como se abordará com mais detalhes adiante, a finalidade primordial do controle difuso-concreto é a proteção dos direitos subjetivos (BARROSO, 2017, p. 181). A pretensão é deduzida em juízo através de um processo constitucional subjetivo, cuja legitimidade é atribuída a qualquer pessoa que tenha tido seu direito violado.

Por ser uma questão analisada no curso do processo, a inconstitucionalidade da norma no controle difuso é analisada na fundamentação da decisão, não constituindo o pedido principal da parte, mas sim causa de pedir. Desse modo, é afastada a incidência da norma apenas no caso concreto e os efeitos atribuídos a essa decisão é adstrito às partes envolvidas na demanda (eficácia *inter partes*).

O controle concentrado, por sua vez, é realizado somente pelo Supremo Tribunal Federal e produz eficácia geral (eficácia *erga omnes*), bem como efeitos vinculantes em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública direta e indireta federal, estadual, municipal e distrital (artigo 102, § 2º, CR).

Todavia, recentemente a Suprema Corte tem demonstrado a tendência de aproximar os sistemas de controle visando expandir os efeitos subjetivos de decisão proferida em demanda que questiona a constitucionalidade de uma norma incidentalmente, ou seja, em um caso concreto. A essa teoria deu-se o nome de Teoria da Abstrativização do Controle Difuso de Constitucionalidade.

Essa tendência consiste em uma reinterpretação da Constituição, feita pelo Supremo Tribunal Federal, acerca dos efeitos de decisões proferidas em controle difuso de constitucionalidade, com a finalidade preservar a segurança jurídica e racionalizar a atuação do Poder Judiciário.

A relevância do estudo dessa nova hermenêutica se encontra na discussão sobre a mutação constitucional do art. 52, inciso X da Constituição Federal de 1988. Tal dispositivo entrega ao Senado Federal a missão de expandir os efeitos subjetivos das decisões proferidas pela Suprema Corte em sede de controle difuso, garantindo, a partir da publicação de resolução da referida casa legislativa, eficácia geral e efeitos *erga omnes* em uma decisão com efeitos originalmente entre as partes.

Em suma, o problema do presente estudo consiste na constitucionalidade da referida mutação constitucional, e, em consequência da teoria da abstrativização do controle difuso.

A hipótese é pela constitucionalidade da mutação, visto que a interpretação da norma constitucional deve ser alinhada ao atual estágio de jurisdição constitucional brasileiro.

O objetivo geral do trabalho em questão é analisar em que nível se encontra o debate acerca dos efeitos das decisões proferidas no controle difuso de constitucionalidade realizado pelo Supremo.

As ideias aqui apresentadas serão desenvolvidas no decorrer de três capítulos: no primeiro capítulo buscar-se-á a delimitação de conceitos e classificações do controle de constitucionalidade, analisar sua evolução nas Constituições brasileiras, bem como o papel do Senado Federal nas decisões do STF em controle difuso.

No segundo capítulo será abordada a teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, os principais argumentos favoráveis, bem como as principais críticas.

No terceiro e último capítulos se analisará a reclamação constitucional nº 4.335/AC, na qual os ministros do Supremo discutiram amplamente a tese da mutação constitucional do art. 52, x, da CR/88, trazendo os argumentos levantados em defesa da mutação, bem como os que a rejeitaram. Ainda nesse capítulo serão abordadas sucintamente as diferenças entre a teoria da abstrativização e a teoria da transcendência dos motivos determinantes.

É importante ressaltar que o tema que aqui se propõe a abordar é complexo e um tanto controverso. Este trabalho limitar-se-á a identificar os argumentos que defendem a mutação constitucional do art. 52, X, da CR/88, notadamente os ensinamentos do Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes, principal defensor da ocorrência de verdadeira mutação constitucional do referido dispositivo.

Anota-se que a temática é relativamente recente e assume diversas abordagens, algumas rejeitando uma mudança na interpretação do citado dispositivo, afirmando que seria necessária, para conferir legitimidade à teoria da abstrativização, a alteração do texto constitucional por meio de Emenda Constitucional, outros, ainda, sustentando a ilegitimidade da mutação constitucional sob o argumento de extrapolação dos limites interpretativos da norma.

## 1. APONTAMENTOS SOBRE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE:

Em seu sentido moderno, entende-se por Constituição a ordenação sistemática e racional da comunidade política, através de um documento escrito, no qual se declaram as liberdades e os direitos fundamentais e se fixam os limites do poder político. (CANOTILHO, 2003, p. 52).

Como lei superior, a Constituição representa norma suprema em relação às demais. Sendo assim, todas as normas jurídicas devem ser elaboradas em conformidade com o texto constitucional.

Em face dessa relevância jurídica e política, surge a necessidade de controlar as normas criadas com fundamento na Constituição. É através dos mecanismos de controle de constitucionalidade que se busca efetivar o princípio da supremacia constitucional, submetendo as normas jurídicas a um filtro através do qual se possa aferir a sua constitucionalidade.

A compreensão da sistemática do controle de constitucionalidade requer o reconhecimento de duas premissas primordiais: a **supremacia e a rigidez constitucional** (BARROSO, 2012, p. 10).

A supremacia constitucional está intimamente ligada à criação das Constituições escritas, essas formadas por um conjunto de normas de direito positivo constante de um só código (codificada) ou de diversos textos (não codificada), tendo como principal objetivo a racionalidade, previsibilidade e estabilidade de suas normas (em relação às demais).

As Constituições escritas representam a junção de várias conquistas sociais e revolucionárias ao longo do tempo. Foi com a materialização escrita da Constituição que se desenvolveu a ideia de verificação da compatibilidade entre as leis aprovadas e o texto da Carta Maior, inicialmente no contexto norte-americano, e depois no europeu.

Em diferentes contextos, as Constituições escritas representaram o rompimento de modelos de Estado e a consagração de direitos individuais aspirados pela sociedade, motivo pelo qual ao longo do tempo, e em diferentes contextos, as Constituições passaram a ser reconhecidas e protegidas, pois de nada adiantaria

compendiar direitos, garantias, programas e ideais de nação em um texto legitimamente escrito que a qualquer momento poderia ser modificado ou contrariado ao bel prazer do legislador ordinário.

É por meio do princípio da supremacia constitucional que se enxerga a Constituição no topo do ordenamento jurídico, transformando-a num filtro por meio do qual é possível depurar as normas e expurgar do ordenamento jurídico aquelas inconstitucionais.

A rigidez constitucional se refere ao processo de elaboração mais complexo pelo qual o Texto Maior é criado e modificado. Para que possa figurar como parâmetro, a norma constitucional precisa ter um processo de elaboração diverso e mais complexo do que aquele apto a gerar normas infraconstitucionais. Se assim não fosse, inexistiria distinção formal entre a espécie normativa objeto de controle e aquela em face da qual se dá o controle.

Se as leis infraconstitucionais fossem criadas da mesma maneira que as normas constitucionais, em caso de contrariedade ocorreria a revogação do ato anterior e não a inconstitucionalidade. (BARROSO, 2012, p. 13).

Canotilho (2003, p. 888) assevera que, enquanto norma das normas, resulta da Constituição uma pretensão de validade e de observância, como norma superior, diretamente vinculante a todos os poderes públicos. Sendo assim, a defesa da Constituição requer meios e institutos aptos a assegurar a sua observância, aplicação, estabilidade e conservação.

Nesse sentido, ensina Barroso (2012, p. 12):

*O ordenamento jurídico é um sistema. Um sistema pressupõe ordem e unidade, devendo suas partes conviver de maneira harmoniosa. A quebra dessa harmonia deverá deflagrar mecanismos de correção destinados a restabelecê-la. O controle de constitucionalidade é um desses mecanismos, provavelmente o mais importante, consistindo na verificação da compatibilidade entre uma lei ou qualquer ato normativo infraconstitucional e a Constituição. Caracterizado o contraste, o sistema provê um conjunto de medidas que visam a sua superação, restaurando a unidade ameaçada.*

Conforme se extrai do excerto, a Constituição é norma jurídica estruturante do Estado e impõe a compatibilidade vertical das demais normas do ordenamento jurídico. Para tanto, há que se ter mecanismos aptos a expurgar do ordenamento jurídico normas incompatíveis com o texto constitucional: se trata dos mecanismos de controle de constitucionalidade.

Todavia, importa observar que não se busca através do referido controle o engessamento do texto constitucional, posto que, enquanto norma fundamental conformadora do Estado, esta necessita de adaptações literais e hermenêuticas que acompanhe a evolução social, a fim de que não se torne texto fictício e abstrato desamparado de efetividade e normatividade. Ao revés, o que se busca é eliminar, através do controle de constitucionalidade, a ruptura e o desvirtuamento do ordenamento constitucional.

Nesse sentido, Canotilho (2003, p. 888):

*Não se trata de defender, através destes mecanismos, o sentido e características fundamentais da constituição contra adaptações e mudanças necessárias, mas contra a aniquilação, ruptura e eliminação do próprio ordenamento constitucional, substancialmente caracterizado.*

Acerca da inconstitucionalidade da norma, dentre várias categorias, se faz imprescindível abordar a divisão doutrinária acerca da inconstitucionalidade do ato normativo em formal e material. Tal classificação leva em consideração a origem do vício que fere o ato jurídico questionado.

Novelino (2017, p. 169) ensina que o vício de inconstitucionalidade formal refere-se à violação de norma constitucional que trata sobre o processo legislativo. Sendo assim, pode ser de natureza subjetiva (quando o vício recai sobre a iniciativa da norma) ou objetiva (quando a norma é elaborada em dissonância com regras procedimentais).

Dessa forma, os vícios formais traduzem defeito de formação do ato normativo, pela inobservância de princípio de ordem técnica ou procedimental ou pela violação de regras de competência. (MENDES, 2016, p. 1056).



Portanto, ao analisar a inconstitucionalidade formal de uma norma positivada, o tribunal limita-se a analisar os aspectos procedimentais, não adentrando ao mérito do conteúdo da norma atacada.

Já a inconstitucionalidade material diz respeito ao próprio conteúdo da norma. Aqui, apesar de devidamente observados os aspectos formais e procedimentais, o que entra em conflito com a Constituição é o aspecto substantivo do ato, seu conteúdo (o que não impede uma norma de ser eivada de vício de inconstitucionalidade formal e material concomitantemente).

O controle material de constitucionalidade pode ter como parâmetro uma regra fixada, um princípio explícito ou implícito, uma norma programática - de organização ou definidora de direitos.

Barroso (2017, p. 17) esclarece que o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma, seja em decorrência de desvio formal ou material, produz a mesma consequência jurídica, qual seja a invalidade da norma, cuja tendência será ter sua eficácia paralisada.

Assim, os atos normativos somente estarão conformes com a Constituição quando não violarem o sistema formal, constitucionalmente estabelecido, de produção desses atos; e quando não contrariarem os parâmetros materiais plasmados nas regras ou princípios constitucionais.

Há diversos modos de controle de constitucionalidade: o político, o jurisdicional e o misto, que diferem basicamente quanto à natureza do órgão de controle. No controle misto, conforme se depreende, há uma junção das outras duas formas, sendo exercido por órgão político e jurisdicional coexistentes.

Quanto ao controle jurisdicional de constitucionalidade, há sistemas distintos: difuso e concentrado. Sendo o difuso realizado por todos os juízes e tribunais e o concentrado realizado por uma Corte constitucional.

No Brasil coexistem os dois sistemas de controle jurisdicional, pois ao STF é conferido realizar o controle de forma concentrada e objetiva, bem como a todos os demais juízes e tribunais é garantido o poder-dever de fiscalizar a constitucionalidade

das normas na análise do caso concreto (o STF também realiza o controle difuso por meio do recurso extraordinário).

Para melhor compreensão do mecanismo de controle de constitucionalidade, convém abordar em que contexto se deu seu surgimento.

## 1.2 O SURGIMENTO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE:

A doutrina cita como precedente emblemático de origem do controle de constitucionalidade o caso *Marbury v. Madison*. Esse caso representa a primeira decisão na qual a Suprema Corte Americana afirmou seu poder de exercer o controle de constitucionalidade das normas jurídicas.

O caso ocorreu em um contexto de troca do poder nos Estados Unidos. Nas eleições realizadas no ano de 1800 a Suprema Corte foi chamada a analisar uma controvérsia entre os Federalistas (que deixavam o poder derrotados, tanto no Legislativo quanto no Executivo), e os Republicanos. Nas referidas eleições saiu derrotado o então Presidente John Adams pela oposição republicana, vindo Thomas Jefferson a ser o novo Presidente daquele país.

Maciel (2006, p. 80), sobre o caso *Marbury v. Madison*:

*No finalzinho do governo do federalista John Adams (1791-1801), o Congresso promulgou a Lei Orgânica do Distrito Federal (District of Columbia Organic Act), atribuindo ao presidente da República (Adams) o provimento, com a aprovação do Senado, de 42 cargos de justice of the Peace (seria enganoso traduzir-se justice of the peace por "juiz de paz" pois as funções não são totalmente coincidentes com a dos nossos juízes de paz. Nos Estados Unidos, a competência desse magistrado varia de Estado-membro para Estado-membro, em alguns, o cargo foi extinto, com a transferência de suas funções para juizados municipais). Alguns nomeados receberam imediatamente seus títulos de nomeação. Dezesseis outros, porém, ficaram para trás, uma vez que o secretary of State (John Marshall) não teve tempo - ainda que tenha varado boa parte da noite - de colocar o Great Seal of the United States (equivalente à nossa "Armas da República") em todos os documentos ou mesmo de entregar os títulos de nomeação*

*já prontos. No dia seguinte, muda o governo, que passa a ser (pela primeira vez) republicano. Jefferson assumiu a presidência da República, nomeando Madison secretary of State. John Marshall, por sua vez, por designação do governo anterior (Adams), passou a ocupar a presidência da Suprema Corte. Alguns justices of the peace nomeados e não titulados (entre eles William Marbury, um próspero comerciante de Georgetown) ajuizaram, por meio do advogado Charles Lee (1758-1815), um writ of mandamus na Suprema Corte no mês de dezembro de 1801 com o escopo de forçar o novo secretary of State (Madison) a lhes entregar os títulos de nomeação. Com o governo republicano e as duas Casas do Congresso, ambas dispendo de maioria republicana, os juizes da Suprema Corte, de linha federalista, corriam o risco de impeachment. A impetração de Marbury se fez com base na seção 13 da Lei Orgânica da Magistratura, o Judiciary Act de 24 de setembro de 1789. A redação do dispositivo legal não era das mais claras: dava competência, entre outras, à Suprema Corte para julgar "writs of mandamus, in cases warranted by the principle and usages of law ..." (COMMAGER, 1958, p.153 et seq.). Muito embora não se pudesse extrair do dispositivo em questão, de modo inquestionável, a competência originária da Corte para julgamento do writ aforado por Marbury e outros, Marshall, de modo subreptício e altamente engenhoso, disse que a seção 13 da Lei Orgânica atribuía inconstitucionalmente competência à Suprema Corte para julgar o writ. A competência, todavia, estava reservada à Constituição, e não à lei infraconstitucional. Lendo-se hoje a decisão, depreende-se com clareza que ficou dito que acima do Congresso (que havia editado a Lei Orgânica) estava a Constituição e, mais, que cabia ao Judiciário fazer o confronto entre a lei ordinária, ainda que elaborada pelo Congresso, com a Constituição. Em decorrência, a ação judicial de Marbury e outros não tinha como tramitar na Suprema Corte. A vitória (na aparência) do Governo (Jefferson) estava assegurada. Aparentemente estaria afastada a quase certa tentativa de impeachment dos juizes federalistas da Suprema Corte. Todavia, antes de chegar ao resultado (inconstitucionalidade da seção 13), Marshall, manhosamente, antecipou obiter dictum o mérito da questão, afirmando que William Marbury e seus companheiros tinham, sim, direito de receber os títulos de nomeação. A nomeação dos*

*justices of the peace havia sido válida, já que precedida do assentimento do Senado. Robert McCloskey (apud CHEMERINSKY, 1997, p. 38, tradução nossa), ao referir-se a esse histórico marco, disse que "(a) decisão foi uma obra-prima de artimanha, um exemplo brilhante da capacidade de Marshall de contornar o perigo ao mesmo tempo em que parecia atraí-lo, de avançar numa direção, enquanto seus oponentes estavam atentos em outras. Cerca de um ano depois do julgamento de Marbury, os republicanos de Jefferson apresentaram na Câmara dos Deputados (House of Representatives) "artigos de impeachment" contra Samuel Chase (1741-1811), federalista militante, membro da Suprema Corte. Fatal seria a condenação de Chase no Senado, não fora acontecimentos políticos de última hora envolvendo republicanos de Jefferson, e se achar na presidência do Senado o vice-presidente da República Aaron Burr (1756-1836), que deu toda oportunidade para a defesa de Chase. A absolvição no Senado se deu por apenas um voto.*

*O famoso julgamento Marbury correu em 1803, como já se frisou. Com ele, abriu-se, na prática, a possibilidade de o judiciário rever atos do executivo e do legislativo federais. Alguns doutrinadores entendem que a questão era tão pacífica e consensual entre os Constituintes que se deixou de colocar a competência expressamente na Constituição. Jefferson, de maneira mordaz, como era seu feitio, apelidou a indicação dos justices of the peace, feita na calada da noite, de midnight appointment (PADOVER, 1970, p.127). Somente em 1857, com o estrepitoso caso Dred Scott v. Sandford, é que a Suprema Corte voltou a declarar a inconstitucionalidade de outra lei federal. Com Marbury, ficou firmada, para sempre, a atribuição de o Poder Judiciário confrontar atos dos dois outros poderes em face da Constituição. Jefferson nunca concordou com o poder dos juízes, sobretudo de juízes federalistas ... Alegava que a "Constituição ( ... ) era um mero objeto de cera nas mãos do judiciário, que eles (os juízes) podiam torcer e modelar do jeito que lhes aprouvesse". Os juízes eram "parciais, vingativos e cruéis ... os quais obedeciam ao Presidente ao invés da lei". Jefferson não deixava de ter razão. Muitos dos juízes federais, que eram vitalícios e escolhidos pelo presidente da República, utilizavam-se do cargo para sectarismo político. A tirada*

*de Marshall, ainda que possa ser condenável sob o ponto de vista da "ética de princípios" (para lembrar Max Weber, 1864-1920), uma vez que ele, como juiz, estava apreciando ato praticado por ele mesmo como administrador, por outro lado, sob a óptica hermenêutica, o dispositivo legal (seção 13 da Lei Orgânica de 1789) levaria, com maior facilidade, a outra interpretação. De qualquer sorte, o lance de John Marshall foi de gênio. É evidente que a "falta de ética" se deu no passado. Hoje isso não seria mais viável. A compreensão do caso tão importante à história do controle de constitucionalidade em as profundas mudanças ocorridas nas esferas econômica, política e social nos séculos XVII e XVIII, o Ocidente viu decair, paulatinamente, a concepção organicista de sociedade, na qual as funções sociais quedavam-se rígidas, hierarquizadas e determinadas pela hereditariedade.*

Marbury v. Madison, portanto, apesar das críticas à parcialidade e moralidade do Juiz Marshall, foi a decisão que inaugurou o controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno, deixando assentado o princípio da supremacia da Constituição, da subordinação de todos os Poderes estatais a ela e da competência do Judiciário como seu intérprete final (podendo a partir de então invalidar os atos que lhe contravenham).

Não bastava, portanto, afirmar a superioridade da Constituição perante a lei: era necessário reconhecer a *judicial review*, ou seja, a faculdade judicial de controle de constitucionalidade das leis. É essa evolução que se concretizou com o caso Marbury v. Madison (CANOTILHO 2003, p. 898).

Barroso (2012, p. 14) afirma que à medida que se distanciou no tempo da conjuntura turbulenta em que foi proferida e das circunstâncias específicas do caso concreto, essa simbólica decisão ganhou maior dimensão, passando a ser celebrada universalmente como o precedente que assentou a prevalência dos valores permanentes da Constituição sobre a vontade circunstancial das maiorias legislativas.

### **1.3 SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE (BREVE NOÇÃO):**

A doutrina aborda o controle de constitucionalidade diferenciando-o em grandes sistemas, quais sejam:

### 1.3.1 Sistema Americano (1803)

Desde o já mencionado caso *Marbury vs. Madison* restou consignada a teoria da supremacia da Constituição sobre todos os poderes. O sistema americano de controle de constitucionalidade é exercido por todos os juízes, o que hodiernamente se denomina de sistema difuso, ou seja, o controle é realizado de maneira incidental pelo juiz da causa<sup>1</sup>.

Por influência norte-americana, em um primeiro momento o controle era realizado apenas de maneira incidental, gerando os efeitos tradicionalmente intitulados *inter partes* (entre as partes do processo). O Judiciário realizava sua função jurisdicional analisando a constitucionalidade da norma mediante um caso concreto (levado à sua apreciação).

A declaração de inconstitucionalidade gerava efeitos retroativos (*ex tunc*). Nesse diapasão, a norma era considerada nascida inconstitucional, sendo a decisão meramente declaratória<sup>2</sup>.

### 1.3.2. Sistema Austríaco (1920)

O sistema austríaco foi delineado por Hans Kelsen e teve como marco a Constituição austríaca de 1920, se disseminando na Europa pós 2ª Guerra Mundial. Esse sistema tem como característica a criação de um órgão específico de controle de constitucionalidade denominado Corte ou Tribunal Constitucional.

No sistema austríaco, a Corte Constitucional é a única legitimada a declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em face da Constituição. Daí a terminologia “controle concentrado”, visto que o controle é concentrado em um único órgão, diferenciando do “controle difuso” norte americano, no qual todos os juízes podem declarar a inconstitucionalidade de determinada norma.

Mauro Cappelletti aponta os fundamentos em que Kelsen formulou o modelo concentrado de controle de constitucionalidade: tradição europeia da *civil law*, que gerava insegurança jurídica na medida em que uma lei poderia ser considerada

---

<sup>1</sup> Mais adiante o sistema de difuso de controle de constitucionalidade será abordado de maneira mais aprofundada.

<sup>2</sup> O assunto se refere à “teoria da nulidade”, que se diferencia no modelo austríaco (Kelsen) no qual a inconstitucionalidade de uma norma afeta sua eficácia, do modelo americano (Marshall) que afeta sua validade. Para compreensão da matéria de maneira didática e esquematizada ver: Direito constitucional esquematizado. Lenza (2017, p. 241).

constitucional por um juiz e inconstitucional por outro, e a necessidade de sempre demandar ao Judiciário a declaração de inconstitucionalidade de uma lei, mesmo quando já declarada pelo órgão máximo do Poder Judiciário, tendo em vista que a declaração somente valia no contorno do processo que a gerou. (*apud* FERNANDES 2017, p. 1433).

No sistema austríaco, a declaração de inconstitucionalidade da lei gera efeitos prospectivos (*ex nunc*), na medida em que, enquanto não declarada a inconstitucionalidade o ato é plenamente válido e eficaz (presunção de validade dos atos normativos). Portanto, a decisão da Corte tem natureza constitutiva ao passo que anula o ato normativo.

### **1.3.3 Sistema Francês (1958)**

Surgido a partir da Constituição da V República da França de 1958, esse sistema não delegou ao Poder Judiciário o controle de constitucionalidade das normas, mas sim a um órgão político.

O sistema francês foi na contramão do resto do mundo, entendendo que a análise da constitucionalidade da lei requer um juízo predominantemente político. Para tanto, criou o denominado Conselho Constitucional.

Canotilho (2003, p. 897) ensina que esse sistema manteve-se aliado ao dogma da soberania da lei, que somente as próprias assembleias legislativas poderiam politicamente controlar.

Como características principais desse sistema, Fernandes (2017, p.1434) cita: controle em regra prévio e realizado sobre o ato normativo em tese e realizado mediante provocação de determinados legitimados.

Antes da promulgação, as leis são enviadas a esse conselho, que declara ou não sua constitucionalidade. Tal decisão vincula as autoridades administrativas e judiciárias. Há uma exceção a esta regra no tocante aos decretos regulamentares. Os decretos, criados pelo Governo, tratam de matérias não afetadas às leis, portanto o Conselho Constitucional poderá analisar abstratamente a repartição de competência entre o Governo e o Legislativo<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Fernandes (2017, p. 1455) afirma que a partir de uma reforma realizada em 2008, a Constituição Francesa passou a prever a possibilidade de um controle abstrato (Kelsen) permitindo ao Conselho de

## 1.4 HISTÓRICO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO:

Canotilho (2003, p. 889) afirma ser a fiscalização judicial da constitucionalidade das leis um dos mais relevantes instrumentos de controle e garantia do cumprimento e observância da Constituição, funcionando de forma positiva ao dinamizar sua força normativa, e de forma negativa, ao reagir à sua violação.

Como forma eficaz de garantir a proteção das normas constitucionais, o controle judicial de constitucionalidade vem, portanto, se revelando uma das mais importantes ferramentas do constitucionalismo.

A adaptação do sistema de controle judicial aos diversos sistemas políticos mostra, por outro lado, a capacidade de adequação e adaptação do instituto à realidade de cada ordenamento jurídico-constitucional.

No Brasil, a evolução do controle judicial ocorreu paulatinamente, ora progredindo, ora retrocedendo, conforme o momento político por qual passava o país.

A fim de compreender o estágio atual do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, abordar-se-á, de maneira sucinta, o histórico do controle de constitucionalidade ao longo das constituições brasileiras.

Constituição Imperial de 1824: Essa Constituição sofreu forte influência francesa e não contemplava qualquer mecanismo de controle de constitucionalidade. O Poder Legislativo tinha exacerbado poder, e lhe era atribuído “fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las”, bem como “velar na guarda da Constituição” (art. 15, n. 8º e 9º)<sup>4</sup>.

Constituição Republicana de 1891: Trouxe previsão expressa do controle de constitucionalidade<sup>5</sup>. O modelo adotado foi o americano, sendo a fiscalização

---

Estado e à Corte de Cassação alegar a intitulada exceção de inconstitucionalidade perante o Conselho Constitucional podendo este último declarar a inconstitucionalidade de leis também de maneira repressiva, passando esse controle repressivo a ser regra e não mais exceção.

<sup>4</sup> Constituição Federal de 1824. “Art. 15. E' da attribuição da Assembléa Geral:

VIII. Fazer Leis, interpretal-as, suspendel-as, e rovogal-as. (...)

IX. Velar na guarda da Constituição, e promover o bem geral do Nação (...)

<sup>5</sup> Constituição Federal de 1891. “Art. 59, § 1º. Das sentenças das justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade ou a interpretação de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contra ela; b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.”



exercida de modo incidental e difuso. Com alterações de pequena monta, a fórmula permaneceu substancialmente a mesma ao longo de toda a República, chegando à Constituição de 1988. (BARROSO, 2012, p. 22).

Constituição de 1934: Conforme leciona Barroso (2012, p. 23), com a Constituição de 1934 foi introduzido um caso específico de controle por via principal e concentrado, de competência do Supremo Tribunal Federal: a denominada representação interventiva. A lei que decretasse a intervenção federal por violação de um dos princípios constitucionais de observância obrigatória pelos Estados-membros (os denominados princípios constitucionais sensíveis, constantes do art. 7º da Carta) precisava ser previamente submetida a mais alta corte, mediante provocação do Procurador-Geral da República, para que fosse declarada sua constitucionalidade.

Mediante a referida representação, o Procurador-Geral da República representava ao Senado Federal com vistas a resguardar o pacto federativo. Era necessária uma lei interventiva, de iniciativa privativa desta casa legislativa, e a correspondente declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, para conferir eficácia à intervenção federal propugnada.

Essa Constituição inovou, instituindo a regra da reserva de plenário para declarar a inconstitucionalidade de ato normativo de forma incidental, bem como conferiu ao Senado Federal a prerrogativa de suspender a lei ou ato declarado inconstitucional por decisão definitiva da Suprema Corte, regras que permaneceram nas cartas posteriores.

Constituição de 1937: A Constituição de 1937 deu início a um regime autoritário no Brasil. Por ter sido elaborada com base na Constituição Polonesa de 1935, foi denominada pela doutrina de “Constituição Polaca”.

Uma característica importante para entender o contexto em que elaborada essa Carta Constitucional é compreender que houve uma hipertrofia do Poder Executivo (contexto de governo autoritário da era Vargas). Uma demonstração disso é a intervenção do Poder Executivo no controle de constitucionalidade. O constituinte permitiu que o Presidente da República pudesse submeter novamente ao legislativo uma lei declarada inconstitucional por decisão definitiva pelo Supremo Tribunal Federal.

A doutrina aponta um retrocesso nessa Carta, ao passo que retira do Judiciário o poder de dar a última palavra sobre a constitucionalidade do ato normativo. Conforme leciona Mendes (2016, p. 992):

*Embora não tenha introduzido qualquer modificação no modelo difuso de controle (art. 101, III, b e c), preservando, inclusive, a exigência de quórum especial para a declaração de inconstitucionalidade (art. 96), o constituinte rompeu com a tradição jurídica brasileira, consagrando, no art. 96, parágrafo único, princípio segundo o qual, no caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, **a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderia o Chefe do Executivo submetê-la novamente ao Parlamento. Confirmada a validade da lei por 2/3 de votos em cada uma das Câmaras, tornava-se insubsistente a decisão do Tribunal.** (Grifo do autor).*

Constituição de 1946: A Constituição de 1946 representou o retorno do regime democrático e restaurou a tradição do controle judicial no Direito brasileiro. Conforme Leciona Mendes (2017, p. 994), disciplinou-se a apreciação dos recursos extraordinários, prevendo as seguintes hipóteses de cabimento no art. 101, inciso III:

- a) quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal;*
- b) quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada; e*
- c) quando se contestar a validade de lei ou ato de governo local em face desta Constituição ou de lei federal, e a decisão recorrida julgar válida a lei ou o ato.*

Preservou-se a cláusula de reserva do plenário e manteve-se, também, a atribuição do Senado Federal para suspender a execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal, prevista, inicialmente, na Constituição de 1934.

A Emenda Constitucional nº 16/95 alterou o artigo 101 da Carta de 1946, inserindo no item I, a alínea “k” instituindo no Brasil a fiscalização abstrata de

constitucionalidade e atribuindo ao Supremo Tribunal Federal a competência originária de apreciar “a representação contra a inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador Geral da República.” Também conferiu aos Estados-membros a faculdade de instituir mecanismo de controle de constitucionalidade das leis municipais em face da Constituição do Estado, de competência dos Tribunais de Justiça (E. C. 16/65, que acrescentou o inciso XII ao artigo 124 da Constituição de 1946).

Mendes (2016, p. 996) afirma que consagrou-se, todavia, o modelo abstrato de controle de constitucionalidade sob a forma de uma representação que haveria de ser proposta pelo Procurador-Geral da República. A implantação do sistema de controle de constitucionalidade, com o objetivo precípuo de “preservar o ordenamento jurídico da intromissão de leis com ele inconciliáveis”, veio somar aos mecanismos já existentes um instrumento destinado a defender diretamente o sistema jurídico objetivo.

Constituição de 1967/69: Não trouxe grandes inovações ao sistema de controle de constitucionalidade, mantendo-se incólume o controle difuso. A ação direta de inconstitucionalidade subsistiu, tal como prevista na Constituição de 1946, com a Emenda n. 16/65. (MENDES 2016, p. 997).

Constituição de 1988: A Carta de 88 representou uma abertura democrática, depois de longo período ditatorial no Brasil, trazendo profundas modificações ao ordenamento jurídico, inclusive no que tange ao controle de constitucionalidade.

Essa ordem constitucional consagrou o sistema misto de controle de constitucionalidade, englobando aspectos do sistema concentrado austríaco (fiscalização abstrata, pela via direta) e do sistema difuso americano (pela via concreta, incidental). A representação de constitucionalidade, criada pela Constituição de 1934, passou a ser chamada de ação direta de inconstitucionalidade, de competência originária do STF.

Podem ser apontadas as seguintes modificações significativas em relação ao regime anterior: (i) a legitimação para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, que era exclusiva do Procurador-Geral da República, foi consideravelmente ampliada, reconhecendo-se a sua importância jurídica (art. 103,

inciso I a IX); (ii) tornou-se obrigatória a manifestação do Procurador-Geral da República nas ações diretas de inconstitucionalidade (art. 103, § 1º); (iii) cria-se a figura do Advogado-Geral da União, a quem cabe a representação judicial e consultoria da União e, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, a defesa do ato ou texto impugnado (art. 103, § 3º); (iv) criou-se a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º) e o mandado de injunção (art. 5º, LXXI); (v) criou-se um mecanismo destinado à arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição (art. 102, parágrafo único, regulamentado, posteriormente, pela Lei 9.882/99); (vii) reconheceu expressamente a possibilidade de os Estados-membros instituírem representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Carta estadual (art. 125, § 2º). (DUTRA, 2003).

A Carta Magna manteve o dispositivo originalmente previsto na Constituição de 1934 que delegou ao Senado Federal a competência de retirar a eficácia de lei ou ato normativo declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

A Emenda Constitucional nº 3/93 instituiu a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, de competência originária do Supremo Tribunal Federal, dando nova redação aos artigos 102 e 103 da Carta Federal, produzindo, as decisões definitivas de mérito, proferidas nas ações declaratórias de constitucionalidade, eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo.

Acerca das referidas inovações trazidas pela Constituição de 1988, Mendes (2016, p. 1096) aponta:

*Com a introdução desse sistema de controle abstrato de normas, com ampla legitimação, e, particularmente, a outorga do direito de propositura a diferentes órgãos da sociedade, **pretendeu o constituinte reforçar o controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro** como peculiar instrumento de correção do sistema geral incidente. (grifo do autor).*

## **1.5 CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL E O PAPEL DO SENADO FEDERAL:**

Conforme apontado no histórico do controle de constitucionalidade brasileiro descrito, o modelo difuso foi o primeiro modelo de controle de constitucionalidade previsto no Brasil, surgindo ainda com a Constituição de 1891, e mantido até a atual Constituição.

No controle difuso de constitucionalidade a competência para fiscalizar a compatibilidade do ato normativo com a Constituição é reconhecida a todos os juízes e tribunais quando da apreciação do caso concreto submetido ao Poder Judiciário.

Esse controle ocorre de modo incidental, ao passo que a questão da constitucionalidade da norma é levantada no curso do processo, como questão prévia e indispensável ao julgamento da lide na qual se busca ter reconhecidos direitos subjetivos.

Anteriormente à CR/1988, era o sistema difuso que basicamente predominava na jurisdição constitucional brasileira - embora já existisse o controle concentrado -, tendo em vista o monopólio da ação direta de inconstitucionalidade conferido ao Procurador-Geral da República.

A Constituição Cidadã, ao ampliar os legitimados para intentar ADI, destacou o controle concreto de constitucionalidade, uma vez que as demandas constitucionais passaram a ser submetidas ao STF mediante o controle abstrato dos atos normativos. É nesse novo contexto pós-Constituição de 1988 que se pretende analisar o controle difuso de constitucionalidade no Brasil.

### *a) Efeitos da decisão proferida em controle difuso*

Tendo em vista que o controle difuso é realizado pelo Poder Judiciário no curso de uma demanda subjetiva, ele possui, a priori, efeitos somente entre as partes do processo.

Sendo analisado de forma incidental, o controle difuso figura como questão prejudicial ao pedido principal, constituindo fundamento daquele. A inconstitucionalidade é, portanto, causa de pedir e não o pedido principal.

Além desse efeito restrito às partes, no controle difuso a declaração de inconstitucionalidade da norma retroage, sendo considerada nula desde sua edição.

Assim, a norma afastada não produz efeitos jurídicos aos litigantes desde seu nascimento. (NOVELINO 2017, p. 182).

Todavia, o próprio STF admite, excepcionalmente, a modulação temporal dos efeitos da decisão proferida no controle difuso (prevista expressamente apenas para o controle concentrado), aplicando, por analogia a Lei nº 9.686/1999. Nesse sentido:

*Em princípio, a técnica da modulação temporal dos efeitos de decisão reserva-se ao controle concentrado de constitucionalidade, em face de disposição legal expressa. Não obstante, e embora em pelo menos duas oportunidades, o Supremo Tribunal Federal tenha aplicado a técnica da modulação dos efeitos na declaração de inconstitucionalidade no controle difuso da constitucionalidade das leis, é imperioso ter presente que a Corte o fez em situações extremas caracterizadas inequivocadamente pelo risco à segurança jurídica ou ao interesse social.<sup>6</sup>*

#### *b) Cláusula de reserva de plenário*

Nos termos do art. 97, da CR/88: Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público. Trata-se da chamada cláusula de reserva de plenário.

Essa cláusula determina que no âmbito dos tribunais a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo apenas seja declarada pelo voto da maioria absoluta de seus membros, ou, onde houver, dos membros do órgão especial.

A cláusula de reserva de plenário deve ser observada, tanto no controle difuso quanto no concentrado (realizado pelo STF). Seu procedimento, quando exercido em controle difuso, é regulamentado pelos regimentos internos dos tribunais e pelo Código de Processo Civil.

Assevera o art. 948 do CPC:

*Arguida, em controle difuso, a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, após ouvir o Ministério Público e*

---

<sup>6</sup> STF – AI 641.798/RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa.

*as partes, submeterá a questão à turma ou à câmara à qual competir o conhecimento do processo.*

O pronunciamento do plenário ou órgão especial se restringe a análise da inconstitucionalidade da lei em tese, sendo o julgamento do caso concreto feito pelo órgão competente com base nessa decisão. (BARROSO 2017, p. 183).

A remessa ao plenário ou órgão especial é dispensada no caso de já haver pronunciamento destes ou do plenário do STF sobre a questão (art. 949, parágrafo único do CPC).

Observa-se que a cláusula deve ser observada somente na declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, não sendo exigida quando do reconhecimento de constitucionalidade da norma.

*c) Art. 52, X, da Constituição Federal de 1988*

Conforme já mencionado, a regra é que os efeitos da decisão no controle difuso somente se aplicam às partes do processo, não atingindo terceiros estranhos ao litígio.

Todavia, como forma de garantir economia processual e evitar decisões conflitantes, a Constituição de 1934 consagrou a competência do Senado Federal para suspender a execução de lei ou ato declarado inconstitucional em decisão definitiva pelo STF.

Tal instituto foi mantido pela CR/88, nos seguintes termos:

*Art. 52: Compete privativamente ao Senado Federal:*

*X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;*

De acordo com essa regra, a lei declarada inconstitucional pelo STF em controle difuso, desde que por decisão proferida por maioria absoluta e definitiva, poderá ter seus efeitos expandidos, mediante resolução do Senado Federal. Se assim decidir o Senado, a referida suspensão atingirá a todos, tendo eficácia geral.

Dessa forma, subordinou-se a eficácia *erga omnes* da decisão que declara a inconstitucionalidade de ato normativo pelo STF de maneira incidental à resolução do Senado Federal. Mendes (2004, p. 152) ensina:

*Parecia evidente aos constituintes que a suspensão da execução da lei, tal como adotada em 1934, importava em extensão dos efeitos do aresto declaratório da inconstitucionalidade, configurando, inclusive, instrumento de economia processual. Atribuía-se, pois, ao ato do Senado caráter ampliativo e não apenas paralisante ou derogatório do diploma viciado.*

Para compreensão dessa sistemática, basta lembrar que a decisão proferida em controle difuso (incidental) por si só não é apta a excluir do ordenamento jurídico a lei viciada, eis que continua produzindo efeitos fora da relação processual em que se proferiu a decisão.

Assim, na declaração por meio do controle difuso, o Judiciário (em análise especificamente o STF), declara a inconstitucionalidade do ato normativo deixando de aplicá-lo no caso concreto, não lhe cabendo qualquer outra providência a respeito do ato viciado. Para ver afastada a aplicação do mesmo ato normativo, a parte interessada deve buscar ver renovada em sua demanda a declaração de inconstitucionalidade.

A aparente originalidade dessa fórmula tem dificultado seu enquadramento dogmático. A doutrina diverge sobre a natureza da resolução do Senado que declare suspensão a execução de lei ou ato normativo, pois muito se questiona sobre o caráter discricionário ou vinculado da referida declaração. (MENDES 2016, p. 1129).

A questão é muito debatida na doutrina constitucionalista, contudo, o STF, o Senado e a doutrina majoritária convergem no sentido da discricionariedade do Senado Federal, apontando que este não está obrigado a suspender a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo, sendo assim, trata-se de decisão política tendo a casa legislativa liberdade para cumprir o art. 52, X, da CR/88.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> Nessa toada, afirma Lenza que, caso o Senado fosse obrigado a suspender a eficácia da lei declarada inconstitucional, haveria afronta ao princípio da separação dos poderes (2017, p. 285).



Controvérsia ainda maior reside nos efeitos da Resolução do Senado, se dotada de eficácia retroativa ou prospectiva. A doutrina majoritária reconhece que a pronúncia da casa legislativa tem efeito *ex tunc*, permitindo, a princípio, a revisão dos atos já praticados sob a luz da lei inconstitucional. (Mendes 2016, p. 1131).

Em sentido contrário, Lenza (2017, p. 285) afirma que a suspensão valerá a partir do momento em que publicada a Resolução do Senado (*eficácia ex nunc*). Defende o autor que o termo “suspender a execução” de algo que vinha produzindo efeitos significa dizer que se suspende a partir de certo momento, não retroagindo para gerar efeitos pretéritos.

A despeito de todas as discussões sobre a necessidade de resolução senatorial para expandir os efeitos das decisões em controle difuso prolatadas pelo STF, a Suprema Corte já vem aplicando em alguns casos efeitos *erga omnes* às suas decisões sem a resolução da referida casa legislativa. Lenza (2017, p. 283) cita como *leading case* o julgamento do RE 197.917/DF, pelo qual o STF reduziu o número de vereadores do município Mira Estrela de 11 para 9.

Em consequência, determinou-se que fosse adequado o número de vereadores à população do município, obedecendo efetivamente ao critério de proporcionalidade exigido na Constituição, respeitando-se os mandatos parlamentares que já se encontravam em exercício à época da decisão.

Essa tendência no Supremo de uma mudança no entendimento a respeito da necessidade de atuação do Senado Federal para conferir eficácia geral no controle difuso realizado por aquela Corte suscita debates a respeito da chamada abstrativização do controle difuso, a qual será tratada com mais detalhes no tópico seguinte.

## **2. TEORIA DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE: MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ART. 52, INCISO X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988:**

Após a recapitulação do controle de constitucionalidade até aqui delineadas, e, realizadas essas considerações iniciais, passaremos a abordar a teoria da abstrativização do controle difuso.

### *a) Mutação Constitucional*

Barroso (2009, p. 125) descreve a mutação constitucional como uma “alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para emendas e, além disso, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto”.

Sendo assim, a mutação constitucional transforma o sentido, o significado e o alcance das normas constitucionais sem alterar seu texto. A fundamentação da mutação é pautada na busca para se evitar incongruências do texto constitucional ante a realidade social e jurídica.

### *b) Mutação do art. 52, X, da CR/88*

Nos termos do já citado art. 52, X, da CR/88, compete privativamente ao Senado Federal: suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Essa foi uma das formas criadas com a finalidade de ampliar a eficácia subjetiva das decisões proferidas pelo STF quando declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo de forma incidental.

Todavia, tem surgido no Direito Constitucional brasileiro uma tendência em se conferir ao controle difuso efeitos típicos do controle abstrato. Nesse sentido seriam concedidos efeitos gerais às decisões proferidas pelo STF em controle difuso por si só, ou seja, sem nenhuma providência do Senado Federal.

Para essa corrente teórica e jurisprudencial, as decisões proferidas pelo Supremo que declaram a inconstitucionalidade de ato normativo incidentalmente têm

caráter vinculante independentemente de Resolução do Senado, cabendo a essa casa legislativa o papel de dar publicidade à decisão da Corte.

À vista disso, o cerne da questão se encontra no seguinte questionamento levantado por Mendes (2016, p. 1133): “se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de emenda constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão somente para as partes?”.

A tese da abstrativização ganha adeptos sob o argumento de que propicia economia processual, celeridade, integridade, isonomia e presteza na jurisdição constitucional. Destarte, a possibilidade de uma mesma lei ser considerada constitucional em um determinado processo, e inconstitucional em outro, ofende o princípio constitucional da isonomia, além de tornar o sistema de jurisdição constitucional incongruente.

Dessa forma, a aplicação da teoria da abstrativização enseja uma mutação constitucional do art. 52, x da CR/88, interpretando o ato do Senado como forma de conferir publicidade à decisão definitiva do Supremo. Para esclarecer, cito Mendes (2016, p. 1142):

*Parece legítimo entender que a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Dessa forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se comunicação ao Senado Federal para que se publique 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.** O Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, uma vez que não cuida de decisão substantiva, mas de simples dever de publicação.(grifo do autor).*

## **2.1 PRINCIPAIS ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ART. 52, X DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988:**

O presente tópico se valerá dos argumentos levantados pelo Ministro Gilmar Mendes, enquanto principal defensor da ocorrência da mutação, cumprindo examiná-los.

Como é cediço, a estabilidade constitucional requer a adaptação das normas constitucionais à realidade social, tendo em vista que o texto constitucional não deve se tornar texto decorativo desprovido de efetividade e normatividade.

Como forma de adequação normativa da Constituição, foram criados mecanismos de modificação de suas normas. De um lado, a alteração da norma constitucional pode ocorrer pela via formal, com a modificação do texto da Constituição, por meio de um procedimento legislativo complexo previsto na própria Constituição: emenda e revisão constitucional.

De outro modo, é possível que a alteração ocorra de maneira informal. Conforme ensina Novelino (2017, p. 135), as mudanças informais podem ocorrer como o surgimento de novos costumes constitucionais ou pela via interpretativa, sendo a nova interpretação em regra utilizada como o intuito de compatibilizar o conteúdo da Constituição às transformações políticas, sociais e econômicas ocorridas na sociedade.

É por meio da mutação constitucional - que consiste na alteração do sentido e do alcance das normas constitucionais sem qualquer modificação literal de seu texto - , que é possível uma modificação na interpretação da norma.

É nessa perspectiva que Mendes defende a mutação constitucional do art. 52, X, da CR/88. Aduz o doutrinador (2016, p. 1133), que o instituto da suspensão da execução pelo Senado Federal foi concebido sob uma perspectiva da teoria da separação dos poderes já superada, restando hoje somente por razão exclusivamente histórica.

Assim, o instituto mostra-se inadequado para assegurar a eficácia geral ou efeito vinculante às decisões do STF em diversos casos, como aqueles em que a

Corte não declara a inconstitucionalidade de lei, limitando-se a fixar a orientação mais adequada acerca da interpretação da norma constitucional.

De outra parte, também se mostra ineficaz o instituto quando a Corte adota interpretação conforme a Carta Magna, restringindo o significado de determinada expressão contida no texto da Constituição.

Ainda como argumento de defesa da mutação constitucional pretendida, o doutrinador defende, amparado pela doutrina de Lúcio Bittencourt, que a atribuição de um sentido substancial à resolução do Senado Federal, como forma de garantir eficácia geral à decisão da Corte Constitucional que declara a inconstitucionalidade de ato normativo, vai de encontro à regra da nulidade *ab initio* do ato inconstitucional e da eficácia *ex tunc* (retroativa) da decisão que reconhece esse vício, e que fora consagrada em nosso modelo de controle de constitucionalidade. (MENDES 2016, p. 1136).

Assim, a crítica recai sobre a incongruência de se suspender a execução de uma lei que seria inconstitucional desde o seu surgimento, ou seja, se a lei é nula desde seu nascimento, como poderia continuar a produzir efeitos mesmo depois de declarada inconstitucional pela Suprema Corte?

Nesse sentido, afirma o autor que se apenas a resolução do Senado Federal confere efeitos vinculante e *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade, reconhecida incidentalmente, está mais para negação do que afirmação da teoria da nulidade da lei inconstitucional. (MENDES 2016, p. 1137).

É certo que tais fundamentos demonstram que o instituto necessita de uma ressignificação, ao passo que não mais se coaduna com o atual estágio de jurisdição constitucional brasileiro, sendo incoerente a submissão da possibilidade de garantir efeitos gerais em decisão que considera determinada lei inconstitucional pela Corte máxima, encarregada da guarda da Constituição, à mera discricionariedade do Senado Federal.

Conforme leciona Novelino (2017, p. 189), esse movimento de abstrativização pode ser constatado em diversos planos. No plano constitucional, cita o autor a Emenda Constitucional nº 45/2004, que introduziu dois novos institutos que

representam a tendência: a súmula vinculante e a repercussão geral no recurso extraordinário.

Acerca da súmula vinculante, Mendes (2016, p. 1138) afirma que a mesma veio para debilitar ainda mais o já enfraquecido instituto da suspensão de execução pelo Senado, considerando que a súmula vinculante confere interpretação vinculante à decisão que declara a inconstitucionalidade, sem que lei declarada inconstitucional tenha sido eliminada formalmente do ordenamento jurídico.

Já o requisito da repercussão geral do recurso extraordinário demonstra que este vem perdendo seu caráter eminentemente subjetivo, assumindo um papel de defesa da ordem constitucional objetiva.

Ainda em sede doutrinária, defende Dirley da Cunha Jr. (2009, p.321):

*Portanto, e concluindo o exame da jurisdição constitucional no controle difuso-incidental à luz do direito constitucional positivo brasileiro, **somos de opinião de que se deva eliminar do sistema a intervenção do Senado nas questões constitucionais discutidas incidentalmente**, para transformar o Supremo Tribunal Federal em verdadeira Corte com competência para decidir, ainda que nos casos concretos, com eficácia geral e vinculante, à semelhança do stare decisis da Supreme Court dos Estados Unidos da América.*

## **2.2 PRINCIPAIS CRÍTICAS À TESE DA ABSTRATIVIZAÇÃO:**

A validade da mutação constitucional do art. 52, X da CR/88 é questionada por diversos constitucionalistas. Dentre as principais críticas pode-se citar a ausência de dispositivos e regras constitucionais para sua implementação. Nessa esteira Lenza (2017, p. 290):

*Assim, **na medida em que a análise da constitucionalidade da lei no controle difuso pelo STF não produz efeito vinculante, parece que somente mediante necessária reforma constitucional (modificando o art. 52, x, e a regra do art. 97) é que seria possível assegurar a constitucionalidade dessa nova tendência.** (grifo do autor)*

O autor afirma que ao admitir que o Supremo interprete no sentido de ter havido mutação constitucional do citado dispositivo, transformando o Senado em órgão para simples publicidade da decisão concreta, estar-se-á a “sustentar inadmitida mutação inconstitucional”, pois que ao STF não foi dado poder de reforma.

Como alternativa de expandir os efeitos das decisões em controle difuso pelo STF, cita ainda o autor que seria mais legítimo aprovar súmula vinculante, de modo a respeitar a segurança jurídica e evitar “casuísmos”.

Ricardo Gomes (2010, p. 03) também é uma das vozes que criticam a tese da abstrativização, para o autor há limites para a mutação constitucional, apesar de reconhecer que as demandas surgidas na realidade fática exigem adaptação das normas constitucionais, afirma o autor que a alegada mutação carece de observância dos limites jurídicos para alteração informal da Constituição.

O autor é ainda mais incisivo em sua crítica, ao afirmar que a mutação pretendida é inválida em nosso ordenamento jurídico. Com efeito, colaciono trecho de seu artigo:

*A mencionada mutação constitucional, ao atribuir à redação do inciso X do art. 52 da Constituição (cuja literalidade prescreve que compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal) o sentido que a resolução do Senado Federal somente tem o efeito de dar publicidade aos cidadãos acerca da decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou definitivamente a inconstitucionalidade do ato normativo impugnado, não obedece às possibilidades semânticas da norma constitucional citada. Isso porque, dos vários sentidos linguísticos que podem ser extraídos do dispositivo constitucional, nenhum permite a conclusão de que não é ao Senado Federal que compete determinar a suspensão do ato normativo inconstitucional. Pelo contrário, a Constituição Federal possui dispositivo expresso exigindo a intervenção do Senado Federal para que se dê efeito erga omnes à decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal de inconstitucionalidade, e que não foi objeto de qualquer modalidade de alteração formal apta a embasar o sentido buscado por aqueles autores.*

Gomes também afirma que a tese da abstrativização ofende diversos princípios da hermenêutica constitucional, vejamos:

*Verifica-se que o caminho interpretativo percorrido pelos defensores da aludida mutação desprezou princípios basilares da hermenêutica constitucional, tais como: o princípio da máxima efetividade da norma constitucional, já que impede a total incidência normativa do inciso X do art. 52 à hipótese que abstratamente regula; o princípio da unidade da Constituição, na medida em que despreza o modelo híbrido de controle de constitucionalidade brasileiro, no qual convivem os controles concreto ou difuso e abstrato ou concentrado; o princípio da força normativa da Constituição, uma vez que, sem observar o conteúdo semântico do inciso X do art. 52, desconsidera a sua norma; e, por fim, o princípio da razoabilidade (ou proporcionalidade), já que o sentido resultante da aludida mutação é irrazoável em face da redação do dispositivo constitucional.*

Ainda nesse sentido, questiona-se como seria possível o artigo 52, X, da Constituição - que dispõe expressamente sobre a competência privativa do Senado em suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF -, poderia ter seu significado transformado, determinando que a competência privativa do Senado restringe-se em dar publicidade à suspensão da execução realizada pelo próprio STF (passa de uma função ativa, como componente de um ato complexo, para uma passiva, como simples chancelador das decisões do STF).

Vê-se, portanto, que os argumentos citados não vão de encontro à teoria da abstrativização em si, mas sim à mutação constitucional do art. 52, x da CR/88.

O que se percebe é uma resistência à mutação constitucional do referido dispositivo, sob o argumento de que se estaria afrontando o princípio da separação dos poderes ou, ainda, extrapolando os limites interpretativos conferidos ao Poder Judiciário.



Assim, nos termos aqui expostos, estar-se-ia afrontando o próprio texto constitucional. Em resumo, argumenta-se que o dispositivo não contempla a possibilidade “semântica” de tal interpretação, somente podendo ocorrer mutação até onde o texto normativo permitir. Desse modo, a mudança deveria ser feita mediante Emenda Constitucional, pois caberia somente ao constituinte derivado a atribuição de alterar o texto constitucional.

### **3. DISCUSSÃO DA TEORIA DA ABSTRATIVIZAÇÃO E DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ART. 52, X, DA CR/88 NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:**

A análise da discussão da teoria da abstrativização e da mutação constitucional do art. 52, inciso X, da CR/88, pelo Supremo Tribunal Federal, que nesse tópico se pretende realizar, será baseada nos votos proferidos na Reclamação Constitucional nº 4.335/AC, de relatoria do Min. Gilmar Mendes.

Para a resolução do mérito da reclamação a Corte precisou se debruçar sobre a tradicional distinção na sua própria jurisprudência entre os efeitos de suas decisões que declaram incidentalmente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, daquelas proferidas em controle abstrato.

A reclamação 4.335-5/AC foi proposta pela Defensoria Pública da União contra decisão proferida pelo Juiz da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco/AC, que indeferiu o pedido de progressão de regime em favor de condenados por crimes hediondos, com base no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos), que prevê o cumprimento integral em regime fechado da pena imposta por crimes hediondos e equiparados.

O fundamento da reclamação foi o descumprimento da decisão proferida pelo STF no Habeas Corpus 82.959, na qual restou afastada a vedação da progressão de regime dos crimes hediondos e equiparados prevista no art. 2º, § 1º da lei de crimes hediondos, por ser considerada inconstitucional.

Conforme se denota no relatório da reclamação em análise, o juiz reclamado indeferiu o pedido de progressão de regime sob a alegação de que a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/1990 foi declarada em sede de controle difuso pelo STF, tendo essa decisão efeitos *inter partes*.

Na decisão proferida, os ministros Gilmar Mendes e Eros Grau defenderam a dispensabilidade de expedição de resolução pelo Senado Federal para conferir eficácia geral às decisões do STF em controle difuso, reconhecendo a mutação constitucional do art. 52, X, da CR/88.

O Min. Gilmar Mendes justificou essa mutação afirmando que o instituto disciplinado no art. 52, X, da CR/88 perdeu a justificativa de sua existência pela amplitude conferida ao controle abstrato de normas e pela possibilidade de que se suspenda, liminarmente, a eficácia das leis ou atos normativos, com eficácia geral.

Defendendo a ocorrência de mutação constitucional, colaciono trecho do voto proferido pelo referido Min.<sup>8</sup>:

*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 uma autêntica reforma da Constituição sem expressa modificação do texto** (grifo do autor).*

Mendes defendeu que a multiplicação de processos idênticos no sistema difuso pós-Constituição de 88 contribuiu para que a Suprema Corte percebesse a necessidade de atualização do instituto, parecendo legítimo defender que a fórmula de suspensão pelo Senado há de ter simples efeito de publicidade (pág. 55 de seu voto).

Nesse sentido, o ministro argumenta que a própria decisão da Corte contém *força normativa*. Assim, o Senado não teria a faculdade de publicar ou não a decisão, uma vez que não se cuida de decisão em seu sentido substantivo, mas dever de publicação.

Em seu voto, o Min. Eros Grau, em suma, seguiu a linha argumentativa do ministro Gilmar Mendes, principalmente no tocante à ocorrência da mutação constitucional. Sustentou que norma e texto normativo são institutos diversos, que não se confundem, sendo que o primeiro só se produz quando aplicado o segundo ao caso concreto. Ou seja, a norma surge na aplicação ao caso concreto, trazendo a ideia de interpretação do texto para compatibilização à realidade.

---

<sup>8</sup> Reclamação 4.335-5/AC, pág. 43 do voto do ministro Gilmar Mendes

Assim, uma mudança de interpretação seria a simples mudança de compreensão da norma extraída do texto normativo, enquanto a mutação constitucional é a produção de um texto diverso do original.

Enquanto na mudança de interpretação muda-se apenas o resultado, na mutação o resultado é outro por conta da mudança do pressuposto do próprio texto objeto de interpretação. Essa é a tese central do voto, que propõe um novo texto constitucional ao art. 52, X, da CR, dado o novo contexto brasileiro – adotando a argumentação do ministro Gilmar Mendes– para que se leia que o Senado Federal somente dará publicidade à decisão de inconstitucionalidade do STF, em controle difuso, pela edição de uma resolução.

Dessa forma, apesar de ir na mesma direção de Mendes, Eros Grau conceitua o fenômeno da mutação constitucional de forma diferente. Vejamos:

*A mutação constitucional é transformação de sentido do enunciado da Constituição sem que o próprio texto seja alterado em sua redação, vale dizer, na sua dimensão constitucional textual. Quando ela se dá, o intérprete extrai do texto norma diversa daquelas que nele se encontravam originariamente involucradas, em estado de potência. Há, então, mais do que interpretação, esta concebida como processo que opera a transformação de texto em norma. **Na mutação constitucional caminhamos não de um texto a uma norma, porém de um texto a outro texto, que substitui o primeiro.** Daí que a mutação constitucional não se dá simplesmente pelo fato de um intérprete extrair de um mesmo texto norma diversa da produzida por um outro intérprete. Isso se verifica diuturnamente, a cada instante, em razão de ser, a interpretação, uma prudência. **Na mutação constitucional há mais. Nela não apenas a norma é outra, mas o próprio enunciado normativo é alterado.** (grifos do autor).*

Conforme se observa do trecho citado, para o ministro Eros Grau a mutação constitucional é criação de um texto que substituirá outro. O que se defendeu foi que a interpretação dada ao art. 52, X, da CR/88 pelo ministro Gilmar Mendes não se trata de mera interpretação, mas de verdadeira mutação no sentido acima exposto: “na

mutação constitucional não apenas a norma é nova, mas o próprio texto normativo é substituído por outro.”<sup>9</sup>

Após a definição de seu conceito de mutação, ele também estabelece qual seria o seu limite: só será válida, para o ministro, se o novo texto for compatível com o todo da Constituição, ou seja, for constitucional:

*Em casos como tais importa apurarmos se, ao ultrapassarmos os lindes do texto, permanecemos a falar a língua em que ele fora escrito, de sorte que, embora **tendo sido objeto de mutação, sua tradição seja mantida e ele, o texto dela resultante, seja coerente com o todo, no seu contexto.**(grifo do autor).*

O Min. sustentou a obsolescência do texto do art. 52, X, da CR/88 e a necessidade de uma releitura do dispositivo, por força da mutação constitucional, afirmando que mantém o texto adequado (coerente) ao contexto em que surgido (limite à mutação constitucional, de acordo com o mesmo). Ademais, não haveria qualquer confronto entre a mutação (novo texto) e o todo da Constituição, nem oposição a qualquer de seus princípios; “o novo texto é plenamente adequado ao espaço semântico constitucional.”<sup>10</sup>

Os ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa votaram de forma contrária à tese defendida pelo ministro relator Gilmar Mendes e pelo ministro Eros Grau.

Sepúlveda inicia seu voto com forte crítica à mutação pretendida, comparando, de certa forma, a alegada mutação constitucional com um golpe de Estado, nestas palavras:

*[...] não me animo à mutação constitucional proposta. E mutação constitucional por decreto do poder que com ela se ampliaria; o que, a visões mais radicais, poderia ter o cheiro de golpe de Estado. Às tentações do golpe de Estado não está imune o Poder Judiciário; é essencial que a elas resista.*<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> Reclamação 4.335-5/AC, pág. 11 do voto-vista do ministro Eros Grau.

<sup>10</sup> Reclamação 4.335-5/AC, pág. 14 do voto-vista do ministro Eros Grau.

<sup>11</sup> Reclamação 4.335-5/AC, pág. 1 do voto do ministro Sepúlveda Pertence.

O Min. sustenta, ainda, que a mutação constitucional nem é mais necessária para conferir maior eficácia às decisões constitucionais do STF. É que, defendeu o ministro, a EC 45/2004 dotou o Supremo Tribunal de um poder que sem reduzir o Senado a um órgão de mera publicidade de decisões da Corte, dispensa essa intervenção, referindo-se ao instituto da súmula vinculante.

Ainda nesse rumo, o Min. afirmou que caso o STF queira conferir efeito vinculante às suas decisões valer-se-á da adoção solene, pelo Tribunal, da súmula vinculante.

Apesar de discordar dos argumentos levantados pelos ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, Sepúlveda concedeu *habeas corpus* de ofício, julgando improcedente a reclamação.

O Min. Joaquim Barbosa caminhou na mesma direção que Sepúlveda, expondo que os fundamentos alegados não são suficientes para permitir a ocorrência da mutação, reforçando sua convicção de que o STF não depende mais do Senado para atribuir efeito *erga omnes* às declarações de inconstitucionalidade no controle difuso, devendo o STF, se entender que a decisão deverá ter aplicação geral, editar súmula vinculante a respeito.

Barbosa foi além, afirmando que não se trata de mutação constitucional, apesar de não conceituar o que seria mutação constitucional em seu entendimento. Este é o trecho: “mas o que vislumbro com a proposta é que ocorrerá pura e simplesmente, pela via interpretativa, a mudança no sentido da norma constitucional em questão”.<sup>12</sup>

Do mesmo modo que Sepúlveda, Barbosa julgou improcedente a reclamação e concedeu *habeas corpus* de ofício.

O Min. Ricardo Lewandowski, em seu voto-vista, sustentou que a mutação constitucional defendida levaria a um rebaixamento do papel do Senado Federal, eis o trecho:

*Tal interpretação, contudo, a meu ver, levaria a um significativo aviltamento da tradicional competência daquela Casa Legislativa no*

---

<sup>12</sup> Reclamação 4.335-5/AC, pág. 4 do voto do ministro Joaquim Barbosa.

*tocante ao controle de constitucionalidade, **reduzindo o seu papel a mero órgão de divulgação das decisões do Supremo Tribunal Federal nesse campo.** Com efeito, a prevalecer tal entendimento, a Câmara Alta sofreria verdadeira *capitis diminutio* no tocante a uma competência que os constituintes de 1988 lhe outorgaram de forma expressa. (grifo do autor).<sup>13</sup>*

Além disso, Lewandowski argumentou que a exegese proposta ofenderia o sistema de separação de poderes, pois que um poder não deveria suprimir a competência de outro por meio da interpretação.

O Min. reconheceu que as decisões proferidas pelo STF em sede de controle difuso impactam nas demais instâncias jurisdicionais. Todavia, isso não justifica a atribuição de “novos contornos” ao art. 52, X, da CR/88, sendo tal dispositivo dotado de eficácia plena e aplicabilidade imediata.

Os Ministros Teori Zavascki, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber e Celso de Mello não acolheram a tese da mutação constitucional, e reconheceram como fato superveniente a SV 26/2009 que determina a observância da inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 para fins de progressão de regime. Todavia, conheceram e julgaram procedente a reclamação.

Zavascki, em seu voto, ressaltou que desde a CR/1934 existe essa intervenção do Senado tendo como finalidade, de cunho eminentemente prático, ampliar a força vinculativa das decisões de declaração de inconstitucionalidade tomadas pelo STF em controle difuso, conferindo-lhes, assim, eficácia *erga omnes*.

Todavia, chamou atenção para o fato de não ser a única forma de ampliação da eficácia subjetiva das decisões proferidas pelo STF em controle difuso: sendo eficaz o controle concentrado, por si só dotado de eficácia *erga omnes*, súmulas vinculantes, requisito da repercussão geral no recurso extraordinário (que conferiu um efeito de objetivação ao recurso).

Já Barroso apontou os limites da mutação constitucional. Eis o trecho:

---

<sup>13</sup> Reclamação 4.335-5/AC, pág. 8 do voto do ministro Ricardo Lewandowski.

[...] Porém, encontro, como limite a esse processo de mutação constitucional, a textualidade dos dispositivos constitucionais. De forma que, embora goste da ideia, acho que ela não é compatível com o Texto Constitucional, na redação do art. 52, X. [...]. De modo que eu acho que aqui a solução institucionalmente mais legítima é a mesma. **Portanto, o Supremo acha que esse modelo deve mudar. Porém, como ele está previsto textualmente na Constituição, e nós não somos poder constituinte originário, nem tampouco derivado, eu acho que se pode doutrinariamente concitar o Congresso Nacional a agir. Porém, penso não ser possível interpretar um Texto Constitucional, como nenhum texto, contra a sua literalidade, contra as possibilidades semânticas que ele oferece, porque, se assim fosse, nós nos tornaríamos donos da razão e donos da verdade em todo e qualquer caso, e o constituinte seria irrelevante. (grifo do autor).**

A Min. Rosa Weber e o Min. Celso de Mello acompanharam o voto de Zavaski.

Síntese dos entendimentos:

- Gilmar Mendes	- Teori Zavascki	- Sepúlveda Pertence
- Eros Grau	- Luís Roberto Barroso	- Joaquim Barbosa
	- Rosa Weber	- Ricardo Lewandowski
	- Celso de Mello	- Marco Aurélio
<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ Reconhecimento da mutação constitucional do art. 52, X, da CR/88;</li> <li>➤ Senado daria publicidade à decisão de inconstitucionalidade declarada no controle difuso exercido pelo STF;</li> <li>➤ Esses dois ministros</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ Preservação da regra estabelecida no art. 52, X, da CR/88: não acolhimento da tese de mutação constitucional;</li> <li>➤ Reconhecimento de fato superveniente (SV 26/2009);</li> <li>➤ Conheceram e julgaram precedente a reclamação.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ Preservação da regra estabelecida no art. 52, X, da CR/88: não acolhimento da tese de mutação constitucional;</li> <li>➤ Utilização da súmula vinculante para conferir efeitos erga omnes;</li> <li>➤ Não Conheceram da reclamação e</li> </ul>



conheceram e julgaram procedente a reclamação.		concederam HC de ofício.
--	--	--------------------------

Resta evidente que no referido julgamento o STF (8 x 2) não admitiu a teoria da abstrativização do controle difuso, bem como rejeitou a tese da mutação constitucional do art. 52, x, da CR/88.

#### *a) Perspectivas atuais no STF*

No ano de 2017, três anos após o julgamento da reclamação 4.335/AC, o Supremo, no julgamento das ADIs 3.470 e 3.406<sup>14</sup> (controle concentrado), que tratou da discussão acerca da proibição de normas que permitiam a extração, industrialização, comercialização e a distribuição do uso do amianto na variedade crisotila, **declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei federal 9.055/1995 e proibiu o seu uso em todo o Brasil.**

**Nesse caso o Plenário entendeu que a declaração, em sede incidental, de inconstitucionalidade gerava efeitos vinculantes e *erga omnes*, inclusive para normas que vierem a serem publicadas no futuro** (“Inconstitucionalidade sucessiva” – Min. Dias Toffoli).<sup>15</sup>

Isso demonstra a tendência de que o Supremo caminha para adoção da teoria da abstrativização, pois ao declarar incidentalmente a inconstitucionalidade de dispositivo de uma lei estadual, conferiu a essa declaração eficácia geral. Para elucidação acerca do julgamento das ADI’s em referência, transcrevo parte do informativo do STF n. 886:

*O Supremo Tribunal Federal (STF), por maioria, julgou improcedentes pedidos formulados em ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas contra a Lei nº 3.579/2001 do Estado do Rio de Janeiro. O referido diploma legal proíbe a extração do asbesto/amianto em todo território daquela unidade da Federação e prevê a substituição progressiva da produção e da comercialização de produtos que o contenham.*

<sup>14</sup> Quando da elaboração desse trabalho, o inteiro teor dos acórdãos ainda não estava disponível no site do Supremo, motivo pelo qual foi transcrito apenas trechos do informativo n. 886 do STF.

<sup>15</sup> Cavalcante, Bruno R. A teoria da abstrativização no controle difuso. Jota. 2018.

A Corte declarou, também por maioria e incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º(1) da Lei federal nº 9.055/1995, com efeito vinculante e “erga omnes”. O dispositivo já havia sido declarado inconstitucional, incidentalmente, no julgamento da ADI 3.937/SP (rel. orig. min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. min. Dias Toffoli, julgamento em 24.8.2017).

**A partir da manifestação do ministro Gilmar Mendes, o Colegiado entendeu ser necessário, a fim de evitar anomias e fragmentação da unidade, equalizar a decisão que se toma tanto em sede de controle abstrato quanto em sede de controle incidental.** O ministro Gilmar Mendes observou que o art. 535 (2) do Código de Processo Civil reforça esse entendimento. Asseverou estar fazendo uma releitura do disposto no art. 52, X (3), da CF, no sentido de que a Corte comunica ao Senado a decisão de declaração de inconstitucionalidade, para que ele faça a publicação, intensifique a publicidade.

**O ministro Celso de Mello considerou se estar diante de verdadeira mutação constitucional que expande os poderes do STF em tema de jurisdição constitucional.** Para ele, o que se propõe é uma interpretação que confira ao Senado Federal a possibilidade de simplesmente, mediante publicação, divulgar a decisão do STF. Mas a eficácia vinculante resulta da decisão da Corte. Daí se estaria a reconhecer a inconstitucionalidade da própria matéria que foi objeto deste processo de controle abstrato, prevalecendo o entendimento de que a utilização do amianto, tipo crisotila e outro, ofende postulados constitucionais e, por isso, não pode ser objeto de normas autorizativas. **A ministra Cármen Lúcia, na mesma linha, afirmou que a Corte está caminhando para uma inovação da jurisprudência no sentido de não ser mais declarado inconstitucional cada ato normativo, mas a própria matéria que nele se contém. O ministro Edson Fachin concluiu que a declaração de inconstitucionalidade, ainda que incidental, opera uma preclusão consumativa da matéria.** Isso evita que se caia numa dimensão semicircular progressiva e sem fim. E essa afirmação não incide em contradição no sentido de reconhecer a constitucionalidade da lei estadual que também é proibitiva, o que significa, por uma simetria, que todas as legislações que são permissivas — dada a preclusão consumativa da matéria, reconhecida a inconstitucionalidade do art. 2º da lei federal — são também inconstitucionais.

**Em divergência, o ministro Marco Aurélio afirmou que o fenômeno previsto no inciso X do art. 52 da CF — regra que atende a independência e harmonia entre os poderes — é constitutivo e não simplesmente declaratório, visto que diz respeito à suspensão da execução da lei no território nacional.**

Quanto à improcedência dos pedidos, prevaleceu o voto da ministra Rosa Weber (Relatora).

**A ministra Rosa Weber entendeu que a competência legislativa dos Estados não é plena, e sim suplementar. Por isso, a norma estadual não pode confrontar a norma federal, de modo a**

**provocar o seu afastamento.** No caso, a Lei nº 3.579/2001, ao regular aspectos da exploração do amianto relacionados à produção e consumo, proteção do meio ambiente e controle da poluição e proteção e defesa da saúde, não excede dos limites da competência suplementar dos Estados, no tocante a essas matérias.

Reputou que a lei atacada não possui conteúdo normativo que leve ao afastamento da norma geral consubstanciada na Lei nº 9.055/1995. A lei federal é norma geral editada pela União no exercício da limitada competência de conformação normativa conferida pelo art. 24, § 1º, da Constituição da República.

No ponto, asseverou que os artigos 3º, 4º e 5º da Lei nº 3.579/2001, que proíbem a utilização, a pulverização (spray) e a venda a granel de qualquer tipo de asbesto contemplam enunciados normativos em tudo congruentes com o art. 1º, I, II e III, da Lei nº 9.055/1995. Por sua vez, os artigos 2º e 6º do diploma estadual impugnado, que vedam no território do Estado do Rio de Janeiro, a extração, a fabricação e a comercialização de produtos que contenham asbesto de qualquer tipo, traduzem o devido exercício, pelo legislador fluminense, da competência concorrente suplementar, a teor do art. 24, V, VI e XII, e § 2º, da Constituição da República.

Para a ministra Rosa Weber, a Lei nº 9.055/1995, como norma geral que é, adota uma postura teleológica, frente à exploração econômica do amianto, e reconhece seus riscos e a necessidade de controle. Define as condições mínimas a serem observadas para que a exploração do asbesto da variedade crisotila seja tolerada como lícita. A simples tolerância não vincula a atividade legislativa de Estados e Municípios. De modo algum ostenta eficácia preemptiva de atividade legislativa estadual que, no exercício legítimo da competência concorrente, venha a impor controles mais rígidos ou proibitivos. Portanto, a Lei nº 9.055/1995 e a Lei nº 3.579/2001 estão orientadas na mesma direção, tendo a legislação estadual complementar, no caso, apenas avançado onde o legislador federal preferiu se conter. Ao impor um nível de proteção mínima a ser observado em todos os Estados da Federação, a Lei nº 9.055/1995 não pode ser interpretada como obstáculo à maximização dessa proteção, conforme escolha dos Estados, individualmente considerados. A proibição progressiva encartada na legislação estadual em apreço está alinhada à diretriz norteadora e à teleologia do regime previsto na Lei nº 9.055/1995.

A mesma conclusão de ausência de inconstitucionalidade formal conduz ao entendimento de que inconstitucional, e em consequência nulo e ineficaz, o art. 2º da Lei nº 9.055/1995, a atrair, por si só, a incidência do art. 24, § 3º, da Lei Maior, segundo o qual “inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena”. Por isso, infundada a alegada afronta ao art. 24, V, VI e XII, e §§ 1º a 4º, da Constituição Federal.

Também rejeitou a alegada inconstitucionalidade formal, seja ao fundamento da usurpação da competência privativa da União, seja ao fundamento de vício de iniciativa. Observou que o art. 7º do diploma fluminense estabelece limites de tolerância à exposição a fibras de amianto no ambiente de trabalho. Não expressa norma trabalhista em

*sentido estrito, mas de proteção do meio ambiente. Já os arts. 8º e 9º da lei fluminense disciplinam a rotulagem de produto quando no território do Estado, o que não representa legislar sobre comércio interestadual.*

*Esclareceu que os arts. 7º, XII, XIII e XVII, e 10 da lei estadual, de iniciativa parlamentar, de fato incorriam em vício de iniciativa, a teor do art. 84, II e VI, “a”, da Lei Maior, na esteira da jurisprudência do STF, enquanto definiam procedimentos a serem observados pela Secretaria de Saúde do Estado do Rio de Janeiro e assinalavam atribuições a servidores do Poder Executivo. Todavia, reconhecida a constitucionalidade do seu art. 2º, e considerado o prazo de quatro anos, contados da sua publicação, para a fabricação e a comercialização de produtos contendo amianto crisotila em sua composição, já exauridos os efeitos dos seus arts. 7º, 8º, 9º e 10, pelo que não mais sujeitos ao controle de constitucionalidade em sede abstrata.*

*Por fim, afastou a apontada inconstitucionalidade material da lei impugnada, por ofensa aos artigos 1º, IV, 5º, “caput”, II, XXII e LIV, e 170, caput, II, IV e parágrafo único, da CF. Explicou que, informada pelo consenso técnico e científico hoje estabelecido, no tocante às premissas fáticas de que (i) todos os tipos de amianto provocam câncer, não tendo sido identificado nenhum limite para o risco carcinogênico do crisotila, e (ii) a sua substituição se mostra absolutamente viável sob o aspecto econômico, a lógica da inconstitucionalidade da proteção insuficiente ampara a conclusão de que não desarrazoadas as iniciativas legislativas relativas à sua regulação, em qualquer nível federativo, ainda que resultem no banimento de todo e qualquer uso do amianto.*

*Vencidos o ministro Marco Aurélio, que votou pela procedência do pedido, reportando-se ao voto por ele proferido na ADI 3.937/SP e, em parte, o ministro Alexandre de Moraes, que, por considerar que o art. 2º da Lei nº 9.055/1995, norma geral, é constitucional e não foi extirpado do ordenamento jurídico, julgou parcialmente procedente os pedidos para dar interpretação conforme ao art. 2º e ao art. 3º, ambos da Lei 3.579/2001 do Estado do Rio de Janeiro, respectivamente, no sentido de que fica proibida, em todo o território do Estado do Rio de Janeiro, a extração de asbesto, excluída a variedade crisotila, e de que fica proibida a utilização de asbesto, excluída a variedade crisotila. (grifos do autor)*

Como se depreende da leitura do informativo colacionado, ainda que sob fundamentações diferentes, é possível vislumbrar que nossa Corte Suprema, em sua composição atual, caminha no sentido de expandir os poderes conferidos ao STF no que tange à jurisdição constitucional.

O Min. Celso de Mello sinalizou possível mudança de entendimento em relação ao seu voto proferido na reclamação constitucional analisada no tópico anterior, visto que passou a admitir verdadeira mutação constitucional do art. 52, X da CR/88, para

lhe conferir uma interpretação que entregue ao Senado Federal a possibilidade de simplesmente, mediante publicação, divulgar a decisão do STF (tese rejeitada por ele no julgamento da Rcl. 4.335).

Do informativo, depreende-se que a Corte vem se mostrando mais receptiva aos argumentos do ministro Gilmar Mendes acerca da necessidade de mutação constitucional do art. 52, X da CR/88 para “evitar anomias e fragmentação da unidade e equalizar a decisão que se toma tanto em sede de controle abstrato quanto em sede de controle incidental”.

Todavia, conforme elucida Bruno Cavalcante (2017), embora o Supremo tenha se posicionado de maneira diferente, no julgamento das ADIs 3.470 e 3.406, ainda não houve a consolidação de uma superação na matéria, mas de um caso isolado, que tratou da inconstitucionalidade de dispositivo previsto em Lei federal, em que se permitia o uso do amianto.

De todo modo, já é possível avistar que a nossa Suprema Corte caminha no sentido de aproximar os efeitos do controle difuso e concentrado, a fim de garantir integridade no sistema de jurisdição constitucional.

Para isso, é necessário que haja uma reinterpretação do art. 52, X, da CR/88 para adequá-lo ao atual estágio de jurisdição constitucional. A Suprema Corte é a interprete final da norma constitucional, e, ao declarar a inconstitucionalidade de ato normativo por maioria, ainda que em controle difuso, essa decisão deveria vincular a todos, posto que incongruente a necessidade de se questionar a mesma norma declarada incompatível com a Constituição pela Corte máxima, em um juiz de primeiro grau (que, em tese, não está vinculado àquela interpretação).

De qualquer forma, havendo a decisão de inconstitucionalidade do ato normativo pelo STF de maneira incidental, possivelmente o interessado buscará sua pretensão até as últimas instâncias, caso os tribunais inferiores entendam diferente da Suprema Corte.

Portanto, vê-se que o princípio da supremacia da Constituição requer sua aplicação de modo uniforme a todos os destinatários e a abstrativização do controle

difuso realizado pelo STF significa uma racionalização da jurisdição daquela Corte e a integridade de suas decisões.

### 3.1. TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES x TEORIA DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO:

Cabe aqui fazer uma ressalva acerca da teoria da transcendência dos motivos determinantes, que não se confunde com a teoria da abstrativização. João Lordelo (2017) explica as diferenças com uma didática salutar, na qual me amparo.

Conforme explica o autor, a transcendência dos motivos determinantes imprime efeito vinculante à *ratio decidendi*, ou seja, à parte da **fundamentação** necessária e suficiente à conclusão do julgamento.

Já a abstrativização do controle difuso consiste em dar ao controle difuso o tratamento do controle concentrado, conferindo eficácia vinculante e *erga omnes* ao **dispositivo** da decisão, para além das partes.

A doutrina clássica processual (e o CPC) aponta que somente o dispositivo da decisão é vinculante, ou seja, somente a decisão sobre a constitucionalidade da norma é que vincularia, sendo secundários os fundamentos que levaram a tal decreto (GRINOVER, 2004, p. 29).

Todavia, o Supremo tem conferido eficácia vinculante também à fundamentação de suas decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade, com base na transcendência dos motivos determinantes.

#### a) *Ratio decidendi e obiter dictum*

Conforme Didier (2012, p. 03) a *ratio decidendi* são os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão; a opção hermenêutica adotada na sentença, sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi; trata-se da tese jurídica acolhida pelo órgão julgador no caso concreto.

Já o *obiter dictum* consiste nos argumentos que são expostos apenas de passagem na motivação da decisão, consubstanciando juízos acessórios, provisórios, secundários, impressões ou qualquer outro elemento que não tenha influência

relevante e substancial para a decisão sendo apenas algo que se fez constar “de passagem”, não podendo ser utilizado com força vinculativa por não ter sido determinante para a decisão.”

A teoria da transcendência dos motivos determinantes aponta dispensabilidade do *obiter dictum*, visto que são comentários que não influenciam na decisão. Desse modo, apenas teria efeitos transcendentais a *ratio decidendi*, a fundamentação essencial.

O que essa teoria pretende é conferir maior importância aos fundamentos de uma decisão que declara a inconstitucionalidade do ato normativo, garantindo-lhe efeitos vinculantes tal qual o dispositivo.

A priori, a decisão no controle difuso gera efeitos somente entre as partes, e a autoridade de coisa julgada recai apenas sobre o dispositivo da decisão (art. 504, I, do CPC), porém, a teoria da transcendência dos motivos determinantes interfere nessas duas premissas de forma substancial, pois, tanto procura aferir efeito vinculante aos fundamentos da decisão, indo além do caso concreto, como também quer atribuir que tais efeitos valham para todos, e não só às partes envolvidas no litígio. (BEZERRA, 2009, p. 50).

Assim, as duas teorias têm como plano de fundo os mesmos princípios: princípio da supremacia constitucional, força dos precedentes judiciais, integridade da jurisdição, isonomia, economia processual, unidade do sistema jurídico, todavia não se confundem.

## CONCLUSÃO

O controle de constitucionalidade é um importante instrumento social, visto que busca garantir o princípio da supremacia constitucional. No Brasil, atualmente esse controle se dá de forma mista.

Os moldes em que foi previsto inicialmente (exclusivamente de maneira difusa) foi superado pelo fortalecimento do modelo concentrado. Este último ganhou maior protagonismo após a Constituição de 88, a qual expandiu os legitimados ativos aptos a questionar a constitucionalidade da norma, conferindo força ao controle abstrato e possibilitando que qualquer controvérsia sobre a constitucionalidade de determinado ato normativo, respeitados os requisitos legais e constitucionais, seja apreciada pelo Supremo Tribunal Federal.

O constituinte de 1934 buscou uma forma de garantir a possibilidade de determinada decisão que declara incidentalmente a inconstitucionalidade de norma pela Corte Constitucional ser revestida de eficácia geral. Para tanto, conferiu ao Senado Federal a discricionariedade de, mediante decisão política, suspender a execução de lei declarada inconstitucional em decisão definitiva pelo STF.

Todavia, conforme ensinamentos do ministro Gilmar Mendes, o dispositivo não se coaduna com o sistema de jurisdição constitucional atual do Brasil, havendo a necessidade de ser reinterpretado sob a ótica do constitucionalismo moderno.

Com efeito, é cabível questionar sobre o novo papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade difuso.

Sabendo-se que o STF é guardião da Constituição, é certo que sua interpretação acerca da norma constitucional deve gerar efeitos gerais, sendo apta a valer para todos, ainda que sem resolução senatorial para atribuição de efeito *erga omnes*.

A pergunta norteadora deste trabalho de conclusão de curso circunda em torno da constitucionalidade da teoria da abstrativização com mutação constitucional do art. 52, X da CR/88, e pode, a partir dos argumentos levantados, ser respondida de forma afirmativa.



A tese da abstrativização se mostra extremamente atraente pela funcionalidade que proporciona ao sistema de jurisdição constitucional, ao buscar garantir a efetividade de valores processuais buscados pela Constituição Federal de 1988, como economia processual, celeridade e presteza na tutela jurisdicional constitucional.

O momento vivido hoje é o de Constitucionalização do direito, ou seja, toda interpretação deve partir da Constituição, a fim de conferir a máxima efetividade aos seus preceitos. Para tanto, é necessária uma interpretação uniforme das normas submetidas ao crivo do controle de constitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, tanto em sede de controle difuso, quanto concentrado.

Destarte, não se figura possível discordar que a mudança seria mais legitimamente efetuada por meio de emenda constitucional. Todavia, o mecanismo da mutação constitucional também se presta a conferir interpretação mais consentânea com a evolução social, visto que reveste a interpretação judicial de dinamismo.

O instituto jurídico da mutação constitucional é extremamente importante para o direito, pois é um dos instrumentos de atualização que faz com o que o texto constitucional se adeque à realidade social, isso é, permite que direito acompanhe o desenvolvimento da sociedade. Tal evolução é de suma importância porque o direito não tem um fim em si mesmo, mas é uma construção, e sua razão de existir está exatamente em alcançar o bem social.

Ao refletir sobre o assunto, penso que o potencial de transformação que o instituto da mutação permite não deve ser ignorado, pois o mesmo viabiliza a evolução da Constituição pelo seu intérprete e sua eventual adequação à realidade política, social e econômica do presente, mesmo que não haja alteração literal do texto constitucional.

Dentro os princípios que a teoria da abstrativização busca preservar, importa citar o princípio constitucional da isonomia. É estranho notar que uma decisão acerca da inconstitucionalidade da Lei, proferida em uma demanda concreta pela Suprema Corte, vincula somente as partes e continua com validade e eficácia às situações jurídicas iguais.

Nesse sentido, uma mesma lei que tenha sua incidência afastada pela Corte Suprema (e guardiã da Constituição, à qual cabe a última palavra acerca da interpretação das normas constitucionais), em determinado caso, continua a reger relações jurídicas iguais, afetando sua natureza normativa e genérica, visto que o Senado Federal não é obrigado a editar Resolução suspendendo a execução da lei.

Assim, se mostra mais consentâneo com o atual nível de jurisdição constitucional brasileiro que a própria Corte máxima confira eficácia geral às suas decisões, proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade, independentemente de qualquer providência do Senado Federal.

Nesse sentido, a Corte deve ser lastreada por princípios, como força normativa da Constituição, uniformidade, isonomia, integridade da jurisdição constitucional, coerência, entre outros, sendo relevante a aceitação da tese da abstrativização, inclusive em termos de economia processual.

Ao aproximar os efeitos dos controles difuso e concentrado, estar-se-á garantindo a racionalização da jurisdição do STF, visto que diversas demandas subjetivas chegam com pedido fundamentado em inconstitucionalidade de ato normativo àquela Corte.

Entendo que ao garantir uma nova interpretação do instituto da suspensão da execução de lei declarada inconstitucional pelo STF, em controle difuso, pelo Senado Federal, não estará a Suprema Corte retirando competência de outro Poder, mas sim conferindo ao instituto uma faceta mais condizente com o atual nível de jurisdição constitucional.

A força garantida aos precedentes judiciais, trazida pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que introduziu em nosso ordenamento o instituto da súmula vinculante, através da atuação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, foi reforçada pelo Código de Processo Civil e coloca em destaque a atuação dos órgãos jurisdicionais, notadamente dos tribunais superiores.

É nessa perspectiva que a vinculação das decisões do STF em controle difuso se volta a solucionar com maior segurança jurídica, coerência, celeridade e isonomia as demandas, cuja relevância ultrapassa os interesses subjetivos das

partes. Ou seja, quando o Supremo declara a inconstitucionalidade da norma incidentalmente está realizando seu papel de intérprete da Constituição, e, caso verifique a pertinência de se conferir eficácia geral a essa decisão, deve fazê-lo emancipado de qualquer providência do Senado.

É certo que, tratando-se de tema controverso, resta aguardar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca da aplicação da teoria da abstrativização, tendo em vista que, apesar da tendência demonstrada nas ADI's citadas, ainda é cedo para se falar em superação do entendimento predominante (de não aplicação da teoria).

Por fim, pertinente se faz sistematizar os principais pontos expostos ao longo do trabalho:

<b>Controle de constitucionalidade</b>		
Tipo de controle	<u>Difuso</u>	<u>Concentrado</u>
Objeto	Qualquer lei ou ato normativo contrário à Constituição	Qualquer lei ou ato normativo contrário à Constituição
Competência	Qualquer juiz ou tribunal	STF
Legitimidade ativa	Qualquer pessoa física ou jurídica	Rol exaustivo de legitimados previsto no art. 103 da CR/88
Efeitos da decisão	<i>Inter partes</i>	<i>Erga omnes</i>
<b>Teoria da abstrativização do controle difuso realizado pelo STF: mutação constitucional do art. 52, X, da CR/88</b>		
<b>Principais argumentos favoráveis</b>	<b>Principais críticas</b>	
<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ Eficácia ampla das decisões do STF;</li> <li>➤ Superação do instituto da suspensão pelo Senado;</li> <li>➤ Mudança na significação do artigo 52, X, no sentido de conferir ao mesmo interpretação segundo a qual a resolução suspensiva ostentaria efeitos apenas no sentido de conferir publicidade à decisão do STF;</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ Desnecessidade da mutação, tendo em vista a criação do instituto da sumula vinculante (Lewandowski);</li> <li>➤ Desrespeito aos limites da mutação constitucional (impossibilidade semântica);</li> <li>➤ Afronta ao princípio da separação dos poderes (o STF não é constituinte derivado, portanto, não pode mudar o texto constitucional);</li> </ul>	

## REFERÊNCIAS

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

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 1ª ed., 2009, Saraiva.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 24 fevr. 2018.

BRASIL. Constituição (1824) Constituição Política do Império do Brasil. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm)>. Acesso em 24 fev. 2018.

BRASIL. Constituição (1891) Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1891. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm)>. Acesso em 24 fev. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 4.335/AC. Brasília, DF, 20 de março de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 888. 11 a 19 dez. 2017. Jurisprudência, STF. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo888.htm>>. Acesso em: 18 mar.2018.

BROSSARD, Paulo. O Senado e as leis inconstitucionais, Revista de Informação Legislativa; v. 13, n. 50, p. 55-64, abr./jun. 1976, 04/1976.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 7. ed. rev. Coimbra: Almedina, 2003.

CAVALCANTE, Bruno R. A teoria da abstrativização no controle difuso. Jota. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/teoria-da-abstrativizacao-no-controle-difuso-12012018/>. Acesso em 10 mar. 2018.

CUNHA JR., Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. A evolução histórica do controle de constitucionalidade de leis e seu papel no século XXI. Disponível em <[https://www.al.sp.gov.br/repositorio/bibliotecaDigital/470\\_arquivo.pdf](https://www.al.sp.gov.br/repositorio/bibliotecaDigital/470_arquivo.pdf)>. Acesso em: 05 mar. 2018.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional - 9 ed. rev. ampl. e atual*, - Salvador: Juspodivm, 2017.

GOMES, Anderson Ricardo. Crítica à tese da abstrativização ou objetivação do controle concreto ou difuso de constitucionalidade. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 80, set 2010. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8306](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8306)>. Acesso em mar 2018.

GRINOVER. Ada Pellegrini. O controle de constitucionalidade e a coisa julgada erga omnes das ações coletivas. *Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Revista dos autores*, ano 2004, p. 59. Disponível em < <http://www.ablj.org.br/revistas/revista25>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

JÚNIOR, Didier Fredie. Sobre a fundamentação da decisão judicial, 2012, p. 03. Disponível em< <http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/sobre-a-fundamentacao-da-decisao-judicial.pdf>>. Acesso em: 17 mar. 2018.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MACIEL, Ademar Ferreira. 2006. O acaso, John Marshall e o controle de constitucionalidade. *Revista de Informação Legislativa*, ano 43, n. 172.

MARQUES, Lorena Bezerra. Abstrativização do controle difuso-concreto de constitucionalidade, o papel do Senado Federal diante da teoria da transcendência dos motivos determinantes. Disponível em < [http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/199/Monografia\\_Lor](http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/199/Monografia_Lor)

ena%20Bezerra%20Marques.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 19 mar. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional/ 10. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2016.

MENDES, Gilmar. O papel do Senado no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 41 n. 162 abr./jun. 2004.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. Stare Decisis et Non Quieta Movere: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2010.

ZAVASCKI, Teori Albino. Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional. 2000. 187f. Dissertação (mestrado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre.