

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO
MESTRADO PROFISSIONAL EM DIREITO, JUSTIÇA E DESENVOLVIMENTO

JOSÉ RODRIGUES FERREIRA JÚNIOR

**ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE:
paradigma de mutação (in)constitucional.**

SÃO PAULO, SP

2021

JOSÉ RODRIGUES FERREIRA JÚNIOR

**ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE:
paradigma de mutação (in)constitucional.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Mestrado Profissional em Direito, Justiça e Desenvolvimento. Área de Concentração em Constituição, Políticas Públicas e Democracia, do Instituto Brasiliense de Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. Rafael Silveira e Silva

SÃO PAULO, SP

2021

Página destinada aos Dados Internacionais de catalogação a ser incluída pelo Instituto

JOSÉ RODRIGUES FERREIRA JÚNIOR

**ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE:
paradigma de mutação (in)constitucional.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Mestrado Profissional em Direito, Justiça e Desenvolvimento. Área de Concentração em Constituição, Políticas Públicas e Democracia, do Instituto Brasiliense de Direito Público, sob orientação do Prof. Dr. Rafael Silveira e Silva.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Rafael Silveira e Silva - IDP
Orientador - Presidente

Prof. Dr. Rildo Mourão Ferreira
Membro da Banca

Prof(a). Dra. Mônica Sapucaia - IDP
Membro da Banca

Dedico o presente trabalho à minha mãe, esposa e filha;
bem como a todos os amantes da jurisdição
constitucional brasileira.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente a DEUS por ter me guiado nessa trajetória

À minha mãe Tiana

À minha esposa Isabela e à minha filha Ana Helena, pela paciência e apoio

Ao Prof. Dr. Rafael Silveira e Silva pelas orientações dispensadas

A todos os professores do Instituto Brasiliense de Direito Público, pelas excelentes aulas ministradas e que contribuíram à construção da presente dissertação

“Toda vez que um ser humano sofre por falta de dignidade, toda a humanidade se torna indigna”

RESUMO

Esta pesquisa tem por objetivo analisar criticamente a aplicação da teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal – STF no Brasil. A questão que se pretende responder é a seguinte: a aplicação da teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade é compatível com o modelo de Separação de Poderes adotados pela CFB/1988? Para tanto, busca-se analisar criticamente a mutação constitucional realizada no inciso X do artigo 52 da CFB/1988, à luz da teoria sobre a dignidade da legislação, em especial no tocante à vontade do constituinte originário quando da atribuição de função ao Senado Federal no controle de constitucionalidade difuso realizado pelo STF. Para a referida análise, optou-se por fazer estudos de caso em profundidade de algumas decisões proferidas pelo STF, de 2006 a 2016, utilizando-se, também, a Metodologia de Análise de Decisão – MAD. Ao fim, pode-se concluir que a aplicação da teoria da abstrativização traz descompassos com o regime democrático brasileiro, enfraquecendo o princípio da separação dos poderes.

Palavras-chave: Controle Difuso de Constitucionalidade. Ativismo Judicial. Separação de Poderes. Jurisdição Constitucional.

ABSTRACT

The target of this research is to critically analyze the of the theory of abstraction of diffuse control of constitutionality by the Federal Supreme Court - STF in Brazil in its practical use. The first question to be answered is the following one: Is it one abstract theory, or, in other words, is diffuse constitutionality control compatible with the Separation of Powers model adopted by CFB / 1988? Therefore, we seek to critically analyze the constitutional change carried out in item X of article 52 of the CFB/1988, in the path of theory on the dignity of human person and its legislation, especially with regard to the will of the original constituent when assigning function to the Federal Senate in the diffuse constitutionality review carried out by the STF. For this analysis, it was decided to carry out in-depth case studies of some decisions made by the Supreme Court, from 2006 to 2016, also using the Decision Analysis Methodology. At of this research, it will be answered if the application of the theory of abstraction is out of step with the Brazilian democratic regime, weakening the principle of separation of powers.

Keywords: Diffuse Constitutionality Control. Judicial Activism. Separation of Powers. Constitutional Jurisdiction.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADIN INTERVENTIVA	Ação Direta de Inconstitucionalidade interventiva
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CCJ	Comissão de Constituição e Justiça
CFB/1988	Constituição Federal Brasileira de 1988
CPPM	Código de Processo Penal Militar
CPP	Código de Processo Penal
CPC	Código de Processo Civil
EC	Emenda Constitucional
HC	<i>Habeas Corpus</i>
MAD	Metodologia de Análise de Decisão
PGR	Procurador-Geral da República
RE	Recurso Extraordinário
STF	Supremo Tribunal Federal

INTRODUÇÃO	11
1 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO	16
1.1 BREVE HISTÓRICO	18
1.2 ESPÉCIES DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	32
2 TEORIA DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO	38
2.1 O PAPEL DO SENADO FEDERAL NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE	42
2.2 MANUTENÇÃO DA AUTONOMIA DECISÓRIA DO SENADO FEDERAL À LUZ DA DIGNIDADE DA LEGISLAÇÃO	49
3 O PROCESSO DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO INCISO X DO ARTIGO 52 DA CFB/1988	53
3.1 CONCEITO DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL	53
3.2 PRELÚDIO LEGISLATIVO DO PROCESSO DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL	58
3.3 NÍTIDOS EFEITOS PROVOCADOS PELO PROCESSO DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL AO ART. 52, INCISO X DA CFB/1988	60
3.4 COMPATIBILIDADE DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	62
4 O STF E O ACOLHIMENTO DA TEORIA DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE	76
4.1 CASO 1 – A “TESE DO PILOTO”	76
4.2 CASO 2 - RECLAMAÇÃO 4.335/AC E O PRELÚDIO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL	82
4.3 CASO 3 - HC 127.900 E A RADICALIZAÇÃO DOS EFEITOS PROVOCADOS PELA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE	87
CONCLUSÃO	92
REFERÊNCIAS	97

INTRODUÇÃO

No Brasil, o sistema adotado é o do *civil law*. Nesse sistema, a fonte imediata é a lei, o que quer dizer que não se atribuiria, como ocorre nos países anglo-saxões, efeito vinculante de decisões, salvo se isso constar expressamente de texto de lei; situação que, inexoravelmente, limita, por parte do Poder Judiciário prolação de decisões substituindo o legislador positivo (PORTO; MARTINS, 2019).

Desse modo, as decisões acerca da constitucionalidade de uma lei ou ato normativo, tomadas em um determinado processo subjetivo, na qualidade de questão incidental, mesmo que emanadas do Supremo Tribunal Federal – STF, devem, em uma visão ortodoxa, serem dotadas de eficácia *inter partes*. Em outras palavras, a lei ou ato normativo atacado continuaria válido em relação às pessoas que não foram parte do processo subjetivo (PORTO; MARTINS, 2019).

Com isso, se conviveria com uma avalanche de ações impugnando, de forma incidental, a mesma norma, ocasionando, assim, grande retrabalho ao Poder Judiciário, já que seria necessário emitir reiteradas decisões sobre uma mesma questão por diversas vezes. Além disso, se correria o risco de ter decisões conflitantes, com o reconhecimento da constitucionalidade da lei ou do ato normativo para uns e de sua inconstitucionalidade para outros, comprometendo, assim, gravemente a segurança jurídica (PORTO; MARTINS, 2019).

Diante de tal cenário, buscando-se solucionar tal problema, o legislador pátrio houve por bem incluir, a partir da Constituição de 1934, incluindo a Constituição de 1988, um mecanismo que amplia os efeitos subjetivos da decisão proferida em sede de controle difuso-incidental de constitucionalidade, que é a possibilidade, pelo Senado Federal, de suspensão da execução de lei declarada pelo STF como inconstitucional por meio de decisão definitiva, tal como previsto no inciso X do artigo 52 da Constituição Federal Brasileira de 1988 – CFB/1988 (PORTO; MARTINS, 2019).

Assim, de acordo com Montez (2020), ao se considerar a atual evolução verificada na jurisdição constitucional brasileira, moveu-se a atenção para a (im)possibilidade de o STF acumular funções de Tribunal Constitucional e de Tribunal julgador em grau recursal, de causa cuja natureza seria comum aos demais tribunais e juízes.

Isso porque, assim agindo, sobrecarregar-se-ia a Suprema Corte de tal modo que sua função institucional de guardião do texto constitucional fica prejudicada, razão pela qual se promoveu reforma buscando restringir ao máximo o espectro de atuação do STF, de forma a conduzi-lo efetivamente ao desempenho de sua função primeira, que é, como já mencionado, de zelar pelo cumprimento do texto da Constituição Federal de 1988 (MONTEZ, 2020).

Com o tempo, porém, a determinação inscrita no inciso X do artigo 52 da CFB/1988 tornou-se, principalmente, à luz de entendimentos modernos, ineficiente, com declarações na doutrina, inclusive capitaneadas pelo Ministro Gilmar Mendes, de que a inconstitucionalidade de atos normativos deveria ser dotada de efeito tanto *erga omnes* como vinculante, não importando ter sido ela declarada em sede de controle difuso ou concentrado. É esta, pois, a essência da teoria da abstrativização do controle de constitucionalidade difuso (PORTO; MARTINS, 2019), objeto primeiro de estudo da presente dissertação.

O veio de análise, contudo, toca à crítica de sua aplicação no Brasil, analisando a questão sob o paradigma de mutação constitucional decisionista, demonstrando, ainda, o aumento exponencial de legitimados que sua indiscriminada invocação pode promover, bem como dos inequívocos impactos provados no ordenamento jurídico brasileiro, além, por óbvio, da situação de desnaturar a dignidade da Constituição, ao, por exemplo, permitir a supressão de funções estabelecidas pelo Constituinte a instituições seculares e essenciais à manutenção do regime democrático de direito e da separação de poderes, como é o caso do Senado Federal.

Diante disso, a questão-problema elaborada para ser respondida é a seguinte: a aplicação da teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade é compatível com o regime democrático brasileiro e com a separação de poderes, posto o papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade realizado pelo STF?

A justificativa para escolha do tema e abordagem proposta, se pauta na relevância da temática para a comunidade acadêmico-jurídica, pela importância da discussão sob a abordagem proposta, por estar a discussão intimamente relacionada à manutenção do Estado Democrático de Direito e à autonomia do Senado Federal, bem como pela necessidade de compreender a jurisdição constitucional brasileira,

levando em conta o cenário existente, em especial, após o neoconstitucionalismo, com a adoção de posturas ativistas por parte do STF.

O objetivo geral desta dissertação será analisar criticamente a aplicação da teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal – STF no Brasil, em especial dos anos de 2006 a 2016, e pesquisar o modelo de controle de constitucionalidade difuso brasileiro, compreendendo o papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade realizado pelo STF.

Dessa forma, o presente trabalho terá como objetivos específicos: 1) analisar criticamente a teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade à luz da dignidade da legislação de Jeremy Waldron e compreender a atuação do Senado Federal neste contexto; 2) pesquisar sobre o fenômeno da mutação constitucional realizada no inciso X do artigo 52 da CFB/1988, analisando a sua compatibilidade com a CFB/88, e os impactos ao ordenamento jurídico brasileiro; e, por fim, 3) verificar como o acolhimento da teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil vem crescendo em sede de jurisdição constitucional, utilizando, para tanto, análise de julgados dos anos de 2006 a 2016.

Quanto aos procedimentos metodológicos, utilizou-se a pesquisa bibliográfica, com abordagem qualitativa do problema. Quanto aos objetivos, o tipo de pesquisa utilizada é exploratório. Para a análise das decisões selecionadas foi utilizada a Metodologia de Análise de Decisão – MAD.

Segundo Freitas Filho e Lima (2010), a MAD é um método ainda pouco explorado no direito, que visa a formulação de um protocolo por meio do qual será possível ao pesquisador trabalhar para obter resultados apreciáveis e comparáveis, se possível. Para tais autores, trata-se, portanto, de um quinto sentido atribuído ao termo metodologia, nomeadamente o de protocolos, que permite certo grau de controle e precisão sobre o que se faz nas obras conceptuais ou especulativas. Assim, como metodologia, o MAD é também uma forma de fazer algo, constituído, da mesma forma, por um caminho que deve ser percorrido para atingir um determinado fim. Sua realização se dá em três momentos específicos: a pesquisa exploratória, o corte objetivo e o corte institucional (FREITAS FILHO; LIMA, 2010).

Em um primeiro momento, é realizada uma pesquisa exploratória para obter maior familiaridade com o campo de discussão em que se enquadra um determinado problema jurídico (FREITAS FILHO; LIMA, 2010).

Após a identificação do problema jurídico relevante aos olhos do pesquisador, será feita uma seleção conceitual diretamente no campo discursivo em que seu problema está inserido. Com isso é realizado o corte objetivo, que é o segundo momento da MAD (FREITAS FILHO; LIMA, 2010).

No terceiro momento, ocorre o recorte institucional, referente à escolha de qual(is) órgão(s) de decisão será(ão) o(s) objeto(s) da pesquisa. Essa escolha, entretanto, deve levar em consideração a relevância funcional do grupo de tomadores de decisão ou do tomador de decisão individual (FREITAS FILHO; LIMA, 2010).

Por meio do MAD é possível organizar as informações coletadas sobre as decisões tomadas em um determinado contexto; verificar a existência de consistência decisória em um contexto previamente determinado; e produzir uma explicação do significado das decisões na interpretação da tomada de decisão, dos argumentos produzidos e da forma das decisões (FREITAS FILHO; LIMA, 2010).

Dentre as obras utilizadas para compor o referencial teórico está Jeremy Waldron, de modo que seus apontamentos sobre a dignidade da legislação serão primordiais para a abordagem pretendida; bem como a análise de julgados do STF dos anos de 2006 a 2016.

Optou-se por estruturar a presente pesquisa em capítulos, que estão organizados da seguinte forma:

Na introdução ao estudo, apresenta-se a contextualização do tema, os objetivos (geral e específicos), a justificativa para escolha do tema e abordagem, a metodologia adotada na investigação e a estrutura de apresentação da presente dissertação.

No primeiro capítulo, busca-se apresentar aspectos gerais relativos ao controle de constitucionalidade no direito brasileiro, bem como apresentar e discutir, sob o viés histórico, a modelo de controle de constitucionalidade difuso realizado pelo STF, entendendo, inclusive historicamente, o papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade difuso realizado pelo STF.

No segundo capítulo, o propósito é tecer comentários sobre a teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. Para tanto, inafastável se faz a análise do papel do Senado Federal no controle difuso de

constitucionalidade realizado pelo STF; sendo inarredável o estudo do argumento teórico sobre a dignidade da legislação, explorado por Jeremy Waldron, a fim de compreender a necessidade de manutenção da autonomia decisória do Senado Federal como instituição legitimada a conferir eficácia erga omnes à decisões proferidas pelo STF em sede de controle difuso de constitucionalidade.

O terceiro capítulo, pretende-se demonstrar sobre a impossibilidade de acolher a teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, sem a realização do processo de mutação constitucional ao art. 52, X da CFB/1988. Ainda, forçoso se faz ponderar os argumentos existentes que justificam a mutação constitucional ao art. 52, X da CFB/1988, sem, contudo, deixar de analisar as repercussões que referida mutação constitucional pode ocasionar na interpretação do texto constitucional e do ordenamento jurídico brasileiro.

No quarto, e último capítulo, foram analisadas algumas decisões proferidas pelo STF, pinceladas entre os anos de 2006 a 2016, a exemplo do HC 82.959, reclamação 4.335, súmula vinculante 26 e HC 27.900, a fim de dar aporte e comprovar casuisticamente a relevância das críticas feitas na presente dissertação.

O propósito, ao assim proceder na presente dissertação, em suma, será verificar possível afronta ao princípio da separação dos Poderes e ao regime democrático brasileiro com o acolhimento da teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, bem como os possíveis efeitos no ordenamento jurídico brasileiro, quando da realização de controle de constitucionalidade com efeito vinculante e *erga omnes* pelo STF, sem a intervenção do Senado Federal.

Por fim, apresentam-se as considerações finais, com a conclusão da pesquisa e sugestões para trabalhos futuros. Trata-se, aqui, de esforço compilativo do que foi apresentado, buscando, a partir dos resultados e de sua análise, verificar se os objetivos do estudo foram, ou não, devidamente cumpridos.

1 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

A constitucionalidade e a inconstitucionalidade designam um conceito relacional que se estabelece entre uma norma constitucional, e outra que não lhe é conforme, que com ela é incompatível formal e materialmente. Tratam-se, pois, conforme Moraes (2019), de conceitos afins, que têm sua essência pautada na conformidade das normas com o texto constitucional.

À luz da moderna doutrina do Direito, é quase assente e que a problemática da constitucionalidade das normas estaria resolvida por força da aplicação do princípio da supremacia da Constituição, por meio do qual, a validade do ato depende de sua adequação à norma hierárquica superior. Por conseguinte, todo ato ofensivo à Constituição é inconstitucional, juridicamente ineficaz, por força do princípio da hierarquia, que impõe uma verticalidade de valores normativos, onde os atos de grau mais elevado funcionam como fundamento de validade para os atos inferiores (BRANCO; MENDES, 2016).

Dessa deliberação axiológica surgem dois institutos jurídicos: a hierarquia das normas e o controle da constitucionalidade das leis. Para se efetivar a conformidade dos princípios e enunciados da Constituição, positiva-se, por fim, a teoria do sistema constitucional, integrando os elementos político-jurídicos na sua formação e aperfeiçoamento.

O reconhecimento da supremacia da Constituição e de sua força vinculante em relação aos Poderes Públicos, torna inevitável a discussão sobre formas e modos de defesa da Constituição e sobre a necessidade de controle de constitucionalidade dos atos do Poder Público, especialmente das leis e atos normativos (MENDES, 2020).

Desenvolvido a partir de diferentes concepções filosóficas e de experiências históricas diversas, o controle judicial de constitucionalidade continua a ser dividido, para fins didáticos, em modelo difuso e modelo concentrado, ou, às vezes, entre sistema americano e sistema austríaco ou europeu de controle. Concepções aparentemente excludentes que, no entanto, acabaram por ensejar o surgimento dos modelos mistos, que congregam os dois sistemas de controle, o de perfil difuso e o de perfil concentrado (MENDES, 2020).

O modelo brasileiro, sobre o qual se pretende discorrer nessa dissertação, é um dos exemplos mais eminentes desse modelo misto. Se as influências do modelo difuso de origem norte-americana foram decisivas para a adoção inicial de um sistema de fiscalização judicial da constitucionalidade das leis e dos atos normativos em geral, o desenvolvimento das instituições democráticas, acabou resultando num peculiar sistema de jurisdição constitucional, cujo desenho e organização reúnem, de forma híbrida, características marcantes de ambos os clássicos modelos de controle de constitucionalidade (MENDES, 2020).

Diante disso, o controle constitucional diz respeito aos limites do Estado e às garantias de estabilidade da Constituição, contra atos do Poder Público que importem em seu desrespeito. A doutrina constitucional denomina de Jurisdição Constitucional, que não é só a decretação da inconstitucionalidade das leis, mas envolve a solução dos conflitos constitucionais em geral. O controle é, antes de tudo, uma técnica político-jurídica de limitar o poder, de impor limites ao próprio legislador e aos demais poderes e órgãos públicos (BONAVIDES, 2011).

Assim, conforme Barroso (2011), a supremacia constitucional e o respectivo controle constitucional das leis decorrem, em termos gerais, da sistematização teórica do Estado liberal. As democracias constitucionais estabeleceram o princípio da primazia da lei, onde todo o poder político tem de ser legalmente limitado e controlado por instituições específicas.

O controle de constitucionalidade no Brasil pode ser caracterizado pela originalidade e diversidade de instrumentos processuais destinados à fiscalização da constitucionalidade dos atos do poder público e à proteção dos direitos fundamentais. Essa diversidade de ações constitucionais que são próprias do modelo difuso é ainda complementada por uma variedade de instrumentos voltados ao exercício do controle abstrato de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, como a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO, a Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF (MENDES, 2020).

Para adentrar às considerações aqui propostas apresenta-se inicialmente um breve histórico sobre o tema, de modo a contextualizar a abordagem proposta, situando o leitor para acompanhar o cumprimento do objetivo estabelecido para esse primeiro momento.

1.1 BREVE HISTÓRICO

As leis devem amoldar-se ao sentimento de justiça do qual todo o ser humano é dotado. As Constituições são o repositório dos direitos e garantias mais caros aos seres humanos. Representam o documento de formação do Estado e de suas instituições, e prescrevem os seus alicerces e estrutura fundamental. Dessa forma, a garantia de efetividade de tal documento, assume um valor extraordinário (BARROSO, 2011). Assim, conforme Mendes (2020), o controle de constitucionalidade surge para assegurar a própria efetividade da Constituição, das normas constitucionais em relação ao legislador incauto, que edita lei ou ato normativo em desacordo com a vontade constitucional.

Nesse sentido, o controle de constitucionalidade pode ser considerado a principal garantia constitucional, possuindo um grau superlativo, pois é garantia dos direitos, das próprias garantias constitucionais, enfim, de todo o conteúdo constitucional.

As Constituições políticas como fontes irradiadoras de poder positivado dispõem de um sistema de órgãos para controlar a constitucionalidade do ordenamento jurídico. No direito comparado constitucional, temos três tipos de controle constitucional: o político, o jurídico e o misto, sobre os quais se abordará em pormenores no subcapítulo 1.2, que trata especificamente sobre os tipos de controle de constitucionalidade.

O modelo de controle de constitucionalidade adotado no Brasil é o misto, onde estão conjugados os modelos difuso (oriundo do direito americano e que permite que todos os órgãos do Poder Judiciário realizem, via incidental, o controle de constitucionalidade) e o concentrado (oriundo do direito europeu e que permite o órgão máximo do Judiciário exerça, via principal, o controle de constitucionalidade); sendo todos esses modelos adotados pelo Brasil regrados pela Constituição Federal de 1988 e pela legislação infraconstitucional (MORAES, 2019).

A Constituição de 1824 não trouxe nenhum dispositivo tratando sobre controle de constitucionalidade ao Poder Judiciário, já que, de acordo com Paiva (2008), a rigor, o controle de constitucionalidade teve a sua origem somente com o Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, muito embora, conforme Marcos, Mathias e Noronha

(2014) existam posicionamentos que buscam correlacionar as prerrogativas exercidas pelo monarca com base no Poder Moderador à existência de um possível controle de constitucionalidade, trazendo apenas o controle político, que foi outorgado por meio das competências ao Poder Legislativo sendo o Art. 15, Constituição de 1824. É da atribuição da Assembleia Geral: [...] VIII. Fazer Leis, interpreta-las, suspende-las e revoga-las. IX. Velar na guarda da Constituição, e promover o bem geral do Nação (BRASIL, 1824), ao qual se conferia tanto o poder de fiscalizar seus próprios atos quanto de verificar se eles eram compatíveis com a Constituição (BRANCO; MENDES, 2016).

A primeira Carta de nossa breve história como nação independente, outorgada por Dom Pedro I, previa, como se sabe, o Poder Moderador, que, na verdade, nada mais fazia do que conferir primazia ao Poder Executivo em detrimento dos Poderes Legislativo e Judiciário, pois incumbia ao Imperador, titular do Poder Moderador e do Poder Executivo (BONAVIDES, 2011), solucionar os embates existentes entre os poderes (BARROSO, 2011).

Cabia ao Poder Legislativo, segundo a Constituição de 1824, exercer a guarda da Constituição, apesar de que não era descrito nenhum mecanismo para que a tarefa fosse cumprida (BARROSO, 2011), motivo pelo qual não é possível falar em controle de constitucionalidade.

Na verdade, impediram a criação de um controle de constitucionalidade naquela Constituição, especialmente para o caso de ser realizado pelo Poder Judiciário, não só o fato da concentração de poder nas mãos do Imperador, mas também a forte influência exercida pela França e Inglaterra no incipiente Estado brasileiro, países nos quais imperava a supremacia parlamentar (BONAVIDES, 2011), o que tornava absurdo o controle de constitucionalidade dos atos legislativos, ou, quando o controle era admitido, somente se exercido por um órgão político estranho aos quadros do Poder Judiciário.

A Constituição de 1891, influenciada pelo direito norte-americano, de acordo com Lenz (2015, p. 563) “o Brasil possui uma das técnicas mais apuradas de controle de constitucionalidade de leis, superando, inclusive, o direito norte-americano, que lhe serviu de modelo e inspiração na Carta de 1891”, passou a outorgar a competência do controle difuso, conforme afirma Moraes (2019, p. 589), “no Brasil, a possibilidade de controle difuso de constitucionalidade existe desde a primeira Constituição republicana de 1891” de constitucionalidade ao Poder Judiciário (segundo Art. 59. Ao

Supremo Tribunal Federal compete. [...]), permitindo que ele aferisse a compatibilidade das leis com a Lei Maior (MORAES, 2019). Foi, pois, sob a égide da Constituição republicana de 1891 que surgiu o controle de constitucionalidade dos atos normativos no Brasil. Em sintonia com o sistema norte-americano, de controle difuso, ou por via de exceção, cumpria a todos os órgãos do Poder Judiciário, na apreciação de casos concretos, verificar a conformidade das leis e dos atos dos Governos com a Constituição (BONAVIDES, 2011).

Disponha o artigo 59 da referida Carta Política que competia aos Tribunais ou Juízes Federais julgar as causas em que quaisquer das partes fundamentassem a ação ou a defesa em dispositivo da Constituição, enquanto o artigo 58, § 1º, b, estabelecia a competência do Supremo Tribunal Federal para apreciar os recursos das decisões de última instância, sempre que se contestasse a validade das leis ou atos dos Governos dos Estados perante a Constituição, bem assim das leis federais, ou quando o Tribunal do Estado decidisse pela validade dos atos ou leis, cuja constitucionalidade fosse contestada pelas partes (BARROSO, 2011). Desde então, vigora no Brasil o controle de constitucionalidade difuso, sendo pacificamente aceito o poder dos juízes, para dizer se o ato normativo está em conformidade ou não com a Lei Suprema (BONAVIDES, 2011).

Na Constituição de 1934, segundo Lenz (2015), o Poder Judiciário dispunha de competência para declarar inconstitucionalidade dos atos normativos somente mediante a aprovação da maioria absoluta dos membros dos Tribunais bem como atribuiu ao Senado Federal a competência de suspender a eficácia *erga omnes* de uma norma que decorreu de uma declaração de inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário, conforme visto na citação direta a seguir:

No que diz respeito ao controle de constitucionalidade de leis, essa Constituição trouxe três inovações:

1ª) manteve no seu art. 76, III, b e c, as disposições da Constituição anterior, mas determinou, no seu art. 179, que a declaração de inconstitucionalidade pelos tribunais só poderia ser feita pela maioria da totalidade de seus membros;

2ª) no art. 91, no IV, atribuiu ao Senado competência para suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário. [...]

3ª) no caso de intervenção federal, segundo o art. 12, § 2º, dependeria de manifestação do Supremo Tribunal Federal, provocado pelo Procurador-Geral da República, e de haver o Supremo Tribunal Federal declarado a inconstitucionalidade da lei estadual que justificara a intervenção; o Professor Celso Barbi observa, com propriedade, que essa hipótese não chega a configurar-se em um controle de constitucionalidade por via de ação direta e também difere do controle por exceção (LENZ, 2015, p. 517).

Por esta razão, de acordo com apontamentos de Paiva (2008), é possível identificar as instituições precursoras dos atuais mecanismos de controle abstrato de constitucionalidade no ordenamento jurídico pátrio a partir desta Carta, inclusive pela introdução do instituto da representação da inconstitucionalidade interventiva, que foi o precursor das atuais ações diretas e do controle de constitucionalidade em via de ação.

Nota-se que a Constituição Federal brasileira de 1934 ao contemplar as hipóteses de controle concentrado de constitucionalidade, assim o fez após a criação do instituto do controle concentrado pela constituição austríaca de 1920 (CALDEIRA, 2020).

De igual modo, conforme Mendes (BRANCO; MENDES, 2016), a Constituição de 1934 teve também o mérito de introduzir no direito brasileiro a exigência de que uma vez declarada a inconstitucionalidade de norma, via concentrada pelo STF, para que essa declaração gozasse de eficácia *erga omnes* mister seria exigido a edição de resolução pelo Senado Federal, nos mesmos moldes do que dispõe o inciso X do artigo 52 da Constituição Federal de 1988, objeto de estudo nessa dissertação.

Sendo assim, tem-se que a Constituição de 1934 veio trazer algumas novidades no campo do controle de constitucionalidade. Condicionou-se, desse modo, a eficácia jurídica da declaração de inconstitucionalidade pelos tribunais, federais ou locais, ao voto da maioria absoluta dos membros dessas cortes (BONAVIDES, 2011).

Por outro lado, a fim de dar eficácia *erga omnes* às decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional, prescreveu, em seus artigos 91, IV, e 96, competir ao Senado Federal “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário” (CLÈVE, 2000, p. 85). Muito embora fosse algo importante, era insuficiente para a realidade jurídica brasileira, com forte inspiração no sistema da *civil law* ou do direito romano-germânico, ao contrário da experiência dos Estados Unidos, que seguiram a tradição da força dos precedentes – *stare decisis* – da *common law* inglesa (BONAVIDES, 2011).

Realmente, tendo em vista que a declaração da inconstitucionalidade no caso concreto, só vigorava entre as partes, permanecendo a lei ou o ato normativo válidos para todas as demais pessoas, inclusive não vinculando os demais órgãos do Poder Judiciário, que detinham independência para interpretar a Constituição nos casos concretos que lhes fossem submetidos, urgia a obtenção da eficácia *erga omnes* dos

efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal acerca de inconstitucionalidade, tendo o constituinte instituído a fórmula que se valia da cooperação do Senado Federal (BONAVIDES, 2011).

A Constituição de 1937, segundo Lenz (2015, p. 518), “[...] representou um retrocesso para o controle de constitucionalidade”, embora tenha preservado o controle judicial difuso, o Poder Constituinte enfraqueceu o Poder Judiciário no que tange à declaração de inconstitucionalidade.

Ainda segundo Lenz (2015, p. 518):

Com o golpe de Estado de 1937 e, conseqüentemente, a implantação do Estado Novo, surge a Carta de 1937, que significou um retrocesso em matéria de controle de constitucionalidade de leis. No art. 101, III, b e c, foram mantidos os princípios vigorantes na Constituição de 1891 e a exigência, para a declaração de inconstitucionalidade pelos tribunais, de maioria da totalidade de seus membros (art. 96). No entanto, o parágrafo único do art. 96 introduziu a regra segundo a qual, no caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, fosse necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou à defesa de interesse nacional de alta monta, poderia o Presidente submetê-la novamente ao exame do Parlamento e, se esse confirmasse pelo voto de dois terços de seus membros em cada uma das Câmaras, ficaria sem efeito a decisão do Tribunal. Portanto, tratava-se de um nítido retrocesso, não só em matéria de controle de constitucionalidade de leis, como também em uma das mais importantes atribuições do Poder Judiciário.

Novamente, em situação semelhante à Carta de 1824, onde existia o Poder Moderador, volta-se a perceber a prevalência de um poder, a exemplo do executivo, sobre os demais, como é o caso do Poder Judiciário e do Poder Legislativo.

Bonavides (2011) também pontua que a Carta outorgada do “Estado Novo” (1937) se caracterizou pelo acentuado retrocesso em vários campos, inclusive em matéria de controle de constitucionalidade. Deixou de tratar, por exemplo, da possibilidade de suspensão pelo Senado Federal da execução da lei que o Supremo Tribunal Federal tivesse declarado inconstitucional por decisão definitiva, impedindo que produzisse efeitos *erga omnes* e a vinculação dos outros órgãos judiciários, o mesmo se dando em relação à representação interventiva.

Além disso, ainda segundo o autor, estabeleceu, em seu artigo 96, parágrafo único, que o Presidente da República poderia, tendo sido declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a seu juízo, fosse necessária ao bem-estar do Povo, à promoção ou defesa do interesse nacional relevante, submetê-la novamente ao Poder Legislativo, sendo que, confirmada a lei por dois terços de votos em cada uma das Casas, sobejaria sem efeito a decisão do tribunal (BONAVIDES, 2011),

fortalecendo, como dito alhures, excessivamente o Poder Executivo em detrimento dos outros poderes constituídos.

A Constituição de 1946 restaurou as disposições outrora suprimidas pela Constituição anterior e, segundo Mendes (BRANCO; MENDES, 2016, p. 1090):

O Texto Magno de 1946 restaura a tradição do controle judicial no Direito brasileiro. A par da competência de julgar os recursos ordinários (art. 101, II, a, bec), disciplinou-se a apreciação dos recursos extraordinários: "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 exigência da maioria absoluta dos membros do Tribunal para a eficácia da decisão declaratória de inconstitucionalidade (art. 200). Manteve-se, também, a atribuição do Senado Federal para suspender a execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal (art. 64).

O controle judicial voltou a ser exercido pelo Poder Judiciário. Além disso, resgatou-se a representação interventiva, perante o STF, que foi confiada ao Procurador-Geral da República (PGR), de acordo com o mesmo autor:

A Constituição de 1946 emprestou nova conformação à ação direta de inconstitucionalidade, introduzida, inicialmente, no Texto Magno de 1934: Atribuiu-se ao Procurador-Geral da República a titularidade da representação de inconstitucionalidade, para os efeitos de intervenção federal, nos casos de violação dos seguintes princípios: a) forma republicana representativa; b) independência e harmonia entre os Poderes; c) temporariedade das funções eletivas, limitada a duração destas à das funções federais correspondentes; d) proibição da reeleição de governadores e prefeitos para o período imediato; e) autonomia municipal; f) prestação de contas da Administração; g) garantias do Poder Judiciário (art. 8º, parágrafo único, c/c o art. 7º, VII) (BRANCO; MENDES, 2016, p. 1090).

A Lei Maior promulgada em 1946 retomou a senda desbravada pela Carta de 1934, superando a involução proporcionada pela outorgada Constituição de 1937 (BONAVIDES, 2011). Voltou-se, então, com a possibilidade de suspensão, por parte do Senado Federal, da execução de lei que o Supremo Tribunal Federal tivesse declarado inconstitucional, sendo expreso agora, inversamente à Carta de 1934, que somente era possível a suspensão se a decisão fosse da Corte Suprema, e não de qualquer outro órgão judiciário (BRANCO; MENDES, 2016).

Restabeleceu também a representação interventiva, que foi modificada para condicionar a intervenção à análise pelo Supremo Tribunal Federal da lei local que tivesse sido apontada como inconstitucional (BONAVIDES, 2011), diferentemente do modelo criado pela Constituição de 1934, em que o Supremo Tribunal analisava a

constitucionalidade da lei interventiva elaborada pelo Senado Federal, conforme a disciplina dada pela Lei nº 2.271, de 22 de julho de 1954, e pela Lei 4.337, de 1º de junho de 1964.

Ademais, foi durante a vigência da Constituição de 1946, mas já durante o regime militar, com a Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, que se instituiu a ação direta de declaração de inconstitucionalidade, a ser instaurada por provocação do Procurador-Geral da República – PGR. Essa inovação veio a permitir a ampla fiscalização da constitucionalidade, pelo controle concentrado, de toda e qualquer lei, bem assim de todo e qualquer ato de natureza normativa, federal ou estadual, e não somente das leis estaduais que justificassem a intervenção federal (BONAVIDES, 2011).

Finalmente, permitiu também, a partir do acréscimo do inciso XIII ao artigo 124 da Constituição de 1946, que os Estados federados instituíssem a fiscalização da constitucionalidade da lei ou ato dos Municípios que conflitasse com a Constituição do Estado, ação a ser processada e julgada pelos Tribunais de Justiça (BONAVIDES, 2011).

A Emenda Constitucional nº 16/1965, segundo Bastos (2010, p. 38-39), atribuiu a competência ao STF para julgar a ADI referente tanto às normas federais quanto as estaduais em relação ao texto da Constituição Federal, tendo legitimidade para propor essa ação o PGR, segundo a citação a seguir:

A introdução pela emenda nº 16, no seu art. 2º, dentre as competências do Supremo Tribunal Federal, daquela de processar e julgar originariamente representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, desvinculou o exercício da via de ação de certos pressupostos que o restringiram anteriormente. Já agora, qualquer ato normativo, federal ou estadual, é suscetível de contraste constitucional. O julgamento da norma em tese, isto é, desprendida de um caso concreto, e, o que é muito importante, sem outra finalidade senão a de preservar o ordenamento jurídico da intromissão de leis com ele inconveniente, torna-se então possível.

A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1 de 1969 não trouxeram inovações em relação ao controle de constitucionalidade, sendo Lenz (2015, p. 520):

a Constituição de 1967 reproduziu todos os artigos da Carta de 1946 e da Emenda Constitucional no 16/65, no que concerne ao controle da constitucionalidade de lei. No art. 114, I, I, está prevista a ação direta. A Emenda no 1, de 1969, não inovou nessa matéria, limitando-se a reproduzir as normas que disciplinavam a matéria na Constituição de 1967. No entanto,

a Emenda Constitucional nº 7, de 1977, a chamada “Reforma do Poder Judiciário”, trouxe uma inovação ao acrescentar a alínea p ao inciso I do art. 119 da Constituição Federal: a concessão de medida cautelar na ação direta de declaração de inconstitucionalidade.

Assim, a Constituição de 1967 aboliu a possibilidade de processo de competência originária dos Tribunais de Justiça para o controle direto de constitucionalidade da lei ou ato do Município que colidisse com a Constituição do Estado federado (BRANCO; MENDES, 2016). Além disso, com base em seu artigo 11, § 2º, transferiu, na representação interventiva, a competência para suspensão do ato estadual da alçada do Senado Federal para a do Presidente da República (BONAVIDES, 2011).

A Constituição de 1969, independente dos questionamentos sobre ser fruto do Poder constituinte originário ou derivado, por sua vez, em seu artigo 15, § 3º, alínea d, possibilitou o controle da constitucionalidade da lei municipal que atentasse contra os princípios sensíveis contidos nas Cartas dos Estados federados (BRANCO; MENDES, 2016), conforme o modelo federal, e, por meio da Emenda Constitucional nº 7/1977, além da inovação referida na nota de rodapé nº 3, permitiu expressamente, de acordo com o artigo 119, inciso I, alínea p, nas representações promovidas pelo Procurador-Geral da República, a possibilidade de concessão de liminar cautelar.

A Constituição de 1988, por sua vez, manteve tanto o controle difuso quanto o controle abstrato. Além disso, ampliou o rol dos legitimados para propor ação de inconstitucionalidade perante o STF, introduziu a ADPF (no art. 102), de competência originária do STF “Art. 1º A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público” (BRASIL, 1999), regulamentada pela Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, trouxe a possibilidade de ser reconhecida a ADIN por omissão. Em 1993, com o advento da Emenda Constitucional nº 3, conforme citada a seguir:

A Emenda Constitucional n. 3, de 17-3-1993, disciplinou o instituto da ação declaratória de constitucionalidade, introduzido no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, no bojo de reforma tributária de emergência. A Emenda Constitucional n. 3 firmou a competência do STF para conhecer e julgar a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, processo cuja decisão definitiva de mérito possuirá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Executivo e do Judiciário. Conferiu-se legitimidade ativa ao Presidente da República, à Mesa do Senado Federal, à Mesa da Câmara dos Deputados e ao Procurador-Geral da República (BRANCO; MENDES, 2016, p. 1104).

Introduzindo-se a ADPF no âmbito do texto constitucional e a ADC, conforme citada no Art. 102 para que fosse pleiteada diretamente no STF:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (BRASIL, 1988, *online*).

Assim, a partir da Constituição Federal de 1988, não só o Procurador-Geral da República pode promover a ação direta de inconstitucionalidade, via controle concentrado, mas também o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembleia Legislativa, o Governador de Estado, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. A ampliação do rol dos legitimados veio em boa hora, a fim de proteger mais eficazmente os cidadãos de possíveis investidas dos Poderes Constituídos em detrimento do que foi assegurado pela Constituição (BRANCO; MENDES, 2016).

Não obstante, não foi ainda dessa vez que se legitimou qualquer cidadão a provocar o controle da constitucionalidade das leis, o que, em uma visão que transbordaria a feição de democracia meramente representativa, caracterizaria ainda mais aspectos democráticos à Constituição Federal de 1988. Ademais, originariamente, a ação declaratória de constitucionalidade somente poderia ser proposta pelo Presidente da República, pelas Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados ou pelo Procurador-Geral da República. Porém, a EC nº 45/2004 também revogou o § 4º do artigo 103, que havia sido acrescentado pela Emenda Constitucional – EC nº 3/1993, e alterou a redação do *caput* do artigo 103 da CFB/1988, de forma que hoje coincidem os legitimados para a propositura de ação declaratória de constitucionalidade e de ação direta de inconstitucionalidade (BRANCO; MENDES, 2016).

A partir de 1999, o STF, passou a ter competência para declarar inconstitucionalidade *ex nunc*, no âmbito do controle abstrato, preservando os efeitos produzidos pela lei desde o início da sua vigência até o momento da sua invalidade. De acordo com Lenz (2015, p. 552),

[...] a lei, antes de ser declarada inconstitucional, existe e é válida, produzindo todos os efeitos de uma lei normal. Uma vez declarada a sua inconstitucionalidade, os efeitos de tal declaração só se produzirão *ex nunc*, resguardando-se os atos e efeitos anteriores a tal declaração, uma vez que existiam e eram válidos.

Por fim, conforme dito acima, a Emenda n° 45, de 8 de dezembro de 2004, trouxe as seguintes inovações: ampliou o rol de legitimados para propor a ação declaratória de inconstitucionalidade (artigo 103, Constituição Federal):

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:
 I - O Presidente da República;
 II - A Mesa do Senado Federal;
 III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
 IV - A Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
 V - O Governador de Estado ou do Distrito Federal;
 VI - O Procurador-Geral da República;
 VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
 VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
 IX - Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (BRASIL, 1988, *online*).

Bem como a criação da súmula vinculante (artigo 103-A):

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei (BRASIL, 1988, *online*)

E a exigência da repercussão geral das questões constitucionais discutidas em sede de Recurso Extraordinário – RE (artigo 102, § 3º, da Constituição Federal de 1988).

Sendo assim, no Brasil, portanto, o controle de constitucionalidade é realizado predominantemente pelo Poder Judiciário mediante o controle difuso, onde qualquer interessado pode recorrer a qualquer órgão do Poder Judiciário (via incidental), conforme citada por Moraes (2019, p. 248):

O controle da constitucionalidade pode ser concreto, subjetivo, quando exercido durante determinado processo jurisdicional, desde que se pretenda, com ele, a resolução de algum ponto de Direito para a solução de uma controvérsia intersubjetiva. É impropriamente chamado de controle via de defesa, porque tanto pode ser apresentado na petição inicial como na defesa técnica, tanto pelo autor como pelo réu, portanto. Registre-se, ainda, que o controle concreto pode ser realizado de ofício pelo magistrado ou pelo Tribunal.

Ou por meio do controle concentrado (via abstrata), segundo Moraes (2019, p. 248):

o controle pode ser, ainda, abstrato, independentemente da solução de um caso concreto. É, por vezes, chamado também de controle por via direta, por via principal. Possuindo, portanto, uma natureza de caráter objetivo visando a finalidade de tutelar a ordem constitucional.

Assim, somente os legitimados outorgados pela Constituição Federal de 1988, conforme interpretação textual do constituinte, poderão perante o STF, provocar uma decisão que valha para todos, independentemente de vontade do Senado Federal. “a função precípua do Supremo Tribunal Federal é de Corte de Constitucionalidade, com a finalidade de realizar o controle concentrado de constitucionalidade no Direito Brasileiro” (MORAES, 2019, p. 466), suscitar uma inconstitucionalidade, em tese, de uma norma, por meio das seguintes ações: ação direta de inconstitucionalidade genérica (ADI), produzindo eficácia *erga omnes*:

Haverá cabimento da ação direta de inconstitucionalidade para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou distrital, no exercício de competência equivalente à dos Estados-membros [...], editados posteriormente à promulgação da Constituição Federal [...] e, que ainda estejam em vigor (MORAES, 2019, p. 607).

ADIN por omissão, segundo explicado por Moraes (2019, 632-633):

Na conduta negativa consiste em a inconstitucionalidade. A constituição determinou que o Poder Público tivesse uma conduta positiva, com a finalidade de garantir a aplicabilidade e eficácia da norma constitucional. O Poder Público omitiu-se, tendo, pois, uma conduta negativa [...] A incompatibilidade entre a conduta positiva exigida pela constituição e a conduta negativa do Poder Público omissor, configura-se na chamada inconstitucionalidade por omissão (MORAES, 2019, p. 632-633).

ADC, conforme conceituado por Moraes (2019, p. 635):

A ação declaratória de constitucionalidade, que consiste em típico processo objetivo destinado a afastar a insegurança jurídica ou o estado de incerteza sobre a validade de lei ou ato normativo federal, busca preservar a ordem jurídica constitucional. [...] Ressalte-se que as leis e atos normativos são presumidamente constitucionais, porém esta presunção, por ser relativa, poderá ser afastada, tanto pelos órgãos do Poder Judiciário, por meio do controle difuso de constitucionalidade, quanto pelo Poder Executivo, que poderá recusar-se a cumprir determinada norma legal por entendê-la inconstitucional.

Além da ADPF, que de acordo com Moraes (2019, p. 642):

a ADPF tem por finalidade [...] evitar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do poder Público; para reparar lesão a preceito fundamental resultante

de ato do Poder Público e quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

Moraes (2019) também explica o que é Ação Direta de Inconstitucionalidade interventiva – ADIN interventiva:

Assim, qualquer lei ou ato normativo do Poder Público, no exercício de sua competência constitucionalmente deferida que venha a violar um dos princípios sensíveis constitucionais, será passível de controle concentrado de constitucionalidade, pela via da ação interventiva (MORAES, 2019, p. 631).

(MORAES, 2019). Nesse contexto, importante ressaltar que, conforme entendimento firmado no julgamento da ADI do amianto, a declaração incidental de inconstitucionalidade tem efeito vinculante e *erga omnes*:

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.

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 se 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 Carmen 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 a 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.

(1) Lei nº 9.055/1995: “Art. 2º O asbesto/amianto da variedade crisotila (asbesto branco), do grupo dos minerais das serpentinas, e as demais fibras, naturais e artificiais de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim, serão extraídas, industrializadas, utilizadas e comercializadas em consonância com as disposições desta Lei”.

(2) CPC: “Art. 535 (...)§ 5º Para efeito do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso”.

(3) CF: “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”.

O controle de constitucionalidade no Brasil sofreu influência tanto do direito norte-americano, controle difuso, quanto do modelo austríaco, controle concentrado, consolidando, portanto, os dois modelos na Constituição Federal Brasileira de 1988. Entretanto, esse controle é realizado predominantemente pelo Poder Judiciário, tanto

pela via difusa (realizado por qualquer órgão do judiciário), quanto pela via concentrada (realizado pelo STF por meio das ADI, ADI por omissão, ADI interventiva, ADC e ADPF) (MENDES, 2016).

Ainda, corroborando ao explanado até o presente momento (VAINER, 2010), observa-se que os textos constitucionais lastreados em regimes distantes do democrático, a exemplo das Constituições de 1824, 1937 trouxeram a possibilidade de um Poder, a exemplo do Executivo e no caso do primeiro texto constitucional, a exemplo do Poder Moderador, ter prevalência, em sede de controle de constitucionalidade, sobre os demais Poderes, a exemplo dos poderes legislativo e judiciário. Percebe-se que mecanismos que permitam a primazia de um Poder instituído sobre os demais afronta a concepção raiz de Separação de Poderes, situação que, na atual conjuntura constitucional, uma vez inobservada, acarreta riscos ao regime democrático (VAINER, 2010).

Logo, se nos séculos passados, observa-se, geralmente, a prevalência do Poder Executivo sobre a vontade dos demais Poderes, resta-nos questionar se em pleno século XXI ainda existe a sobreposição de um dos Poderes sobre os demais; situação que, inexoravelmente levará a uma reflexão sobre a ruptura de independência e harmonia entre os poderes republicanos. Referida reflexão, no contexto da presente dissertação, se faz pertinente, a fim de averiguar se, hodiernamente, estaria o Poder Judiciário atuando como superpoder em detrimento dos demais Poderes, em especial do Poder Legislativo, ao, por exemplo, permitir que uma decisão tomada em sede de controle difuso de constitucionalidade passe a produzir eficácia *erga omnes*.

1.2 ESPÉCIES DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Cada ordenamento jurídico tem a liberdade para outorgar a competência dos órgãos que irão controlar a constitucionalidade das leis. Com isso, dependendo de sua opção, o legislador constituinte poderá exercer o controle político, que, de acordo com Tavares (2020, p. 247-248):

O controle pode ser político, indicando-se, nesse caso, os órgãos estatais sem poder jurisdicional. [...] O veto jurídico do Presidente da República ao projeto de lei é um veto baseado na inconstitucionalidade desse projeto. Ou seja, tem motivação técnico-jurídica. Mas é, consoante a classificação aqui

apresentada, um controle político, porque realizado por órgão de natureza política, e não pelo Judiciário.

Como judicial visto que “de outra parte, o controle será jurisdicional quando exercido pelos órgãos do Poder Judiciário” (TAVARES, 2020, p. 247), ou ainda o misto (quando se adere aos dois modelos: político e jurisdicional).

O controle político realiza-se por poderes de natureza estritamente política, o Executivo, pelo Chefe de Governo, e o Legislativo, pelo Congresso Nacional. É um controle preventivo, não judicial, pois ocorre antes que a lei entre em vigor no interior do processo legislativo. Esse controle político de constitucionalidade é típico do sistema francês, exercido previamente pelo Conselho Constitucional desde a Constituição de 1958, Corte essa eminentemente de natureza política (BONAVIDES, 2011).

No Brasil, o controle político de constitucionalidade das leis e dos atos normativos pelo Congresso Nacional, se faz mediante duas formas: uma preventiva e outra suspensiva. A primeira radica no processo legislativo, mediante controle prévio de admissibilidade e constitucionalidade dos projetos de leis e das medidas provisórias, por meio do controle prévio de leis inconstitucionais, quanto à sua existência e validade (BRANCO; MENDES, 2016).

Já a segunda forma visa sustar os atos normativos do Poder Executivo, que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa (artigo 49, inciso V, CF), por meio do veto legislativo, consubstanciado num decreto legislativo, que declare a inconstitucionalidade do ato impugnado. A sustação desse ato pelo Legislativo, ataca apenas a existência e a validade da norma jurídica (BONAVIDES, 2011).

O controle político pelo Presidente da República se faz, basicamente, pelo veto executivo que, considerando-o inconstitucional ou contrário ao interesse público, veta o projeto de lei aprovado no Legislativo, comunicando e motivando seu ato ao Congresso Nacional, conforme o artigo 60, § 1º, da Constituição Federal (BRANCO; MENDES, 2016).

O controle jurídico é o sistema originário do Poder Judiciário, conforme o modelo norte-americano da *judicial review of legislation*, que reconhece o acesso direto dos juízes à Constituição, a fim de controlarem a constitucionalidade das leis, momento esse, segundo Canotilho (2010), relevantíssimo para a gênese da justiça constitucional (BONAVIDES, 2011).

No Brasil, o controle constitucional é misto. Nas Casas Legislativas, realiza-se o controle político, por meio da Comissão de Constituição, Justiça e de Cidadania – CCJ e, por meio do veto aposto em um projeto de lei, realizado pelo Chefe do Poder Executivo. A Constituição Federal de 1988 outorgou a competência ao Poder Judiciário, para declarar a inconstitucionalidade das leis, realizando, dessa forma, o controle judicial (BRANCO; MENDES, 2016).

O sistema de controle constitucional prevê dois modelos diferentes de controle judicial constitucional: o difuso (criado nos Estados Unidos da América), que de acordo com Branco e Mendes (2016, p. 1058):

o controle de constitucionalidade difuso ou americano assegura a qualquer órgão judicial incumbido de aplicar a lei a um caso concreto o poder-dever de afastar a sua aplicação se a considerar incompatível com a ordem constitucional. Esse modelo de controle de constitucionalidade desenvolve-se a partir da discussão encetada na Suprema Corte americana, especialmente no caso *Marbury v. Madison*, de 1803. A ruptura que a judicial *review* americana consagra com a tradição inglesa a respeito da soberania do Parlamento vai provocar uma mudança de paradigmas. A simplicidade da forma — reconhecimento da competência para aferir a constitucionalidade ao juiz da causa — vai ser determinante para a sua adoção em diversos países do mundo.

E o modelo concentrado:

[...] a questão surge em um caso concreto, mas é transferida “em isolado” para o Tribunal Constitucional, vale dizer, é remetida ao Tribunal apenas a questão constitucional, aproximando-se, a partir daí, do controle abstrato. Isso decorre, normalmente, da adoção, pelo ordenamento jurídico, de um controle concentrado, que só habilita um órgão a se pronunciar sobre a inconstitucionalidade das leis, impedindo-se, assim, que juízes e tribunais possam fazê-lo. Estes se veem “constrangidos” a remeter a questão constitucional ao Tribunal Constitucional, formando o incidente (TAVARES, 2020, p. 249).

Esse modelo (concentrado) teve influência de Hans Kelsen, sendo instalado inicialmente na Áustria, segundo citação abaixo:

O controle concentrado de constitucionalidade (austríaco ou europeu) defere a atribuição para o julgamento das questões constitucionais a um órgão jurisdicional superior ou a uma Corte Constitucional. O controle de constitucionalidade concentrado tem ampla variedade de organização, podendo a própria Corte Constitucional ser composta por membros vitalícios ou por membros detentores de mandato, em geral, com prazo bastante alargado.

Referido modelo adota as ações individuais para a defesa de posições subjetivas e cria mecanismos específicos para a defesa dessas posições, como a atribuição de eficácia *ex tunc* da decisão para o caso concreto que ensejou a declaração de inconstitucionalidade do sistema austríaco. Especialmente a Emenda Constitucional de 7-12-1929 introduziu mudanças

substanciais no modelo de controle de constitucionalidade formulado na Constituição austríaca de 1920” (BRANCO; MENDES, 2016, p. 1057).

O Brasil adotou um modelo misto, ou seja, utiliza-se tanto do controle difuso quanto do concentrado, sendo representado pela citação de Branco e Mendes (2016, p. 1058):

Finalmente, o controle misto de constitucionalidade congrega os dois sistemas de controle, o de perfil difuso e o de perfil concentrado. Em geral, nos modelos mistos defere-se aos órgãos ordinários do Poder Judiciário a prerrogativa de afastar a aplicação da lei nas ações e processos judiciais, mas se reconhece a determinado órgão de cúpula — Tribunal Supremo ou Corte Constitucional — a competência para proferir decisões em determinadas ações de perfil abstrato ou concentrado. Talvez os exemplos mais eminentes desse modelo misto sejam o modelo português, no qual convivem uma Corte Constitucional e os órgãos judiciais ordinários com competência para aferir a legitimidade da lei em face da Constituição, e o modelo brasileiro, em que se conjugam o tradicional modelo difuso de constitucionalidade, adotado desde a República, com as ações diretas de inconstitucionalidade (ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e representação interventiva), da competência do Supremo Tribunal Federal.

Dessa forma, diante de uma hipótese de inconstitucionalidade, o modo de impugnação de uma norma perante o Judiciário, dar-se-á mediante duas vias de ações: a incidental e a principal, conforme demonstrado abaixo:

o controle incidental seria aquele no qual a questão constitucional fosse suscitada no seio de um processo judicial e remetida (como incidente desse processo) ao Tribunal Constitucional, para que decidisse sobre ela. Nesse caso, em vez de ações diretas perante o Tribunal Constitucional, haveria incidentes que provocariam o Tribunal a se manifestar sobre a questão constitucional, e exclusivamente sobre ela, para que posteriormente fossem retomados os processos concretos relacionados àquela questão suscitada por um deles e decididos no âmbito da jurisdição comum, mas tudo sempre a partir da decisão sobre a constitucionalidade proferida pelo Tribunal Constitucional (TAVARES, 2020, p. 249).

Além disso, o controle de constitucionalidade poderá ser preventivo ou repressivo. Será preventivo quando essa fiscalização da validade da norma incidir antes da norma ser efetivada (ainda no seu projeto). E será repressivo quando ocorrer a fiscalização de norma já inserida no ordenamento jurídico.

Tavares (2020, p. 250) explica o controle de constitucionalidade preventivo:

Ocorre o controle preventivo, no Brasil, quando, no curso do processo legislativo, os projetos de lei ou propostas de emenda são submetidos às Comissões de Constituição e Justiça. Nesse caso, o controle é do próprio Legislativo. Também ocorre controle preventivo quando, ainda no processo de elaboração das leis, os projetos de lei são submetidos à sanção ou veto do Chefe do Executivo. Nesse caso, o veto pode ser jurídico, com fundamento

na inconstitucionalidade, ocasião na qual se manifesta o controle preventivo pelo Executivo, conforme assinalado anteriormente.

O mesmo autor explica também o controle de constitucionalidade repressivo:

O controle repressivo, também denominado corretivo, sucessivo ou a posteriori, é exercido apenas após a lei já ter integrado ao sistema normativo. O controle repressivo pode ser exercido igualmente pelo Poder Legislativo, pelo Poder Executivo ou pelo próprio Judiciário. O Poder Legislativo exerce o controle repressivo da constitucionalidade com base no art. 49, V, da Constituição, que prevê a competência do Congresso Nacional para 'sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa (TAVARES, 2020, p. 251).

No Brasil, o controle de constitucionalidade exercido pelos órgãos é misto (político e judicial). Possui dois modelos de controle: difuso (exercido por qualquer órgão do judiciário) e concentrado (exercido pelo STF) (OLIVEIRA, *et al.*, 2017). Além disso, pode ser impugnado por duas vias: incidental e principal. Esse controle pode ser, ainda, preventivo (incidindo sobre normas não efetivadas) e repressivo (incidindo sobre normas vigentes no ordenamento jurídico) (OLIVEIRA, *et al.*, 2017).

No Brasil, o STF aderiu ao modelo misto de controle de constitucionalidade, sendo exercido pelo difuso, a exemplo do recurso extraordinário e de ações constitucionais, como é o caso do *Habeas Corpus*; e pelo concentrado, mediante ações diretas que lhe são submetidas.

No sistema judiciário brasileiro, cada juiz ou tribunal poderá proclamar, diante de um caso concreto, a inconstitucionalidade de leis, desde que estejam sob a égide de sua competência. Ou seja, leis processuais (GOMES; AMARAL, 2010), por exemplo, poderão ser consideradas inconstitucionais na justiça comum, leis eleitorais, na justiça eleitoral, e assim sucessivamente. Dessa forma, o controle de constitucionalidade difuso, exercido pelos juízes e tribunais, encontra limites na competência judicial, atribuída pela Constituição Federal de 1988 (GOMES; AMARAL, 2010).

Além disso, o controle difuso possui a finalidade de alcançar somente as partes envolvidas no caso em concreto. Já o controle concentrado, abrange a todos que, direta ou indiretamente, estão envolvidos com o caso em questão. No entanto, segundo Moraes (2019), o STF, tem trazido mudanças significativas, em sede de controle difuso, ao permitir, por exemplo, que decisões proferidas em processos subjetivos, passe a ter eficácia *erga omnes*, ainda que sem a participação do órgão constitucional legitimado para tal, que é o caso do Senado Federal.

Todos esses apontamentos iniciais servirão para dar o embasamento teórico pretendido, para subsidiar as considerações que se pretende realizar ao longo desse texto, prosseguindo-se, no capítulo seguinte, à abordagem sobre a teoria da abstrativização no controle difuso.

2 TEORIA DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO

A implementação do Estado Democrático de Direito brasileiro produziu significativas alterações, na forma de se conceber uma Constituição. O revigoramento de sua força normativa, promoveu o denominado processo de constitucionalização do direito, de modo que o eixo do sistema jurídico é, indubitavelmente, o Texto Supremo (PINHEIRO, 2011).

A Constituição, dessa forma, passa inexoravelmente a se expandir sobre todo o tecido social e, efetivamente, ordenar o funcionamento do Estado. Com efeito, a Constituição, assim concebida, passa a receber a qualificação de invasora e expansiva, em razão desse protagonismo, em especial, por parte do Poder Judiciário (MORAES, 2019).

Como cediço, à consolidação do Estado Democrático de Direito brasileiro se fez primordial que os comandos constitucionais, recebessem ampla tutela do Poder Judiciário, por meio do exercício da defesa jurisdicional. Desta forma, o que se pode afirmar é que, a irradiação dos valores constitucionalmente, protegidos no “espaço inteiro da vida social e política”, esteve sempre intimamente dependente do exercício da Justiça Constitucional (CAMPAGNOLI; MANDALOZZO, 2014).

De certo, o desenvolvimento do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, impôs forçosamente aos juízes e aos tribunais, uma compreensão hermenêutica especializada, no enfrentamento das questões constitucionais suscitadas, mormente, em sede de controle difuso-concreto.

A consolidação do fenômeno da filtragem constitucional, levou à compreensão de que, toda a ordem jurídica deveria ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados.

Não somente houve uma mudança no comportamento do intérprete da Constituição, no processo de filtragem constitucional à efetivação da Lei Maior, mas, também, verificou-se que as novas codificações promulgadas no pós-Constituição de 1988, a exemplo do Código de Processo Civil de 2015, acabaram reproduzindo em seus textos, princípios de envergadura constitucional ou, ainda, criaram mecanismos hábeis a se conferir uma uniformização vertical de jurisprudência constitucional, como se extrai, a título de análise, do art. 525, § 12 do Código de Processo Civil (TORRES, 2015).

No Supremo Tribunal Federal observa-se que os modelos de controle concentrado e difuso de constitucionalidade, - antes com características essencialmente diversas -, passaram a guardar semelhança quanto à possibilidade de modulação, num e noutro modelo, dos efeitos da decisão prolatada.

Segundo o entendimento clássico, os efeitos de decisão do STF, reconhecendo a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, irá variar de acordo com o modelo de controle exercido, se difuso ou concentrado.

O controle realizado pelo STF será concentrado, se a verificação da compatibilidade da lei ou ato normativo com a Constituição, ocorrer de forma abstrata, ou seja, sem que haja enfrentamento e resolução de caso concreto, sendo, nestes casos, o pedido, por exemplo, a expressa e direta declaração de inconstitucionalidade da espécie normativa (THAMAY, 2014).

Nesse modelo, a decisão produzirá, como regra, os efeitos *ex tunc*, *erga omnes* e vinculante, consoante a dicção do § 2º do artigo 102 da Constituição de 1988, *in verbis*:

As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (BRASIL, 1988, *online*).

Como se depreende, a declaração de inconstitucionalidade proferida no controle concentrado-principal, implica na pronúncia de nulidade *ab initio* da lei ou do ato normativo questionado. É possível, contudo, que esse efeito consistente na nulidade retroativa sofra modulação temporal, nos termos do art. 27 da Lei nº 9.868/99 (COSTA; SEVERINO, 2020).

Assim, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, desde que se pronuncie por maioria de 2/3 de seus membros, o STF poderá modular os efeitos das decisões proferidas nos processos objetivos de controle de constitucionalidade, para restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado (*ex nunc*), ou de outro momento que venha a ser fixado (pro futuro) (LAUDE, 2019).

A abstrativização em sede de controle difuso de constitucionalidade, pretende aproximar os efeitos da decisão sobre a inconstitucionalidade, quer no controle difuso,

quer no abstrato, com a atribuição de efeito vinculante, não apenas às decisões tomadas em sede de controle concentrado de constitucionalidade, mas, também, àquelas decisões proferidas em processos subjetivos, por força do controle difuso de constitucionalidade (NOVAIS; JACOB, 2018).

Desse modo, os efeitos de uma decisão declaradora de inconstitucionalidade, de certa norma, proferida pela Suprema Corte, quando do exame de um Recurso Extraordinário ou de uma ação autônoma de impugnação, por exemplo, não se restringiria apenas ao caso em concreto sob análise (BONAVIDES, 2011).

Com isso, se reforçaria a concepção de que o STF deve ser um Tribunal Constitucional, não cabendo a ele julgar causas, cujos efeitos repercutirão tão somente entre as partes envolvidas na ação, já que sua função precípua se encerra justamente no dever de salvaguardar o texto da Constituição Federal do país (NOVAIS; JACOB, 2018).

Nesse sentido, será o subcapítulo seguinte destinado a apresentar elementos de algumas decisões que, em seu teor, abordaram a questão da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade.

Dentre as decisões que abordaram a matéria, e que será analisada no último capítulo desse trabalho, convém citar o HC 127.900, objeto do presente estudo, cuja ementa é a adiante transcrita. Todas as outras decisões havidas no mesmo sentido, serão utilizadas para a análise desse julgado em especial.

Habeas corpus. Penal e processual penal militar. Posse de substância entorpecente em local sujeito à administração militar (CPM, art. 290). Crime praticado por militares em situação de atividade em lugar sujeito à administração militar. Competência da Justiça Castrense configurada (CF, art. 124 c/c CPM, art. 9º, I, b). Pacientes que não integram mais as fileiras das Forças Armadas. Irrelevância para fins de fixação da competência. Interrogatório. Realização ao final da instrução (art. 400, CPP). Obrigatoriedade. Aplicação às ações penais em trâmite na Justiça Militar dessa alteração introduzida pela Lei nº 11.719/08, em detrimento do art. 302 do Decreto-Lei nº 1.002/69. Precedentes. Adequação do sistema acusatório democrático aos preceitos constitucionais da Carta de República de 1988. Máxima efetividade dos princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV). Incidência da norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum aos processos penais militares cuja instrução não se tenha encerrado, o que não é o caso. Ordem denegada. Fixada orientação quanto a incidência da norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum a partir da publicação da ata do presente julgamento, aos processos penais militares, aos processos penais eleitorais e a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial, incidindo somente naquelas ações penais cuja instrução não se tenha encerrado.

1. Os pacientes, quando soldados da ativa, foram surpreendidos na posse de substância entorpecente (CPM, art. 290) no interior do 1º Batalhão de Infantaria da Selva em Manaus/AM. Cuida-se, portanto, de crime praticado

por militares em situação de atividade em lugar sujeito à administração militar, o que atrai a competência da Justiça Castrense para processá-los e julgá-los (CF, art. 124 c/c CPM, art. 9º, I, b).

2. O fato de os pacientes não mais integrarem as fileiras das Forças Armadas em nada repercute na esfera de competência da Justiça especializada, já que, no tempo do crime, eles eram soldados da ativa.

3. Nulidade do interrogatório dos pacientes como primeiro ato da instrução processual (CPPM, art. 302).

4. A Lei nº 11.719/08 adequou o sistema acusatório democrático, integrando-o de forma mais harmoniosa aos preceitos constitucionais da Carta de República de 1988, assegurando-se maior efetividade a seus princípios, notadamente, os do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV).

5. Por ser mais benéfica (*lex mitior*) e harmoniosa com a Constituição Federal, há de preponderar, no processo penal militar (Decreto-Lei nº 1.002/69), a regra do art. 400 do Código de Processo Penal.

6. De modo a não comprometer o princípio da segurança jurídica (CF, art. 5º, XXXVI) nos feitos já sentenciados, essa orientação deve ser aplicada somente aos processos penais militares cuja instrução não se tenha encerrado, o que não é o caso dos autos, já que há sentença condenatória proferida em desfavor dos pacientes desde 29/7/14.

7. Ordem denegada, com a fixação da seguinte orientação: a norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum aplica-se, a partir da publicação da ata do presente julgamento, aos processos penais militares, aos processos penais eleitorais e a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial incidindo somente naquelas ações penais cuja instrução não se tenha encerrado (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF, HC 127.900, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 03/03/2016, Processo Eletrônico DJe-161 Divulg 02/08/2016 Public 03/08/2016) (STF, 2016, *online*).

O cenário sugere duas constatações: a primeira de que o *habeas corpus* é um mecanismo fundamental e primordial para o acesso ao Supremo Tribunal Federal, o que destaca a sua importância para a consolidação da jurisprudência penal da Corte máxima brasileira; a segunda de que é necessário e urgente conhecer os fluxos e o panorama decisório do Tribunal para se pensar em caminhos à racionalização do sistema – o que é indispensável para se otimizar a atuação do STF e se assegurar uma aplicação isonômica e paritária de sua jurisprudência (NUNES, 2010).

Da leitura de decisões, monocráticas ou colegiadas, em especial do STF, percebe-se uma tendência à abstrativização do controle de constitucionalidade em *habeas corpus*, fixando entendimentos para estabelecer um precedente que possa ser aplicado não apenas ao caso concreto em julgamento (o que seria a regra em *habeas*), mas a um número maior de casos. Almeja-se que o precedente definido seja replicado pelas instâncias anteriores ou mesmo monocraticamente pelos ministros.

No caso do HC nº 127.900, que teve como relator o ministro Dias Toffoli, o Pleno fixou orientação quanto à incidência da norma inscrita no artigo 400 do Código de Processo Penal a partir da publicação da ata daquele julgamento a todos os

procedimentos penais regidos por legislação especial, incidindo somente naquelas ações penais cuja instrução não se houvesse encerrado (STF, 2016, *online*).

Nota-se que no referido julgado, inclusive conforme será enfrentado de forma mais detalhada no presente trabalho, em questões envolvendo discussões entre as partes da presente ação, foi exarada decisão com efeitos *erga omnes*, transcendendo os limites meramente subjetivos da lide; situação que, em uma interpretação ortodoxa do Texto Constitucional, seria possível apenas em sede de controle concentrado de constitucionalidade (LIMA NETO, 2013).

Apesar de ser atraente o acolhimento da teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, mister se faz observar que apesar de alguns paradigmas à adoção da presente teoria, como é o caso do HC 127.900, vislumbra-se que referida teoria, ainda não é adotado de forma pacífica pela jurisdição constitucional brasileira (PORTO; MARTINS, 2019).

2.1 O PAPEL DO SENADO FEDERAL NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

A Constituição é conceituada como sistema de normas jurídicas, produzidas no exercício do poder constituinte, dirigidas precipuamente ao estabelecimento da forma de Estado, da forma de governo, do modo de aquisição e exercício do poder, da instituição e organização de seus órgãos, dos limites de sua atuação dos direitos fundamentais e respectivas garantias e remédios constitucionais e da ordem econômica e social (BONAVIDES, 2011).

Ensinam Branco e Mendes (2016) sobre o conceito material de Constituição, da seguinte forma:

Fala-se em Constituição no sentido substancial quando o critério definidor se atém ao conteúdo das normas examinadas. A Constituição será, assim, o conjunto de normas que instituem e fixam as competências dos principais órgãos do Estado, estabelecendo como serão dirigidos e por quem, além de disciplinar as interações e controles recíprocos entre tais órgãos. Compõem a Constituição também, sob esse ponto de vista, as normas que limitam a ação dos órgãos estatais, em benefício da preservação da esfera de autodeterminação dos indivíduos e grupos que se encontram sob a regência desse Estatuto Político. Essas normas garantem às pessoas uma posição fundamental ante o poder público (direitos fundamentais).

O conceito material de Constituição, portanto, segue a inteligência sobre o papel essencial do Direito e do Estado na vida das relações em uma comunidade. A Constituição, como ordem jurídica fundamental da comunidade, abrange, hoje, na sua acepção substancial, as normas que

organizam aspectos básicos da estrutura dos poderes públicos e do exercício do poder, normas que protegem as liberdades em face do poder público e normas que tracejam fórmulas de compromisso e de arranjos institucionais para a orientação das missões sociais do Estado, bem como para a coordenação de interesses multifários, característicos da sociedade plural (BRANCO; MENDES, 2016, p. 23).

Ensina ainda sobre conceito formal:

A Constituição, em sentido formal, é o documento escrito e solene que positiva as normas jurídicas superiores da comunidade do Estado, elaboradas por um processo constituinte específico. São constitucionais, assim, as normas que aparecem no diploma constitucional, que resultam das fontes do direito constitucional, independentemente do seu conteúdo⁶. Em suma, participam do conceito da Constituição formal todas as normas que forem tidas pelo poder constituinte originário ou de reforma como normas constitucionais, situadas no ápice da hierarquia das normas jurídicas. Como se nota, a noção de Constituição formal adere a uma concepção igualmente importante — a de fonte do direito constitucional. Da mesma forma, a distinção entre Constituição material e Constituição formal enseja uma classificação de normas constitucionais. São dois temas que merecem ser examinados (BRANCO; MENDES, 2016, p. 23).

O controle de constitucionalidade fundamenta-se na supremacia e na rigidez da Constituição. Visa, primordialmente, preservar os fundamentos basilares do Estado de Direito e garantir a unidade do sistema, através do expurgo das normas infraconstitucionais que se apresentem incompatíveis com as regras e princípios constantes da Lei Maior (CANOTILHO, 1997).

A supremacia da Constituição importa no reconhecimento da Carta Constitucional como Lei Fundamental do Estado, elaborada pelo Poder Constituinte Originário, e expressão da vontade social, figurando como o texto inicial e fundante da ordem jurídica, dotado de posição hierárquica superior às demais normas componentes do ordenamento (BARROSO, 2011).

Pressupõe, assim, um sistema de escalonamento normativo, ou seja, a hierarquia das leis e a adoção de Constituição escrita e rígida, além da existência de ao menos um órgão incumbido de exercer esse controle.

A rigidez funciona como uma espécie de consagração da superioridade da norma constitucional na pirâmide normativa, e importa na impossibilidade de alteração do texto constitucional por norma ordinária, demandando um procedimento mais dificultoso para modificação do Texto Maior que somente se autoriza mediante processo legislativo especial e qualificado, limitado e regulado pela própria Constituição (MIRANDA, 2011).

Kelsen (2001) classificou as normas segundo seu grau de importância, criando um sistema hierárquico de normas, na qual a Constituição encontra-se no mais alto patamar da pirâmide:

A ordem jurídica de um Estado é, assim, um sistema hierárquico de normas legais. Em forma bastante simplificada, apresenta o seguinte retrato: o nível mais baixo é composto de normas individuais criadas pelos órgãos aplicadores do direito, especialmente os tribunais.

Essas normas individuais são dependentes dos estatutos, que são normas gerais criadas pelo legislador, e das regras do Direito consuetudinário, que formam o nível superior seguinte da ordem jurídica. Esses estatutos e regras de direito consuetudinário, por sua vez, dependem da Constituição, que forma o nível mais elevado da ordem jurídica considerada como sistema de normas positivas (KELSEN, 2001, p. 216).

Esse modelo estabeleceu a noção de validade jurídica, de modo que as normas inferiores devem estar em conformidade com as de grau superior, numa espécie de hierarquia vertical.

Dessa forma, a Constituição adquiriu a capacidade de outorgar fundamentos de validade a toda e qualquer espécie de legislação a ela subordinada, tornando-se imprescindível criar um mecanismo de controle de “adequação” das normas inferiores, ou seja, um sistema capaz de verificar se a norma infraconstitucional está em conformidade com a norma constitucional.

O controle de constitucionalidade assim se justifica pela necessidade de se manter a compatibilidade da legislação de nível inferior com as normas constitucionais, que funcionam como normas supralegais a garantir que a vontade do Poder Constituinte Originário não seja alterada pela vontade do legislador ordinário, e nem mesmo pela vontade do Poder Constituinte Derivado, preservando os valores e princípios fundamentais adotados pelo Estado, assegurando estabilidade e segurança jurídica (SILVA, 2012).

A constituição, mesmo dotada de supremacia, não está imune a abusos e violações, tanto por parte do legislador ordinário como das autoridades públicas em geral, portanto exatamente por isso há o controle de constitucionalidade, para proteger a Carta Magna. Não bastam as normas constitucionais serem hierárquica e formalmente superiores às leis em geral. É necessário um instrumento para ser acionado nos casos de violação à ordem suprema do Estado. Esse instrumento é o controle de constitucionalidade (BONAVIDES, 2011).

Quando tratamos do tema controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, devemos nos atentar para a grande evolução histórica de nossas

Cartas Constitucionais desde o Império, transpassando o golpe militar que instaurou a República, o Estado novo, o golpe de 1964 (também militar), que instaurou um regime autoritário no país e durou até 1985, chegando à conquista da Carta da República de 1988 (BRANCO; MENDES, 2016).

O controle de constitucionalidade das leis tem-se revelado uma das mais eminentes criações do direito constitucional e da ciência política do mundo moderno. A adoção de formas variadas nos diversos sistemas constitucionais mostra, por outro lado, a flexibilidade e a capacidade de adaptação desse instituto aos mais diversos sistemas políticos.

É interessante observar que o sistema de controle de constitucionalidade sofreu incrível expansão na ordem jurídica moderna. Afigura-se inquestionável a ampla predominância do controle judicial de constitucionalidade e, particularmente, do modelo de controle concentrado. Cuida-se mesmo de uma nova divisão de Poderes com a instituição de uma Corte com nítido poder normativo e cujas decisões têm o atributo da definitividade (BRANCO; MENDES, 2011).

Deve assinalar-se que o sistema de controle de constitucionalidade no Brasil sofreu substancial reforma com o advento da Constituição de 1988. A ruptura do chamado “monopólio da ação direta” outorgado ao Procurador-Geral da República e a substituição daquele modelo exclusivista por um amplíssimo direito de propositura configuram fatores que sinalizam para a introdução de uma mudança radical em todo o sistema de controle de constitucionalidade (BONAVIDES, 2011; BRANCO; MENDES, 2016).

Embora o novo texto constitucional tenha preservado o modelo tradicional de controle de constitucionalidade “incidental” ou “difuso”, é certo que a adoção de outros instrumentos, como o mandado de injunção, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o mandado de segurança coletivo e, sobretudo, a ação direta de inconstitucionalidade, conferiu um novo perfil ao nosso sistema de controle de constitucionalidade (BRANCO; MENDES, 2016).

Temos, portanto, na história constitucional brasileira um registro da evolução e consolidação do modelo misto de controle de constitucionalidade, inicialmente com ênfase no controle concreto, migrando gradualmente à ampliação do controle abstrato (MENDES, 2002; RODRIGUES; PINÓS, 2013).

Sob a égide do controle difuso, os efeitos da decisão restringem-se às partes, mesmo quando apreciada pelo STF; visando a dar a essas decisões proferidas pela

Corte em caráter geral, o legislador, a partir da Constituição de 1934, apresentou como solução a delegação de competência ao Senado Federal para editar resolução suspendendo a norma declarada inconstitucional pelo STF (MENDES, 2002; FERNANDES, 2013).

A solução arquitetada na Constituição de 1934 foi mantida nas Cartas Constitucionais seguintes. Sendo assim, a produção de efeitos *erga omnes* originária de uma decisão advinda do controle concreto necessita do pronunciamento de dois Poderes: do Judiciário, julgando o mérito, e do Legislativo, representado pelo Senado Federal, editando resolução senatorial, com efeitos *ex nunc*. Desse modo, em nada foi afetada a autonomia do STF para apreciar a matéria e agir de forma técnica, e reservou-se à Casa Legislativa a incumbência de apreciar a conveniência de estender os efeitos (MENDES, 2002; FERNANDES, 2013).

Essa exigência tem sido cumprida; entretanto, o ministro Gilmar Ferreira Mendes, relator na Rcl. Nº 4.335-5/AC, apresentou a tese da mutação constitucional do instituto, hoje previsto no artigo 52, inciso X, da CF, deixando ao Senado Federal a tarefa de mera publicidade das decisões da Corte, as quais já gozariam de efeitos *erga omnes* (FERNANDES, 2013).

A tese da mutação constitucional sustentada não foi ainda objeto de decisão definitiva. O ministro Eros Grau acompanhou o relator e dois ministros posicionaram-se contrariamente a ela: o ministro Sepúlveda Pertence, sob o fundamento da existência de outro instrumento em poder da Corte – no caso, a súmula vinculante; e o ministro Joaquim Barbosa, que alegou a ausência efetiva do desuso como processo de mutação constitucional (FERNANDES, 2013).

No meio acadêmico, a tese apresentada àquela ocasião pelo ministro Gilmar Ferreira Mendes repercutiu. As posições contrárias, em maioria até o momento, sustentam a inviabilidade da ocorrência de mutação constitucional. Dentre os argumentos, registra-se que a norma positivada no artigo 52, inciso X, da CF não é aberta e imprecisa, e que a mutação constitucional, por ir além dos limites consignados no Texto, é inconstitucional (FERNANDES, 2013).

Apesar das discussões existentes, inclusive sob o ângulo da inconstitucionalidade de referida medida, observa-se que referido acolhimento a presente teoria, qual seja de abstrativizar o controle difuso de constitucionalidade encontra-se com forte arrimo no fato de que o Senado Federal exerceria apenas o

papel de órgão publicista à decisão tomada pelo STF em controle difuso de constitucionalidade (BITTENCOURT, 1968).

Repara-se que apesar das recentes discussões no âmbito do STF., a exemplo da ocorrida na Rcl. Nº 4.335-5/AC; o argumento jurídico a justificar o entendimento de que o Senado Federal exerceria o papel apenas de órgão a dar publicidade às decisões proferidas pelo STF, ainda que em sede de controle difuso de constitucionalidade, já era analisada pela doutrina desde a década de 1960, inclusive sob o forte argumento de que devido a espécie normativa inconstitucional ser nula, independente da discussão ser em sede de controle difuso ou concentrado de constitucionalidade, não caberia ao Senado Federal decidir, ao fim, sobre a suspensão da execução de lei inconstitucional declarada pelo STF (BITTENCOURT, 1968).

Conforme discorrido no primeiro capítulo desta dissertação, quando da breve análise histórica do controle de constitucionalidade no direito brasileiro, observa-se que Bittencourt (1968) ao tecer estudos sobre o papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade estava sob a égide da Carta Constitucional de 1967 que em seu art. 45, IV, em redação semelhante ao art. 52, X da atual da Constituição Federal brasileira, trazia expressamente a atribuição constitucional do Senado Federal em suspender a espécie normativa declarada inconstitucional pelo STF (BRASIL, 1967, *online*).

Ainda que à Constituição de 1967 o Brasil estivesse passando por um momento onde a democracia estava em frangalhos, observa-se a clara vontade do constituinte em assegurar ao Senado Federal a função precípua de, em última decisão, suspender a espécie normativa declarada inconstitucional pelo STF em controle difuso de constitucionalidade e, assim, fazer com que a decisão tomada em processo subjetivo transbordasse os limites da lide e fosse aplicada a todos.

Apesar da relevância da tese defendida isoladamente por Bittencourt (1968), qual seja de que ao Senado Federal importaria, tão e somente, dar publicidade à decisão proferida pelo STF, haja vista que lei inconstitucional seria ato inexistente; mister se faz discordar de tal entendimento, haja vista que em interpretação ao atual Texto Constitucional, observa-se que o constituinte originário de 1988 ao prever a regra do art. 52, X da Constituição Federal, nitidamente, até mesmo devido a importância do Senado Federal, para a manutenção do regime democrático, não quis

atribuir ao órgão do Poder Legislativo o simples papel de mero publicador de decisões tomadas pelo Poder Judiciário (BRASIL, 1988, *online*).

Alinhavando ao presente discurso, e, em especial, em análise à Carta Constitucional de 1969 (ou emenda constitucional), em seu art. 42, VII, percebe-se que até mesmo em momentos de alto tormento à democracia, em especial ao Poder legislativo, o constituinte manteve a cristalina redação de que ao Senado Federal competiria privativamente a suspensão de leis declaradas inconstitucionais pelo STF (BRASIL, 1969, *online*).

Noutro giro, apesar de tentador o acolhimento da teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, inclusive pelos motivos aqui apontados; há de ressaltar que a aplicação de referida teoria, tendo em vista o disposto no art. 52, X da CRF/88 consubstanciada com demais Textos Constitucionais brasileiros, provoca receios de desconfiguração do espírito normativo da separação dos poderes, em especial por permitir uma prevalência do Poder Judiciário sobre os demais poderes republicanos, situação que levará ao induzimento de redução do Poder Legislativo, no caso do Senado Federal (CLÈVE, 2000).

Logo, há de se observar a relevância do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade, com o propósito de proporcionar a fiscalização dos atos judiciais por parte do legislativo e, com isso, buscar um fiel equilíbrio entre os poderes republicanos (CLÈVE, 2000).

Ao analisar o Senado Federal no tocante à sua função no controle difuso de constitucionalidade, em especial a partir da redação da Constituição de 1946, cujo texto redacional se repete na Constituição Federal de 1988, observa-se que o Senado Federal, como representante dos Estados e do Distrito Federal, apesar de se distanciar da coordenação dos Poderes republicanos, manteve a sua competência privativa para suspender a execução de espécies normativas declaradas inconstitucionais pelo STF (CASTRO, 2008). Assim, ao analisar essa competência privativa do Senado Federal, Maximiliano (1951, p. 175), em exegese, conclui:

Quando a nova Constituição mantém, em alguns dos seus artigos, a mesma linguagem da antiga, presume-se que pretendeu não mudar a lei nesse particular, e a outra continua em vigor, isto é, aplica-se à atual interpretação aceita para a anterior.

A reflexão anterior sobre o papel do Senado Federal, além de ser imprescindível para a análise do fenômeno da mutação constitucional, se mostra de

grande relevo, inclusive para contra argumentar a posição de que ao Senado Federal caberia, unicamente, a função de dar publicidade à decisão proferida pelo STF em controle difuso de constitucionalidade.

Com a Constituição de 1946, onde, repito, o constituinte originário à época, com redação similar à atual Constituição de 1988, ao já elencar expressa competência do Senado Federal para a suspensão da lei declarada inconstitucional pelo STF; verifica-se no campo hermenêutico, inclusive com entendimentos proferidos em julgados do próprio Excelso Pretório de que a lei tomada por inconstitucional, *incidenter tantum*, pelo STF, enquanto não suspensa pelo Senado Federal, deveria continuar sendo aplicável aos demais casos que não participaram da relação jurídico processual subjetiva. O presente entendimento é facilmente perceptível quando de análise ao julgamento pelo STF da Representação de nº 700/66 em voto proferido pelo Ministro Orozimbo Nonato (BASTOS *apud* CASTRO, 2008).

Inclusive, a fim de discorrer sobre o fenômeno da mutação constitucional, como meio a viabilizar a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, mister se faz a seguinte indagação: Quais critérios levam a uma mudança de entendimento quanto ao papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade se, desde a Constituição de 1946, existem argumentos plausíveis sobre a necessidade de manifestação por parte do Senado Federal como condição para suspender a eficácia erga omnes de lei declarada inconstitucional pelo STF em controle difuso de constitucionalidade?

Tal argumentação se faz pertinente, a fim de compreender, tanto o processo de mutação como a relevância do Senado Federal nesse diálogo institucional, no que tange ao processo de inconstitucionalidade das leis.

2.2 MANUTENÇÃO DA AUTONOMIA DECISÓRIA DO SENADO FEDERAL À LUZ DA DIGNIDADE DA LEGISLAÇÃO

O cerne do presente trabalho é questionar a compatibilidade do acolhimento da teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade com as atribuições constitucionais do Senado Federal, em especial à aquela disposta no art. 52, X da Constituição Federal; situação que, de forma inquestionável se mostra relevante à pesquisa devido a importância do Senado Federal no controle difuso de

constitucionalidade, sendo impossível cogitar em acolhimento da teoria abstrativista sem a análise do papel do Senado Federal.

A indissociável conexão entre constitucionalismo e democracia, podendo-se, inclusive, tratá-los como um conceito único de “constitucionalismo democrático” (BARROSO, 2011, p. 88), delimita o cenário da presente investigação. A preservação dos direitos fundamentais e o respeito ao procedimento democrático constituem, ao mesmo tempo, o foco da tensão e a meta de qualquer atuação institucional.

Dentre as atuações institucionais de maior relevância, o protagonismo do Judiciário alcançou especial destaque nas últimas décadas. Entre os inúmeros fatores que contribuíram para a ascensão estão:

- i) o conteúdo moral da Constituição (DWORKIN, 2006) e a tensão constitutiva de sentido entre os princípios que a integram;
- ii) o fortalecimento dos instrumentos de controle de constitucionalidade e a ampliação dos legitimados para participar do processo constitucional (VILHENA, 2002);
- iii) a maior divulgação da jurisdição constitucional perante a opinião pública após a criação da TV Justiça;
- iv) a judicialização de casos de repercussão não apenas jurídica, como também política e social, especialmente no plano do STF.

De modo a resgatar a “dignidade da legislação”, termo que inclusive é título de uma de suas obras, Waldron (2003, p. 2) tenta desconstruir a ojeriza que o meio acadêmico enxerga nas legislaturas. E o faz exatamente por acreditar que seriam os palcos por excelência a reproduzir a pluralidade de um povo, com todos os seus desacordos inerentes.

Nada disso faz sentido, porém, ou, pelo menos, nada disso faz muito sentido evidente no caso de uma legislatura que não é um único indivíduo natural, uma legislatura que, antes, compreende centenas de membros, com opiniões e estados mentais radicalmente diversos (na verdade, em geral opostos politicamente) (WALDRON, 2003, p. 32).

Assim, interessante é a argumentação de se entender as instâncias legislativas como palcos de decisão, ao invés do Judiciário, uma vez que esse não carrega essa diversidade em sua composição. Para Waldron (2003), a democracia não é sinônimo de consenso, e a existência de desacordo é característica típica de sociedades plurais e modernas.

Para Waldron (2003), a legislação é o produto de um complexo processo deliberativo que leva o desacordo a sério e reclama autoridade sem esconder nem disfarçar as divisões e conflitos que circundam sua produção. Por este motivo, constituiria um foro mais adequado para decisões sobre direitos. Assim, além de sua percepção de pluralidade na composição das legislaturas, o que por si só já seria suficiente para desacreditar a tensão maioria versus minoria e, conseqüentemente, o perfil contramajoritário das Cortes, Waldron (2003) defende o majoritarismo como a melhor forma de superação dos desacordos.

Em Waldron (2003), pois, encontramos plena consciência da má fama atribuída às legislaturas e das extravagâncias de parlamentares, fazendo menção, como exemplos, do Congresso dos EUA e da Câmara dos Comuns britânica. Muito embora, segundo Gonçalves (2013), tais problemas tenham levado outros autores a entregarem seu apoio incondicional ao Judiciário, Waldron agiu em sentido oposto, ele se atentou para o fato de que a construção e teorias sobre a legislação não é tão farta como em relação ao Judiciário.

Sendo assim, a dignidade da legislação integraria um projeto de caráter mais amplo, estando a preocupação de Waldron (2003) no posto de situar as legislaturas no centro de um pensamento jurídico-filosófico, o que pressuporia críticas ao *judicial review* e até mesmo a teorias a exemplo da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. Contudo, pela perspectiva do autor, isso não quer dizer que a crítica não se perfaz na dignidade da legislação; antes, a seu ver, ela estaria subjacente em todo o trabalho.

Assim, a partir da leitura de Waldron (2003), seria possível promover uma reflexão crítica sobre a atitude das pessoas em relação ao Judiciário e ao Legislativo, destacando-se, nesse contexto, a libertação de estímulos positivistas e liberais, mas primando por conferir às Casas Legislativas a autonomia decisória necessária para se manter o equilíbrio junto às instituições democráticas.

Num contexto em que as discussões acerca da legitimidade do direito concentram-se no aprofundamento de teorias da decisão judicial, Waldron (2003) ressalta a importância do desenvolvimento de uma teoria normativa da legislação, capaz de sufragar o senso comum predominante na jurisprudência de que a atividade legislativa se restringe a negociata, troca de favores e procedimentos eleitoreiros, ou seja, qualquer coisa menos decisão política baseada em princípios.

Essa postura preconceituosa em relação à atividade legislativa alia-se ao propósito de conferir maior credibilidade à ideia de revisão judicial da legislação, sob a autoridade de uma carta de direitos, silenciando quanto às dificuldades democráticas que essa mesma revisão judicial implica (FREEMAN, 1994).

Contrariamente a essa ideia, Waldron (2003) concebe a legislatura, tanto na filosofia jurídica quanto na filosofia política, como um modo de governança dignificado e como uma fonte de direito respeitável, contestando a formulação persistente de que o direito produzido pelos juízes, e não o direito produzido pela legislatura, vincula-se mais naturalmente aos valores políticos evocados pela justiça, pela legalidade e pelo Estado de Direito.

As atividades legislativas são grandes assembleias que representam – ou deveriam representar – as divergências mais substanciais da sociedade. Desse modo, a legislação torna-se o produto de um processo deliberativo complexo que considera seriamente as divergências morais e as acomoda de modo democrático, conforme a posição que, em dado contexto, alcançar o maior apoio entre os parlamentares, representantes do povo (WALDRON, 2003).

Em tal perspectiva, a posição política da comunidade deve ser o resultado de um processo político democrático que concilie ou, ao menos, considere as posições divergentes na tomada de decisões, uma vez que é da natureza do legislador ser parcial em suas opiniões e em seus votos, justamente porque corporifica as discordâncias da sociedade (JUCÁ, 2007).

Segundo Waldron (2003), a questão central de uma assembleia legislativa é representar os diferentes segmentos da sociedade e legislar de modo que essas diferenças sejam levadas a sério, ao invés de se pretender que elas não existam ou que possam ser conciliadas.

Tomando-se por base as considerações até aqui apresentadas, será o capítulo seguinte destinado a analisar o processo da mutação constitucional ao art. 52, X da CFB/1988, sem o qual seria impossível aplicar a teoria da abstrativização do controle difuso de constitucional ou, em uma afirmação sucinta, viabilizar a atribuição de eficácia *erga omnes* pelo STF, em controle difuso de constitucionalidade, sem a participação do Senado Federal.

3 O PROCESSO DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO INCISO X DO ARTIGO 52 DA CFB/1988

Conforme mencionado ao término do capítulo antecedente, observa-se que o fenômeno da mutação constitucional é o alicerce hermenêutico à implementação da teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. Uma das indagações que se faz necessária no presente caso é sobre a possibilidade do ordenamento jurídico brasileiro ser compatível com tal situação, haja vista que o constituinte, inclusive antes da CFB/1988, trouxe a regra de que ao Senado Federal competiria a decisão em suspender, ou não, a norma declarada inconstitucional pelo STF, e, assim, dar eficácia erga omnes à decisão pretoriana.

Apesar das discussões que permeia as justificativas ao acolhimento da teoria abstrativista, como exemplo de eventual inação por parte do Senado Federal em expedir a espécie normativa cabível a conferir eficácia *erga omnes* às decisões do STF em controle difuso de constitucionalidade; certo é que tal processo mutante no ordenamento jurídico brasileiro exige uma postura ativista por parte do Excelso Pretório, situação que, ainda que de forma incontroversa, provoca nítidas rupturas à Separação de Poderes, permitindo, inclusive, ilações sobre a possibilidade de sobreposição do Poder Judiciário aos demais poderes republicanos.

3.1 CONCEITO DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Segundo Maia (2008), a mutação constitucional corresponde a mudanças de sentido feitas no texto constitucional. Não se faz, pois, transformações na estrutura das palavras do texto constitucional, considerando um processo de mudanças comportamentais não organizadas, difusas, em que não é possível a identificação de uma ingerência formal do Poder Constituinte Derivado.

Desse modo, contrariamente à lógica de aplicação aplicada aos preceitos constitucionais em casos concretos, o que se tem, na mutação constitucional, é um quadro fático em que se reconhece a reiteração de comportamentos que são unidos por uma aceitação implícita, que lhes atribui caráter abstrato e geral como se fossem normas (MAIA, 2008).

A esse respeito, ainda segundo Maia (2008), o objetivo da mudança de sentido dos preceitos constitucionais seria relacionado à promoção de uma adaptação

destes aos fatos que insurgem espontaneamente na sociedade, sem a necessidade de observar procedimentos formais que exigem, por exemplo, a alteração do texto constitucional.

No sentido, ao analisar o conceito de mutação constitucional, em especial da possibilidade de transformação da exegese tradicional, até então estabelecida à norma, e do fato de ser despciendo a alteração formal do texto constitucional, Barroso (2011, p. 140) preceitua:

a mutação constitucional consiste em uma alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, além disso, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto. Esse novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo.

Ainda, quando se fala em mutação constitucional, ainda mais em modelos jurídicos como é o brasileiro, onde a fonte primária do direito são as normas positivadas, mister se faz analisar sobre a compatibilidade da mutação constitucional, sem que o fenômeno da mutação macule a originalidade do texto constitucional e que, por exemplo, transforme o sistema jurídico em fonte de respaldos a práticas antidemocráticas (GOMIDE, 2017).

Em análise a historicidade do fenômeno da mutação constitucional que, apesar da terminologia de origem germânica, tem grande aplicabilidade no direito norte-americano; o que, em solo brasileiro, leva-nos a indagar sobre a compatibilidade de referido instituto em sistemas jurídicos baseados na *civil law*.

É cediço que a exemplo do Brasil, lastreado na *civil law*, a aplicabilidade do fenômeno da mutação constitucional, apesar de possível e viável devido as transformações sociais, encontra-se barreiras mais significativas do que em sistemas baseados na *common law*, justamente devido a modelos como estes ser permitido um maior protagonismo do Poder Judiciário sem, contudo, apequenar os demais Poderes (MARINONI, 2009).

Referidos processos de transformações, até mesmo ancorados no neoconstitucionalismo, se fazem possíveis em sistemas rígidos do ponto de vista formal da norma constitucional positivada, como é o caso do Brasil, devido as riquezas possibilitadas pelas regras hermenêuticas, e, sem questionamentos, passam a gerar

ainda maiores questionamentos devido ao termo cunhado nos Estados Unidos, denominado como ativismo judicial (BICCA, 2011).

A citação ao termo ativismo judicial no contexto da presente dissertação é necessária devido a controvérsia de sua sistemática até mesmo no modelo jurídico anglo-saxão, justamente devido ao fato de proporcionar um protagonismo, muitas das vezes, exacerbado do Poder Judiciário e, em sistemas como o brasileiro, ter o condão de causar uma desarmonia entre os poderes republicanos (BARROSO, 2009).

Inquestionável que quanto mais o exegeta se distânciava de interpretações ortodoxas e conseqüentemente da vontade do constituinte originário, a exemplo de quando realiza a mutação constitucional do art. 52, X da CFB/88, maior será o nível de protagonismo do Poder Judiciário e, inevitavelmente, mais lacônico será o exercício das funções constitucionais estabelecidas ao Senado Federal. Este maior, ou menor, nível de atuação do Poder Judiciário no processo de mudança interpretativa do texto constitucional demonstra uma indelével participação ativista do judiciário (RAMOS, 2015).

A abstrativização do controle difuso de constitucionalidade que, conforme debatido, se faz possível devido ao processo de mutação constitucional ao art. 52, X da CFB/88 que, por sua vez, só é possível devido ao maior protagonismo exercido pelo Poder Judiciário, que está consubstanciado àquilo denominado como ativismo judicial e que, em modelos constitucionais a exemplo do Brasil, induz a crença de que o seu exercício sem limites coaduna para um processo de mutação pautada em critérios inconstitucionais, por colocar em risco, ou até mesmo por violar valores constitucionais inalienáveis como o próprio regime democrático de direito e a separação dos poderes (STRECK, 2011).

Com o propósito de investigar os limites para o processo da mutação constitucional e com o intuito de evitar que este processo de transformação viabilize um processo de mutação inconstitucional, inclusive corroborando para a ausência de dignidade do texto constitucional, notável se faz observar, conforme vasta literatura - inclusive a pouco comentada, de que o processo de metamorfose constitucional não pode ser feito sem parâmetros, sob o risco de, a exemplo do art. 52, X da CFB/88, mitigar funções ímpares delegadas pelo constituinte a instituições seculares como é o caso do Senado Federal (CANOTILHO, 2010).

Se por um lado, devido as mudanças sociais, existe a louvável atuação protagonista por parte do STF com o escopo de adequar a interpretação da norma

constitucional aos anseios sociais e assim cumprir a sua missão na solução dos conflitos; noutro lado, observa-se que tal protagonismo não pode ser exercido ao arrepio da vontade do constituinte e em detrimento dos demais Poderes republicanos.

Interessante é a posição de que ao mesmo tempo em que se permite ao Poder Judiciário mudar o sentido da norma constitucional sem a exigência de alteração literal do texto constitucional por parte do Poder Legislativo, inevitável, até mesmo em freios a esse poder, se faz a observância de alguns critérios, tais como: se houve uma mudança da realidade social (BARROSO, 2011).

No contexto da mutação constitucional ao art. 52, X da Constituição Federal de 1988 e que ocasionou o implemento da teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade há alguns casos emblemáticos julgados pelo STF, mister se faz o questionamento: em decisão do STF que ocorreu a aplicação de efeitos *erga omnes* a decisão proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade, sem a suspensão da norma pelo Senado Federal, houve plausíveis justificativas?

Um dos motivos que poderiam responder a indagação anterior seria o fato de o Senado Federal na verdade exercer apenas o papel de dar publicidade a uma decisão tomada pelo STF. Outro motivo, mais contemporâneo, que desperta uma série de dúvidas, seria o fato da obrigatoriedade, ou não, do Senado Federal suspender a norma declarada inconstitucional pelo STF (CASTRO, 2008).

Com relação a obrigatoriedade do Senado Federal em editar a resolução suspendendo a norma declarada inconstitucional pelo STF, apesar de entendimentos no sentido de que o Senado Federal estaria sempre e, de forma inquestionável, vinculado a decisão do STF (BITTENCOURT, 1949). Interessante é o posicionamento do próprio STF que, há décadas, já havia exarado o entendimento de que a decisão final, pela suspensão ou não, da norma declarada inconstitucional pelo STF, compete unicamente ao Senado Federal. Assim, nota-se entendimento do próprio STF que, na lavra de alguns de seus Ministros à época, entenderem ter o Senado Federal juízo de discricionariedade quando da suspensão da norma declarada inconstitucional pelo STF (STF, 1966, *online*).

Por força do julgado na reclamação (representação) 691/66, o Ministro Pedro Chaves, em seu voto, ponderou: “[...] O Senado Federal não era um mero registrador de decisões do Supremo Tribunal Federal. Ninguém atribuiu ao Senado Federal a função secundária e de deprimente do dizer amém para aquilo que o Supremo Tribunal diz” (STF, 1966, *online*).

A reclamação, alterada para representação 691/66 teve como controvérsia a resolução 93 editada pelo Senado Federal que supostamente teria sido editada sem a existência de decisão de inconstitucionalidade proferida pelo STF. O voto acima citado, inclusive em entendimentos exarados em outros votos, foi proferido em interpretação ao disposto no art. 64 da Constituição Federal de 1946 que tinha redação, conforme já demonstrado nessa dissertação, semelhante à do art. 52, X da CFB/88 (STF, 1966, *online*).

Em continuidade a análise das situações ensejadoras de uma mutação constitucional, interessante analisar, apesar do entendimento do Senado Federal ter discricionariedade sobre a edição da resolução acerca da suspensão da norma declarada inconstitucional pelo STF, se eventual omissão por parte do Senado Federal justificaria o STF a afetar a decisão sobre a inconstitucionalidade de determinada norma com eficácia *erga omnes*, ou seja, mudar a interpretação do art. 52, X da CFB/88.

Em análises, a discussões sobre eventuais omissões do Senado Federal, no que tange a edição de resoluções, suspendendo as normas declaradas inconstitucionais pelo STF, percebe-se a inexistência de informações precisas, que levem a uma conclusão segura, de que tal situação (omissão do Senado Federal em editar resoluções) realmente exista, havendo, inclusive, informações, ao longo da evolução histórica do controle difuso de constitucionalidade no Brasil, de ausência de ofícios por parte do STF, comunicando a decisão ao Senado Federal (LEITE, 2018).

Destarte, ao se analisar o texto de uma Constituição e sua importância para uma nação, logo se compreende que isso se dá em virtude do fato de que, no texto constitucional, são apostas peculiaridades estabelecidas no contexto nacional, determinando, em todo o território, procedimentos e competências específicas que irão vigor com vistas à superação de conflitos porventura surgidos na comunidade, impondo tarefas, garantindo à sociedade de caráter pluralista uma convivência solidária em um sistema federativo.

Nesse sentido, para Hesse (2009, p. 7), tais decisões representariam “a inviolabilidade da dignidade humana como princípio supremo do ordenamento constitucional, a república, a democracia, o postulado do Estado social de Direito, e a organização territorial em termos de Estado federal”.

Ainda de acordo com Hesse (1991), questões constitucionais não podem ser reduzidas meramente a questões jurídicas; antes, elas encerraram em si, também,

uma feição política, de modo que, ainda que limitadamente, a Constituição dispõe de força jurídica própria capaz de motivar e ordenar da sociedade e do Estado ao reproduzir o estágio dos embates estabelecidos entre os diversos atores culturais, econômicos e políticos de certa sociedade, promovendo reflexões acerca de uma decisão sobre a forma de ser do Estado ao longo de certa época histórica.

Sendo assim, pode-se afirmar que, enquanto corpo normativo fundamental do Estado, tem-se no texto constitucional o estabelecimento de valores, que reúnem os elementos essenciais à resolução da questão, definindo a estrutura administrativa, de modo que a supremacia normativa da Constituição confira ao texto da Carta força ativa capaz de favorecer a realização de função e tarefas próprias na vida histórico-concreta do povo (HESSE, 1991).

Trata-se, pois, de um pressuposto de aspectos relacionados à concepção jurídica da Constituição, em seu sentido for, tanto material como formal, abrangendo a ordem jurídica interna e manutenção do Estado (HESSE, 1991).

Vale ressaltar que, na presente pesquisa, inclusive a título argumentativo, imperioso se faz o estudo dos mecanismos que viabilizam a aplicação da teoria da abstrativização do controle difuso de constitucional, sendo indiscutível que a aplicação de referida teoria só se faz possível, devido ao fenômeno da mutação constitucional provocada no art. 52, X da CFB/88. Ainda, há de observar que quanto maior for o nível da mutação constitucional, no presente contexto, maior será a ingerência sofrida pelo Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade realizado pelo STF.

3.2 PRELÚDIO LEGISLATIVO DO PROCESSO DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

O ordenamento jurídico brasileiro, em especial com o advento do Código de Processo Civil de 2015, aponta para a necessidade de vinculação às decisões judiciais proferidas, especialmente, por tribunais superiores com a claro propósito de gerar segurança ao ordenamento jurídico brasileiro e, assim, de forma inquestionável, se aproxima do modelo da *common law* (DONIZETTI, 2015).

Referida aproximação do ordenamento jurídico brasileiro, em especial com o advento do CPC/15, com o modelo da *common law*, inclusive com indicativos de acolhimento à teoria da abstrativização se faz visível quando, por exemplo, de análise ao disposto nos arts. 525, §12 e art. 535, §5º do CPC/15 (BRASIL, 2015).

Em estudo aos dispositivos regrados pelo Código de Processo Civil, acima citados, observa-se que o legislador infraconstitucional, em nítida valoração aos sistemas de precedentes, determinou que a decisão proferida pelo STF, ainda que em controle difuso de constitucionalidade, passasse a ter eficácia *erga omnes*, ou seja vinculando toda a administração pública e demais instância judiciárias aos casos de processos em fase de cumprimento de sentença (BRASIL, 2015).

A inovação legislativa, ocasionada no texto do CPC/15 demonstra, cabalmente, a intenção do legislador de provocar mutação constitucional ao art. 52, X da CFB/88; posto que agora em redação positivada pelo legislador passa a existir uma regra que, a despeito da exigência constitucional de participação do Senado Federal na suspensão de uma lei declarada inconstitucional pelo STF, permite ao Excelso Pretório proferir uma decisão que diretamente, sem o aval do Senado Federal, passa a ter eficácia *erga omnes* (NOVAIS; JACOB, 2018).

Ainda como demonstração de que apesar da relevância do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade, conforme exigência do art. 52, X da CFB/88, o sistema brasileiro se aproxima, até mesmo em homenagem ao sistema de precedentes e em busca da segurança jurídica, do acolhimento à teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, foi que o STF em julgamento com repercussão geral entendeu pela constitucionalidade as normas entabuladas no CPC/15 e que podem ser vistas como prelúdio normativo infraconstitucional ao acolhimento da teoria da abstrativização controle de constitucionalidade e, conseqüentemente, permissão à mutação constitucional (STF, 2018).

Conforme demonstrado no tópico anterior, revela-se, a cada dia, a aproximação de acolhimento à mutação constitucional do art. 52, X da CFB/88 ainda que tal fenômeno provoque uma ruptura da separação dos poderes, tendo em vista a mitigação de funções essenciais atribuídas pelo constituinte originário de 1988 ao Senado Federal. Contudo, apesar das questões que envolvem as discussões no que tange a separação dos poderes a ao próprio regime democrático de direito, mister se faz analisar as repercussões jurídicas que o processo de mutação constitucional possa causar às normas elencadas no texto constitucional e até mesmo na legislação infraconstitucional.

3.3 NÍTIDOS EFEITOS PROVOCADOS PELO PROCESSO DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL AO ART. 52, INCISO X DA CFB/1988

Na opinião de Faustino e Bastos (2008), embora o papel do Senado Federal no desempenho da competência que lhe foi atribuída pelo inciso X do artigo 52 da Constituição de 1988 nunca tenha sido satisfatório, em razão da discricionariedade que detém, concentrar o poder nas mãos do STF é, também, temerário, já que se pode, com isso, retirar o equilíbrio que se espera do sistema de freios e contrapesos do Estado Democrático de Direito vigente no Brasil.

Inicialmente, em análise a redação originária da CFB/1988 e da emenda à constituição 45 de 2004, nota-se que o constituinte trouxe, taxativamente, de que apenas algumas autoridades fossem legitimadas a provocarem a jurisdicional constitucional junto ao STF, com o propósito de provocar uma decisão com eficácia *erga omnes* (BRASIL, 1988).

A regra constitucional do art. 103 da CFB/88 ao tolerar que apenas algumas autoridades fossem legitimadas para ingressarem junto ao STF com o controle abstrato de constitucionalidade de espécie normativa, inequivocamente, teve o propósito de evitar com que qualquer pessoa provocasse a jurisdição constitucional ao ponto de acionar o STF a prolatar decisão com o condão de abstratamente afastar espécie normativa aprovada pelo Poder Legislativo (STRECK; LIMA, 2007).

Nota-se que até mesmo em outras situações que vão além do controle concentrado de constitucionalidade, a exemplo do recurso extraordinário com repercussão geral, onde o STF teria competência a emitir decisões com eficácia *erga omnes*, o legislador e/ou constituinte estabeleceram requisitos mínimos para acesso à jurisdicional constitucional, a exemplo de legitimidade postulatória, de reconhecimento de repercussão geral e etc. Contudo, com o acolhimento da teoria da abstrativização do controle de constitucionalidade passa-se a observar uma expansão, não prevista pelo constituinte, de pessoas legitimadas a provocarem decisões junto ao STF com eficácia *erga omnes*, a exemplo do que vem ocorrendo, até mesmo, em sede de HC, onde não se exige, sequer, capacidade postulatória (GONÇALVES, *et al.*, 2017).

Além dos efeitos adversos provocados no texto constitucional, vislumbra-se que tais efeitos colaterais também afetam a vontade do legislador infraconstitucional. Compulsando o art. 27 da lei 9.869/1999 (BRASIL, 1999), verifica-se que o legislador

infraconstitucional ao estabelecer regras sobre o processo e julgamento das ações que se prestam a realizar o controle concentrado das espécies normativas trouxe normativa sobre a chamada modulação dos efeitos da decisão proferida em processo objetivo de controle de constitucionalidade, estabelecendo que nestes casos, o STF, por quórum específico, pode determinar que os efeitos da decisão não eficácia, unicamente, a partir de um momento, que, naturalmente, opera-se *ex tunc*.

É cediço que uma espécie normativa inconstitucional, quando assim reconhecida, opera efeitos *ex tunc*, haja vista, inclusive conforme robustos entendimentos, que norma inconstitucional é nula e, por isso, devido a sua natureza declaratória, teria eficácia retroativa (CLÈVE, 1998). Por outro, se a teoria clássica traz o entendimento acerca da nulidade das normas inconstitucionais, foi que o legislador, de forma sábia, atento a outras preocupações sociais, e a fim de garantir princípios como os da segurança jurídica e estabilidades das relações sociais trouxe regramento, a fim de possibilitar ao STF estabelecer outro marco temporal, senão o da retroatividade, às decisões tomadas em sede de controle concentrado de constitucionalidade e, assim, realizando o fenômeno da modulação dos efeitos (GRETTER, 2011).

Apesar da possibilidade de se modular os efeitos de uma decisão sobre a inconstitucionalidade de espécies normativas, denota-se que o legislador positivo, em atenção à vontade do constituinte, estabeleceu que a situação é possível em sede de controle concentrado de constitucionalidade, e desde que a decisão sobre a modulação tenha sido tomada por dois terços dos ministros integrantes do STF (BRASIL, 1999). Os apontamentos sobre a vontade do legislador se fazem pertinentes, justamente devido ao fato de o STF em alguns julgados, ao atribuir eficácia *erga omnes* em sede de controle difuso de constitucionalidade, a exemplo do HC 127.900, estar indo em sentido diverso à vontade do legislador, conforme será debatido no capítulo seguinte desta dissertação (STF, 2016).

Nota-se, inclusive conforme demonstrado alhures, que apesar de o STF ainda não adotar a teoria da abstrativização do controle difuso de constitucional, em franca mutação constitucional ao art. 52, X da CFB/88, ou adotá-la de forma tímida; muitas questões sensíveis, inclusive que impactam na estrutura do ordenamento jurídico, e na relação harmoniosa dos poderes republicanos, precisam passar por um processo de maturação em sede de jurisdicional constitucional, evitando, com isso, a indignidade da legislação e do próprio texto constitucional.

3.4 COMPATIBILIDADE DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Existem dois grandes modelos conhecidos de sistemas jurídicos: o *civil law*, assim denominado o modelo do direito codificado-continental; e o *common law*, que constitui o modelo do precedente judicial anglo-saxão. A diferença entre ambos é que, enquanto o *civil law* encontra-se baseado, essencialmente, na lei positivada, o *common law* está fortemente centrado na primazia da decisão judicial – *judge made law* (TAVARES, 2009).

No Brasil, muito embora o sistema jurídico seja baseado na lei – *civil law*, com expressa determinação constitucional a respeito, tem-se instrumentos jurídicos, a exemplo da Súmula Vinculante, emitida pelo Supremo Tribunal Federal – STF, que tem a sua origem em dois institutos do Direito Comparado: o *stare decisis* – precedente – do Direito norte-americano, e os assentos do Direito português (TAVARES, 2009).

Focando a análise no precedente, tem-se que, conforme a orientação tradicional, o problema central da teoria do precedente é de que a decisão de um só caso possa ser manifestada sobre a decisão de caso sucessivo, análogo ou a ele idêntico. Isto ocorreria, no sistema do *common law*, por se ter o precedente como instituto dotado de eficácia jurídica vinculante, o que obrigaria o juiz a decidir o caso sucessivo com a aplicação da *ratio decidendi* resultante do precedente. No sistema da *civil law* clássica, contudo, o precedente não estaria revestido de eficácia jurídica vinculante, tão somente servindo para fundamentação da decisão, mas sem obrigação do magistrado seguir a sua *ratio* (TARUFFO, 1994).

A despreocupação percebida com a coerência do direito dos tribunais decorre da falsa premissa de que a norma jurídica se comportaria como antecedente à interpretação do enunciado normativo. Desse modo, o texto legal conteria em sua estrutura a norma jurídica, de forma pronta e acabada.

A consequência de tal consideração seria a suposição de que os tribunais, incluindo os subalternos ao STF, se encontrariam limitados à busca da interpretação que revelasse o exato sentido da lei. Sendo assim, não haveria na função jurisdicional uma função criativa ou interpretativa, mas tão somente declaratória, na medida em

que enunciaria a norma preexistente ao julgamento, que fora elaborada pelo legislador (MARINONI, 2016).

Os fundamentos se constituem em elementos indispensáveis para qualquer decisão jurisdicional, acarretando a sua ausência, de tão importante que é, a nulidade da decisão, nos termos do que prediz o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, bem como o artigo 11 do Código de Processo Civil de 2015. Desse modo, decisão não fundamentada seria decisão nula, convalidando-se tal nulidade com o trânsito em julgado (PAZELLO, 2016).

A fundamentação guarda íntima relação com importantes princípios constitucionais norteadores do processo, quais sejam, os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, que foram postos pelo constituinte como direitos fundamentais, que a todos devem ser garantidos.

A distinção em dimensões dos direitos fundamentais foi estabelecida somente com o propósito de se situar, nos diferentes momentos históricos, os direitos que surgira como resposta da ordem jurídica às reivindicações sociais. Assim, ressalta, não se deve considerar que, surgindo uma nova dimensão de direitos fundamentais, os da dimensão anterior são suplantados (BRANCO; MENDES, 2016).

Ao contrário, sustenta o autor, eles permanecem válidos em conjunto com os direitos reconhecidos em uma nova dimensão, ainda que estes sofram o influxo de concepções sociais e jurídicas que prevalecem nestes novos momentos. A essência, portanto, permanece, embora possam experimentar uma adaptação e às novidades constitucionais (BRANCO; MENDES, 2016).

Para que se possa cumprir a missão atribuída pelo moderno Estado Social de Direito, o processo deve se apresentar como instrumento que tenha capacidade de tornar possível a efetividade à garantia de acesso à justiça. Isso faz com que ele, aos olhos do autor, seja visto como eficaz instrumento para se garantir o acesso à ordem jurídica justa, com aptidão para realizar os seus verdadeiros escopos, quais seja, escopos sociais, políticos e jurídicos (DINAMARCO, 2013; BRANCO; MENDES, 2016).

Diante disso, a problemática da efetividade do processo englobaria quatro distintas facetas, todas elas, porém, fundamentais: admissão em juízo, critérios de julgamento, modo de ser do processo e efetivação dos direitos, manifestando-se a noção de acesso à justiça como sendo a síntese elaborada de todo o pensamento

instrumentalista, bem como das garantias e dos princípios do processo, quer a nível constitucional, quer a nível infraconstitucional (DINAMARCO, 2013).

Inicialmente, o foco dos esforços dos operadores do direito processual era simplesmente referente à garantia do acesso aos órgãos jurisdicionais dos sujeitos sociais. Contudo, apenas a garantia desse acesso era insuficiente, podendo acarretar inclusive, se tratada como medida isolada, maiores problemas de eficiência ao sistema. Verificou-se, com isso, a necessidade de garantir também um funcionamento adequado do mecanismo judicial, com todas as suas garantias (CAPELLETTI; GARTH, 1988).

Nesse contexto, a ideia de acesso à justiça teria evoluído em paralelo à passagem da concepção liberal para uma concepção social do Estado Democrático moderno. Isso porque, inicialmente, a participação do Estado não passava da declaração formal de direitos humanos (BONAVIDES, 2011).

Na época, em que prevalecia o *laissez-faire* como máxima dominante, todos eram declarados presumivelmente iguais perante a lei, restringindo a ordem constitucional à criação de mecanismos para acesso à justiça, sem deter preocupações maiores com a sua eficiência efetiva ou prática (BEDAQUE, 2011; BONAVIDES, 2011).

Diferenças institucionais ou econômicas não eram sequer cogitadas pelo ordenamento jurídico, não chegando os problemas reais dos indivíduos a penetrar o campo das preocupações doutrinárias que se tinha sobre o direito processual (BEDAQUE, 2011). Assim, faz-se necessária a superação dos óbices que afetam a qualidade do produto final do processo (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2002), ou seja, dos entraves aos escopos do processo, garantindo a efetividade e universalidade das decisões judiciais (DINAMARCO, 2013; BRANCO; MENDES, 2016).

O Código de Processo Civil brasileiro, por exemplo, já sofreu várias reformas em prol da celeridade e efetividade. A Lei 8.952/94 inovou o artigo 273 determinando que o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, de forma parcial ou total, os efeitos pretendidos da tutela jurisdicional, declarados na petição inicial. Para tanto, deveria haver prova inequívoca, convencimento da verossimilhança da alegação do autor e existência de receio fundado de dano de difícil reparação ou irreparável (BEDAQUE, 2011).

Além disso, a tutela também poderia ser antecipada caso restasse caracterizado o propósito protelatório manifesto do réu ou o abuso de direito de defesa. A decisão de antecipação da tutela deve indicar de modo preciso e claro as razões do convencimento do magistrado, sendo que a tutela não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. Havia, enfim, a previsão de que a tutela antecipada poderia ser modificada ou revogada a qualquer tempo, em decisão fundamentada (BEDAQUE, 2011).

Os poderes do juiz se dividem em dois grupos: os poderes jurisdicionais, também denominados poderes-fim, concernentes à constituição, modificação ou extinção das relações jurídicas entre as partes e seus herdeiros, como também à condenação, à declaração de relações jurídicas e à execução dos direitos, enfim, à declaração ou realização coativa do Direito do caso concreto; e os poderes processuais, também chamados poderes-meio, considerados por dois pontos de vista, quais sejam, o da direção ou desenvolvimento do processo, que, dependendo da estrutura deste, pode ser oral ou escrito; e o das relações entre jurisdição e ação (SATIA, *apud* MARTINS, 2015).

O princípio do livre convencimento do juiz, que se encontra consagrado no Direito pátrio, direciona ao magistrado poder na avaliação das provas, devendo valer-se delas para buscar bases, subsídios e fundamentos para a sua decisão, considerando, também, a doutrina e a jurisprudência (CARVALHO, 2008).

A fundamentação da decisão é, para o autor, obrigação, sendo a sentença decisória nada mais do que um juízo subjetivo emitido pelo magistrado, um juízo crítico do julgador, que busca a verdade dos fatos com o objetivo de melhor aplicar a Justiça e o direito, alcançando, com isso, o bem comum da sociedade. Trata-se, pois, conforme o autor, de ato e vontade e ato de razão, a um só tempo, ensejando, deste modo, a necessidade de fundamentação (CARVALHO, 2008).

O convencimento do magistrado se encontra fundado, sempre ou quase sempre, em um juízo de verossimilhança. Tal entendimento se finca na ideia de que se tem a verdade como algo inatingível, motivo pelo qual ela não deve ser posta como o objetivo do processo, sob pena de a ela não se chegar, e frustrar a prestação jurisdicional (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015).

Deste modo, não se tendo uma verdade absoluta, tem-se que a mesma deverá estar vinculada e contextualizada em uma determinada situação, ao método utilizado para estabelecer a informação sobre a qual se funda, bem como à aferição

de eficácia e validade da ferramenta de confirmação e controle. Sendo assim, a verdade sobre a qual se deve debruçar o conhecimento racional, neste incluído o processo, é aquela baseada em um dado contexto (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015).

Deste modo, não é a verdade real a que se busca no processo, mas, tão somente, a verdade possível, deste modo compreendida a suficiente e necessária para que o juiz possa proferir a sua decisão de forma justa, mas sempre a verdade. É deste cenário de considerações que advém, segundo os autores, a exigência de fundamentação pelo magistrado de sua decisão (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015).

Por esta perspectiva, tem-se, pois, como dupla a função da exigência de motivação das decisões judiciais: a primeira, denominada função endoprocessual, é delineada pela possibilidade que a fundamentação permite às partes de, conhecidas as razões formadoras do convencimento do magistrado, possam saber se foi feita uma análise apurada da causa. Isto permitirá o controle da decisão através dos recursos cabíveis, possibilitando, igualmente, aos juízes de instâncias superiores, uma análise mais fiel da problemática para decidir sobre a reforma ou manutenção dessa decisão (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015).

A segunda função, denominada função extraprocessual ou exoprocessual, dispõe que a fundamentação viabiliza controlar a decisão do magistrado pela via difusa da democracia participativa, exercida pelo povo em cujo nome tal decisão é prolatada (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015). Ademais, há que se considerar que a obrigatoriedade da fundamentação das decisões judiciais decorre do texto constitucional, mais precisamente do inciso IX do artigo 93 (NEVES, 2015).

Deste modo, analisando a fundamentação das decisões judiciais à luz dos princípios da segurança jurídica, do devido processo legal, da ampla defesa, e do contraditório, verifica-se que a sua exigência está de acordo com tais corolários do direito processual-constitucional brasileiro, na medida em que se busca conferir, por meio da apresentação dos motivos ensejadores da decisão, subsídios para o exercício de direitos pelas partes e, também, pela sociedade, na hipótese de controle difuso das decisões, conforme mencionado há pouco.

Por esta razão, ou seja, para que este controle das decisões se torne possível, a fundamentação deve ser pública, compreensível e acessível, não devendo ser elaborada estritamente em uma linguagem técnico-jurídica, que só o profissional do

direito consegue entendê-la. Ao contrário, a linguagem utilizada deve ser passível de compreensão e entendimento geral, de modo a permitir um controle social e difuso de seus termos por um auditório universal (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015).

Sendo assim, consoante disposto no texto constitucional – inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) –, ausente a fundamentação, a decisão é invalidada, tamanha a sua relevância.

Com vistas a viabilizar uma aplicação eficiente e legítima, a ciência processual deve lidar com três tipos distintos de litigiosidade: a denominada individual ou de varejo, que envolve alegações de ameaças a direitos isolados ou lesões concretizadas; a litigiosidade coletiva, que envolve direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, nos quais são utilizados procedimentos coletivos representativos; e litigiosidade de alta intensidade ou em massa, que se fincam prioritariamente nos direitos individuais homogêneos que dão margem à propositura de ações individuais seriais ou repetitivas, cuja base é composta por pretensões específicas, mas com questões – táticas e/ou jurídicas – comuns à resolução da causa (THEODORO JR. *et al.*, 2015).

É neste ponto da identificação do tipo de ação que se funda a problemática deste estudo. Até o advento do Código de Processo Civil de 2015, duas práticas eram costumeiras nos tribunais pátrios ao fazer uso dos julgados anteriores como fundamentos para as decisões: a primeira, de repetir enunciados de súmulas e ementas tal qual se encontram delineadas em sua origem, sem contextualização dos fundamentos determinantes e dos fatos formadores (NUNES; HORTA; BUENO, 2015).

Seguia-se, pois, uma racionalidade que condizia com a aplicação das leis, aferindo trechos de julgados como comandos gerais e abstratos, substituindo a lei por estes pseudo precedentes; a segunda, de julgar em desprezo às decisões anteriormente proferidas, agindo o juiz de forma discricionária, ignorando, também, a doutrina e o próprio caso que está julgando. Esta é, pois, a sistemática da fundamentação das decisões até o advento do Código de Processo Civil de 2015 (NUNES; HORTA; BUENO, 2015).

Tinha-se, portanto, uma fundamentação comum, não pontual na maioria dos casos. Em alguns casos, porém, como no direito penal, exigia-se uma fundamentação diferenciada/qualificada, na qual os argumentos são considerados pontualmente pelo juiz, que faz a análise dos casos de modo individualizado, não se valendo de técnicas

de aplicação dos julgados como dantes mencionado (NUNES; HORTA; BUENO, 2015).

Contudo, há por bem que se destacar que, muito embora se vislumbre um discurso de precedentes no Brasil com a finalidade de otimização do julgamento de casos idênticos, é certo que, sob a égide do Código de Processo Civil de 2015 e de suas premissas, o seu uso deve ser mais seriamente considerado, não sendo possível, a partir de então, a defesa de um julgamento pontual, feito caso a caso, com a quantidade existente de demandas atualmente em tramitação no país, considerando, ainda, as altas taxas de congestionamento; o que, demonstra uma aproximação do sistema da *common law* ou um distanciamento da cultura do *civil law* ortodoxo (THEODORO JR. *et al.*, 2015).

Corroborando tal necessidade, destacam Theodoro Jr. *et al.* (2015) que a percepção que se tem ao analisar determinados processos é de que se tratam de um só, dada a sua completa identidade desde a inicial até o último acórdão.

Desse modo, a noção de precedente remete à ideia de um pronunciamento judicial, que se profere em processo anterior, o qual se toma por base da formação para outra decisão judicial, que for prolatada em processo posterior. Revela-se, pois, sempre que um órgão jurisdicional considere entendimento anterior ao proferir determinada decisão, tomando-o como base. Nesse caso, o entendimento firmado anteriormente – ou seja, a decisão judicial anterior – será considerada um precedente (CÂMARA, 2016, *online*).

Os que são adeptos do sistema *civil law* difundem a premissa de que se teria a segurança jurídica necessariamente relacionada à observância simples e pura da lei. Desse modo, tanto a subordinação como a vinculação do juiz à lei seria tida por metas necessárias para a concretização de tal ideal. Entretanto, o que se tem é que a lei, em função de comportar várias interpretações, inclusive considerando percepções morais que detenha o próprio julgador, não pode ser considerada suficiente para garantir a mínima segurança jurídica aos jurisdicionados que se espera obter de um Estado Democrático de Direito (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017).

Desse modo, o que se pretende a partir da adoção de um sistema de precedentes seria justamente promover a identidade de soluções para casos que apresentassem similitudes, com decisões semelhantes para demandas que fossem elaboradas sob um mesmo fundamento jurídico. Com isso, se evitaria o uso excessivo

de recursos, bem como inibiria o aumento na quantidade de demandas (TAVARES, 2009).

É necessário, ainda, esclarecer que o que tem capacidade de formar o precedente é somente a razão de decidir o julgado – em outras palavras, a sua *ratio decidendi*. Em outros termos, o que se tem é que os fundamentos que sustentam uma decisão são aqueles que podem ser invocados em julgamentos realizados posteriormente (TAVARES, 2009).

As circunstâncias de fato nas quais se baseiam a controvérsia e que integram o julgado não têm o condão de tornar persuasiva ou obrigatória a norma que fora criada para o caso concreto. Deve-se, ainda, considerar que se os argumentos acessórios que forem elaborados para o deslinde da causa – *obiter dictum* – não puderem ser utilizados de forma vinculada por não terem sido determinantes para a prolação de decisão, tampouco se pode fazer uso de razões de voto vencido e de fundamentos que não foram referendados ou adotados pela maioria do órgão colegiado (TAVARES, 2009).

De todo modo, muito embora seja praxe na prática jurídica brasileira, o uso de voto vencido para a fundamentação de um pedido ou, ainda, a citação de trechos de ementas que não possuam qualquer vinculação com a tese jurídica que deu fim à controvérsia originária não pode ser invocada como piso para o magistrado em julgamento de caso que seja a ele supostamente semelhante (BRANCO; MENDES, 2016).

Entretanto, não é incomum se deparar com pretensões que invocam decisões consolidadas como base de fundamentação para casos com os quais estas não possuem semelhança alguma. Também não é incomum encontrar juízes que, com os olhos fitos na celeridade e na eficiência, lançam vários trechos de decisões de acórdãos de tribunais superiores sem, contudo, justificar o motivo de estarem aplicando ao caso concreto a mesma tese jurídica (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017).

Desse modo, antes de se adotar um sistema de precedentes, é preciso promover compreensão e familiarização com o tema entre os que operam o direito, devendo, igualmente, serem dadas condições ao magistrado para que ele possa exercer o seu livre convencimento sem estar atrelado à preocupação com cumprimento de metas, mas, sim, com o critério de justiça que é adotado, bem como com a qualidade necessária aos seus julgados (CÂMARA, 2016, *online*).

De acordo com Freitas (2009, p. 36), decisionismo judicial “[...] concebe o direito como fruto exclusivo da arbitrariedade do julgador, ao passo que para o realismo o direito é fruto, não da arbitrariedade, mas, discricionariedade do julgador”. Sendo assim, contempla-se um privilégio às arbitrariedades dos juízes, de modo que o realismo jurídico, movimento intelectual que se expandiu nos Estados Unidos da América – EUA entre 1920 e 1930, estaria relacionado a um poder de discricionariedade atribuído aos magistrados. Sendo assim, para o realismo jurídico, a decisão dos magistrados obedeceria ao impacto provocado pelos fatos em seus próprios ideários – ou seja, não seriam consideradas regras gerais possivelmente aplicáveis, que conduziram a resultados particulares.

Segundo Baracho (2015), em tempos de decisionismo judicial, há dificuldades em se concretizar direitos sob uma perspectiva democrática, de modo a fazer surgir, a seu ver, a necessidade de um rompimento para com a tradição inautêntica no modo de fazer e pensar direito como condição *sine qua non* para que seja vencida a limitação no horizonte de sentidos dos juristas.

O Código de Processo Civil brasileiro já sofreu várias reformas em prol da celeridade e efetividade. A Lei 8.952/94 inovou o artigo 273 determinando que o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, de forma parcial ou total, os efeitos pretendidos da tutela jurisdicional, declarados na petição inicial. Para tanto, deveria haver prova inequívoca, convencimento da verossimilhança da alegação do autor e existência de receio fundado de dano de difícil reparação ou irreparável (BEDAQUE, 2011).

Além disso, a tutela também poderia ser antecipada caso restasse caracterizado o propósito protelatório manifesto do réu ou o abuso de direito de defesa. A decisão de antecipação da tutela deve indicar de modo preciso e claro as razões do convencimento do magistrado, sendo que a tutela não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. Havia, enfim, a previsão de que a tutela antecipada poderia ser modificada ou revogada a qualquer tempo, em decisão fundamentada (BEDAQUE, 2011).

Os poderes do juiz se dividem em dois grupos: os poderes jurisdicionais, também denominados poderes-fim, concernentes à constituição, modificação ou extinção das relações jurídicas entre as partes e seus herdeiros, como também à condenação, à declaração de relações jurídicas e à execução dos direitos, enfim, à declaração ou realização coativa do Direito do caso concreto; e os poderes

processuais, também chamados poderes-meio, considerados por dois pontos de vista, quais sejam, o da direção ou desenvolvimento do processo, que, dependendo da estrutura deste, pode ser oral ou escrito; e o das relações entre jurisdição e ação (SATIA, *apud* MARTINS, 2015).

O princípio do livre convencimento do juiz, que se encontra consagrado no Direito pátrio, direciona ao magistrado poder pleno na avaliação das provas, devendo valer-se delas para buscar bases, subsídios e fundamentos para a sua decisão, considerando, também, a doutrina e a jurisprudência (CARVALHO, 2008).

A fundamentação da decisão é, para o autor, obrigação, sendo a sentença decisória nada mais do que um juízo subjetivo emitido pelo magistrado, um juízo crítico do julgador, que busca a verdade dos fatos com o objetivo de melhor aplicar a Justiça e o direito, alcançando, com isso, o bem comum da sociedade. Trata-se, pois, conforme o autor, de ato e vontade e ato de razão, a um só tempo, ensejando, deste modo, a necessidade de fundamentação (CARVALHO, 2008).

O convencimento do magistrado se encontra fundado, sempre ou quase sempre, em um juízo de verossimilhança. Tal entendimento se finca na ideia de que se tem a verdade como algo inatingível, motivo pelo qual ela não deve ser posta como o objetivo do processo, sob pena de a ela não se chegar, e frustrar a prestação jurisdicional (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015).

Deste modo, não se tendo uma verdade absoluta, tem-se que a mesma deverá estar vinculada e contextualizada em uma determinada situação, ao método utilizado para estabelecer a informação sobre a qual se funda, bem como à aferição de eficácia e validade da ferramenta de confirmação e controle. Sendo assim, a verdade sobre a qual se deve debruçar o conhecimento racional, neste incluído o processo, é aquela baseada em um dado contexto (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015).

Deste modo, não é a verdade real a que se busca no processo, mas, tão somente, a verdade possível, deste modo compreendida a suficiente e necessária para que o juiz possa proferir a sua decisão de forma justa, mas sempre a verdade. É deste cenário de considerações que advém, segundo os autores, a exigência de fundamentação pelo magistrado de sua decisão (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015).

Por esta perspectiva, tem-se, pois, como dupla a função da exigência de motivação das decisões judiciais: a primeira, denominada função endoprocessual, é

delineada pela possibilidade que a fundamentação permite às partes de, conhecidas as razões formadoras do convencimento do magistrado, possam saber se foi feita uma análise apurada da causa. Isto permitirá o controle da decisão através dos recursos cabíveis, possibilitando, igualmente, aos juízes de instâncias superiores, uma análise mais fiel da problemática para decidir sobre a reforma ou manutenção dessa decisão (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015).

A segunda função, denominada função extraprocessual ou exoprocessual, dispõe que a fundamentação viabiliza controlar a decisão do magistrado pela via difusa da democracia participativa, exercida pelo povo em cujo nome tal decisão é prolatada (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015). Ademais, há que se considerar que a obrigatoriedade da fundamentação das decisões judiciais decorre do texto constitucional, mais precisamente do inciso IX do artigo 93 (NEVES, 2015).

Com vistas a viabilizar uma aplicação eficiente e legítima, a ciência processual deve lidar com três tipos distintos de litigiosidade: a denominada individual ou de varejo, que envolve alegações de ameaças a direitos isolados ou lesões concretizadas; a litigiosidade coletiva, que envolve direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, nos quais são utilizados procedimentos coletivos representativos; e litigiosidade de alta intensidade ou em massa, que se fincam prioritariamente nos direitos individuais homogêneos que dão margem à propositura de ações individuais seriais ou repetitivas, cuja base é composta por pretensões específicas, mas com questões – táticas e/ou jurídicas – comuns à resolução da causa (THEODORO JR. *et al.*, 2015).

É neste ponto da identificação do tipo de ação que se funda a problemática deste estudo. Até o advento do Código de Processo Civil de 2015, duas práticas eram costumeiras nos tribunais pátrios ao fazer uso dos julgados anteriores como fundamentos para as decisões: a primeira, de repetir enunciados de súmulas e ementas tal qual se encontram delineadas em sua origem, sem contextualização dos fundamentos determinantes e dos fatos formadores (NUNES; HORTA; BUENO, 2015).

Seguia-se, pois, uma racionalidade que condizia com a aplicação das leis, aferindo trechos de julgados como comandos gerais e abstratos, substituindo a lei por estes pseudo precedentes; a segunda, de julgar em desprezo às decisões anteriormente proferidas, agindo o juiz de forma discricionária, ignorando, também, a doutrina e o próprio caso que está julgando. Esta é, pois, a sistemática da

fundamentação das decisões até o advento do Código de Processo Civil de 2015 (NUNES; HORTA; BUENO, 2015).

Tinha-se, portanto, uma fundamentação comum, não pontual na maioria dos casos. Em alguns casos, porém, como no direito penal, exigia-se uma fundamentação diferenciada/qualificada, na qual os argumentos são considerados pontualmente pelo juiz, que faz a análise dos casos de modo individualizado, não se valendo de técnicas de aplicação dos julgados como dantes mencionado (NUNES; HORTA; BUENO, 2015).

Contudo, há por bem que se destacar que, muito embora se vislumbre um discurso de precedentes no Brasil com a finalidade de otimização do julgamento de casos idênticos, é certo que, sob a égide do Código de Processo Civil de 2015 e de suas premissas, o seu uso deve ser mais seriamente considerado, não sendo possível, a partir de então, a defesa de um julgamento pontual, feito caso a caso, com a quantidade existente de demandas atualmente em tramitação no país, considerando, ainda, as altas taxas de congestionamento (THEODORO JR. *et al.*, 2015).

Corroborando tal necessidade, destacam Theodoro Jr. *et al.* (2015) que a percepção que se tem ao analisar determinados processos é de que se tratam de um só, dada a sua completa identidade desde a inicial até o último acórdão.

Desse modo, a noção de precedente remete à ideia de um pronunciamento judicial, que se profere em processo anterior, o qual se toma por base da formação para outra decisão judicial, que for prolatada em processo posterior. Revela-se, pois, sempre que um órgão jurisdicional considere entendimento anterior ao proferir determinada decisão, tomando-o como base. Nesse caso, o entendimento firmado anteriormente – ou seja, a decisão judicial anterior – será considerada um precedente (CÂMARA, 2016).

Os que são adeptos do sistema *civil law* difundem a premissa de que se teria a segurança jurídica necessariamente relacionada à observância simples e pura da lei. Desse modo, tanto a subordinação como a vinculação do juiz à lei seriam tidas por metas necessárias para a concretização de tal ideal. Entretanto, o que se tem é que a lei, em função de comportar várias interpretações, inclusive considerando percepções morais que detenha o próprio julgador, não pode ser considerada suficiente para garantir a mínima segurança jurídica aos jurisdicionados que se espera

obter de um Estado Democrático de Direito (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017).

Desse modo, o que se pretende a partir da adoção de um sistema de precedentes seria justamente promover a identidade de soluções para casos que apresentassem similitudes, com decisões semelhantes para demandas que fossem elaboradas sob um mesmo fundamento jurídico. Com isso, se evitaria o uso excessivo de recursos, bem como inibiria o aumento na quantidade de demandas (TAVARES, 2009).

É necessário, ainda, esclarecer que o que tem capacidade de formar o precedente é somente a razão de decidir o julgado – em outras palavras, a sua *ratio decidendi*. Em outros termos, o que se tem é que os fundamentos que sustentam uma decisão são aqueles que podem ser invocados em julgamentos realizados posteriormente (TAVARES, 2009).

As circunstâncias de fato nas quais se baseiam a controvérsia e que integram o julgado não têm o condão de tornar persuasiva ou obrigatória a norma que fora criada para o caso concreto. Deve-se, ainda, considerar que se os argumentos acessórios que forem elaborados para o deslinde da causa – *obiter dictum* – não puderem ser utilizados de forma vinculada por não terem sido determinantes para a prolação de decisão, tampouco se pode fazer uso de razões de voto vencido e de fundamentos que não foram referendados ou adotados pela maioria do órgão colegiado (TAVARES, 2009).

De todo modo, muito embora seja praxe na prática jurídica brasileira, o uso de voto vencido para a fundamentação de um pedido ou, ainda, a citação de trechos de ementas que não possuam qualquer vinculação com a tese jurídica que deu fim à controvérsia originária não pode ser invocada como piso para o magistrado em julgamento de caso que seja a ele supostamente semelhante (BRANCO; MENDES, 2016).

Entretanto, não é incomum se deparar com petições que invocam decisões consolidadas como base de fundamentação para casos com os quais estas não possuem semelhança alguma. Também não é incomum encontrar juízes que, com os olhos fitos na celeridade e na eficiência, lançam vários trechos de decisões de acórdãos de tribunais superiores sem, contudo, justificar o motivo de estarem aplicando ao caso concreto a mesma tese jurídica (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017).

Desse modo, antes de se adotar um sistema de precedentes, é preciso promover compreensão e familiarização com o tema entre os que operam o direito, devendo, igualmente, serem dadas condições ao magistrado para que ele possa exercer o seu livre convencimento sem estar atrelado à preocupação com cumprimento de metas, mas, sim, com o critério de justiça que é adotado, bem como com a qualidade necessária aos seus julgados (CÂMARA, 2016).

Analisadas as premissas acima, em especial no que tange a análise dos sistemas da *civil law* e da *common law* e como a aplicação deste, quando feito de forma desenfreada, impacta negativamente em sistemas tradicionalmente de origem *civil law*, como é o caso Brasil, relevante se faz a observação de como esta descaracterização do sistema da *civil law* contribui para o fenômeno do chamado decisionismo judicial.

A crítica, no contexto da presente dissertação, se faz pertinente, haja vista que em muitos casos, inclusive a exemplo do acolhimento da teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, quando da mutação constitucional do art. 52, X da CFB/88, repara-se, até mesmo pelos motivos já explanados na presente pesquisa, que tal situação, além de levar a conclusão de causar indignidade à normativa constitucional, se faria possível, até por causa do nível de ativismo judicial, em sistemas jurídicos que adotam o *common law* com matriz.

4 O STF E O ACOLHIMENTO DA TEORIA DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

A fim de investigar o comportamento do STF e do Senado Federal no que tange a aplicação da mutação constitucional ao art. 52, X da CFB/1988, com o acolhimento da teoria da abstrativização do controle difuso de constitucional, a presente dissertação buscou a análise de julgados do STF entre os anos de 2006 a 2016, como é análise dos julgados do HC 82.959; reclamação 4.335/AC; súmula vinculante 26; e o HC 127.900.

O escopo ao escolher os julgados para a análise é justamente o de demonstrar a relevância das discussões travadas nessa dissertação, em especial acerca da mitigação do papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade; a desmitificação de que eventual omissão por parte do Senado Federal conduziria o STF a aplicar, diretamente, eficácia erga omnes às decisões em sede de controle difuso de constitucionalidade; e o fato de como o ordenamento jurídico, com a aplicação da mutação constitucional ao art. 52, X da CFB/1988, sofre uma ruptura em sua essencial, quando analisada sob a óptica da vontade do legislador positivo e do próprio constituinte.

A partir de 2006, por força da tese firmada no julgamento do HC 82.959, mostrou-se uma tentativa, inclusive conforme defendido arduamente por ocasião da reclamação 4.335, de se abstratizar o controle difuso de constitucionalidade, gerando, conseqüentemente, eficácia para todos da tese firmada por ocasião do julgamento do HC 82.959, situação que gerou a edição da súmula vinculante 26.

Posteriormente, já no ano de 2016, por ocasião do julgamento do HC 127.900, conforme será esboçado no presente capítulo, o STF, mesmo sem um profundo debate sobre o processo de mutação constitucional ao art. 52, X da CFB/1988, ao fixar a tese em um caso subjetivo determinou a sua eficácia erga omnes, inclusive modulando efeitos; situação que, demonstra, inexoravelmente, uma tendência ao acolhimento da teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade por parte do STF.

4.1 CASO 1 – A “TESE DO PILOTO”

Em 1990 entrou em vigor a lei ordinária 8.072 dispondo sobre os crimes hediondos. À época da edição, inclusive sob o enfoque de regulamentar cláusula pétrea constitucional e combater a criminalidade, o legislador, dentre vários dispositivos, previu, em sua redação originária, no art. 2º, §1º que os condenados a crime hediondo deveriam cumprir a pena no regime integralmente fechado (BRASIL, 1990).

Após intensos debates sobre a constitucionalidade do disposto no art. 2º, §1º da lei 8.072/1990, em especial no tocante ao parâmetro constitucional que prevê a individualização da pena, devido ao fato da lei em comento impossibilitar a progressão de regimes aos condenados por crime hediondo, foi que em 01 de abril de 2003 foi distribuído ao Ministro do STF, Maurício Corrêa, o HC, sob o número 82.959 (STF, 2003).

Na ocasião da impetração do HC por Oseas de Campos, também paciente, este mesmo sem deter capacidade postulatória, levou à corte constitucional a discussão sobre a inconstitucionalidade do art. 2º, §1º da lei 8.072 de 1990, devido a, conforme já dito, o legislador proibir a progressão de regimes a condenados por crime hediondo, e o fato do paciente e impetrante, Oseas de Campos, ser condenado pela prática do crime de atentado violento ao pudor, crime considerado hediondo nos moldes do art. 1º, VI da lei 8.072/1990 (STF, 2003).

Oseas de Campos, um pastor evangélico, paciente e impetrante do HC 82.959, havia sido condenado, e após discussões judiciais pertinentes teve a sua reprimenda reduzida a oito anos de reclusão. Oseas de Campos ao acionar o STF, por meio do HC 82.959, em sentido contrário ao decido pelo próprio STF e demais tribunais, questionava a inconstitucionalidade do art. 2º, §1º da lei 8.072/1990, pretendendo galgar o direito à progressão de regimes com o cumprimento de um sexto da pena, conforme redação originária do art. 112 da lei 7210/84 (Lei de execução penal) (MIGALHAS, 2018).

A discussão jurídica aventada no HC 82.959 resumiu-se acerca do direito à progressão de regimes em prol de Oseas de Campos, sob o seguinte argumento: Se o art. 2º, §1º da lei 8.072/1990 é inconstitucional por violar a individualização da pena ao proibir a progressão de regimes e devido ao fato de norma inconstitucional ser nula; logo dever-se-ia aplicar o disposto no art. 112 da lei 7.210 (lei de execução penal) que permitia a progressão de regimes após o cumprimento de um sexto da pena. O raciocínio jurídico é de que se a proibição à progressão de regimes contida no art. 2º,

§1º da lei 8.072 de 1.990 é considerada inconstitucional e, portanto, por ser nula, não deveria ser aplicada ao caso, gerando assim a aplicação da norma jurídica anterior, representada pela a regra do art. 112 da lei 7.210 (DANTAS, 2004).

Por força do julgamento do HC 82.959 e apesar do paciente Oseas de Campos já ter sido beneficiado com a liberdade por força de outro benefício, que foi o livramento condicional, o STF, em decisão de grande repercussão no meio jurídico, entendeu, por maioria de seis votos, sobre a inconstitucionalidade da vedação legal à progressão de regimes (STF, 2006).

À época do julgamento, após intensos debates, votaram por conceder a ordem, reconhecendo a inconstitucionalidade do art. 2º, §1º da lei 8.072/1990 os seguintes Ministros: Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, e Eros Grau; ficando vencidos os seguintes Ministros: Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Celso de Mello e Nelson Jobim (STF, 2006).

No julgado à época, apesar de obvio, devido ao controle difuso de constitucionalidade gerar, de forma tradicional, apenas efeitos *inter partes*, ou seja, no presente caso servir apenas ao paciente Oseas de Campos que já havia, por ocasião do julgamento do HC 82959, se beneficiado da liberdade por meio do livramento condicional, ficou, expressamente, consignado no julgado de que a decisão que reconheceu a inconstitucionalidade não vincularia demais juízes e tribunais, valendo, assim, apenas para Oseas de Campos, paciente e impetrante do HC (STF, 2006).

Apesar da obviedade para a época de se fazer consignar expressamente os efeitos de um controle difuso de constitucionalidade, a aparente tautologia do argumento se mostrou eficaz em virtude de argumentos trazidos à baila por ocasião de votos a exemplo do Ministro Gilmar Mendes que reconheceu que a declaração de inconstitucionalidade, ao caso em altercação, deveria projetar efeitos apenas *ex nunc* (STF, 2006).

Interessante o argumento apontado de que a decisão tomada deveria valer apenas a partir de sua adoção, pois, inclusive quando dissertado no capítulo anterior sobre eventuais efeitos colaterais que o acolhimento à teoria da abstrativização do controle de constitucionalidade causaria no ordenamento jurídico brasileiro vigente, ficou demonstrado, conforme a lei 9.868/99 (BRASIL, 1999), de que a modulação dos efeitos só é permitida em controle concentrado de constitucionalidade e desde que tomada, por no mínimo, dois terços dos integrantes do STF.

A observação feita no parágrafo anterior se faz pertinente até mesmo para contra argumentar a alegação de que a expressa manifestação do STF no sentido de explicitar no HC 82959 o fato de que tal decisão valeria apenas para o caso Oseas de Campos não se mostrou despicienda, haja vista que eventuais dúvidas à época sobre a eficácia da decisão, se *erga omnes* ou não, poderia surgir até mesmo devido a expressão consignada no voto de Gilmar Mendes sobre atribuir à decisão em controle difuso de constitucionalidade eficácia não retroativa como é o normal.

Enfim, em análise ao diálogo ocorrido por ocasião do julgamento do HC 82.959, observa-se pelo comportamento da decisão a formação de um julgado defensivo a eventual tentativa de se abstrativizar a decisão sobre a inconstitucionalidade proferida ao caso de Oseas de Campos.

Conforme apontado acima, se não houvesse a intenção, ainda que implícita, de fugir do entendimento ortodoxo, de que decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade teria efeitos apenas aos litigantes e de que a possibilidade de modulação de efeitos previstas na lei 9.868/99 aplica-se apenas aos casos de controle concentrado de constitucionalidade, razão inexistia no voto do Ministro Gilmar Mendes de fazer constar a atribuição de efeitos *ex nunc* ao caso; haja vista ser certo que, apesar de o STF ainda não adotar a teoria da transcendência dos motivos determinantes, expressões inúteis ou desnecessárias dificilmente constaria de fundamentação ao voto.

Sem desprezar as reflexões apresentadas, em simples leitura da Constituição Federal, art. 52, X, fica certo que ao Supremo Tribunal Federal, quando da declaração de inconstitucionalidade de forma incidental, como a ocorrida no HC 82.959/SP., cabe, unicamente, comunicar referida decisão ao Senado Federal, para que este, como integrante do Poder Legislativo, por juízo de conveniência, suspenda a norma declarada inconstitucional e, só assim, fazendo com que referida decisão passe a ter efeitos *erga omnes* (BRASIL, 1988).

A discussão, sob a ótica do neoconstitucionalismo, se o Supremo Tribunal Federal poder aplicar a teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, assumindo verdadeira postura ativista ao ampliar o poder do judiciário ao conceder nova interpretação à regra estabelecida no art. 52, X da Constituição Federal, reside justamente na problemática de se evitar com que o Poder Judiciário invada atribuição constitucional expressa deferida ao Poder Legislativo, situação que desrespeitaria a separação dos poderes (SILVA, 2012).

No julgamento do HC 82.959/SP., observa-se que pelo alto nível de abstração do princípio da individualização da pena, foco central do julgado, o Supremo Tribunal Federal, sob nova interpretação, abre a possibilidade de condenados por crimes hediondos gozarem do direito à progressão de regimes, nos moldes estabelecidos pela lei 7.210/84, haja vista a declaração incidental de inconstitucionalidade do disposto na lei 8.078/90 que vedava a progressão de regimes aos condenados por crimes hediondos (MAXIMILIANO, 2009).

Um dos argumentos, inclusive debatido no terceiro capítulo, é o da alegação de que referida omissão do Senado Federal em editar a resolução nos moldes do art. 52, X da CFB/88 suspendendo a norma declarada inconstitucional incidentalmente pelo STF justificaria um maior protagonismo do STF, inclusive concedendo, sem a participação do Senado Federal, eficácia a todos de suas decisões. Nesse sentido, inclusive sob o argumento plausível a justificar o entendimento de que ao Senado Federal caberia, tão e somente, o de dar publicidade às decisões do STF, encontra-se o argumento de que uma simples resolução não teria força de, por exemplo, revogar espécie normativa a exemplo do art. 2º, §1º da lei 8.072/90 (POLETTI, 2000).

Para a compreensão do argumento sobre a natureza jurídica da resolução, escolhida pelo constituinte no art. 52, X da CFB/88 como espécie normativa cabível para suspender, como eficácia *erga omnes*, a norma jurídica declarada inconstitucional pelo STF; inesquecível se faz o sistema bicameral como modelo adotado pelo constituinte ao Poder Legislativo federal (ARAÚJO, 2012).

O bicameralismo no Brasil impõe como reflexos do acolhimento de uma democracia representativa a participação, em especial de espécies normativas a exemplo das emendas à constituição, leis ordinárias e leis complementares, das duas casas legislativas, Câmara dos Deputados e Senado Federal, no processo de criação e transformação das espécies normativas (BARBOSA, 2013).

Nesse cenário de exigência constitucional de participação de duas casas legislativas no processo legislativo brasileiro, a exemplo das leis ordinárias, como é o caso da lei 8.072/90, indaga-se: seria possível uma resolução do Senado Federal suspender (revogar) uma lei ordinária?

Com o escopo de averiguar o questionamento acima, sob o ângulo, ainda que simplista, mas relevante, da tramitação do processo legislativo, observa-se que para a aprovação de uma resolução por parte do Senado Federal é necessário um quórum

para aprovação de maioria simples, sendo desnecessária a participação da Câmara dos Deputados em referido processo legislativo (BRASIL, 1988).

Noutro giro, para a aprovação e/ou transformação de uma lei ordinária, como é o caso da lei 8.072/90, objeto de discussão no HC 82.959, necessário se faz a aprovação por um quórum de maioria simples, contudo sendo exigida a participação de ambas as casas legislativas, Câmara dos Deputados e Senado Federal (BRASIL, 1988).

Seguindo a esse raciocínio, em especial àqueles que defendem a possibilidade do Senado Federal, por meio de resolução, suspender a vigência da lei declarada inconstitucional pelo STF, observa-se a incompatibilidade tal fenômeno com o processo legislativo brasileiro. Contudo, interessante é a postura daqueles que defendem que a resolução não suspenderia a vigência da lei, mas sim a sua execução (CASTRO, 2008).

A compreensão sobre a natureza jurídica da resolução a ser expedida pelo Senado Federal em caso de decisão declarando a inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, pelo STF se mostra de grande apreço, pois uma lei revogada opera efeitos *ex nunc*, continuando, inclusive, a auxiliar na entrega da prestação jurisdicional; ao passo que uma lei que teve a sua execução suspensa opera, como regra, efeitos *ex tunc* (MENAGED, 2013).

A análise sobre a natureza jurídica da resolução do Senado Federal exigida pelo art. 52, X da CFB/88 reforça a ideia feita neste tópico sobre os argumentos lançados no voto do Ministro Gilmar Mendes por ocasião do julgamento do HC 82.959 de querer impregnar ao caso, ainda que antecedente a eventual edição de resolução por parte do Senado Federal, efeitos *ex nunc*; haja vista que, repito, à luz da lei 9.868/99, tal modulação de efeitos só seria possível em sede de controle concentrado de constitucionalidade, e tendo em vista o entendimento de que a resolução do Senado Federal geraria apenas suspensão da vigência da lei.

Após o trânsito em julgado da decisão proferida no HC 82.959, o STF, em 13 de setembro de 2006 expediu ofício ao presidente do Senado Federal com a cópia do acórdão que reconheceu a inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, do art. 2º, §1º da lei 8.072/90 (STF, 2006).

Em 15 de setembro de 2006 o ofício enviado pelo STF, mencionado no parágrafo anterior, foi protocolado no Senado Federal, indigitado como “ofício ‘S’ n 14, de 2006” (SENADO FEDERAL, 2006, *online*).

Seguindo a missão constitucional estabelecido ao Senado Federal por força do art. 52, X da CFB/88, em 23 de outubro de 2007 foi recebido o relatório do Senador Valter Pereira com voto pela apresentação de Projeto de Resolução do Senado Federal; sendo então, em 07 de novembro de 2007, aprovado o projeto de resolução (SENADO FEDERAL, 2006, *online*).

Em 20 de maio de 2009 foi publicado no diário do Senado Federal o parecer 494 de 2009, que em voto sob a relatoria do Senador Valter Pereira, da comissão de constituição, justiça e cidadania, manifestou pela rejeição do projeto de resolução e o seu consequente arquivamento considerando a edição da lei 11.464 de 2007 que alterou a redação da norma declarada inconstitucional pelo STF no HC 82.959 (SENADO FEDERAL, 2009).

A lei 11.464, publicada em 28 de março de 2007, em pouco mais de um ano da decisão proferida no HC 82.959, alterou a proibição legislativa de progressão de regimes aos condenados por crime hediondos contida no art. 2º, §1º da lei 8.072/90 e que havia sido objeto da declaração de inconstitucionalidade no HC 82.959 (BRASIL, 2007).

Analisando o diálogo exercido entre o STF e o Senado Federal relativo ao caso do HC 82.959, objeto da presente pesquisa, conclui-se que o Senado Federal não foi omissivo com relação à sua atribuição constitucional de deliberar sobre a resolução, como espécie normativa apta a suspender a eficácia de norma declarada inconstitucional pelo STF; situação, inclusive, que desmitifica o argumento do acolhimento da teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade como mecanismo a combater eventual inatividade por parte do Senado Federal.

4.2 CASO 2 - RECLAMAÇÃO 4.335/AC E O PRELÚDIO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

As observações pontuadas ao final do tópico anterior se fazem relevante, pois apesar de ter ficado consignado na decisão do HC 82.959 de que o mesmo se tratava apenas de controle difuso de constitucionalidade e, portanto, incapaz de gerar eficácia *erga omnes*, foi que em momentos posteriores, provavelmente por intelecção retirada das discussões ocorridas no HC 82.959, que a questão sobre a eficácia da decisão voltou ao STF, como é visto no caso da reclamação 4.335.

Após o julgamento do HC 82.959, ocorrido em 23 de fevereiro de 2006 e que foi distribuído no STF em 01 de abril de 2003, é distribuído no STF ao Ministro Gilmar Mendes, em 04 de maio de 2006, a reclamação 4.335, originária do Estado do Acre (STF, 2014).

Na reclamação 4.335, proposta pela Defensoria Pública da União em face do juiz de direito da vara de execuções penais da comarca de Rio Branco no Estado do Acre, visava-se que o julgamento proferido HC 82.959 fosse aplicado a todos os condenados, nos mesmos moldes que tal direito foi reconhecido ao paciente do HC 82.959 (STF, 2014).

Imediatamente após o julgamento do HC 82.959, o juiz de direito da vara de execuções penais de Rio Branco no Estado do Acre, por meio de expresso comunicado, em 2 de março de 2006, em entendimento ortodoxo à luz do art. 52, X da CFB/88, alertou que não aplicaria a decisão tomada no HC 82.959 enquanto não sobreviesse resolução do Senado Federal (STF, 2014).

O juiz da vara de execuções penais de Rio Branco no Acre, em atenção a própria decisão proferida no HC 82.959 de que esta não vincularia os demais juízos e tribunais, e tendo em vista a redação do art. 52, X, aliada a ausência de resolução do Senado Federal, continuou aplicando o disposto no art. 2º, §1º da lei 8.072/1990 e, assim, negando a progressão de regimes aos condenados por crime hediondos.

É consagrada que para o manejo do instrumento jurídico da reclamação constitucional junto ao STF necessário se faz o desrespeito a autoridade da Suprema Corte tomada em julgados com efeitos vinculantes; pois caso contrário, ainda que exista desrespeito a entendimentos consagrados em decisões do STF, sem, contudo, efeitos vinculantes, deverá o interessado, então, utilizar-se dos instrumentos jurídicos, a exemplo recursos, comuns (MACÊDO, 2014). Ainda, o próprio STF, a exemplo da reclamação 1.880 reconheceu o cabimento do instrumento jurídico da reclamação para preservar a autoridade das decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade (STF, 2006).

Apesar da dicção constitucional, legal e até mesmo do regimento interno do STF sobre o instrumento da reclamação à época de propositura da reclamação constitucional 4.335, foi que a Defensoria Pública da União ao ingressar com a reclamação 4.335 no ano de 2006, em claro propósito ativista propôs a mudança de entendimento do STF, com o argumento de que mesmo a decisão do HC 82.959 ter sido em controle difuso de constitucionalidade e ainda que diante da ausência de

resolução por parte do Senado Federal suspendendo o art. 2º, §1º da lei 8.072/90, deveria o entendimento sobre a inconstitucionalidade ser aplicado com eficácia *erga omnes* (SILVA, 2015).

Aprofundada a discussão na reclamação 4.335, em decisão proferida, em 20/3/2014, o STF, em claro processo de mutação constitucional, deu procedência a reclamação constitucional, demonstrando inclusive, em sentido oposto ao parecer lançado pelo Ministério Público Federal, a recepção da reclamação como instrumento jurídico para assegurar as decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade. Ainda, para corroborar a existência do fenômeno da mutação constitucional, mister se faz a transcrição de trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes que quando da relatoria da reclamação 4.335 deixou consignado:

Como se vê, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, acabam por ter eficácia que transcende o âmbito da decisão, o que indica que a própria Corte vem fazendo uma releitura do texto constante do art. 52, X, da Constituição de 1988, que, como já observado, reproduz disposição estabelecida, inicialmente, na Constituição de 1934 (art 91, IV) e repetida nos textos de 1946 (art. 64) e de 1967/69 (art. 42, VIII) (STF, 2014, *online*).

Observa-se, por força do julgamento da reclamação 4.335, indícios sobre o fenômeno da mutação constitucional, pois ao aceitar o instrumento jurídico da reclamação como mecanismo processual apto a aplicar e vincular entendimentos a processos permitiu que interessados, diversos daqueles que participaram da causa piloto em controle difuso de constitucionalidade, fossem atingidos pela decisão. Assim, por ocasião do julgamento da reclamação 4.335, em análise a composição do STF à época, a Suprema Corte, por maioria conheceu e proveu a reclamação (STF, 2014).

À época do julgamento em 2014, dos ministros que participaram do julgamento ficaram vencidos: Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. Os demais Ministros, exceto os que não participaram do julgamento ou se ausentaram como é o caso de Luiz Fux, Dias Toffoli e Cármen Lúcia (STF, 2014).

A análise da composição dos ministros que participaram do julgamento se faz relevante na compreensão do processo de mutação constitucional, pois apesar da mudança parcial dos componentes do STF, quando em comparação ao julgamento do HC 82.959 em 2006, observa-se que dos ministros que, em 2006, reconheceram a inconstitucionalidade do art. 2º, §1º da lei 8.072/90, apenas o ministro Gilmar

Mendes contribui decisivamente para a procedência da reclamação 4.335 e, conseqüentemente, para a mutação constitucional do art. 52, X da CFB/88.

Por ocasião do julgamento da reclamação 4.335, apesar da defesa contundente em prol da mutação constitucional do art. 52, X da CFB/88, até mesmo para dar arrimo ao argumento de que o acolhimento da teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade atentaria contra a separação dos poderes o que, conforme já delineado, corroboraria com a situação antagônica à dignidade do texto constitucional, mister se faz a citação do voto do Ministro Sepúlveda Pertence:

Mas 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 (STF, 2014, *online*).

Em leitura ao voto do Ministro Sepúlveda Pertence, que teceu ferrenhas críticas ao fenômeno da mutação constitucional; indiscutível se faz a reflexão sobre o ponto dissertado no primeiro capítulo deste trabalho, onde em pesquisa ao sistema constitucional brasileiro do século XIX levou à conclusão de uma sobreposição do Poder Executivo. Agora, em pleno século XXI, será que haveria evidências de o Poder Judiciário está se assumindo como superpoder, em especial devido a um achatamento das funções constitucionais estabelecidas pelo constituinte ao Poder legislativo? Enfim, argumentos não faltam para cogitar a posição de que o direito seria uma mera relação de poder (FOUCAULT, 1979).

Feita a análise dos argumentos ocorridos no julgamento da reclamação 4.335, em especial sobre o acolhimento da mutação constitucional ao art. 52, X da CFB/88, imperioso é a análise dos feitos legislativos que, inclusive, conforme percorridos no tópico anterior, inviabilizaram a resolução por parte do Senado Federal para suspender e eficácia, *erga omnes*, da norma declarada inconstitucional pelo STF no HC 82.959 e que, posteriormente, ensejou a reclamação 4.335.

Apesar da mutação constitucional, situação louvável do ponto de vista da jurisprudência progressiva, observa-se que o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da reclamação 4335/AC., foi além da simples mudança interpretativa, haja vista que antes do término do julgamento da reclamação que visava nitidamente a aplicação da teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal editou a súmula vinculante 26 com o seguinte teor:

Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico (STF, 2009, *online*).

Nota-se que o Supremo Tribunal Federal, em postura ativista, alicerçada no neoconstitucionalismo, com vistas a fazer com que a tese adotada para um caso subjetivo se estendesse de forma *erga omnes*, bem como com a preocupação de não invadir atribuição típica do Poder Legislativo, posto a limitação imposta pelo art. 52, X da Constituição Federal e a não edição da resolução por parte do Senado Federal, editou a súmula vinculante 26, que em seu conteúdo trouxe a tese definida por ocasião do julgamento do HC 82.959/SP., demonstrando, assim, inequívoca atuação ativista por parte do Poder Judiciário (RAMOS, 2015).

Após a edição da súmula vinculante 26, ocorrida após a propositura da reclamação 4335/AC., a tese definida para um caso individual, fixada por ocasião do julgamento do HC 82.959/SP., por ter sido incorporada ao enunciado da súmula vinculante 26, passou a ter efeitos vinculantes e eficácia *erga omnes*, mesmo sem a necessidade de resolução por parte do Senado Federal.

Referida postura ativista, adotada pelo Supremo Tribunal Federal, durante e após o julgamento do *Habeas Corpus* 82.959 SP., revelou-se extremamente relevante, provocando inclusive a atividade legislativa, conforme também demonstrado no tópico anterior, posto que após as discussões jurídicas travadas no STF, o legislador editou a lei 11.464/07 dispondo que todos os condenados, tendo em vista o princípio da individualização de pena, passassem a ter direito a progressão de regimes.

A lei 11.464/07, com base na Constituição Federal e no próprio julgamento do HC 82.959, passou a permitir a progressão de regimes aos condenados por crime hediondos após o cumprimento de dois quintos ou três quintos da pena, dependendo, respectivamente, se primário ou reincidente (BRASIL, 2007).

Assim, com a vigência da lei 11.464/07, em virtude da tutela constitucional da irretroatividade da lei penal maligna (BRASIL, 1988, *online*), o ordenamento jurídico, no que tange a condenados pela a prática de crimes hediondos, passou a observar o seguinte: àqueles condenados por crimes hediondos praticados antes da vigência da lei 11.464/07 o benefício à progressão de regimes, com base no julgamento do HC 82.959 e da edição da súmula vinculante 26, seria alcançado após

o cumprimento de um sexta da pena; ao passo que os condenados por crimes hediondos praticados após a lei 11.464/07 gozariam da progressão de regimes após o cumprimento de dois quintos ou três quintos da pena, se, respectivamente, primário ou de bons antecedentes.

4.3 CASO 3 - HC 127.900 E A RADICALIZAÇÃO DOS EFEITOS PROVOCADOS PELA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

Seguindo a crescente tendência evidenciada nesse trabalho em proferir decisões com eficácia erga omnes em sede de controle difuso de constitucionalidade foi que o STF, por ocasião do julgamento do HC 127.900, em 2016, determinou, sem nenhuma ressalva, na parte dispositivo do julgado a aplicação da *ratio decidendi* a todos, independentemente de terem sido partes na ação autônoma de impugnação.

Em 27/04/2015 a Defensoria Pública da União impetrou, junto ao STF, a ação constitucional de Habeas Corpus visando, em favor dos pacientes da ação, a aplicação do art. 400 do Código de Processo Penal, com vistas a nulificar audiência de instrução e julgamento realizada pela justiça castrense e permitir que os pacientes fossem interrogados como último a ser praticado na instrução do processo penal militar (STF, 2016).

Na peça inaugural do HC 127.900 discutiu-se a inaplicabilidade do Código de Processo Penal Militar brasileiro que determina que o interrogatório do réu será feito após o recebimento da denúncia, ou seja, antes da produção das demais provas a serem feitas na audiência de instrução e julgamento (BRASIL, 1969, *online*). Com o advento da lei 11.719/08 o Código de Processo Penal brasileiro, diferentemente do Código de Processo Militar de 1969, previu expressamente o interrogatório do réu como o último ato, em termos de produção de provas, a ser produzido em audiência de instrução e julgamento (BRASIL, 1941).

Em sede de processo penal, devido a relevância dos direitos fundamentais em discussão, em especial o direito à liberdade, surgiram relevantes discussões sobre a recepção de normas constitucionais que tolhem do réu o direito a se pronunciar por último em sede de instrução processual, devido ao fato estar na contramão dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

É sabido que o interrogatório em seara processual penal é visto como meio de prova e meio de defesa, logo tirar a possibilidade do réu falar por último, após a

produção de demais provas a serem produzidas em audiência, como é o caso de provas testemunhais, acarretaria severos prejuízos ao direito de defesa do réu no processo por não dar a este a oportunidade de se manifestar sobre tais provas (SARLET; WEINGARTNER NETO, 2014).

Logo, no HC 127.900 uma das causas de pedir foi justamente o fato da inaplicabilidade do interrogatório do réu nos moldes estabelecidos pelo Código de Processo Penal Militar brasileiro, pretendendo que os pacientes do HC 127.900 fossem novamente interrogados nos moldes do art. 400 do Código de Processo Penal brasileiro, com redação trazida pela lei 11.719 de 2008, devido a tal momento do interrogatório coadunar com a Constituição Federal de 1988, em especial no que tange aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (STF, 2016).

O HC 127.900, ainda em 27 de abril de 2015, foi distribuído ao Ministro Dias Toffoli e, após os devidos tramites legais, foi julgado em 03 de março de 2016 que apesar de denegar a ordem, fixou a seguinte tese:

a norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum aplica-se, a partir da publicação da ata do presente julgamento, aos processos penais militares, aos processos penais eleitorais e a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial incidindo somente naquelas ações penais cuja instrução não se tenha encerrado (STF, 2016, *online*).

Percebe-se que apesar da ordem denegada, o STF, em sede de ação de Habeas Corpus, e sem expresso pedido do impetrante, apesar da possibilidade de concessão de ordem de HC de ofício (o que não é o caso foi o caso) o STF, em decisão *sui generis*, fixou orientação determinando a sua aplicação a todos, e inclusive a processos que não estava sendo travada discussão no caso, a exemplo de todos os procedimentos penais regidos pela legislação penal especial (STF, 2016).

Referida decisão prolatada pelo STF no HC 127.900 à época, no tocante a interpretação do disposto no Código de Processo Penal Militar e demais procedimentos previstos na legislação extravagante conforme a Constituição Federal de 1988, foi tomada de forma unânime, compondo o julgamento os seguintes Ministros: Ricardo Lewandowski; Celso de Mello; Marco Aurélio; Gilmar Mendes; Dias Toffoli; Rosa Weber; Teori Zavascki; Roberto Barroso; e Edson Fachin (STF, 2016).

Logo, em comparação aos julgados citados neste capítulo, HC 82.959 e reclamação 4.335, com exceção das mudanças provocadas na composição do STF, apenas o Ministro Gilmar Mendes mostrou-se coerente com a possibilidade de atribuir

eficácia erga omnes a decisões proferidas em ações fora daquelas previstas para a realização do controle concentrado de constitucionalidade.

Quando da análise, em especial da reclamação 4.335 devido a profundidade dos argumentos colacionados no voto do relator, Ministro Gilmar Mendes, em defesa ao acolhimento da teoria abstrativista, observa-se que apesar do transcurso de menos de dois anos, entre a decisão da reclamação 4.335 e a decisão do HC 127.900, até mesmo Ministros que foram resistentes na reclamação 4.335 com o acolhimento da teoria abstrativista, a exemplo de Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio passaram, por força do HC 127.900, a permitir a efetividade da teoria abstrativista, ainda que neste julgado inexistam votos com a profunda argumentativa apresentada no julgamento da reclamação 4.335.

Outro ponto curioso no julgamento paradigmático, HC 127.900, foi o fato de que apesar da decisão que fixou a orientação interpretativa conforme a Constituição Federal de 1988 ter sido tomada em sede de ação constitucional e do fato desta se prestar a, no máximo, realizar controle de constitucionalidade pela via incidental; ocorreu a modulação de seus efeitos, com vistas a observar a eficácia *ex nunc* da orientação firmada (STF, 2016).

Ao fazer a modulação dos efeitos, ainda que fora das ações que se prestam a realizar o controle concentrado de constitucionalidade, inclusive conforme discutido neste trabalho no quarto capítulo, os Ministros que participaram do julgamento do HC 127.900, com exceção de Marco Aurélio, modularam os efeitos de referida decisão. Votaram pela modulação dos efeitos os seguintes Ministros: Ricardo Lewandowski; Celso de Mello; Gilmar Mendes; Dias Toffoli; Rosa Weber; Teori Zavascki; Roberto Barroso; e Edson Fachin (STF, 2016).

Observa-se que apesar do quórum de dois terços exigidos pelo art. 27 da lei 9.868/99 ter sido cumprido no caso do HC 127.900, é certo, conforme já discutido, que a possibilidade de modulação de efeitos foi disciplinada pela lei 9.868/99 apenas para os casos de controle concentrado de constitucionalidade (BRASIL, 1999).

Ao contrário do ocorrido no HC 82.959, apesar da decisão exarada no HC 127.900 ter determinado a sua eficácia *erga omnes*, o STF, sequer, expediu ofício ao Senado Federal comunicando a situação para fins de observância ao art. 52, X da CFB/1988, mesmo a decisão tendo transitado em julgado em 01 de setembro de 2016 (STF, 2016, *online*). Ainda, apesar de toda a situação apontada que vai em confronto com o ordenamento jurídico brasileiro, observa-se a força que o HC 127.900 vem

provocando nos entendimentos jurídicos, conforme se observa em julgados feitos por outros tribunais, a exemplo do Superior Tribunal de Justiça que ao julgar o HC 585942, em 09 de dezembro de 2020, utilizou a decisão tomada no HC 127.900 como parâmetro jurídico para dar nova interpretação ao art. 222, §1º do Código de Processo Penal (STJ, 2020).

Como se vê, o julgamento definitivo do HC 127.900 pelo STF ocorreu alguns dias antes da vigência do Código de Processo Civil de 2015, contudo na vigência do Código de Processo Civil de 1973. Referida observação, ao caso em análise se faz pertinente, haja vista que, conforme inclusive demonstrado nesta dissertação, a tendência do legislador foi a de dar primazia às decisões proferidas, em especial pelos tribunais superiores e pelo STF.

O apontamento noticiado no parágrafo se faz pertinente, haja vista que o legislador positivo, por força do Código de Processo Civil de 2015, introduziu a regra prevista no art. 927 (BRASIL, 2015), que novamente não trouxe menção expressa acerca da eficácia *erga omnes*, sem a vontade do Senado Federal, às decisões proferidas pelo STF em sede de controle difuso de constitucionalidade, a exemplo do julgamento do HC 127.900.

Situação interessante a ser observada e que com certeza será objeto de desafio por parte do STF é saber qual será a consequência jurídica aplicada às decisões proferidas por juízes e tribunais brasileiros que se recusaram a aplicar a tese firmada pelo STF por ocasião do HC 127.900. Referido (pseudo) descumprimento justificaria o manuseio de reclamação constitucional, a exemplo do ocorrido na reclamação 4.335, ou seria o caso de invocar a nova redação prevista no art. 927, V do Código de Processo Civil, partindo, de uma premissa hermenêutica, de que todos os juízes e tribunais estão vinculados ao STF?

Curiosa a observação e as indagações acima formuladas, pois a redação do art. 927 do Código de Processo Civil inaugural, sob este aspecto, um novo regramento processual no ordenamento jurídico brasileiro, demonstrando, inclusive do ponto de vista hermenêutico, fortes razões a justificarem o acolhimento da teoria abstrativista (DONIZETTI, 2015); lembrando que o STF quando chamado a discutir a constitucionalidade de alguns dispositivos do Código de Processo Civil, tanto o de 1973 como o de 2015, os declarou constitucionais, como é o caso do art. 525, §12 do CPC/15, apesar, de na ocasião do julgamento, o STF não ter se debruçado,

especificamente, sobre a eficácia *erga omnes* da decisão proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade (STF, 2016).

CONCLUSÃO

A relevância de se conduzir o estudo aqui proposto foi demonstrada logo ao início ao se pontuar que a análise do modelo de controle de constitucionalidade adotado no Brasil, bem como a importância do Senado Federal no referido debate, tem o seu lugar de importância diante da determinação expressa do constituinte originário contida no inciso X do artigo 52 da Constituição Federal Brasileira de 1988, que, inclusive, se repete em textos constitucionais brasileiros anteriores a atual constituição.

Com esse propósito, se discorreu sobre a teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, demonstrando pela a sua impossibilidade sem a ocorrência do fenômeno da mutação constitucional do artigo 52, inciso X da Constituição Federal. Com isso, foram tecidas críticas quanto ao acolhimento de referida teoria, tendo em vista o risco gerado ao regime democrático brasileiro e ao princípio da separação dos poderes e à estrutura do próprio ordenamento jurídico brasileiro.

Seguindo tal linha de raciocínio, propôs-se uma análise dos efeitos do acolhimento da teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, a exemplo de que qualquer pessoa, além daquelas legitimadas pelo art. 103 da CFB/1988 para o controle abstrato de constitucionalidade, possam provocar a jurisdicional constitucional brasileira a proferir decisões com efeitos vinculantes e eficácia *erga omnes*, comprometendo, assim, a estrutura constitucional brasileira e a competência privativa reservada ao Senado Federal.

Ainda com esse intuito, pesquisou-se na legislação processual civil para identificar elementos que demonstrassem se o legislador buscou contemplar institutos semelhantes à abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, demonstrando, assim, uma aproximação do ordenamento jurídico brasileiro com sistemas típicos do modelo da *common law*.

Todos esses propósitos foram, então, enfrentados em cada um dos capítulos. No primeiro deles apresentaram-se aspectos gerais sobre o controle de constitucionalidade no direito brasileiro, traçando-se, inicialmente, breve histórico sobre o tema, destacando-se o modelo que fora adotado pelo direito constitucional brasileiro. Buscou-se, igualmente, com esforço de reunião de teoria para embasar as considerações a serem feitas, identificar os tipos de controle de constitucionalidade,

trazendo elementos característicos de cada um deles, de forma a apresentá-los em suas generalidades e especificidades, e em especial para compreender o papel do Senado Federal nesse cenário histórico.

O propósito foi conferir primazia ao modelo de controle de constitucionalidade difuso, até mesmo para demonstrar a relevância da atuação do Senado Federal, inclusive em nível histórico, que fora escolhido pelo constituinte originário como sendo o legitimado a conferir eficácia *erga omnes* às decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade, o que se perderia com o acolhimento da teoria da abstrativização, tal qual proposto. Buscou-se, portanto, a partir dos apontamentos aqui reunidos, compreender o papel do Senado Federal e a sua relevância para a manutenção do regime democrático brasileiro.

Para dar suporte teórico às considerações sobre essa teoria se recorreu a autores como Luís Roberto Barroso, Paulo Bonavides, Gilmar Ferreira Mendes, Lúcio Bittencourt, dentre outros, considerando-se a expressividade das tratativas por eles conferidas às questões que pontuam a aplicação da mutação constitucional.

Em Gilmar Ferreira Mendes, por exemplo, o propósito foi de compreender a teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade e sua relevância para o processo constitucional brasileiro. Nesse autor buscou-se também reunir considerações capazes de favorecer a compreensão da escolha feita pelo Constituinte originário ao eleger o Senado Federal com atribuições para gerar eficácia *erga omnes* às decisões tomadas pelo STF em sede de processos judiciais subjetivos.

Seguindo-se, ainda sobre a mutação constitucional, como fenômeno hermenêutico apto a viabilizar o acolhimento da teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, buscou-se apoio teórico em grandes autores da filosofia do direito para conferir o embasamento pretendido, a exemplo de Konrad Hesse. Dentre os pontos considerados, está a questão da força normativa da Constituição, justamente para se compreender, no âmbito dos mecanismos hermenêuticos, a vontade do constituinte originário em permitir, ou não, que o Poder Judiciário fizesse a mutação constitucional ao artigo 52, inciso X da Constituição Federal Brasileira de 1988, situação, inclusive, consubstanciada com o modelo da *civil law*.

Ao compreender a técnica hermenêutica utilizada para a mutação constitucional realizada pelo Supremo Tribunal Federal, em alguns julgados, quando da interpretação do artigo 52, inciso X da CFB/1988 como mecanismo para viabilizar

a aplicação da teoria da abstrativização do controle difuso de constitucional, mister se fez a pesquisa se referido fenômeno exegético teria agido em descompasso com o regime democrático adotado pelo Brasil, bem como se houve desrespeito ao princípio da separação dos poderes.

Para averiguar a problemática, cerne da pesquisa, utilizou-se especialmente a obra de Jeremy Waldron, que versa sobre a dignidade da legislação, a fim de enaltecer o papel do Senado Federal frente aos desafios ocasionados pelo neoconstitucionalismo. Isso porque tal corrente teórica, com as mudanças que promove na interpretação do texto constitucional, acaba favorecendo um maior ativismo por parte do Supremo Tribunal Federal.

Tudo isso contribui para formar uma falsa imagem de que a Suprema Corte, enquanto guardiã do texto constitucional, seria a única legitimada para esse fim, tendo em vista que o próprio texto constitucional atribuiu tal função a outros órgãos – como ocorre com o Senado Federal. O fato é que tal concepção dá a impressão de sobreposição do STF aos demais poderes republicanos, o que poderia favorecer o entendimento de que se estaria diante de uma afronta ao princípio da separação dos Poderes, um dos pilares, no direito nacional, do Estado Democrático instituído em nosso país.

Assim, buscou-se demonstrar, por meio da bibliografia pesquisada, que a vontade do constituinte originário quando da inclusão do Senado Federal como legítimo para empregar eficácia *erga omnes* ao controle difuso de constitucionalidade exercido pelo STF corroboraria o modelo constitucional vigente no país, em especial no que tange ao viés democrático; buscando desmitificar, inclusive, a situação de que o STF estaria autorizado a agir de forma ativista em virtude de omissões do Senado Federal e de que a este caberia, tão e somente, a função de dar publicidade às decisões do STF.

Ainda, ao analisar o diálogo existente entre o STF e o Senado Federal por ocasião da mutação constitucional do artigo 52, inciso X da CF/88, mola precursora de aplicação da teoria abstrativista no país, demonstrou-se a necessidade de se indagar se o acolhimento de referida teoria não caminharía em sentido diametralmente oposto àquilo determinado pelo constituinte de 1988, haja vista que, ao retirar do Senado Federal a possibilidade conferida pelo constituinte originário de dar eficácia *erga omnes* às decisões do STF, tomadas em sede de controle difuso de constitucionalidade, estaria contribuindo para que a discussão constitucional e seus

efeitos fossem adstritos, tão e somente, aos palcos do Poder Judiciário, situação esta que contribuiria sobremaneira para o ofuscamento de um processo democrático amplo.

Dando continuidade aos apontamentos feitos sobre o tema em questão, buscou-se analisar os efeitos jurídicos causados na jurisdição constitucional por força da aplicação da teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. Para tanto, analisou-se o comportamento do legislador (*mens legis*) na redação do texto legal, a exemplo do que se procedeu nos artigos 525, § 12, e 535, § 5º, ambos do CPC/2015, que teria contribuído para positivar, no direito brasileiro, a força dos precedentes, típica do modelo da *common law*, e, que ao ver deste mestrando, embasaria argumentos favoráveis ao acolhimento da teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade.

Contudo, entendo que, por estar em sentido oposto à vontade expressa no texto constitucional em relação às atribuições do Senado Federal, contribuindo, desse modo, para a perpetração de práticas inconstitucionais e antidemocráticas, tais críticas têm a sua relevância reconhecida ao se considerar que, muito embora não tenha o STF acolhido de forma pacífica a teoria abstrativista, existem alguns julgados que já seguem nesse sentido, mostrando que, também no Judiciário, nos mesmos moldes que ocorre com o legislador, vem-se flertando com referida teoria.

Partindo dessa concepção, na análise dos julgados do STF sobre o tema, publicados entre 2006 e 2016, observa-se por ocasião do julgamento do HC 127.900, julgado em 2016, como que a discussão de referida teoria, que se iniciou no âmbito do STF com votos vencidos, evoluiu até o seu acolhimento integral, de forma não exaustiva do ponto de vista argumentativo.

Considerando-se todos os apontamentos que foram lançados nesse estudo até esse ponto da pesquisa, buscou-se demonstrar como que o acolhimento da teoria abstrativista contribuiria para promover uma deformidade do sistema constitucional e legal brasileiro, especialmente ao se considerar que uma interpretação sistemática do texto constitucional permitiria, por exemplo, que qualquer pessoa, além daqueles legitimados no artigo 103 da CFB/1988, ao acionar a jurisdição constitucional, provocasse uma decisão com efeitos vinculantes e *erga omnes*, sem que se tivesse a efetiva participação do Senado Federal.

No mais, conforme demonstrado, a fim de justificar esse fenômeno, observou-se ainda a possibilidade de modulação de efeitos que, conforme vontade do legislador, seria permitida apenas em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

Assim, ao longo desse estudo, acredita-se que o fenômeno exegético difundido a partir do alargamento da interpretação conferida ao inciso X do artigo 52 da Constituição Federal Brasileira de 1988 teria contribuído, ainda que sob um dos argumentos de trazer segurança jurídica, na verdade para a implantação, no país, de certa forma, de uma clima de insegurança jurídica, na medida em que teria agido em descompasso com o regime democrático brasileiro, desrespeitando, ainda, frontalmente, o princípio da separação dos poderes, que é, segundo o texto da Constituição Federal de 1988, um dos pilares do Estado Democrático estabelecido no país.

Acredita-se que os objetivos da presente pesquisa foram atingidos, bem como respondida a questão-problema ao início delimitada para esse estudo. Para estudos futuros sugere-se um aprofundamento no estudo do tema, buscando-se ampliar o número de julgados analisados, para que se possa melhor identificar a extensão de decisões favoráveis à aplicação dessa linha teórica no país, elencando os argumentos utilizados para esse fim; bem como analisar possíveis decisões judiciais que, porventura, venham a não observar as determinações, em especial, do HC 127.900 e as consequências e discussões jurídicas acarretadas.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Paulo Magalhães. O bicameralismo no Brasil: argumentos sobre a importância do Senado na análise do processo decisório federal. In: **Política & Sociedade**, v. 11, n. 21, p. 83-135, 2012. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/politica/article/view/2175-7984.2012v11n21p83>. Acesso em: 21 de maio de 2021.

BARACHO, J. A. O. Teoria geral da soberania. In: **Direito e Política, Ensaios Selecionados**. Florianópolis: Conpedi, 2015.

BARBOSA, Sandro Ferreira. **Sociedade civil e processo legislativo: a experiência da Comissão de Legislação Participativa da Câmara dos Deputados de 2001 a 2012**. 2013. Disponível em: <https://bdm.unb.br/handle/10483/7733>. Acesso em: 21 de maio de 2021.

BARROSO, L. R. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/2019_Boletim/Bol21_01.pdf. Acesso em: 10 de janeiro de 2021.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. In: **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**. ISSN 1138-4824, núm. 13, Madrid (2009), págs. 17-32. Disponível em: <file:///D:/Dados/Downloads/Dialnet-JudicializacaoAtivismoJudicialELegitimidadeDemocra-5124286.pdf>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BASTOS, C. R. **Curso de direito constitucional**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BEDAQUE, J. R. S. **Poderes instrutórios do juiz**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BICCA, Carolina Scherer. Desmistificando o Ativismo Judicial. In: **Seção Especial – Teorias e Estudos Científicos**, DPU Nº 46 – Jul-Ago/2012. Disponível em: <https://portal.idp.emnuvens.com.br/direitopublico/article/view/2099/1109#>. Acesso em: 13 de abril de 2021.

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRANCO, P. G. G.; MENDES, G. F. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRANCO, P. G. G.; MENDES, G. F. **Curso de Direito Constitucional**. 6 a ed. São Paulo: Saraiva 2011.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm. Acesso em: 04 de outubro de 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil 1988. Brasília: Senado Federal**. Disponível em: http://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/CON1988_15.09.2015/art_103_a.sp. Acesso em: 12 de março de 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 22 de fevereiro de 2021.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**, de 25 de março de 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 21 de maio de 2021.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 20 de maio de 2021.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 14 de fevereiro de 2021.

BRASIL. **Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11464.htm. Acesso em: 21 de maio de 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 21 de maio de 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm. Acesso em: 21 de maio de 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm. Acesso em 02 dez. 2016.

CALDEIRA, Marcus Flávio Horta. Gênese do modelo austríaco de controle de constitucionalidade: construção eminentemente racional voltada à proteção dos direitos fundamentais? In: **R. IHGB**, Rio de Janeiro, a. 181(483): 205-234, mai/ago. 2020. Disponível em: <https://www.ihgb.org.br/revista-eletronica/artigos-483.html>. Acesso em: 16 de novembro de 2020.

CÂMARA, A. F. **O novo processo civil brasileiro**, 2 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CAMPAGNOLI, Adriana de Fátima Pilatti Ferreira; MANDALOZZO, Silvana Souza Netto. Uma análise do princípio contra majoritário como elemento do controle de constitucionalidade em um Estado Democrático de Direito. In: **Revista da AJURIS**, v. 41, n. 133, 2014. Disponível em: <http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/220>. Acesso em: 12 de janeiro de 2021.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CARVALHO, K. G. **Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição Direito Constitucional Positivo**. 14 ed. Belo Horizonte. Del Rey, 2008.

Castro, João Bosco Marcial de. **O controle de constitucionalidade das leis e a intervenção do Senado Federal**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008.

CINTRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria geral do processo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CLÈVE, C. M. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Declaração de inconstitucionalidade de dispositivo normativo em sede de juízo abstrato e efeitos sobre os atos singulares praticados sob sua égide". In: **Boletim de Direito Administrativo, São Paulo**, p. 364-366, 1998. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:1998;1000536259>. Acesso em: 21 de maio de 2021.

COSTA, Fabricio Veiga; SEVERINO, Fernanda Resende. Fundamentação do Supremo Tribunal Federal nas decisões de modulação de efeitos em sede de controle concentrado de constitucionalidade nos anos de 2015 a 2018. In: **Revista Argumentum-Argumentum Journal of Law**, v. 21, n. 1, p. 339-362, 2020. Disponível em: <http://201.62.80.75/index.php/revistaargumentum/article/view/1177>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2021.

TORRES, Claudia Nogueira da Cruz. O papel dos precedentes no direito brasileiro: do Império até o novo Código de Processo Civil. In: **Cadernos de Direito**, v. 15, n. 28, p. 127-143, 2015. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/cd/article/view/2418>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2021.

DAHL, R. A. Does Democracy Need Foundations? In: DAHL, R. A. Toward democracy: a journey. **Reflections**: 1940-1997. vol. 1. University of California: Berkeley, 1997.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. Efeitos da inconstitucionalidade da lei (A questão da repristinação da lei que revogou disciplina legal anterior e que ela própria foi afastada por inconstitucional). In: **Revista da Esmafe**, v. 8, p. 23-42, 2004. Disponível em: <https://revista.trf5.jus.br/index.php/esmafe/article/view/270>. Acesso em: 21 de maio de 2021.

DE MACÊDO, Lucas Buril. Reclamação constitucional e precedentes obrigatórios. In: **Revista de Processo**, v. 238, n. 2014, p. 413-434, 2014. Disponível em: https://www.academia.edu/11788450/Reclama%C3%A7%C3%A3o_constitucional_e_precedentes_obrigat%C3%B3rios. Acesso em: 21 de maio de 2021.

MORAES, Guilherme Braga Pena de. Protagonismo institucional do poder judiciário no estado contemporâneo: reflexões sobre a judicialização, o ativismo judicial e a autonomia processual da justiça constitucional. In: **Direito em Movimento**, v. 17, n. 2, p. 15-33, 2019. Disponível em: <http://emerj.com.br/ojs/seer/index.php/direitoemmovimento/article/view/155>. Acesso em: 25 de janeiro de 2021.

DIDIER JR., F.; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. **Curso de direito processual civil**. v. 2. 10ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DINAMARCO, C. R. **Instituições de direito processual civil**, vol. 1, 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 2013.

DONIZETTI, Elpídio. A força dos precedentes no novo código de processo civil. In: **Direito UNIFACS–Debate Virtual**, n. 175, 2015. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3446>. Acesso em: 21 de maio de 2021.

DWORKIN, R. **Justice in Robes**. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

FAUSTINO, A.; BASTOS, M. **O art. 52, X, da Constituição Federal**: eficácia e efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal na via do controle difuso e o papel do Senado Federal. RBDC, jul.-dez 2008. 142-155.

FERNANDES, B. G. **Curso de direito Constitucional**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: edições Graal, 1979.

FREEMAN, Samuel. Democracia e controle jurídico da constitucionalidade. In: **Lua Nova** no. 32 São Paulo Apr. 1994. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451994000100010. Acesso em: 17 de fevereiro de 2021.

FREITAS FILHO, R.; MORAES LIMA, T. **Metodologia de Análise de Decisões**. Universitas Jus, Brasília, n. 21, p 1-17, jul./dez. 2010.

FREITAS, J. W. **Prisão temporária**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, Cássio Gonçalves Moreno; AMARAL, Sérgio Tibiriçá. Teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença no controle difuso. In: **Etic-encontro de iniciação científica-issn 21-76-8498**, v. 6, n. 6, 2010. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/viewFile/2476/2000>. Acesso em: 25 de agosto de 2020.

GOMIDE, Mariana. **Mutação Constitucional**: um estudo sobre a influência norte-americana da Common Law no sistema romano-germânico brasileiro e na praxis do STF. 2017. Disponível em: https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2017/09/mariana_gomide_20171.pdf. Acesso em: 20 de maio de 2021.

GONÇALVES, C. R. **Responsabilidade Civil – De Acordo com o Novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10.01.2002)**. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

GONÇALVES, Yago Henrique dos Santos *et al.* **A abstrativização do controle difuso de constitucionalidade**. 2017. Disponível em: <https://app.uff.br/riuff/handle/1/4949>. Acesso em: 21 de maio de 2021.

GRETTER, Eloise Mari. A modulação dos efeitos temporais da decisão em controle concentrado de constitucionalidade: garantia à segurança jurídica. **Revista da ESMESC**, v. 18, n. 24, p. 263-290, 2011. Disponível em: <https://revista.esmesc.org.br/re/article/view/32>. Acesso em: 21 de maio de 2021.

HESSE, K. **A força normativa da Constituição** = Die normative Kraft der Verfassung. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991.

HESSE, K. **Temas fundamentais do direito constitucional**: Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

JUCÁ, Roberta Laena Costa. **O direito fundamental à participação popular e a consolidação da democracia deliberativa na esfera pública municipal**. 2007. Tese de Doutorado. Dissertação de Mestrado). Universidade de Fortaleza. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp041636.pdf>. Acesso em: 17 de fevereiro de 2021.

KELSEN, H. **Garantia jurisdicional da Constituição**. Tradução de Rolando Tamayo y Salmorán. Cidade do México: Universidade Autônoma do México, 2001.

LAUDE, Mari Luiza Furtado Boita. **A modulação de efeitos no Brasil e a segurança jurídica.** 2019. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/prefix/13702>. Acesso em: 10 de janeiro de 2021.

LEITE, Fábio Carvalho. Mitos e equívocos sobre a participação do senado no controle de constitucionalidade. In: **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 52, 2018. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/1055>. Acesso em: 21 de maio de 2021.

LENZ, R. **A participação de setores da sociedade civil na Ditadura Civil-Militar Brasileira.** In: SOUSA JÚNIOR, J. G. O direito achado na rua: introdução crítica à justiça de transição na América Latina. 1ª ed. Brasília: UnB, 2015.

LIMA NETO, Jonas Freire de. **Relativização do efeito inter partes no controle difuso de constitucionalidade no âmbito do Supremo Tribunal Federal.** 2013. Disponível em: <http://repositorio.ufc.br/handle/riufc/27325>. Acesso em: 13 de janeiro de 2021.

MAIA, C. D. **Por uma nova concepção jurídica de cidadania.** Democracia e Constituição. Estudos em homenagem ao Prof. Dimas Macêdo. Fortaleza: Edições UFC, 2008.

MARCOS, R. F.; MATHIAS, C. F.; NORONHA, I. **História do Direito Brasileiro.** Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MARINONI, L. G. Novo Curso de Processo Civil. Vol 2. 2. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2016.

MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C., MITIDIERO, D. **O Novo Processo Civil.** 3.ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. In: **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, Curitiba, n.49, p.11-58, 2009. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/17031/11238>. Acesso em: 18 de maio de 2021.

MARTINS, S. P. **Programa de Proteção ao Emprego.** 2015.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1951.

MENAGED, Marcelo. O Fenômeno e as Formas de Controle de Constitucionalidade das Leis. In: **Série Aperfeiçoamento de Magistrados 2: Curso de Controle de Constitucionalidade.** 2013. Disponível em:

https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/2/Controle_de_Constitucionalidade_168.pdf. Acesso em: 20 de maio de 2021.

MENDES, G. F. Jurisprudência de Crise e Pensamento do Possível: caminhos constitucionais. In: **Revista Consultor Jurídico**, 11 de abril de 2020.

MENDES, G. F. O poder executivo e o poder legislativo no controle de constitucionalidade. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 39, 2002.

MIGALHAS. **Habeas corpus que mudaram a história**: Embora usado para garantir um direito individual, alguns HCs foram responsáveis por importantes mudanças na jurisprudência. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/284473/habeas-corpus-que-mudaram-a-historia>. Acesso em: 21 de maio de 2021.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da Constituição**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MONTEZ, M. V. L. A abstrativização do controle difuso. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1627, 15 dez. 2007.

MORAES, A. **Direito constitucional**. 35 ed. São Paulo: Atlas, 2019.

NEVES, D. A. A. **Manual de direito processual civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

NOVAIS, F. M.; JACOB, M. A. **Mutação constitucional e abstrativização do controle difuso de constitucionalidade no Brasil**: alcance eficaz do art. 525, 12 do Código de Processo Civil. **Pensamento Jurídico**, v. 12, p. 308-328, 2018.

NOVAIS, Fabrício Muraro; JACOB, Muriel Amaral. Mutação constitucional e abstrativização do controle difuso de constitucionalidade no Brasil: alcance eficaz do art. 525, § 12 do código de processo civil. In: **Revista Pensamento Jurídico**, v. 12, n. 2, 2018. Disponível em: <https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/151>. Acesso em: 21 de maio de 2021.

NUNES, D.; HORTA, A. F. **A doutrina do precedente judicial**: Fatos operativos, argumentos de princípio e o novo Código de Processo Civil. BUENO, C. S. (Org.). Novo CPC. São Paulo: Editora Artmed Panamericana/IBDP, 2015.

NUNES, Elpídio Donizetti. O processo como meio de efetivação dos direitos fundamentais. **O processo como meio de efetivação dos direitos fundamentais**, 2010. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/74283>. Acesso em: 28 de abril de 2021.

O'DONNELL, G. ¿Democracia delegativa? In: **Cuadernos del CLAEH**, n. 61, 1992.

OLIVEIRA, Ana Lúcia Melo *et al.* Controle de Constitucionalidade. **Revista FAROCIENCIA** (ISSN 2359-1846), v. 5, 2017. Disponível em: <https://revistas.faro.edu.br/FAROCIENCIA/article/view/267>. Acesso em: 25 de agosto de 2020.

PAIVA, C. A repercussão geral dos recursos extraordinários e a objetivação do controle concreto de Constitucionalidade. In.: **Revista Virtual da AGU**. Ano VIII, nº 80, setembro de 2008.

PAZELLO, R. P. Pensamiento descolonial, crítica al derecho, movimientos populares: la problemática de los derechos humanos. In: **Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales** - REDHES, México, n. 15, año VIII, ene. /jun. 2016.

PINHEIRO, Tonny Ítalo Lima. As normas constitucionais programáticas como parâmetro do controle de constitucionalidade. **Legis Augustus**, v. 2, n. 2, p. 33-42, 2011. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/229104475.pdf>. Acesso em: 25 de novembro de 2020.

POLETTI, Ronaldo. **Controle da Constitucionalidade das Leis**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PORTO, J. R. M.; MARTINS, D. A. A. STF não adota (ainda) a abstrativização do controle difuso. **Revista Consultor Jurídico**, 10 de maio de 2019.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RODRIGUES, N. T. D.; PINÓS, O. M. P. A. A participação do senado no controle difuso da constitucionalidade. In: **Revista de Informação Legislativa**, ano 50, nº 198, Brasília: Senado Federal, p. 139-166, abr./jun. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; NETO, Jayme Weingartner. Constituição, direitos fundamentais e processo penal: a discussão em torno da legitimidade jurídico-constitucional da realização do interrogatório do réu no início ou ao final da instrução. In: **Revista da AJURIS**, 2014. Disponível em: https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11326/2/Constituicao_direitos_fundamentais_e_processo_penal_a_discussao_em_torno_da_legitimidade_juridico_constitucional_da.pdf. Acesso em: 21 de maio de 2021.

SENADO FEDERAL. **Diário do Senado Federal nº 69 de 2009**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/122?sequencia=94>. Acesso em: 21 de maio de 2021.

SENADO FEDERAL. **Ofício "S" nº 14, de 2006**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/78924>. Acesso em: 21 de maio de 2021.

SILVA, Bruno Miola da. O Supremo Tribunal Federal e o ativismo judicial: uma análise dos reflexos dessa prática no Judiciário brasileiro. In: **Revista da Faculdade de Direito Sul de Minas, Pouso Alegre**, v. 31, n. 1, p. 241-260, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. Contra o neoconstitucionalismo. Constituição, Economia e Desenvolvimento. In: **Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, v. 3, n. 4, p. 9-27, 2011. Disponível em: <http://abdconstojs.com.br/index.php/revista/article/view/27>. Acesso em: 3 de janeiro de 2021.

STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional. In: **Argumenta Journal Law**, v. 7, n. 7, p. 45-68, 2007. Disponível em: [site:http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/72](http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/72). Acesso em: 21 de maio de 2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **do Código de Processo Penal**. 2020. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202001296263&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 21 de maio de 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC 127.900**. Relator(a): Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 03/03/2016, Processo Eletrônico DJe-161 Divulg 02/08/2016 Public 03/08/2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11451173>. Acesso em: 06 de abril de 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 360 - **Desconstitu o de título executivo judicial mediante aplica o do parágrafo único do art. 741 do Código de Processo Civil**. 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3858766&numeroProcesso=611503&classeProcesso=RE&numeroTema=360>. Acesso em: 21 de maio de 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Aplica o das Súmulas no STF. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menusumario.asp?sumula=1271>. Acesso em: 21 de maio de 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC 82959**: Habeas Corpus. 2006. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2110217>. Acesso em: 21 de maio de 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Inconstitucionalidade do art. 2 ,   1 , da lei 8.072/90 em jurisprudência**. 2006. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2110217>. Acesso em: 21 de maio de 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Reclamação 4.335 Acre**. 2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>. Acesso em: 21 de maio de 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Sessão de Jurisprudência: Rcl 691 primeira / SP - SÃO PAULO**. Relator(a): Min. CARLOS MEDEIROS. Julgamento: 25/05/1966. Publicação: 24/08/1966. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Publicação DJ 24-08-1966 PP-02826 EMENT VOL-00664-01 PP-00044. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur152475/false>. Acesso em: 21 de maio de 2021.

TARUFFO, M. Dimensioni del precedente giudiziario. In: **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, A. 48, n. 2, p. 411-430, Milano: Giuffrè, 1994.

TAVARES, A. R. Modelos de uso da jurisprudência constitucional estrangeira pela justiça constitucional. In: **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 3, n. 12, p. 17-55, out./dez. 2009.

TAVARES, A. R. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

THAMAY, Rennan Faria Krüger *et al.* **A inexistência de coisa julgada (clássica) no controle de constitucionalidade abstrato**. 2014. Disponível em: <http://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/4258>. Acesso em: 10 de janeiro de 2021.

THEODORO JR, H. *et al.* **Novo CPC – Fundamentos e Sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VAINER, Bruno Zilberman. Breve histórico acerca das constituições do Brasil e do controle de constitucionalidade brasileiro. In: **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, v. 16, n. 1, p. 161-191, 2010. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/233>. Acesso em: 25 de agosto de 2020.

VIEIRA, O. V. **O Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência Política**. São Paulo, Malheiros Editores, 2002.

WALDRON, J. **A dignidade da Legislação**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.