

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO  
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM  
HELDER CÂMARA**

**TEORIA CONSTITUCIONAL**

**EMILIO PELUSO NEDER MEYER**

**PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS**

**MARIA FERNANDA SALCEDO REPOLES**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria – Conpedi**

**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

#### **Conselho Fiscal**

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

**Representante Discente** - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

#### **Secretarias**

**Diretor de Informática** - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

**Diretor de Relações com a Graduação** - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

**Diretor de Relações Internacionais** - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

**Diretora de Apoio Institucional** - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

**Diretor de Educação Jurídica** - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

**Diretoras de Eventos** - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

**Diretor de Apoio Interinstitucional** - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

---

T314

Teoria constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Emilio Peluso Neder Meyer, Paulo Roberto Barbosa Ramos, Maria Fernanda Salcedo Repoles – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-140-1

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teoria constitucional. 3. Constituição. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

---



**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC  
/DOM HELDER CÂMARA  
TEORIA CONSTITUCIONAL**

---

## **Apresentação**

O livro Teoria Constitucional reúne artigos os quais articulam ideias sobre os principais fundamentos da teoria constitucional, dando especial atenção à sua dinâmica e desenvolvimento em um contexto globalizado que impõe novos e desafios à lei fundamental.

São discutidas questões atinentes ao poder constituinte, cultura constitucional, interpretação constitucional, princípios constitucionais e alternativas à ponderação, discricionariedade judicial, interpretação constitucional, judicialização e acesso à justiça. As temáticas abordadas procuram refletir debates contemporâneos que permeiam a Teoria da Constituição em todo o mundo. Pode-se perceber, de um lado, a necessidade de difusão (mas também revisão) de inúmeros pressupostos dogmáticos: vários artigos não só apresentam, mas criticam, o uso da proporcionalidade por órgãos judiciais nacionais e transnacionais. De outro lado, os trabalhos são acompanhados de uma abordagem de forte perspectiva crítico-filosófica: a influência da filosofia da linguagem e o papel da sociologia jurídica atestam a transdisciplinariedade necessária para compreender a complexidade dos problemas que hoje perpassam o Direito Constitucional.

Não são outras as razões pelas quais a tensão entre Constitucionalismo e Democracia é inúmeras vezes invocada. Os recentes avanços do Novo Constitucionalismo Latino-Americano (em países como Bolívia, Equador e Colômbia, por exemplo), a necessidade de reforçar o papel da participação popular no acesso à justiça, o reequacionamento da relação entre força normativa da Constituição e as recorrentes frustrações da "concretude constitucional", o enfrentamento e o questionamento de uma "cultura constitucional", são todas questões que são objeto de investigação. Mais do que isso, perpassando o caso brasileiro, a reforma política é discutida na sua dimensão constitucional; o papel do Supremo Tribunal Federal na relação entre controle difuso de constitucionalidade e controle concentrado de constitucionalidade é enfrentado na ótica de realização (ou não) de anseios democráticos, principalmente pensado a partir de importações acríticas de conceitos, como o de mutação constitucional; e, como não poderia deixar de ser, a problemática do ativismo judicial é o tema de inúmeros trabalhos.

Perguntas recorrentes perpassam a compreensão da teoria constitucional exposta nos artigos. A ausência de uma maior reflexão sobre a historiografia chama a atenção para a necessidade

de refletir a respeito da manutenção de uma dependência de inúmeros sistemas constitucionais latino-americanos de um processo econômico pouco afeto a uma base popular. Isto se coloca de forma incisiva quando se pensa como somos irmanados em um passado ditatorial e autoritário que precisa ser adequadamente reconstitucionalizado. É dizer, é preciso pensar direitos de indígenas, camponeses e quilombolas, apenas para ficar em algumas identidades, a partir de uma perspectiva eminentemente emancipatória e consciência do que significa, de fato, fazer democracia depois de autoritarismos.

É preciso perceber o papel reconstutivo que a Teoria da Constituição desempenha perante os institutos do Direito Constitucional. Várias das leituras dogmáticas de institutos da jurisdição constitucional são feitas a partir de uma chave de compreensão democrática. Assim, fenômenos como o papel dos princípios na ordem constitucional ou ativismo das cortes merecem detida atenção e reflexão nos textos que se seguem. Por exemplo, torna-se possível distinguir o ativismo judicial da atuação judicial responsável e garantidora da efetivação da Constituição.

Espera-se que o leitor possa, a partir das reflexões lançadas no livro, entrar em diálogo com perspectivas democráticas e emancipatórias que possam, de fato, cooperar com um sentido forte de construção do projeto constituinte de 1988.

**A RELEITURA JURISPRUDENCIAL DO INSTITUTO DA SUSPENSÃO DE EXECUTORIEDADE: RECLAMAÇÃO 4.335-5/AC E A FORÇA EXPANSIVA DOS PRECEDENTES**

**THE JURISPRUDENTIAL REREADING OF THE INSTITUTE OF SUSPENSION OF ENFORCEABILITY: JUDICIAL CASE 4.335-5/AC AND THE EXPANSIVE POWER OF THE PRECEDENTS**

**Raisa Duarte Da Silva Ribeiro**

**Resumo**

O instituto da suspensão de executoriedade pelo Senado Federal da norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, estampado no artigo 52, X da Constituição da República Federativa do Brasil, vem suscitando diversas controvérsias desde a sua edição. Com a consagração do sistema híbrido de controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, as críticas doutrinárias sobre a existência deste instituto se intensificaram. Através da Reclamação Constitucional 4.335-5/AC, o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de se manifestar, realizando uma releitura jurisprudencial dos efeitos deste instituto. Neste contexto, o presente trabalho pretende analisar a Reclamação Constitucional 4.335-5/AC e os seus reflexos no ordenamento jurídico brasileiro. Para isto, observam-se o contexto de fundo da mencionada Reclamação, os principais argumentos dos votos proferidos pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal bem como a tese consolidada no julgamento de procedência. Ainda, breves comentários sobre o julgado são realizados.

**Palavras-chave:** Controle difuso de constitucionalidade, Suspensão de executoriedade, Mutação constitucional, Força expansiva dos precedentes, Reclamação constitucional 4.335-5/ac

**Abstract/Resumen/Résumé**

The institute of suspension of enforceability by Federal Senate of the rule declared unconstitutional by definitive decision of Brazilian Supreme Court, disposed in the article 52, X of Brazilian Constitution, have been discussed since your publication. After the adoption of the hybrid system of judicial review, academic discussions have intensified. By the judicial case 4.335-5/AC, the Brazilian Supreme Court have expressed about this theme. In this context, this work intends to analyze the judicial case 4.335-5/AC and your reflexes in the Brazilian judicial system. For this, it has observed the background context of the mentioned Judicial Case, the main arguments of the delivered votes for the Ministers of the Brazilian Supreme Court as well as the consolidated thesis in the origin judgement. Even, brief comments about the case will be performed.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Judicial review, Suspension of the enforceability, Constitutional mutation, Expansive power of the precedents, Case 4.335-5/ac

## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil consagrou um sistema híbrido de controle de constitucionalidade, englobando tanto as ações de controle concentrado quanto as ações de controle difuso de constitucionalidade.

Através de uma análise histórica do ordenamento jurídico brasileiro, observa-se que a Constituição de 1891 foi o primeiro texto constitucional brasileiro a adotar o controle de constitucionalidade, optando pela utilização do modelo difuso oriundo, da matriz norte-americana. Ocorria que, em razão das grandes diferenças estruturais dos sistemas jurídicos norte-americano e brasileiro, o primeiro oriundo da *common law* e o segundo da *civil law*, a implementação do controle difuso de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro trouxe algumas dificuldades práticas. Dentre elas se destacava a concessão de efeitos *erga omnes* para as decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

Com o intuito de resolver esta problemática, ocorreu a criação do instituto de suspensão de executoriedade pelo Senado Federal da norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade. Todavia, desde a sua criação o instituto da suspensão de executoriedade foi alvo de inúmeras críticas, que se agravaram depois da adoção do controle concentrado de constitucionalidade.

Depois de ser alvo de inúmeras críticas doutrinárias, o Supremo Tribunal Federal, na Reclamação 4.335-5/AC, teve a oportunidade de se manifestar sobre o instituto da suspensão de executoriedade, prolatando o seu posicionamento acerca da sua extensão e aplicabilidade em nosso ordenamento jurídico constitucional.

Neste contexto, o presente trabalho possui o objetivo geral de analisar a Reclamação Constitucional 4.335-5/AC e seus reflexos no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, em um primeiro momento, realiza-se uma abordagem geral do caso, trazendo o contexto de fundo do julgado. Em um segundo momento, analisa-se o voto do Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes e a tese da mutação constitucional por ele sustentada. Em um terceiro momento, adentra-se na análise dos votos dos demais Ministros, bem como observa-se as ponderações feitas durante as sessões plenárias. Em um quarto momento, realiza-se breves comentários sobre o julgamento e

ressalta-se os reflexos que a Reclamação 4.335-5/AC trouxe para a coerência e a harmonia do ordenamento jurídico constitucional brasileiro.

## **2 UMA ABORDAGEM INICIAL DO CASO**

A Reclamação Constitucional 4.335-5 foi ajuizada pela Defensoria Pública da União no Estado do Acre, em face de decisão do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco que indeferiu pedido de progressão de regime em favor de dez interessados.

A Reclamante alegou que os interessados cumprem penas de reclusão em regime integralmente fechado, em decorrência da prática de crimes hediondos, tendo em vista a determinação do artigo 2º, §1º da Lei nº 8.072/90. No entanto, a mencionada lei foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, por seis votos a cinco, no HC 82.959, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, em sede de controle difuso de constitucionalidade.

Tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade pelo STF no HC 82.959, na qual, cumpre frisar, não eram partes os interessados da presente Reclamação, a Defensoria Pública da União solicitou que o Juiz de Direito da Vara de Execução Penais da Comarca de Rio Branco concedesse a progressão de regime aos interessados.

Todavia, o Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais de Rio Branco indeferiu o pedido, sob a alegação de vedação legal para admiti-lo, sustentando que a declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal no HC 82.959 foi proferida em sede de controle difuso, portanto, com efeitos *incidenter tantum e inter partes*.

Da denegação do pedido, a Defensoria Pública da União impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal de Justiça do Estado do Acre, bem como, posteriormente, a Reclamação 4335-5/AC ao STF.

Cumpre salientar que a Reclamação consiste em um direito de petição destinado ao Supremo Tribunal Federal, ao Superior Tribunal de Justiça e ao Superior Tribunal Militar quando for observado o descumprimento de suas competências ou decisões ou o descumprimento de súmula vinculante. No caso de descumprimento de decisões do Supremo Tribunal Federal, os interessados devem ser justamente aqueles que configuravam como partes na decisão que não foi observada.

Ao receber a Reclamação 4335-5, o Relator, Ministro Gilmar Ferreira Mendes, requereu informações à autoridade Reclamada. Em resposta, o Juiz de Direito da Comarca de Rio

Branco/AC, opinou pelo não conhecimento da Reclamação, posto que não estavam preenchidos os requisitos do artigo 13 da lei nº 8.038/90. Aduziu que não havia no que se falar em preservar a competência do STF, tendo em vista que este não havia expedido ordem em favor de um dos interessados na Reclamação – somente são legitimadas para a propositura da Reclamação as partes da decisão que tem sua eficácia negada. Sustentou, ainda, que a Reclamação não foi regularmente instruída com os documentos essenciais e que claramente se buscava suprimir instâncias. Por fim, argumentou que alguns dos interessados não estavam cumprimento regime integralmente fechado, mas cumpriam pena por crimes comuns, e outros não tinham sequer andamento da execução na mencionada vara de execução penal.

Além disto, foi aduzido que a presente vara de execução penal nada mais fez do que cumprir a informação que consta no próprio site do STF de que a decisão em sede de controle difuso somente possuirá efeitos *erga omnes* se comunicada ao Senado para que este providencie a suspensão de eficácia do dispositivo declarado inconstitucional e, até o momento, o Senado Federal ainda não elaborou esta resolução. Desta forma, sustentou que os efeitos do HC nº 82.959 é *inter partes* e que a concessão de efeitos *erga omnes*, sem que haja a resolução do Senado Federal, causaria a negação do dispositivo constitucional do artigo 52, X da CRFB.

Em 21 de agosto de 2006, o Ministro Relator concedeu medida liminar para que, mantido o regime fechado de cumprimento de pena por crime hediondo, fosse afastada a vedação legal da progressão de regime até o julgamento final da presente Reclamação.

A Procuradoria-Geral da República também se manifestou pelo não-conhecimento do pedido, em virtude de inexistir decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, cuja autoridade devesse ser preservada, de forma a não se verificar, no caso concreto, um dos requisitos de ajuizamento da presente Reclamação.

### **3 O RELATOR MINISTRO GILMAR FERREIRA MENDES A TESE DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL**

O Relator, Ministro Gilmar Ferreira Mendes, proferiu o seu voto em 01 de fevereiro de 2007, levantando a tese da mutação constitucional do artigo 52, X da CRFB, trazendo à baila mais uma paradigmática hipótese da abstrativização do controle difuso.

Inicialmente, o Relator salientou que não se trata de Reclamação incabível, como foi sustentado pelo Ministério Público Federal. Segundo o Relator, o Supremo Tribunal Federal já



tinha firmado entendimento, na questão de ordem em agravo regimental na Reclamação 1.880, de 23 de maio de 2002, de que são legitimados para a propositura da Reclamação todos aqueles que comprovem prejuízo resultante de decisões contrárias as teses do Supremo Tribunal Federal, em reconhecido à eficácia vinculante *erga omnes* das decisões de mérito proferidas em sede de controle concentrado.

Insta salientar, no entanto, que a presente Reclamação se insere no âmbito de um descumprimento de decisão de mérito proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade, que possui efeitos *inter partes* até que seja editada resolução pelo Senado Federal concedendo efeitos *erga omnes*. Por se tratar de controle difuso, os legitimados seriam apenas aqueles que figuraram como parte no processo cuja decisão teve negada eficácia, o que não ocorreu no presente caso.

Em um segundo momento, o Relator, Ministro Gilmar Ferreira Mendes, passou a tecer alguns comentários sobre o papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade, ressaltando que “a aparente originalidade da fórmula tem dificultado o seu enquadramento dogmático” (BRASIL, 2014, p. 14).

O Ministro asseverou que “embora a doutrina pátria reiterasse os ensinamentos teóricos e jurisprudenciais americanos, no sentido da inexistência jurídica ou da ampla ineficácia da lei inconstitucional” (BRASIL, 2014, p. 15), não se adotou a doutrina do *stare decisis*, que empresta efeitos vinculantes às decisões das Cortes Superiores. Assim, para tornar *erga omnes* os efeitos das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade adotamos o instituto da suspensão da executoriedade, cujo encargo é concedido pelo Poder Constituinte Originário ao Senado Federal.

O Ministro abordou diversas questões controvertidas acerca deste mecanismo, tais como os efeitos e a natureza da resolução do Senado Federal, o seu caráter discricionário, a abrangência das leis estaduais e municipais, a pertinência da suspensão do pronunciamento da inconstitucionalidade *incidenter tantum*. Após, o Relator passou a analisar algumas discussões travadas no Plenária da Constituinte de 1988, contrárias a adoção do instituto da suspensão de executoriedade pelo Senado Federal.

Segundo o Relator, no Plenário da Constituinte de 1988, foi levantada a questão por Kelly Prado de que se fosse adotada a sistemática da suspensão de executoriedade pelo Senado Federal haveria uma dicotomia entre o entendimento aplicável para os cidadãos que ingressaram no Poder

Judiciário e os que não o fizeram. Em suas palavras:

[...] o Supremo Tribunal decretaria a inconstitucionalidade de uma lei, e os efeitos dessa decisão se limitariam as partes em litígio. Todos os demais cidadãos, que estivessem na mesma situação da que foi tutelada num processo próprio, estariam ao desamparo da lei. Ocorreria, assim, que a Constituição teria sido defendida na hipótese que permitiu o exame do Judiciário, e esquecida, anulada, postergada em todos os outros casos (BRASIL, 2014, p. 18).

Outros constituintes, no entanto, defenderem veemente a adoção do instituto, entendendo que este era uma medida de economia processual, importando na extensão dos efeitos do aresto declaratório da inconstitucionalidade. Ao ato do Senado era atribuído caráter ampliativo à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

O Senador Accioly Filho defendeu que a suspensão de excoercedade pelo Senado Federal vai muito além da revogação, tendo em vista que esta se opera *ex nunc*, alcançando a lei ou o ato revogado somente após a vigência do ato revogador; enquanto que a suspensão traz efeitos *ex tunc*, ou seja, “diz que a lei ou o decreto suspenso nunca existiu, nem antes nem depois da suspensão” (BRASIL, 2014, p. 22). Defendeu também que “aquilo que é inconstitucional é natimorto, não teve vida” (BRASIL, 2014, p. 21), de forma que a suspensão constituía num ato político que retirava a lei do ordenamento jurídico, de forma definitiva e com efeitos retroativos.

O Ministro Relator ressaltou que o Supremo Tribunal Federal já tinha fixado o entendimento de que o Senado Federal não estava obrigado a proceder a suspensão do ato declarado inconstitucional, mas que se o fizesse deveria se ater a extensão do julgado da Corte Constitucional. Frisou, ainda, que a inércia do Senado não afetaria a relação entre os Poderes, não havendo qualquer violação à Constituição na eventual recusa de extensão de efeitos.

Ainda foi analisado que houveram tentativas anteriores de que a própria decisão de inconstitucionalidade, em controle difuso, pelo Supremo Tribunal Federal, tivesse efeitos *erga omnes*. Como ocorreu, por exemplo, no Projeto que resultou a Emenda nº 16/1965, mas, que, no entanto, foi tese rejeitada.

O Ministro Relator ressaltou que no controle abstrato de constitucionalidade, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal possuem eficácia *erga omnes*. Havia divergência anterior sobre este ponto, que, no entanto, foi sanada pelo Supremo Tribunal Federal, em 1977, no Processo Administrativo nº 4.477-72.

Em sequência, o Ministro Relator aduziu e questionou que:

[...] a amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de que se suspenda, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, contribuíram, certamente, para que se quebrantasse a crença na própria justificativa do instituto, que se inspirava diretamente numa concepção de separação de poderes – hoje inevitavelmente superada.  
[...] se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de constitucionalidade, suspender liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de uma Emenda Constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida em controle incidental, valer tão-somente para as partes? (BRASIL, 2014, p. 27).

Retoricamente, respondeu que a única tese plausível é que o instituto da suspensão pelo Senado Federal assenta-se hoje em razão de índole exclusivamente histórica. Isto porque este instituto “mostra-se inadequado para assegurar a eficácia geral ou o efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal Federal que não declaram a inconstitucionalidade da lei, limitando-se a fixar a orientação constitucionalmente adequada ou correta” (BRASIL, 2014, p. 27), citando como exemplos o que ocorre quando o Supremo Tribunal Federal adota uma interpretação conforme à Constituição, declara a inconstitucionalidade sem a redução de texto, limita-se a rejeitar a arguição de inconstitucionalidade, realiza a declaração de não-recepção de lei pré-constitucional, entre outros.

Em sequência, o Ministro Relator relembrou que o procedimento previsto no artigo 97 da CRFB pode ser dispensado em algumas hipóteses. Frisou, neste ponto, inclusive que o Supremo Tribunal Federal, em alguns acórdãos proferidos, afirmou a dispensabilidade de se encaminhar o tema constitucional ao Plenário ou órgão especial do Tribunal, desde que o Supremo Tribunal Federal já tenha se pronunciado anteriormente sobre o tema.

Estas decisões do STF, segundo o Ministro, marcaram uma evolução no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, equiparando os efeitos das decisões proferidas nos processos de controle abstrato e de controle difuso. Cumpre transcrever suas palavras:

A decisão do Supremo Tribunal Federal, tal como colocada, antecipa o efeito vinculante de seus julgados em matéria de controle de constitucionalidade incidental, permitindo que o órgão fracionário se desvincule do dever de observância da decisão do Pleno ou do Órgão Especial do Tribunal a que se encontra vinculado. Decide-se, autonomamente com fundamento na declaração de inconstitucionalidade (ou de constitucionalidade) do Supremo Tribunal Federal proferida incidenter tantum (BRASIL, 2014, p. 32).

Após todas estas considerações preliminares, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes passou a sustentar a tese da mutação constitucional do artigo 52, X da CRFB, na tentativa de aplicar mais uma hipótese de abstrativização do controle difuso.

A abstrativização do controle difuso consiste em um fenômeno em que se introduz no controle difuso as características do controle abstrato. Trata-se da aproximação do controle difuso com o controle concentrado de constitucionalidade.

O Ministro analisou, novamente, a evolução do controle difuso e abstrato de constitucionalidade, ressaltando que o controle abstrato passou da desimportância e do desuso ao apogeu, enquanto que o controle difuso passou a ter um nítido decaimento na Constituição de República Federativa do Brasil de 1988.

Enquanto que no regime militar, o controle difuso era preponderante, em razão do monopólio da legitimidade para a propositura da ação direta no Procurador Geral da República; no novo regime democrático, inaugurado em 1988, houve uma abertura da legitimação dos entes que podem propor as ações abstratas bem como uma ampliação do rol das ações abstratas, que agora englobam a ação direta de inconstitucionalidade, a ação interventiva, a ação de inconstitucionalidade por omissão, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e ação declaratória de constitucionalidade.

Além disto, frisou, novamente, que a doutrina brasileira, sem dispor de um mecanismo que emprestasse força de lei ou que conferisse caráter vinculante às decisões do Supremo Tribunal Federal como o *stare decisis*, contentava-se em ressaltar a evidência da nulidade da lei inconstitucional e a obrigação dos órgãos estatais de se absterem de aplicar lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo STF.

Sustentou que, ainda que se aceite, em princípio, que o mecanismo da suspensão da executoriedade pelo Senado retire a lei ou o ato normativo do ordenamento jurídico com eficácia *ex tunc*, este instituto “configura antes a negação do que a afirmação da teoria da nulidade da lei inconstitucional” (BRASIL, 2014, p. 40), pois entendia que a não aplicação da lei depende exclusivamente da vontade de um órgão essencialmente político e não de órgãos jurisdicionais que aplicam cotidianamente a lei e que isto reforçava a ideia de que, embora se sustentasse a teoria da nulidade da lei inconstitucional, se consolidavam institutos que iam de encontro a sua implementação (BRASIL, 2014, pp. 40/41).

Salientou que se a doutrina e jurisprudência defendiam a tese da nulidade da lei

inconstitucional, deveriam ter sustentado, desde o início, que o ato de suspensão do Senado Federal destinava-se exclusivamente a conferir publicidade à decisão do STF.

Posteriormente, observou que nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade de leis municipais, o STF vem adotando uma postura ousada, conferindo efeitos vinculantes não só a parte dispositiva da decisão de inconstitucionalidade, mas também aos próprios fundamentos determinantes. Mais uma vez, visualiza-se que a incidência do fenômeno da abstrativização do controle difuso. O Ministro passa a citar vários julgados, proferidos pelos Ministros desta Corte, em que foi conferido efeitos vinculantes aos fundamentos determinantes de outras decisões, caracterizando o conhecido efeito dos precedentes norte-americanos de transcendência da *holding*.

Nesta esteira, também abordou que os efeitos do controle de constitucionalidade difuso nas ações coletivas, como por exemplo em ações civis públicas ou em mandados de segurança coletivos, que declare a inconstitucionalidade de uma lei, tem efeitos não apenas *inter partes*, mas *ultra partes*.

Assim, nestes casos, assenta que a suspensão da exequibilidade da lei pelo Senado “revela-se, no mínimo, completamente inútil, caso se entenda que ela não tem outra função que não a de atribuir publicidade à decisão declaratória de ilegitimidade” (BRASIL, 2014, pp. 45-46).

O Ministro ressaltou, ainda, que as decisões de declaração de inconstitucionalidade *in concreto*, também se mostram passíveis de limitação de efeitos, como por exemplo no julgamento do RE 197.971 (caso dos vereadores) e no próprio caso da progressão de regime (HC 82.959), pois uma decisão, nestes casos concretos, que conferisse efeitos retroativos aflagiria diversos princípios constitucionais, em especial a segurança jurídica.

Em vias de conclusão, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes ressaltou que a Constituição da República Federativa do Brasil havia modificado de forma ampla o sistema de controle de constitucionalidade, “sendo inevitáveis as reinterpretações ou releituras dos institutos vinculados ao controle incidental de inconstitucionalidade, especialmente da exigência da maioria absoluta para declaração de inconstitucionalidade e da suspensão da execução da lei pelo Senado Federal” (BRASIL, 2014, p. 50).

Citou, como exemplo, novamente o efeito vinculante das decisões do STF quando fixou a exoneração do órgão fracionário ter que submeter a questão constitucional ao órgão especial ou Pleno, na forma do artigo 97 da CRFB, se já tiver sido decidida a inconstitucionalidade da lei pelo STF anteriormente.

Em suas palavras:

Ao se entender que a eficácia ampliada a decisão está ligada ao papel essencial da jurisdição constitucional e, especialmente, se considerarmos que o texto constitucional de 1988 alterou substancialmente o papel desta Corte, que passou a ter função preeminente na guarda da Constituição a partir do controle direto exercido na ADI, na ADC e na ADPF, não há como deixar de reconhecer a necessidade de uma nova compreensão do tema (BRASIL, 2014, p. 52).

Por todo o exposto, o Relator concluiu que:

É possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X da Constituição de 1988. Valendo-se dos subsídios da doutrina constitucional a propósito da mutação constitucional, poder-se-ia cogitar aqui uma autêntica reforma da Constituição sem expressa modificação do texto (BRASIL, 2014, p. 53).

Assim, as decisões do STF vem adquirindo efeitos transcendentes, de forma que há necessidade da revisão da orientação dominante acerca do instituto da suspensão da executoriedade. Nesta nova releitura, o Senado Federal possuiria a finalidade apenas de tornar pública a decisão do Supremo Tribunal Federal, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos.

Desta forma, de acordo com o Ministro Relator, a não publicação pelo Senado Federal, de Resolução que, nos termos do artigo 52, X da CRFB, suspenderia a execução da lei declarada inconstitucional pelo STF não terá mais o condão de impedir que a decisão proferida pelo STF assuma a sua real eficácia jurídica.

Em razão desta nova releitura, o Ministro Relator sustentou que houve a recusa do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais de Rio Branco, em conceder o benefício da progressão de regime, nos casos de crimes hediondos, aos interessados, desrespeitando a eficácia *erga omnes* que deve ser atribuída à decisão do STF, no HC 82.959, que declarou a inconstitucionalidade do artigo 2º, §1º da lei nº 8.072/90.

Diante do exposto, o Ministro Relator Gilmar Ferreira Mendes julgou procedente a Reclamação para “cassar decisões proferidas pelo Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco, no Estado do Acre, que negaram a possibilidade de progressão de regime relativamente a cada um dos interessados acima mencionados” (BRASIL, 2014, p. 60).

## 4 OS VOTOS, AS SESSÕES PLENÁRIAS E O JULGAMENTO

### 4.1 O voto do Ministro Eros Roberto Grau acompanhando a tese sustentada pelo Ministro Relator

Após o voto do Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes, o Ministro Eros Roberto Grau requereu a antecipação de seu voto, que foi proferido, em 19 de abril de 2007. Inicialmente, o Ministro disse que fazia-se mister observar se no caso do artigo 52, X da CRFB houve ou não uma mutação constitucional. Questionou se o Relator não teria “excedido a moldura do texto, de sorte a exercer a criatividade própria à interpretação para além do que ao intérprete incumbe” (BRASIL, 2014, p. 67).

O Ministro Eros Roberto Grau aduziu, observando as observações de Jean-Pierre Verant, que “o intérprete há de construir a norma respeitando a coerência interna do texto, sujeito a uma série de associações, oposições e homologias que conferem sentido ao texto, de modo que, em verdade, não inventa a norma” (BRASIL, 2014, p. 70).

Nesta esteira, cabe transcrever o seguinte fragmento de seu voto:

[...] sentido de desvencilhamento da norma de seu invólucro: no sentido de fazê-la brotar do texto, do enunciado --- é que afirmo que o intérprete "produz a norma". O intérprete compreende o sentido originário do texto e o deve manter como referência da norma que constitui. *Dimensão legislativa e dimensão normativa* do fenômeno jurídico, qual observei inicialmente, compõem um só processo, o processo que o direito é enquanto dinamismo (BRASIL, 2014, p. 70)

Para o Ministro Eros Roberto Grau, “tudo andar bem, harmonicamente, se a coerência interna do texto normativo for observada na sua necessária atualização à realidade” (BRASIL, 2014, p. 70).

Ao entender que o intérprete “detém legitimidade para atuar plenamente no plano da dimensão normativa, para reproduzir o direito em sua dimensão normativa, fazendo-o porém na língua dos textos normativos” (BRASIL, 2014, p. 71), o Ministro Eros Roberto Grau defendeu que o Relator “não se limita a interpretar um texto, a partir dele produzindo a norma que lhe corresponde, porém avança até o ponto de propor a substituição de um texto normativo por outro. Por isso aqui mencionamos a mutação da Constituição” (BRASIL, 2014, p. 71).

Abordou, ainda, que o Senado Federal pode permanecer inerte na leitura originária do disposto no artigo 52, X, CRFB, de forma que a sua inércia resultaria no comprometimento da eficácia da decisão do Supremo Tribunal Federal.

Por isso, seguiu o Relator, no sentido de que o Senado Federal, no quadro da releitura da mutação constitucional, possui a competência apenas de dar publicidade à suspensão da execução de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do STF, julgando procedente a mencionada Reclamação.

#### **4.2 A confirmação do voto do Relator**

Em sequência, o Relator, Ministro Gilmar Ferreira Mendes, proferiu a confirmação do seu voto, reiterando o seu pronunciamento no sentido de julgar procedente a presente Reclamação.

Cabe frisar, que em sua confirmação de voto, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes ressaltou que no modelo austríaco, faz-se uma comunicação à autoridade política do Estado para que ele ou o Chanceler diligencie a publicação da decisão no Diário Oficial, e no modelo alemão, onde a força da lei era submetida a publicação a carga do Ministro da Justiça.

Tomando estes exemplos, o Ministro Relator avançou na cogitação de que, em 1934, a função de suspensão de executoriedade pelo Senado Federal da lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal pudesse ter a inspiração destes ordenamentos jurídicos, concedendo eficácia *erga omnes* a partir da publicização que seria conferida, implementada por um órgão político, no caso o Senado Federal.

#### **4.3 O voto divergente do Ministro Sepúlveda Pertence: possibilidade de edição de súmula vinculante**

Após, o Ministro Sepúlveda Pertence pediu a antecipação de seu voto, também proferido em 19 de abril de 2007, dissentindo do posicionamento do Ministro Relator Gilmar Ferreira Mendes e do Ministro Eros Roberto Grau. O Ministro Sepúlveda Pertence ressaltou que não se anima a tese da mutação constitucional proposta, “o que , a visões mais radicais, poderia ter o cheiro de golpe de Estado” (BRASIL, 2014, p. 91).

O Ministro Sepúlveda Pertence ressaltou as diferenças entre o modelo difuso e o abstrato de constitucionalidade. Apesar de concordar que, no mundo dos fatos, torna-se cada vez mais obsoleto o mecanismo da suspensão da executoriedade, afirmou que reduzir a nada o papel do



Senado, reproduzido em todos os textos constitucionais subsequentes a 1934 com exceção da Constituição do Estado Novo, parecem-lhe ir além da marca.

Asseverou que o projeto de decreto de mutação constitucional não é nem mais necessário, tendo em vista que a Emenda Constitucional nº 45 dotou o Supremo Tribunal Federal do poder de editar a súmula vinculante.

O Ministro Sepúlveda Pertence julgou improcedente a Reclamação. No entanto, concedeu *habeas corpus* de ofício, para que o juiz da execução examine os demais pressupostos da progressão de regime postulada pelo Reclamante.

#### **4.4 O voto divergente do Ministro Joaquim Barbosa: a impossibilidade de uma mutação constitucional no caso**

Na mesma esteira, o Ministro Joaquim Barbosa divergiu do Relator acerca da leitura proposta para o artigo 52, X da CRFB. Afirmou que não extrai que a suspensão da execução pelo Senado Federal represente um obstáculo à ampla efetividade das decisões do STF. O Ministro argumentou que o “anacronismo patológico, no caso, não é do art. 52, X da Constituição, mas do juiz que exerce a autoridade Reclamada” (BRASIL, 2014, p. 98), que “parece estar convicto de que é seu dever julgar contrariamente à orientação do Supremo Tribunal Federal enquanto não vier suspensão do ato pelo Senado” (BRASIL, 2014, p. 98).

Ressaltou, ainda, que o STF não depende mais do SF para atribuir efeitos *erga omnes* as declarações de constitucionalidade no controle difuso, podendo editar súmula vinculante, se entender que a decisão deverá ter aplicação geral, com base na gravidade da questão constitucional. Por isto, entendeu que deve-se manter a leitura tradicional do dispositivo do art. 52, X da CRFB.

Além disto, asseverou que a mudança no sentido da norma constitucional em questão não é elencada como uma modalidade idônea de mutação, citando a doutrina de Joaquim José Gomes Canotilho. E afirmou que se aceitasse a tese da mutação, seriam necessários mais dois fatores adicionais: primeiro, o decurso de um espaço maior de tempo para a constatação da mutação; segundo, o consequente e definitivo desuso do dispositivo. Frisou, quanto a este último elemento, que, desde o advento da CRFB, o Senado Federal suspendeu a execução de quase 100 normas declaradas inconstitucionais, inclusive recentemente.

Aduziu, ainda, que a proposta de releitura do dispositivo consittucional encontra como obstáculo intransponível a literalidade do artigo 52, X da CRFB.

Assim, o Ministro Joaquim Barbosa não conheceu da Reclamação, mas conheceu do pedido como *habeas corpus*, de forma a confirmar a liminar e determinar a remessa de cópia integral dos autos ao tribunal competente, para que proceda como de direito.

#### **4.5 Debates**

Em debate, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes alegou que a tese do Ministro Joaquim Barbosa era inconsistente, sustentando que a ideia do legislador negativo a toda hora vem sendo rompida pela Corte por interpretação conforme que confere decisão aditiva.

O Ministro Sepúlveda Pertence levanta a questão se não seria realmente melhor o STF editar súmula vinculante de questões como o IPTU progressivo, com o anseio de que, dentro de pouco tempo, qualquer *obiter dictum* pronunciado no STF se transformaria em um paradigma para a Reclamação.

Em resposta, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes disse que quanto a decisão de conveniência da opção, cada um poderia fazer a sua escolha, mas que ele queria apenas demonstrar que ocorreu a mudança de interpretação.

O Ministro Cezar Peluso fez uma intervenção no sentido de indagar se subsistia, ainda, diante de todo o quadro, algum conteúdo útil a interpretação literal do artigo 52, X da CRFB.

#### **4.6 Vista e Voto do Ministro Ricardo Lewandowski: risco à separação de poderes e limites impostos pelas cláusulas pétreas**

Em sequência, o Ministro Ricardo Lewandowski pediu vista. Inicialmente, em seu voto, que foi proferido em 16 de maio de 2013, o mencionado Ministro retornou a abordar as origens, características e momentos de instalação dos modelos difuso e abstrato de constitucionalidade no Brasil. Por entender que o instituto não se trata de mera reminiscência histórica, o Ministro Ricardo Lewandowski divergiu do voto do Ministro Relator. Assinalou que, entre 7 de fevereiro de 2007 e 16 de junho de 2010, o Senado Federal deliberou 53 ofícios encaminhados pelo STF, solicitando a promulgação de resolução para suspender a execução de dispositivos declarados inconstitucionais em sede de controle difuso.

O supramencionado Ministro entendeu que a alteração de interpretação levaria a um significativo aviltamento da tradicional competência do Senado Federal, que sofreria uma

verdadeira *capitis diminutio* no tocante a uma competência que os constituintes de 1988 lhe outorgaram de forma expressa.

Esta nova interpretação acarretaria, inclusive, numa vulnerabilidade do próprio sistema de separação de poderes, pois haveria a concentração de determinados poderes em um único órgão estatal. Para o referido Ministro, “suprimir competências de um Poder de Estado, por via de exegese constitucional, a meu sentir, colocaria em risco a própria lógica do sistema de freios e contrapesos, como ressalta Jellinek” (BRASIL, 2014, p. 121).

Para o Ministro, não há como se cogitar de mutação constitucional no caso, em razão dos próprios limites formais e materiais que a Constituição estabelece quanto ao tema, em especial no contidos no art. 60, §4º, III.

A releitura do dispositivo almeja, no entender do Ministro Ricardo Lewandowski, deslocar uma competência atribuída pelos constituintes a determinado Poder para outro, o que não parece ser possível de se material em razão dos limites previstos para a ocorrência da mutação constitucional.

O Ministro em menção observou que o artigo 52, X da CRFB não se trata de uma norma de natureza principiológica, à qual falece o atributo da auto-aplicabilidade, mas é um dispositivo constitucional de eficácia plena e aplicabilidade imediata, que não comporta grande manobras exegéticas por parte de seus intérpretes.

Por outro lado, asseverou a existência da súmula vinculante 26 do STF, que determinou a inconstitucionalidade do artigo 2º da lei nº 8.072/90. Assim, entendeu que sem a necessidade de proceder à nova interpretação do disposto no artigo 52, X da CRFB, atingiu-se idêntica finalidade com a edição da mencionada súmula vinculante.

Por todo o exposto, o Ministro Ricardo Lewandowski não conheceu da presente Reclamação, concedendo, no entanto, *habeas corpus* de ofício.

#### **4.7 Debates: superveniência da Súmula Vinculante nº 26 e perda do objeto da Reclamação**

Em sequência, em sede de expliação, o Ministro Relator Gilmar Ferreira Mendes teceu algumas observações. Em primeiro lugar, o Relator salientou que, em razão da demora no julgamento da presente Reclamação, foi editada a súmula vinculante 26, o que tornou o tema prejudicado. Em um segundo momento, reafirmou a exposição já realizada sobre a origem e os motivos da adoção do instrumento previsto atualmente no artigo 52, X da CRFB.

Realizando um aparte, o Ministro Ricardo Lewandowski observou que a questão da supressão do inciso X do artigo 52 da CRFB foi levada ao Congresso Nacional, através da PEC 130/1992, apresentada pelo Deputado Roberto Campos. No entanto, esta PEC, ao ser incorporada posteriormente à PEC 48/1991 e transformada em Emenda Constitucional 3/1993, eliminou esta proposta, o que claramente demonstra o interesse do Congresso Nacional em manter essa prerrogativa constitucional.

Em resposta, o Ministro Relator abordou um pouco mais da história desta PEC, salientando que somente foi analisado e aprovado uma parte da mencionada proposta. Voltou a ressaltar que o Tribunal, em sede de controle difuso, pode fazer a modulação de efeitos da decisão.

O Ministro Ricardo Lewandowski disse que, por isso mesmo, os institutos convivem perfeitamente, tendo em vista que a decisão do STF é uma decisão jurídica e a do Senado Federal, política. Contra-argumentando, o Ministro Relator disse que os sistemas não são complementares; citou, por exemplo, que no próprio HC 82.959/SP, o Tribunal aplicou a modulação de efeitos *pro futuro*.

Na discussão, foi questionado se a nova releitura do artigo 52, X da CRFB não prejudicava o artigo constitucional que instituiu a súmula vinculante; indagou-se se a presente Reclamação não estava prejudicada, em razão da edição da súmula vinculante 26; questionou-se se o Ministro Relator estaria votando pela inconstitucionalidade do dispositivo previsto pelo constituinte originário. Entendeu-se que, em razão de ainda haver três réus cumprindo pena em regime fechado, a Reclamação 4335-5/AC não estaria prejudicada.

Neste ponto reside uma crítica importante. Em razão da superveniência da súmula vinculante 26, observa-se que houve sim a perda do objeto da presente Reclamação. Apesar de haver três réus cumprindo pena em regime fechado, isto não significa que houve um descumprimento da mencionada súmula, pois a lei processual penal prevê outros requisitos para a progressão de regime que podem não ter sido preenchidos no caso dos três réus que ainda estavam cumprindo pena em regime fechado.

Em debate, o Ministro Dias Toffoli, que não votou, tendo em vista que passou a ocupar o lugar do Ministro Pertence, que já havia votado, sustentou que na época que o mecanismo de suspensão de excoercedade foi incluído na Constituição visava-se conseguir que as decisões do STF fossem publicadas no Diário da União e, a partir dessa publicação, obter a publicidade necessária. Todavia, asseverou que hoje em dia os julgamentos da Corte já tem a devida

publicidade. Ressaltou que, atualmente, quando se julga uma ação direta de constitucionalidade, a publicação ocorre tanto no Diário da Justiça, quanto no Diário da União.

#### **4.8 O voto do Ministro Teori Zavascki e a teoria da força expansiva dos precedentes**

Em 20 de março de 2014, o Ministro Teori Zavascki proferiu seu voto-vista. Inicialmente, o Ministro explicitou o sistema de valorização dos precedentes judiciais emanados dos tribunais superiores no ordenamento jurídico brasileiro, salientando que as decisões do STF podem ter força expansiva para além da hipótese do artigo 52, X da CRFB e que, além disto, este dispositivo não sofreu mutação constitucional. Senão vejamos:

No meu entender, a ocorrência, ou não, da mutação do sentido e do alcance do dispositivo constitucional em causa (art. 52, X) não é, por si só, fator determinante do não-conhecimento ou da improcedência da Reclamação. Realmente, ainda que se reconheça que a resolução do Senado permanece tendo, como teve desde a sua origem, a aptidão para conferir eficácia *erga omnes* às decisões do STF que, em controle difuso, declaram a inconstitucionalidade de preceitos normativos – tese adotada, com razão, pelos votos divergentes –, isso não significa que tal aptidão expansiva das decisões só ocorra quando e se houver a intervenção do Senado – e, nesse aspecto, têm razão o voto do relator. Por outro lado, ainda que outras decisões do Supremo, além das indicadas no art. 52, X da Carta Constitucional, tenham força expansiva, isso não significa, por si só, que seu cumprimento possa ser exigido diretamente do Tribunal, por via de Reclamação (BRASIL, 2014, p. 150).

O Ministro Teori Zavascki ressaltou que a implantação do instituto da suspensão da executividade pelo Senado Federal foi inserido no texto constitucional em razão de termos adotado um modelo difuso de controle de constitucionalidade, sem, no entanto, adotar o *stare decisis*, em razão da ausência de uma cultura de valorização dos precedentes judiciais à época.

Após decrever a evolução da força expansiva dos julgados dos Tribunais Superiores no ordenamento jurídico brasileiro, o Ministro em menção salientou que a EC 45/2004 trouxe duas contribuições importantes para acentuar a força expansiva das decisões do STF: primeiro, a edição de súmulas vinculantes; segundo, a inclusão da repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário.

De acordo com o Ministro Teori Zavascki:

É inegável, por conseguinte, que, atualmente, a força expansiva das decisões do Supremo Tribunal Federal, mesmo quando tomadas em casos concretos, não decorre apenas e tão somente de resolução do Senado, nas hipóteses de que trata

o art. 52, X da Constituição. É fenômeno que está se universalizando, por força de todo um conjunto normativo constitucional e infraconstitucional, direcionado a conferir racionalidade e efetividade às decisões dos tribunais superiores e, como não poderia deixar de ser, especialmente os da Corte Suprema. (BRASIL, 2014, p. 162-163)

O Ministro supremencionado asseverou que no HC 82.959/SP, a decisão, ao declarar incidentalmente a inconstitucionalidade do artigo 2º, §1º da lei 8.072/90, modulou os efeitos da decisão, explicitando que ela “não gerará consequências jurídicas em relação as penas já extintas nesta data”, de forma que foi atribuído, pelo STF, portanto, a eficácia *ultra partes* à decisão proferida.

Por fim, o Ministro observou se a força expansiva das decisões do Supremo Tribunal Federal, para além daquelas que se trata o artigo 52, X da CRFB, dão ensejo ao imediato ajuizamento de Reclamação perante a Corte. O Ministro entendeu que sem dúvida alguma o descumprimento de qualquer das decisões que tenham força expansiva irá importar, em maior ou menor intensidade, em ofensa à autoridade das decisões da STF.

Todavia, asseverou que a competência para o ajuizamento da Reclamação deve ser interpretada de forma restrita, sendo legitimado para a sua propositura somente a quem tenha sido parte na relação processual em que foi proferida decisão cuja eficácia se busca preservar. Uma ampla legitimidade para a propositura da Reclamação, segundo o Ministro, poderia ocasionar em uma supressão de instâncias, transformando o STF em verdadeira Corte executiva.

Por todo o exposto, o Ministro Teori Zavascki salientou que examinando o caso concreto, se fosse considerado apenas a situação jurídica existente à data da propositura da Reclamação, esta não seria cabível. Todavia, conheceu e deferiu o pedido, por considerar a edição da súmula 26 como fato superveniente, cujo descumprimento enseja a propositura de Reclamação.

#### **4.10 O voto do Ministro Luis Roberto Barroso: evolução dos precedentes e observância da vontade do Poder Constituinte**

Após o voto-vista do Ministro Teori Zavascki, o Ministro Ricardo Lewandowski, presidente da sessão, explicou para os Ministros Barroso e Rosa Weber que o plano de fundo da Reclamação tratava-se de saber se o artigo 52,X da CRFB teria sofrido ou não uma mutação constitucional. O Ministro Presidente disse que fazia mister esclarecer as diferenças entre o efeito *erga omnes* e o efeito vinculante para aprofundar a discussão; asseverou ainda que, em seu voto,

pretendeu preservar o “delicadíssimo equilíbrio que deve haver entre os Poderes” (BRASIL, 2014, p. 173).

Em sequência, o Ministro Luís Roberto Barroso proferiu seu voto. Inicialmente, se posicionou acordando com o Ministro Teori Zavascki no sentido de que “o papel dos precedentes no sistema brasileiro vem mudando ao longo do tempo” (BRASIL, 2014, p. 182). Asseverou também que os dois sistemas jurídicos – *common law* e *civil law* – vem se aproximando, pois na tradição romano-germânica, cada vez mais, os precedentes assumem um papel relevante enquanto que no direito anglo-saxão a legislação escrita vem se proliferando.

O Ministro Luís Roberto Barroso sustentou que a evolução do papel dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro é saudável e inevitável, bem como atende a três finalidades constitucionais. Em primeiro lugar, segurança jurídica, na medida em que os tribunais inferiores respeitem, generalizadamente, as decisões dos tribunais superiores cria-se um direito mais previsível e menos instável. Em segundo lugar, a isonomia, na medida em que se evita que pessoas em iguais condições tenham desfechos diferentes para o seus casos. Por último, o princípio da eficiência, porque a prestação jurisdicional torna-se mais fácil na medida em que os tribunais inferiores possam pautar suas decisões à luz de uma jurisprudência que já se formou nos tribunais superiores.

Por outro lado, o Ministro Barroso asseverou que o problema dos precedentes reside na atuação dos tribunais, incluindo o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça. Isto porque a quantidade de processos julgados faz com que as divergências se multipliquem e oscilem, o que enfraquece o papel dos precedentes.

Avisou, ainda, que na medida em que se valorizam os precedentes, os tribunais precisam passar a tratá-los com mais importância, julgando menos, melhor e com mais constância. Em suas palavras:

E, embora os precedentes só vinculem verticalmente para baixo, na linha da doutrina da **stare decisis**, eles, em alguma medida moral deviam vincular horizontalmente, ou seja, o próprio tribunal preservar, na medida do possível, a sua jurisprudência (BRASIL, 2014, p. 183)

O Ministro Barroso sugeriu que, em um futuro próximo, o Supremo Tribunal Federal possa adotar uma fórmula no qual a ementa do voto seja aprovada pela maioria que sufragou aquele entendimento, pois fixar uma tese jurídica claramente definida é um passo extremamente

importante na disseminação dos precedentes. Sustentou, ainda, que sobretudo em matéria constitucional, as decisões do Plenário do Supremo devam ser de observância obrigatória.

Em consoância com o Ministro Teori Zavascki, o Ministro Luís Roberto Barroso entendeu que o cabimento da Reclamação deve ser interpretado de forma restritiva, tendo em vista que uma ampla legitimação inviabilizaria o trabalho do Tribunal.

Por outro lado, o Ministro em menção, apesar de sustentar que a Constituição pode ser modificada por ser fruto tanto da obra do poder constituinte originário, quanto do reformador, sendo que tanto o legislador quanto o julgados possuem papel importante de atualizarem o sentido do texto constitucional, entendeu que a mutação constitucional possui como limite a textualidade do dispositivo e que, embora goste da ideia da mutação constitucional, a literalidade do artigo 52, X, CRFB não permite a alteração nos termos pretendidos (BRASIL, 2014, p. 185).

Segundo a opinião do Ministro Luís Roberto Barroso, não é uma boa solução submeter a decisão do STF a uma deliberação política do Senado Federal, mas é isto que consta da Constituição. Em suas palavras:

De modo que eu acho que aqui a solução institucionalmente mais legítima é a mesma. Portanto, o Supremo acha que esse modelo deve mudar. Porém, como ele está previsto textualmente na Constituição, e nós não somos poder constituinte originário, nem tampouco derivado, eu acho que se pode doutrinariamente concitar o Congresso Nacional a agir. Porém, penso não ser possível interpretar um Texto Constitucional, como nenhum texto, contra a sua literalidade, contra as possibilidades semânticas que ele oferece, porque, se assim fosse, nós nos tornaríamos donos da razão e donos da verdade em todo e qualquer caso, e o constituinte seria irrelevante (BRASIL, 2014, p. 186).

E, por todo o exposto, o Ministro Luís Roberto Barroso conheceu e julgou precedente a Reclamação por inobservância da súmula vinculante 26, porém sem adotar a tese da mutação constitucional levantada pelo Ministro Relator Gilmar Ferreira Mendes.

#### **4.11 Os votos dos Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio e Celso de Mello: corroboração da tese da força expansiva dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro**

Em seguida, a Ministra Rosa Weber proferiu o seu voto, conhecendo da Reclamação e acolhendo-a nos moldes propostos pelo Ministro Teori Zavascki. A Ministra em menção sustentou que a literalidade do dispositivo do artigo 52, X da CRFB não possibilitaria uma mutação constitucional, sendo necessário a modificação do próprio enunciado normativo.



Após, os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello proferiram seus votos. O Ministro Marco Aurélio ressaltou as diferenças das modalidades de controle difuso e abstrato e asseverou que, no controle difuso, a decisão de inconstitucionalidade pelo STF deve ser comunicada ao SF para que a suspenda. Disse que “o direito posto é esse, a menos que estabeleçamos – e não somos legisladores positivos – outro” (BRASIL, 2014, p. 190). Ademais, sustentou que a Reclamação foi ajuizada antes de edição da súmula vinculante 26 e, sendo assim, não seria cabível. Por isso, concedeu a ordem de *habeas corpus* de ofício, tendo em conta a individualização da pena.

O Ministro Celso de Mello, por sua vez, acompanhou o voto do Ministro Teori Zavascki. Segundo o Ministro Celso de Mello, a tese proposta pelo Ministro Zavascki possibilitará que o Supremo Tribunal Federal “dê um passo significativo no processo de construção jurisprudencial em tema de Reclamação, possibilitando, com a abordagem ora sugerida, o efetivo respeito ao ‘imperium’ que qualifica as decisões deste Tribunal em sede de controle de constitucionalidade” (BRASIL, 2014, p. 193).

## **5 BREVE COMENTÁRIO SOBRE O JULGAMENTO**

Em um primeiro momento, comungo da tese de que a Reclamação Constitucional 4.335-5/AC não deveria ter sido, nem ao menos, conhecida. Isto em razão de não ter sido contemplado todos os elementos básicos para o ajuizamento da Reclamação Constitucional: a Reclamante ingressou com a Reclamação Constitucional por violação de decisão jurisdicional proferida pelo Supremo Tribunal Federal na qual não constavam como partes os interessados na presente demanda.

Por outro lado, em que pese este erro processual, cabe ressaltar que a Reclamação Constitucional 4.335-5/AC trouxe importantes reflexos para a jurisdição constitucional brasileira, influenciando a sistemática da vinculação dos precedentes em nosso ordenamento jurídico.

O Ministro Relator Gilmar Ferreira Mendes levantou a tese da mutação constitucional do artigo 52, X da Constituição da República Federativa do Brasil como questão incidental no julgamento da Reclamação 4.335-5/AC. Esta tese consagrava a técnica da abstrativização do controle difuso, que já vem sendo observada no nosso ordenamento jurídico, por exemplo com o requisito da repercussão geral para a admissibilidade do recurso extraordinário e com a desnecessidade de se aplicar o disposto no artigo 97 da CRFB se o órgão especial ou Pleno tiver decidido pela inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo anteriormente, conforme

detemrinação do artigo 481 do Código de Processo Civil.

Por diversos motivos, dentre os já expostos pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, a tese da mutação constitucional sustentada pelo Ministro Relator Gilmar Ferreira Mendes não poderia prosperar. Impossibilidade de modificação constitucional pelos limites gramaticais e pelo uso efetivo do instituto, violação a separação de poderes, negação do texto constitucional e da supremacia da constitucional, desuso do instituto da súmula vinculante: são alguns dos argumentos que impossibilitaram a tese da mutação constitucional do artigo 52, X, CRFB sagrar-se vitoriosa.

Por outro lado, podemos observar que o Supremo Tribunal Federal acabou adotando, de outra forma, a técnica da abstrativização do controle difuso. Os Ministros decidiram adotar a tese da força expansiva dos julgados da Corte Superior, entendendo que as suas decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade possuem eficácia *ultra partes*.

Desde meados do século passado, o ordenamento jurídico brasileiro vem adotando, paulatinamente e cada vez mais, a lógica da força expansiva dos julgados dos Tribunais Superiores. E no julgamento da Reclamação 4335-5/AC, o Supremo Tribunal Federal passou a reconhecer expressamente que os seus julgados possuem força expansiva. No entanto, a adoção desta tese acarreta em consequências práticas para a sociedade e para o próprio Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal.

Caso os julgamentos realizados pelo Supremo Tribunal Federal que tenham força expansiva sejam julgados com seriedade e com compromisso social, à sociedade será garantida mais isonomia, mais segurança jurídica e mais eficiência. Ou seja, mais princípios constitucionais serão assegurados.

Por outro lado, o Poder Judiciário deverá ficar atento as teses sustentadas pelo Supremo Tribunal Federal em demandas cuja a sua resolução tenha eficácia expansiva, em razão da alteração da sua lógica de funcionamento. Todavia, isto traz mais obrigações à Corte Superior, na medida em que será imprescindível o comprometimento dos Ministros com a clareza, coerência e coesão dos seus votos e julgamentos, em especial na confecção das ementas e acórdãos.

Assim sendo, o julgamento foi encerrado, de forma que a Reclamação Constitucional 4.335-5/AC rechaçou a tese da mutação constitucional formulada pelo Ministro Relator Gilmar Ferreira Mendes e firmando a tese da eficácia expansiva dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Todavia, quem lê a ementa da referida reclamação constitucional pode se enganar numa leitura desatenta, pois nela consta que os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por maioria, resolveram “conhecer e julgar procedente a reclamação, nos termos do voto do Relator”. Esta redação, no entanto, não condiz com o que foi decidido no julgamento, na medida em que apenas o Ministro Eros Roberto Grau acompanhou o Ministro Relator Gilmar Ferreira Mendes em sua tese de mutação constitucional do artigo 52, X, CRFB. Todos os demais Ministros ou julgaram improcedente a Reclamação Constitucional e concederam *habeas corpus* de ofício ou julgaram procedente adotando a tese da eficácia expansiva dos precedentes, que difere – e muito – da tese de mutação constitucional sustentada pelo Relator. Senão vejamos o extrato de ata com a emenda e o acórdão:

#### **Ementa**

**Reclamação. 2. Progressão de regime. Crimes hediondos. 3. Decisão Reclamada aplicou o art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, declarado inconstitucional pelo Plenário do STF no HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1.9.2006. 4. Superveniência da Súmula Vinculante n. 26. 5. Efeito ultra partes da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso. Caráter expansivo da decisão. 6. Reclamação julgada procedente.**

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Gilmar Mendes (Relator), julgando procedente a Reclamação, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Eros Grau. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 1º.02.2007.

Decisão: Após o voto-vista do Senhor Ministro Eros Grau, que julgava procedente a Reclamação, acompanhando o Relator; do voto do Senhor Ministro Sepúlveda Pertence, julgando-a improcedente, mas concedendo *habeas corpus* de ofício para que o juiz examine os demais requisitos para deferimento da progressão, e do voto do Senhor Ministro Joaquim Barbosa, que não conhecia da Reclamação, mas igualmente concedia o *habeas corpus*, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Ricardo Lewandowski.

Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello e a Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 19.04.2007.

Decisão: Colhido o voto-vista do Ministro Ricardo Lewandowski, que não conhecia da Reclamação, mas concedia *habeas corpus* de ofício, pediu vista dos autos o Ministro Teori Zavascki. Não votam os Ministros Luiz Fux e Dias Toffoli. Presidência do Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 16.05.2013.

Decisão: O Tribunal, por maioria, conheceu e julgou procedente a Reclamação, vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, que não conheciam da Reclamação, mas concediam *habeas corpus* de ofício. Não participaram da votação os Ministros Luiz Fux e Dias Toffoli, que sucederam aos Ministros Eros Grau e Sepúlveda Pertence. Ausentes, justificadamente, a Ministra Cármen Lúcia, em viagem oficial para participar da 98ª Comissão de Veneza, na cidade de Veneza, Itália, e, neste julgamento, o Ministro Joaquim Barbosa (Presidente), que votou em

assentada anterior. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski (Vice-Presidente no exercício da Presidência). Plenário, 20.03.2014. (STF, Rcl 4335/AC, Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes, Julgamento 20/03/2014, Órgão Julgador Tribunal Pleno).

#### **Ementa**

**Reclamação. 2. Progressão de regime. Crimes hediondos. 3. Decisão reclamada aplicou o art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, declarado inconstitucional pelo Plenário do STF no HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1.9.2006. 4. Superveniência da Súmula Vinculante n. 26. 5. Efeito *ultra partes* da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso. Caráter expansivo da decisão. 6. Reclamação julgada procedente.**

#### **A C Ó R D Ã O**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal em sessão plenária, sob a presidência do ministro Ricardo Lewandowski, (vice-presidente), na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria, conhecer e julgar procedente a reclamação, nos termos do voto do Relator. Vencidos os ministros Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio que não conheceram da reclamação, mas concederiam *habeas corpus* de ofício.

Brasília, 20 de março de 2014.

(STF, Rcl 4335/AC, Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes, Julgamento 20/03/2014, Órgão Julgador Tribunal Pleno).

Observa-se, assim, que a redação do acórdão não foi preciso o suficiente para demonstrar aos leitores qual foi o entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal. Reside na própria ementa do julgamento uma ironia: enquanto o Supremo Tribunal Federal adota a tese da força expansiva dos seus precedentes, o que traz mais consistência e harmonia ao ordenamento jurídico constitucional, observa-se uma falta de seriedade com a elaboração da ementa deste seu julgado, que pode levar à erro os operadores do Direito ou qualquer outro leitor interessado no tema.

A Reclamação Constitucional 4.335-5/AC pode vir a ser considerada um marco divisor no tema da jurisdição constitucional no Brasil, em especial a respeito dos efeitos das decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Todavia, o novo posicionamento da nossa Corte Suprema importa em observar novas posturas condizentes com o encargo constitucional que lhe é destinado.

## **6 CONCLUSÃO**

Com base em toda a análise realizada, pode-se afirmar que a Reclamação Constitucional 4.335-5/AC, julgada pelo Supremo Tribunal Federal, trouxe novos e importantes reflexos para o

tema da jurisdição constitucional e, mais especificamente, dos contornos dos efeitos do controle difuso de constitucionalidade no Brasil.

Ao rejeitar a tese da mutação constitucional do artigo 52, X da Constituição da República Federativa do Brasil, o Supremo Tribunal Federal, o órgão jurisdicional político com a tarefa precípua de guarda do texto constitucional, afirmou seu compromisso com a supremacia da Constituição, com a nulidade da lei inconstitucional, com a preservação da separação de poderes e com a harmonia do ordenamento jurídico como um todo.

Ao adotar a tese da força expansiva dos precedentes, o Supremo Tribunal Federal caminhou de mãos dadas com a evolução do sistema jurídico, elevando a um novo patamar os efeitos das suas decisões, em especial no controle difuso de constitucionalidade.

## 7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Rui. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. Coligidos e ordenados por Homero Pires. São Paulo: Saraiva, 1933, v. 4.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009A.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009B.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1998.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Reclamação 4335-5/AC, Relator Ministro Gilmar Mendes, Julgamento 20/03/2014, Órgão Julgador Tribunal Pleno. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+E+4335%2ENUME%2E%29+OU+%28Rcl%2EACMS%2E+ADJ2+4335%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c4z34zg>> Acesso em 14 ago. 2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Súmula Vinculante 26, 16 de dezembro de 2009.

BUZAID, Alfredo. **Juicio de amparo e mandado de segurança**. Revista de Direito Processual Civil. São Paulo, v. 5, jan/jun 1962.

BROSSAD, Paulo. **O Senado e as leis inconstitucionais**. Revista de Informação Legislativa 13(50)/61.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição. Coimbra: Editora Almedina, 2012.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

JELLINEK, G. **Reforma y Mutacion de la Constitucion**. Tradução de Christian Föster. Revisão de Pablo Lucas Verdú. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales: 1991.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral do Recurso Extraordinário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_. **Coisa Julgada Erga Omnes e Eficácia Vinculante**. Disponível em: <[https://www.academia.edu/218739/Coisa\\_Julgada\\_Erga\\_Omnes\\_e\\_Efic%C3%A1cia\\_Vinculante](https://www.academia.edu/218739/Coisa_Julgada_Erga_Omnes_e_Efic%C3%A1cia_Vinculante)> Acesso em 14 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. **A eficácia da decisão de constitucionalidade. Quando a sua revisão é possível?** RIBD, Ano 03 (2014), nº 01. Disponível em: <[http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2014\\_01\\_00261\\_00275.pdf](http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2014_01_00261_00275.pdf)> Acesso em 13 ago. 2015.

MORAIS, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. – Niterói, Impetus, 2008.

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

RIBEIRO, Raisal Duarte da Silva Ribeiro. **Mutações no Processo Constitucional: Releituras Contemporâneas ao artigo 52, X da Constituição**. Revista de Direito dos Monitores, 2010. Disponível em: <http://www.rdm.uff.br/index.php/rdm/article/view/110> Acesso em 13 de ago. 2015.

\_\_\_\_\_.; MONTEIRO, Isis Caldeira Mansur. **A Repercussão Geral no Recurso Extraordinário: duração razoável do processo e a concretização do acesso à Justiça**. 2011.

SCHMITT, Carl. **Teoria de la Constitución**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1932.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_.; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont´Alverne Barreto. **A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação**

**constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional.** Conjur, 2007

Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2007-ago-03/perspectiva\\_stf\\_controle\\_difuso](http://www.conjur.com.br/2007-ago-03/perspectiva_stf_controle_difuso)>

Acesso em 13 ago. 2015.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2007.