

# O papel do Senado Federal no controle difuso pela ótica do STF (Rcl. 4.335)

FÁBIO MARTINS DE ANDRADE

**Resumo:** O artigo analisa recente acórdão prolatado pelo Supremo Tribunal Federal, cujo ponto central girou em torno do papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade das leis e atos normativos. Nesse sentido, três diferentes argumentos foram explorados no julgamento e são explicados no artigo: ocorrência de mutação constitucional do inciso X do art. 52 da Constituição da República, impossibilidade de mutação constitucional e a superveniência da Súmula Vinculante nº 26. Por fim, conclui que a questão permanece aberta e falta decisão específica do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

**Palavras-chave:** STF. Controle difuso de constitucionalidade. Mutação constitucional. Papel do Senado.

## 1. O caso

Em 22/10/2014 foi publicado o acórdão contendo a conclusão do julgamento da Reclamação 4.335, cuja ementa restou assim definida: “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 1º/9/2006. 4. Superveniência da Súmula Vinculante nº 26. 5. Efeito *ultra partes* da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso. Caráter expansivo da decisão. 6. Reclamação julgada procedente” (BRASIL, 2014).

Em 1º/2/2007 iniciou-se na Suprema Corte o julgamento da reclamação ajuizada pela Defensoria Pública da União contra decisões do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco (Acre). Nelas, ele indeferiu pedido de progressão de regime em favor de condenados a penas de reclusão em regime integralmente fechado em

Recebido em 25/11/14  
Aprovado em 20/1/15

decorrência da prática de crimes hediondos. Isso teria ocorrido em suposta ofensa à autoridade da decisão do STF no referido HC 82.959 (BRASIL, 2006).

Dentre as razões sustentadas pelo magistrado para não aplicar o precedente do STF, destacam-se de suas informações: a) a maioria apertada de votos pela qual foi tomada a decisão (6x5); b) o longo transcurso de tempo no qual o STF se manifestou pela constitucionalidade da norma (16 anos); c) o caráter *incidenter tantum* da declaração de inconstitucionalidade, capaz de produzir efeito apenas e tão somente *inter partes* e d) para alcançar efeito *erga omnes*, penderia da suspensão da execução pelo Senado Federal em razão da comunicação enviada pelo STF (conforme inclusive informação obtida no seu próprio sítio eletrônico e consoante dispõe o art. 178 do RISTF).<sup>1</sup>

## 2. O resultado

Como resultado, o Tribunal, por maioria, decidiu conhecer e julgar procedente a reclamação, nos termos do voto do Relator. Foram vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, que não conheceram da reclamação, mas concederiam *habeas corpus* de ofício.

Em realidade, considerando os votos prolatados de modo individual, o resultado alcançado foi o seguinte: os Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau votaram pela procedência, sob o fundamento da mutação constitucional (que será adiante explicada); o Ministro Sepúlveda

Pertence prolatou voto pela improcedência da Reclamação, mas concedeu *habeas corpus* de ofício; os Ministros Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio não conheceram da Reclamação, mas todos concederam *habeas corpus* de ofício (os quatro últimos não admitiram a tese da mutação constitucional); os Ministros Teori Zavascki, Roberto Barroso, Rosa Weber e Celso de Mello julgaram procedente a Reclamação à luz da superveniência da edição da Súmula Vinculante nº 26; e, por fim, estava ausente justificadamente a Ministra Cármen Lúcia, que não prolatou voto no caso.

Desse modo, de um ponto de vista prático, a decisão final cassou as 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 em nome dos quais foi ajuizada a Reclamação. Além disso, caberia ao Juízo reclamado proferir nova decisão para avaliar se, no caso concreto, os interessados atenderiam ou não os requisitos para gozar do referido benefício, podendo determinar, para esse fim e desde que de modo fundamentado, a realização de exame criminológico. Os quatro Ministros vencidos decidiram pela concessão de *habeas corpus* de ofício, por entenderem, sob diferentes fundamentos, que o instituto da Reclamação não poderia ser manejado no caso.

A despeito de cuidar de tema penal específico, a decisão em tela tem relevo transcendental para a comunidade jurídica. Não tanto pelo que decidiu, que foi bem tranquilo, como vimos acima, na medida em que todos se manifestaram pela revisão da decisão impugnada, seja pela procedência da reclamação, seja pela concessão de *habeas corpus* de ofício. A importância da decisão se dá pelo que quase decidiu ou poderia ter decidido, não fosse a superveniência de súmula vinculante (durante o longo período

<sup>1</sup> Como conclusão de sua explicação de por que não se sentia vinculado ao precedente por todos conhecido, registrou: “Dito isto, o que continua líquido e certo até o momento, ante a inércia dos Poderes em fazer valer o disposto no art. 52, inc. X, da CF/88, é a eficácia do dispositivo da Lei dos Crimes Hediondos (art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90), que veda a progressão de regime aos crimes hediondos ou a eles equiparados” (BRASIL, 2014).

de julgamento, que transcorreu desde 2007 até 2014). Trata-se do aprofundado exame que a Suprema Corte vinha realizando, até então, sobre o papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade das leis e atos normativos no direito brasileiro atual. Embora o resultado final tenha se desviado dessa discussão, justamente em razão da superveniência da edição de súmula vinculante, é interessante registrar como foram prolatados os votos dos dez Ministros que participaram do julgamento sobre o tema específico (à exceção da Ministra Cármen Lúcia, ausente justificadamente).

### **3. O papel do Senado no controle difuso na visão do STF**

#### **3.1. Ocorrência de mutação constitucional**

Dentre as questões analisadas pelo Relator, cabe assinalar a principal, que foi suscitada e teve relevante destaque durante os debates que se seguiram, a saber: o juízo reclamado argumentou no sentido de que a eficácia *erga omnes* da decisão no HC 82.959 dependeria da expedição da resolução do Senado Federal suspendendo a execução da lei, na forma do inciso X do art. 52 da Lei Maior, o que não ocorreu na situação concreta.

O Relator, no seu voto, discorreu sobre os principais pontos relacionados ao seu entendimento acerca da mutação constitucional do instituto. O Ministro Gilmar Mendes, notório estudioso sobre o tema do controle de constitucionalidade, retomou antigas lições de Lúcio Bittencourt, para concordar que o objetivo do dispositivo constitucional em foco parece se limitar apenas e tão somente a tornar pública a decisão do STF que declara a inconstitucionalidade de lei. E nada além disso.

Para fundamentar essa posição, doutrinariamente já defendia há anos, o Ministro lembrou

de uma série de fatos e eventos que justificariam a sua tese de mutação constitucional, consistentes, principalmente:

a) na orientação jurisprudencial do STF (de 1977), que firmou posição quanto à “dispensabilidade de intervenção do Senado Federal nos casos de declaração de inconstitucionalidade de lei proferida na representação de inconstitucionalidade (controle abstrato)”;

b) na possibilidade de que se suspenda, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, no controle abstrato;

c) na inadequação do instituto para “assegurar eficácia geral ou efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal que não declaram a inconstitucionalidade de uma lei, limitando-se a fixar a orientação constitucionalmente adequada ou correta”;

d) na adoção pelo STF de uma interpretação conforme a Constituição, “restringindo o significado de uma dada expressão literal ou colmatando uma lacuna contida no regramento ordinário”;

e) nos casos de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, “nos quais se explicita que um significado normativo é inconstitucional sem que a expressão literal sofra qualquer alteração”;

f) nas situações em que o STF limita-se a rejeitar a arguição de inconstitucionalidade;

g) na inaplicação do instituto de suspensão da execução da lei inconstitucional à declaração de não recepção da lei pré-constitucional levada a efeito pelo STF;

h) na limitação temporal dos efeitos da decisão com a declaração de inconstitucionalidade; e

i) no entendimento adotado quando do julgamento do RE 191.898, pelo qual “houve por bem o Tribunal ressaltar, uma vez mais, que a reserva de plenário da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo funda-se na presunção de constitucionalidade

que os protege, somada a razões de segurança jurídica”, razão pela qual os órgãos parciais dos outros tribunais podem acolher a decisão tomada pelo Pleno, prescindindo de submeter a questão ao seu próprio Pleno ou órgão especial.<sup>2</sup>

Assim, seguindo essa linha de raciocínio, a obra do Ministro Gilmar Mendes, destaca: “Todas essas reflexões e práticas parecem recomendar uma releitura do papel do Senado no processo de controle de constitucionalidade” (MENDES, 2004, p. 157).<sup>3</sup>

Para o Ministro: “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” (MENDES, 2004, p. 165).

Concluindo, a função da resolução hoje se limitaria meramente a dar publicidade ao precedente anteriormente prolatado pelo STF:

“Parece legítimo entender que a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Dessa forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que publique a decisão no Diário do Congresso” (MENDES; COLEHO; BRANCO, 2010, p. 1.252).

Verifica-se que o Relator buscou trazer ao julgamento o seu entendimento doutrinário acerca do tema. Buscou emplacar a sua tese de mutação constitucional referente ao inciso X do art. 52 da Lei Maior. Outrora defendida tal posição em sede doutrinária, agora o Relator via a possibilidade de aplicá-la também no âmbito jurisprudencial, com a eventual concordância da Suprema Corte, transformando-a em relevante precedente sobre o papel do Senado Federal no controle jurisdicional difuso de constitucionalidade das leis e atos normativos no direito brasileiro atual.

Desse modo, o Relator dedicou considerável parte do seu voto aos seus comentários acerca do papel do Senado Federal no controle de cons-

---

<sup>2</sup> Além dessa evolução histórica primordialmente forjada a partir da própria jurisprudência do STF, o Ministro traz também alguns exemplos que considera relevantes no âmbito legislativo, a saber: a introdução do controle abstrato, a sua ampla legitimação ativa, consoante dispõe o art. 103 da Lei Maior, bem como a previsão de que o Relator de recurso pode negar seu seguimento com base em jurisprudência dominante do STF, na forma da Lei nº 8.038/90, c/c a Lei nº 9.756/98 (MENDES, 2004).

<sup>3</sup> Adiante, o Ministro registra: “De qualquer sorte, a natureza idêntica do controle de constitucionalidade, quanto às suas finalidades e aos procedimentos comuns dominantes para os modelos difuso e concentrado, não mais parece legitimar a distinção quanto aos efeitos das decisões proferidas no controle direto e no controle incidental” (MENDES, 2004, p. 164).

titucionalidade, inclusive repisando as considerações acima expostas no seu artigo doutrinário. Depois de promover detalhada evolução histórica sobre o instituto e a sua interpretação pelo STF nas últimas décadas, o Relator chega ao sistema hoje posto na Constituição da República.

Com o objetivo de demonstrar a perplexidade da situação, o Relator indaga: “Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de uma Emenda Constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão somente para as partes?” E respondeu: “A única resposta plausível nos leva a crer que o instituto da suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão de índole exclusivamente histórica” (BRASIL, 2014).

Com efeito, retomando as lições de Lúcio Bittencourt, o Relator explicitou a contradição que identificou na situação: “Assinale-se que se a doutrina e a jurisprudência entendiam que lei inconstitucional era *ipso jure* nula, deveriam ter defendido, de forma coerente, que o ato de suspensão a ser praticado pelo Senado destinava-se exclusivamente a conferir publicidade à decisão do STF”<sup>4</sup>

A atribuição de tal função ao órgão político para conferir mera publicidade à decisão do órgão de cúpula do Poder Judiciário não é novidade no direito estrangeiro. De fato, a Constituição da Áustria atribui tal dever ao Chanceler Federal (art. 140,5) e na Alemanha tal incumbência é do Ministro da Justiça (art. 31(2) da Lei Orgânica da Corte Constitucional Alemã).

Além disso, a corroborar seu ponto de vista, o Relator lembra de hipóteses de declaração de inconstitucionalidade de leis municipais, tema que tem sido decidido com uma postura “significativamente ousada” pelo STF com a aplicação do art. 557 do CPC:

“Tal procedimento evidencia, ainda que de forma tímida, o efeito vinculante dos fundamentos determinantes da decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade do direito municipal. Evidentemente, semelhante orientação somente pode vicejar caso se admita que a decisão tomada pelo Plenário seja dotada de eficácia transcendente, sendo, por isso, dispensável a manifestação do Senado Federal”<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> Em seguida, arrematou: “Tal concepção afigurava-se absolutamente coerente com o fundamento da nulidade da lei inconstitucional. Uma orientação dogmática minimamente consistente haveria de encaminhar-se nesse sentido, até porque a atribuição de funções substantivas ao Senado Federal era a própria negação da ideia de nulidade da lei devidamente declarada pelo órgão máximo do Poder Judiciário”. “A não aplicação geral da lei depende exclusivamente da vontade de um órgão eminentemente político e não dos órgãos judiciais incumbidos da aplicação cotidiana do direito” (BRASIL, 2014).

<sup>5</sup> Em acréscimo ao seu argumento, o Relator aduziu: “Como sustentar que uma decisão proferida numa ação coletiva, numa ação civil pública ou em um mandado de segurança

Por fim, o Relator defendeu que o uso do instituto da modulação temporal dos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade, por si só, já comprova de maneira cabal a atribuição de efeito *erga omnes* de modo independente da intervenção do Senado Federal.

Em conclusão, o trecho abaixo transcrito permite sintetizar a posição explicitada pelo Relator:

“Assim, parece legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Desta forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa força normativa. Parece evidente ser essa a orientação implícita nas diversas decisões judiciais e legislativas acima referidas”.<sup>6</sup>

Em seguida, o voto-vista do Ministro Eros Grau prestigiou o voto anterior do Relator, esclarecendo que ele não se limitou a interpretar um texto para, a partir dele, produzir a norma correspondente, mas propôs a substituição do próprio texto normativo por outro, razão pela qual entendeu estar diante de uma “mutação da Constituição”. Nessa toada, tratava-se de substituir a locução “Compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal” para a seguinte: “Compete privativamente ao Senado Federal, dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo”.<sup>7</sup>

---

coletivo, que declare a inconstitucionalidade de uma lei determinada, terá eficácia apenas entre as partes? Nesses casos, a suspensão de execução da lei pelo Senado, tal como vinha sendo entendida até aqui, revela-se, para dizer o mínimo, completamente inútil, caso se entenda que ela tem uma outra função que não a de atribuir publicidade à decisão declaratória de ilegitimidade” (BRASIL, 2014).

<sup>6</sup> Adiante, em debate travado entre os Ministros, o Relator reiterou: “Estou a dizer que o contexto normativo mudou radicalmente, até mesmo agora, como já sabemos, com a possibilidade de modulação de efeitos em sede de controle incidental. Ora, se vamos ainda depender do pronunciamento do Senado, como fazer aqui a modulação de efeitos em sede de controle incidental? Vimos que, em alguns casos, isso é absolutamente inevitável; [...]” (BRASIL, 2014).

<sup>7</sup> Em seguida, aduziu: “A mutação constitucional decorre de uma incongruência existente entre as normas constitucionais e a realidade constitucional, entre a Constituição formal e a Constituição material. Oposições entre uma e outra são superadas por inúmeras vias, desde a interpretação, até a reforma constitucional. Mas a mutação se dá sem reforma, porém não simplesmente como interpretação. Ela se opera quando, em última instância, a práxis constitucional, no mundo da vida, afasta uma porção do texto da Constituição formal, sem que daí advenha uma ruptura do sistema”. E propôs a seguinte síntese: “na mutação constitucional não apenas a norma é nova, mas o próprio texto normativo é substituído por outro” (BRASIL, 2014).

No seu sentir, o ponto fulcral referia-se a essa significativa mudança:

“Obsoleto o texto que afirma ser da competência privativa do Senado Federal a suspensão da execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, nele se há de ler, por força da mutação constitucional, que compete ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo”.<sup>8</sup>

Tanto o voto do Relator como também o do Ministro Eros Grau adotaram a mesma linha de pensamento, no sentido de que, em razão da mutação constitucional, a interpretação do inciso X do art. 52 da Constituição da República deve ser pela mera publicidade pelo Senado Federal, no Diário do Congresso, da decisão definitiva do STF, que por si só possui a força normativa necessária.

### 3.2. Impossibilidade de mutação constitucional

No sentido diametralmente oposto ao posicionamento anterior, o Ministro Sepúlveda Pertence prolatou voto pela impossibilidade de mutação constitucional com tintas fortes, chegando a sentir “cheiro de golpe de Estado”.<sup>9</sup>

Embora ele tenha reconhecido a série de mudanças perpetradas na sistemática de controle de constitucionalidade nos últimos

anos, tanto pela legislação como também pela jurisprudência do STF, entendeu que reduzir a nada o papel do Senado parece ir além da marca.

Em seguida, o Ministro Joaquim Barbosa também divergiu do Relator quanto à leitura do dispositivo constitucional em evidência: “[...] não extraio a grave conclusão de que a suspensão da execução pelo Senado Federal representa obstáculo à ampla efetividade das decisões do STF em situações como a presente”.<sup>10</sup>

É que ele não enxergou o dispositivo como obsoleto ou vitimado pelo desuso. Nesse sentido, trouxe como informação no seu voto o dado empírico de que, desde a promulgação da Lei Maior até 2007, o Senado já suspendera a execução de quase cem normas declaradas inconstitucionais, inclusive com (então) recentes resoluções.

Desse modo, divergiu do Relator:

“Concluo, Sra. Presidente, que para a eficácia das decisões da Corte vejo o dispositivo como um complemento, não como obstáculo. Imagino situações, mesmo que residuais, em que um caso, por suas circunstâncias muito próprias, suscite a declaração de inconstitucionalidade *in concreto*. E que a Corte, em casos contemporâneos àquele outro não encontre a repetição daquelas circunstâncias que levaram à declaração de inconstitucionalidade – encerrando assim a atuação da Corte. Admita-se, nesse cenário, que o Senado julgue conveniente suspender a execução da norma para que um caso isolado como o analisado pelo STF se repita. Essa hipótese, mesmo que venha a ocorrer uma vez só no futuro justifica, a meu ver, a manutenção da interpretação atual” (BRASIL, 2014).

<sup>8</sup> Por fim, o Ministro Eros Grau acompanhou o Relator: “A própria decisão do Supremo contém força normativa bastante para suspender a execução da lei declarada inconstitucional” (BRASIL, 2014).

<sup>9</sup> Nas suas palavras exatas: “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” (BRASIL, 2014).

<sup>10</sup> Na sequência, explicitou: “Primeiro, as próprias circunstâncias do caso concreto são bem esclarecedoras. O que suscita o interesse da reclamante não é a omissão do Senado Federal em dar ampla eficácia à decisão do Supremo Tribunal Federal. O que a motiva é a infeliz recalitrância de um juiz em relação à orientação desta Corte. O anacronismo patológico, no caso, não é do art. 52, X, da Constituição, mas do Juiz que exerce a autoridade reclamada – portanto, do próprio Poder Judiciário” (BRASIL, 2014).

O voto-vista do Ministro Ricardo Lewandowski acompanhou a divergência: “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, [...]”<sup>11</sup> Como se não bastasse, ele entendeu que tal pretensão de mutação constitucional se chocaria com os limites formais e materiais da Constituição, na medida em que erige a separação dos poderes à dignidade de cláusula pétrea.<sup>12</sup>

Nesse sentido, ele registra a crescente importância atribuída aos precedentes do STF e mantém expressamente os contornos do dispositivo constitucional:

“Reconheço que, na prática cotidiana dos tribunais, as questões decididas pelo STF, no controle difuso de constitucionalidade, têm considerável impacto tanto nas decisões da própria Corte como naquelas proferidas nas demais instâncias jurisdicionais. Não extraio, porém, desse fato, a força necessária para atribuir novos contornos ao art. 52, X, da Constituição Federal”<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> Nesse sentido: “Tal interpretação, contudo, a meu ver, levaria a um significativo aviltamento da tradicional competência daquela Casa Legislativa no tocante ao controle de constitucionalidade, reduzindo o seu papel a mero órgão de divulgação das decisões do Supremo Tribunal Federal nesse campo. Com efeito, a prevalecer tal entendimento, a Câmara Alta sofreria verdadeira *capitis diminutio* no tocante a uma competência que os constituintes de 1988 lhe outorgaram de forma expressa” (BRASIL, 2014).

<sup>12</sup> Nas suas palavras: “Mas o que se propõe aqui é algo inteiramente diferente. Almeja-se, na verdade, deslocar uma competência atribuída pelos constituintes a determinado Poder para outro. Não me parece, contudo, seja possível materializar-se tal desiderato, mesmo porque os próprios teóricos da mutação constitucional reconhecem que esse fenômeno possui limites” (BRASIL, 2014).

<sup>13</sup> Em seguida, explicou: “Isso porque se está diante de dois fenômenos jurídicos que, embora acarretem resultados semelhantes, não podem ser confundidos entre si. O primeiro corresponde às decisões que produzem o denominado efeito *erga omnes*, que as tornam oponíveis a todos; o outro se refere às decisões que, pela autoridade do órgão jurisdicional que as prolatou, constituem fonte de Direito, como, de resto, ocorre com a jurisprudência em geral”. “Esclareço melhor. Se, por um lado, o Regimento Interno

Ele rechaçou a ideia de que a decisão tomada no controle jurisdicional difuso de constitucionalidade tenha efeito contra todos independentemente da atuação do Senado Federal.

E por último, ele registrou a edição da Súmula Vinculante nº 26,<sup>14</sup> que versa exatamente sobre o tema discutido no caso.

### 3.3. Superveniência da Súmula Vinculante nº 26

Ante a subsequente edição da Súmula Vinculante nº 26, o Relator deixou registrado, em sessão de 16/05/2013: “Em primeiro lugar, tenho a impressão de que, diante da demora no julgamento deste caso, que começou em 2007, acabamos por editar uma súmula vinculante a propósito da matéria, de modo que o tema está cabalmente prejudicado”<sup>15</sup>.

O Relator, na ocasião, repisou que, diante das modificações verificadas desde a promulgação da Constituição de 1988, com a significativa expansão do controle concentrado de

---

do Supremo Tribunal Federal confere a seus Ministros a competência para julgar monocraticamente determinado recurso extraordinário quando a decisão está em consonância com a jurisprudência predominante, não estão eles, de outro, obrigados a se curvar ao entendimento predominante na Casa, salvo em se tratando de posição estabelecida em controle concentrado de constitucionalidade ou por meio de súmula vinculante. No primeiro caso, tem-se a manifestação da força dos precedentes da Casa, como fonte de Direito; no segundo, um exemplo da força cogente do efeito *erga omnes*” (BRASIL, 2014).

<sup>14</sup> Eis o seu 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” (BRASIL, 2014).

<sup>15</sup> Em seguida, acrescentou: “Quando se discutiu lá o tema, em 2007, o debate era este de que poderia haver, também, uma súmula vinculante. [...]. Mas aqui, a rigor, veio posteriormente a ser editada a súmula vinculante, de modo que me parece que, no caso, hoje, o tema está superado” (BRASIL, 2014).



constitucionalidade, “fazia todo sentido uma releitura do artigo 52, X, nesse contexto”<sup>16</sup>

À perplexidade levantada pelo Relator, no sentido de que a decisão liminar em ação direta de inconstitucionalidade e a modulação temporal dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade possuem na prática efeito *erga omnes*, o Ministro Ricardo Lewandowski insistiu na manutenção da relevante competência do Senado Federal: “Os institutos convivem perfeitamente sem que nós tenhamos que fazer uma ablação dessa competência do Senado Federal que vem desde 1934. Até porque a nossa decisão é jurídica e a decisão do Congresso, no caso da Câmara Alta, é política. Convivem perfeitamente”<sup>17</sup>

Em 20/03/2014, o Ministro Teori Zavascki prolatou o seu voto-vista, o qual iniciou pontuando a complexa questão jurídica então submetida à apreciação da Suprema Corte:

“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”<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> Cabe registrar o caráter histórico do debate em torno da supressão da fórmula do nosso modelo de controle de constitucionalidade. Nesse sentido, o Relator registrou: “Já nos anos 60, foi apresentada, por uma comissão que, salvo engano, foi coordenada por Daria de Almeida Magalhães, a reforma do Judiciário que trouxe a ação direta. Ali se propunha o quê? Propunha-se a criação da ação direta, a criação de um incidente de inconstitucionalidade e a supressão da fórmula do Senado. Essa emenda, na verdade, esse projeto que foi discutido por essa comissão só foi votado em 1965. É a Emenda 16/1965”. “O que o Congresso aprovou? Aprovou a ação direta de inconstitucionalidade, a representação de inconstitucionalidade, de iniciativa do Procurador-Geral, mas não aprovou a supressão da fórmula do Senado, [...]”. No mesmo sentido, o Ministro Ricardo Lewandowski também lembrou do trâmite da Emenda Constitucional 3/1993: “Interessantemente, essa questão voltou a debate no Congresso Nacional, a partir de uma emenda, a PEC 130/1992 que foi apresentada pelo Deputado Roberto Campos. Essa PEC previa, no seu artigo 1º, a supressão do inciso X do artigo 52. No entanto, essa PEC, ao ser incorporada posteriormente à PEC 49/1991 e transformada a Emenda Constitucional 3/1993, eliminou-se essa proposta, ou seja, o Congresso Nacional insiste em manter essa prerrogativa constitucional” (BRASIL, 2014).

<sup>17</sup> Adiante explicitou de modo ainda mais claro: “Eu acho que são os sistemas que se complementam”. Em seguida, no debate, explicou: “A questão que me constrange, intelectualmente, é a seguinte: se nós declaramos que o artigo 52, inciso X sofreu uma mutação constitucional, que faremos com o artigo 103-A da nossa Carta Magna? Nós jogamos na cesta do lixo porque, aqui, este dispositivo nos autoriza a aprovar súmulas vinculantes etc.” (BRASIL, 2014).

<sup>18</sup> Em seguida, o Ministro Teori Zavascki, no seu voto, percorreu toda a evolução histórica em torno do maior fortalecimento do Poder Judiciário, do seu órgão de cúpula (STF)

Em conclusão ao seu voto, de um lado, “não se pode estabelecer sinonímia entre força expansiva e eficácia vinculante *erga omnes* a ponto de criar uma necessária relação de mútua dependência entre decisão com força expansiva e cabimento de reclamação” e “considerada apenas a situação jurídica existente à data da sua propositura, a presente reclamação não seria cabível”; de outro, “considerado esse fato superveniente – a edição de súmula vinculante, cujo descumprimento enseja a propositura de reclamação, fato esse que deve ser levado em consideração, nos termos do art. 462 do CPC –, a solução que hoje se impõe é a de conhecer e deferir o pedido” (BRASIL, 2014).

Em seguida, o Ministro Roberto Barroso prolatou o seu voto no sentido de que entendia cabível eventual mudança que viesse a ser perpetrada no dispositivo no âmbito legislativo, mas não seria possível promovê-la pela via da mutação constitucional (interpretação). Nesse sentido: “De modo que eu gosto da tese, mas vejo este obstáculo: a mutação do art. 52, X. Eu acho até que a realidade tem impulsionado no sentido da mutação, mas nós não podemos prescindir da mudança do Texto”.<sup>19</sup>

Em conclusão, consigna:

“Assim, louvando – não formalmente, mas sinceramente – esse impulso dado pelo voto do Ministro Gilmar Mendes no sentido de reconhecer a mutação constitucional e vendo isso, talvez, quase como que um apelo ao legislador ou ao poder constituinte reformador para que reveja isso, porque acho que é bom, para o país e para a jurisdição, a universalização dos precedentes do Supremo Tribunal Federal, do Plenário, eu, no entanto, manifesto-me contrariamente ao reconhecimento da mutação constitucional, porém adiro ao voto do Ministro Teori Zavascki para conhecer e julgar procedente a Reclamação por inobservância da Súmula Vinculante nº 26” (BRASIL, 2014).

---

e da importância de seus precedentes, tanto no âmbito legislativo como também na seara jurisprudencial. Nesse último ponto, registrou que a atribuição de efeito *erga omnes* deveria ser “efeito natural da sentença” que declara a inconstitucionalidade, embora tal construção não tenha logrado êxito em razão “da ausência de uma cultura de valorização dos precedentes judiciais”. Adiante asseverou: “A Resolução do Senado tem, nesse aspecto, natureza normativa, já que universaliza determinado *status* jurídico: o do reconhecimento estatal da inconstitucionalidade do preceito normativo”. E, a seguir, arrematou: “Esse, portanto, o sentido e o alcance que foram atribuídos, desde a Constituição de 1934, a essa peculiar intervenção do Senado: sua finalidade, de cunho eminentemente prático, sempre foi a de ampliar a força vinculativa das decisões de declaração de inconstitucionalidade tomadas pelo STF em controle difuso, conferindo-lhes, assim, eficácia *erga omnes* semelhante à do instituto do *stare decisis*” (BRASIL, 2014).

<sup>19</sup> Em explicação, discorreu: “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).

A Ministra Rosa Weber prolatou voto no mesmo sentido, acompanhando os Ministros Teori Zavascki e Roberto Barroso, no entendimento de que esbarraria na literalidade do Texto Constitucional e, no caso, deveria ser levada em consideração a superveniente edição da súmula vinculante.<sup>20</sup>

O Ministro Marco Aurélio, por sua vez, lembrou a dualidade de modelos na sistemática de controle de constitucionalidade para alertar que o difuso “é implementado por qualquer órgão investido do ofício julgante”, razão pela qual não caberia atribuir indiscriminadamente a eficácia *erga omnes*, mas limitá-la aos precedentes emanados do Plenário da Suprema Corte. Na sua visão, entender de modo diferente seria como legislar positivamente.<sup>21</sup>

Por fim, o Ministro Celso de Mello também acompanhou o voto do Ministro Teori Zavascki, na medida em que se alinhou à ideia de permitir que a Suprema Corte “dê um passo significativo no processo de construção jurisprudencial em tema de reclamação, possibilitando, [...] o efetivo respeito ao ‘imperium’ que qualifica as decisões deste Tribunal em sede de controle de constitucionalidade”.<sup>22</sup>

#### 4. Conclusão

A proposta formulada pelo Ministro Gilmar Mendes parece ter-se apressado no tempo. É inquestionável que o modelo concentrado de controle jurisdicional de constitucionalidade tem sido exponencialmente prestigiado entre nós desde a promulgação da Constituição de 1988, com

---

<sup>20</sup> A respeito registrou: “Também tenho dificuldade, porque não consigo afastar as amarras do texto da Constituição Federal, na mesma linha do que votei na perda do mandato. Entendo que a literalidade do texto – aspecto que foi muito bem destacado pelo Ministro Luís Roberto – não me permite chegar à conclusão da mutação constitucional, porque não seria uma mudança. Teríamos de chegar a uma modificação do próprio enunciado normativo, e entendo que há amarra constitucional”. Adiante explicitou o seu alinhamento com o Ministro Teori Zavascki: “Há um fato novo, qual seja o advento da Súmula Vinculante nº 26, então como decidir, com todo o respeito, de outra forma? Por isso não acompanho o não conhecimento da reclamação e me proponho, em função do fato novo, art. 462, a conhecer da reclamação e acolhê-la justamente nos moldes propostos pelo eminente Ministro Teori” (BRASIL, 2014).

<sup>21</sup> Quanto ao cabimento da reclamação no caso concreto, ele discordou: “Por isso o artigo 462 do Código de Processo Civil não se aplica à espécie. A reclamação pressupõe ou a usurpação da competência do Supremo, ou o desrespeito a pronunciamento por ele formalizado, e este mostrou-se posterior à prática do ato atacado” (BRASIL, 2014).

<sup>22</sup> Em explicação fundamentou o seu entendimento: “Tenho a impressão de que os fundamentos invocados pelo eminente Ministro Teori Zavascki, em seu douto voto, permitirão que se construa um consenso nesta Corte em torno da matéria ora em exame, sempre com o objetivo de viabilizar a preservação da integridade do postulado da divisão funcional do poder e de conferir estabilidade à jurisprudência firmada por esta Corte Suprema, jamais deixando de negar, de outro lado – como salientou Sua Excelência em seu douto voto –, a força expansiva de uma significativa gama de decisões do Supremo Tribunal Federal [...]” (BRASIL, 2014).

a ampliação dos legitimados ativos para propor as ações diretas, a criação da ação declaratória de constitucionalidade e da arguição de descumprimento de preceito fundamental, por exemplo, todas com efeito vinculante e eficácia *erga omnes*.

Por outro lado, é igualmente evidente que, nos últimos anos, temos experimentado uma paulatina objetivação do modelo difuso de controle de constitucionalidade, com a crescente transcendência dos efeitos de suas decisões para além de cada caso concreto. Exemplo disso é a criação da repercussão geral e da súmula vinculante, ambas no âmbito da Reforma do Judiciário.

Nos dias atuais, é difícil conceber uma decisão da Suprema Corte que não tenha interesse geral de toda a sociedade ou, pelo menos, de parte significativa dela. O STF tem-se tornado cada vez mais protagonista na democracia brasileira, conhecido do seu povo e respeitado pela qualidade de suas orientações jurisprudenciais.

Isso faz parte de um processo de mudança que temos vivenciado nos últimos anos. De órgão de cúpula do Judiciário, distante do cidadão comum, tem-se tornado partícipe de sua rotina.

Por outro lado, mudança desse jaez requer tempo e paciência. Não acontece do dia para a noite. Nesse sentido, cabe registrar alguns percalços que encontramos ainda no âmbito interno do próprio Judiciário. Falta-nos uma cultura jurídica de respeito aos precedentes dos Tribunais Superiores e, principalmente, do STF.

Parte desse defeito cultural decorre do próprio Tribunal, que muitas vezes claudica na sedimentação segura de sua jurisprudência, cambiando ao sabor da posse de novos Ministros, tornando as maiorias alcançadas nas votações plenárias sempre transitórias. Em realidade, a orientação adotada pela Corte deveria (ao menos pretender) ser *perene*. Obviamente que isso não significa torná-la imutável. Apenas

que eventual mudança jurisprudencial deveria ser excepcional e se submeter a uma carga argumentativa muito maior (como justificativa de sua necessidade premente), bem como prestigiar e reconhecer os atos e as condutas daqueles que se submeteram ao entendimento anterior da Corte.

A outra parte desse defeito recai sobre os demais juízes que, à míngua de determinações vinculantes, encontram na livre convicção a liberdade suficiente para simplesmente discordar do precedente firmado pelos Tribunais Superiores, inclusive do STF (quando a decisão não tenha sido tomada por ação direta, objeto de súmula vinculante ou de resolução do Senado que suspende a execução da lei).

A situação concreta, então sob julgamento pelo STF, decorreu precisamente da discordância – e consequente desrespeito – de um precedente firmado pelo seu Pleno e que carecia de efeito vinculante e eficácia *erga omnes*. Em razão disso, o magistrado de primeira instância achou por bem afastar tal orientação e aplicar o seu entendimento pessoal sobre o tema (não cabia progressão de regime para os condenados por crimes hediondos, que deveriam cumprir as penas em regime integralmente fechado).

A proposta formulada pelo Ministro Gilmar Mendes, defendida por ele há muitos anos, é definitivamente arrojada. Pretende atribuir aos julgados do STF efeito *erga omnes*, mesmo naquelas situações em que a decisão foi tomada com o reconhecimento da repercussão geral. Com isso, pretende atribuir força normativa à decisão do STF *de per se*, dispensando a participação complementar do Senado.

Apesar de notório estudioso sobre o tema do controle de constitucionalidade, parece que o Ministro Gilmar Mendes buscou queimar algumas etapas importantes nessa caminhada. Afora os robustos argumentos jurídicos em torno da impossibilidade de mutação constitucional no

caso concreto, como registrou de modo expresso o Ministro Ricardo Lewandowski, é preciso distinguir (e não confundir) efeito vinculante, eficácia *erga omnes* e o mero caráter persuasivo do precedente.

Com efeito, quando alcançada a maioria absoluta, o precedente serve de norte para futuros julgamentos tanto no próprio âmbito do STF como também junto aos demais órgãos jurisdicionais, sempre que a mesma questão jurídica estiver submetida a julgamento nas mesmas circunstâncias. Essa peculiaridade – de ter o Pleno do STF se debruçado sobre a questão jurídica e chegado a uma conclusão – pode influenciar positivamente o magistrado ou a turma do tribunal que decide sobre a mesma questão. É o que se espera. É quase que uma sugestão ou recomendação, a ser seguida ao bel prazer do magistrado que decidirá de acordo com a sua livre convicção, desde que motivada. Exemplo disso pode ser verificado com a edição de súmula predominante de jurisprudência ou com o julgamento de *leading case*.

Quando a eficácia é *erga omnes* (contra todos), isso implica que transborda do limitado escopo da ação onde foi decidida (e cuja decisão soluciona apenas a lide existente entre as partes) para alcançar toda a sociedade. Em outras palavras, a decisão tomada para um caso específico é universalizável dado o seu potencial repetitivo, a indicar que, em uma mesma situação, outra parte venha a ter igual decisão. Isso ocorre quando o precedente do STF é erigido a um plano superior, no qual alcança um sem número de pessoas na mesma situação. Exemplo prático disso pode ser verificado com a repercussão geral. Uma vez decidida a questão jurídica, a solução será aplicada por todo o Judiciário, apesar de não ter qualquer efeito vinculante. A rigor, apenas e tão somente os tribunais de segunda instância que são comprometidos com a aplicação do precedente firmado com reper-

cussão geral. Haverá o dia em que a decisão do STF, com repercussão geral, será seguida de plano pela Administração Pública. Mas, tal como a pretensão do Ministro Gilmar Mendes, esse dia ainda não é hoje.

O efeito vinculante é mais simples de explicar. Deve ser seguido e ponto. Aqui, seguir a decisão tomada não é opção, mas obrigação. Nessa situação, a decisão vincula os demais órgãos do Judiciário e a Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Em caso de desobediência, abre-se a via abreviada da reclamação. Exemplo de decisão provida de efeito vinculante pode ser encontrado nas ações diretas, declaratórias de constitucionalidade, ADPFs e súmulas vinculantes.

A relação entre os três efeitos (persuasivo, *erga omnes* e vinculante) pode ser melhor compreendida através da continência, isto é, o persuasivo está contido dentro do *erga omnes*, que está contido dentro do vinculante. Em outras palavras, a eficácia vinculante necessariamente engloba os efeitos *erga omnes* e persuasivo. A recíproca, contudo, não é verdadeira.

Ora, uma decisão proveniente do Plenário da Suprema Corte tende a ter maior força no cenário jurisprudencial, a depender de alguns fatores, como a maioria formada (6x5, 7x4, 8x3, 9x2, 10x1 e unânime), a qualidade do debate entre os Ministros (com a abordagem de mais ou menos pontos relacionados ao tema central), o ônus argumentativo utilizado pela corrente vencedora (preferencialmente com robustos argumentos jurídicos que apontam e corroboram a decisão tomada) e o comprometimento dos Ministros em aplicá-la (independentemente do entendimento pessoal que tenham adotado quando do julgamento), entre outros.

Nesse sentido, a ideia proposta pelo Ministro Gilmar Mendes não dialoga com o atual estado do necessário processo civilizatório

em torno da cultura de precedentes que precisamos introduzir tanto na comunidade como no próprio Judiciário. Não parece ser realístico entender que uma decisão tomada em controle difuso terá efeito *erga omnes* e (quase) eficácia vinculante em razão de sua mera transcendência.

Aliás, para colaborar nesse mister, o controle difuso conta com um exaurimento todo peculiar em situações cada vez mais residuais: a resolução do Senado Federal para suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo STF. Tal característica foi introduzida na Constituição de 1934 e permanece em vigor. Na prática, ela equipara a situação das decisões do STF, que terá maior amplitude quando tomada nos processos objetivos (ADI, ADC e ADPF) ou no controle difuso (com a edição de súmula vinculante ou mediante edição de resolução do Senado Federal).

A resolução é um ato normativo, proveniente de um órgão político (Senado Federal), que se sujeita aos critérios de conveniência e oportunidade, com o condão de universalizar para toda a sociedade aquela decisão que foi tomada entre as partes do litígio. Além disso, a resolução, pela aplicação do inciso X do art. 52 da Lei Maior, é cercada de dúvidas doutrinárias na medida em que conta com diferentes orientações acerca de sua interpretação, cada vez mais enriquecida.

O caráter complementar da resolução no controle difuso foi muito bem abordado pelo Ministro Joaquim Barbosa. Por outro lado, os argumentos jurídicos em torno da impossibilidade de mutação constitucional foram bem levantados pelo Ministro Ricardo Lewandowski. Ele logrou condensar um apanhado de relevantes razões jurídicas que fundamentaram o seu voto, com destaque para a violação do princípio da separação dos poderes, que se encontra erigido como cláusula pétrea na Constituição de 1988.

Apesar da boa vontade da proposta formulada pelo Ministro Gilmar Mendes, a literalidade da regra contida no dispositivo em foco proíbe qualquer iniciativa tão ousada, como registraram os Ministros Roberto Barroso e Teori Zavascki. Ou ainda, como manifestou o Ministro Sepúlveda Pertence, com tintas fortes, dá para sentir o cheiro de golpe de Estado, na medida em que a competência do Senado seria amesquinhada pela interpretação do Supremo, que se beneficiaria diretamente com a decisão. Esse mesmo ponto foi repisado também pelo Ministro Ricardo Lewandowski.

De todo modo, parece que, antes de se falar na mutação constitucional proposta pelo Ministro Gilmar Mendes (que tem cheiro de golpe de Estado para o Ministro Sepúlveda Pertence, viola o princípio da separação dos poderes no entender do Ministro Ricardo Lewandowski e cuja interpretação encontra limite próprio na literalidade do dispositivo, como entendeu o Ministro Roberto Barroso), deve-se falar em silêncio eloquente pelo Poder Constituinte Derivado. Vimos que em um passado remoto

foi cogitado (em 1965) e depois foi novamente mencionado em 1993.

Além disso, recentemente, voltou à pauta do Congresso Nacional. Em rápida pesquisa logramos identificar a existência da Proposta de Emenda Constitucional nº 11/2008, que pretende revogar o inciso X do art. 52 da Constituição da República. A justificativa menciona exatamente os diferentes pontos levantados no presente estudo (como a maior importância do controle abstrato e com maior vinculatividade para toda a sociedade), *verbis*:

“Essa norma perdeu a sua razão, uma vez que não se aplica às ações diretas – hoje bastante frequentes – e em função da súmula vinculante, criada que foi pela Emenda nº 45, e que surte, desde logo efeitos *erga omnes*. Ademais, parece correto cogitar de eficácia maior à generalidade das ações do controle difuso e em concreto de normas, conforme eventualmente venha a construir o Supremo Tribunal Federal”.

A proposta foi apresentada pelo Senador Arthur Virgílio em 26/03/2008, por sugestão do Ministro Gilmar Mendes. Foi encaminhada para a CCJC e desde então aguarda a designação de Relator (sendo o seu último andamento de 30/05/2014).

Em vista de tais tentativas, antes de se falar em mutação constitucional (relacionada com a evolução da interpretação em torno do dispositivo), talvez seja o caso de se falar em silêncio eloquente, na medida em que o Congresso Nacional, na qualidade de Poder Constituinte Derivado, não tem encontrado interesse na mudança desde a década de 60. O Ministro Roberto Barroso, aliás, foi enfático no sentido de que tal mudança no texto constitucional deve-se dar pela via adequada (legislativa), e não pela via interpretativa.

A despeito de tudo o que consignamos a título conclusivo, releva notar que o debate

perdeu objeto nos autos da Reclamação 4.335, na medida em que o (lento) julgamento iniciado em 2007 foi atropelado com a edição de uma súmula vinculante.

Parece-nos que o papel do Senado Federal é complementar, e a resolução se presta a colocar a decisão do STF que declara a inconstitucionalidade de lei ao lado da decisão tomada nas ações diretas (ADI, ADC e ADPF) e da súmula vinculante (cabível também no controle difuso, esta sim dependente unicamente da atuação do STF, conforme a emenda constitucional que a criou e a legislação que a disciplina). A relação é de complemento, não se tratando de obstáculo ao STF, na linha do que registrou o Ministro Joaquim Barbosa no seu voto.

De todo modo, caberá ao STF retomar o debate entre os Ministros em causa semelhante, que traga preferencialmente questão jurídica que NÃO tenha sido objeto de súmula vinculante e não tenha sido objeto de resolução do Senado Federal. Aí sim a análise que será feita pela Suprema Corte será em torno da transcendência e dos efeitos de sua decisão no controle difuso, quando não editada a resolução e não seja vinculante. Tal exame também poderá ser feito na hipótese em que houver a resolução do Senado editada. Nesse caso, o debate não será em torno da omissão da competência do Senado (e sim sobre os efeitos da resolução, sobretudo à luz da situação sob julgamento).

Com o enfrentamento de tal questão, aí sim a análise do STF terá condição de ser completa, com a resposta para a indagação acerca de qual é a extensão e o alcance da transcendência de suas decisões no controle difuso, antes e depois da resolução, ou seja, com e sem ela.

Como a discussão em torno do papel do Senado Federal no modelo difuso do controle de constitucionalidade tende a ser preliminar ou prejudicial à questão de fundo em litígio, é importante que o pronunciamento do STF dê

o foco próprio: 1<sup>o</sup>) ao papel do Senado Federal e ao efeito da resolução; e 2<sup>o</sup>) sobre como tal decisão se reflete na solução da questão de fundo.

A decisão que declara a inconstitucionalidade no controle difuso vale com efeito *erga omnes* independente da resolução? E com efeito vinculante também? Ou precisa da participação colaborativa do Senado Federal com a edição do seu ato normativo? Como decorrência de tal discussão, cabe ainda indagar acerca dos efeitos da resolução? Cria direito público subjetivo, com o afastamento definitivo da presunção de constitucionalidade da lei (declarada inconstitucional apenas entre as partes envolvidas na lide)? Produz efeito *ex nunc* ou *ex tunc*?

Essas são algumas indagações que deverão ser respondidas quando o STF se debruçar sobre o tema específico da participação do Senado Federal no controle jurisdicional difuso de constitucionalidade das leis e atos normativos no direito brasileiro atual. Tal discussão deverá ser travada no Plenário do STF nos próximos meses. Vale a pena conferir.

### **Sobre o autor**

Fábio Martins de Andrade é advogado, doutor em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, mestre em Ciências Penais pela Universidade Candido Mendes – UCAM, pós-graduado em Direito Penal Econômico na Universidad Castilla-La Mancha – UCLM, Espanha, pós-graduado em Criminologia na Universidad de Salamanca – USAL, Espanha.  
E-mail: fandrade@andrade.adv.br

### **Título, resumo e palavras-chave em inglês<sup>23</sup>**

THE ROLE OF THE SENATE IN THE JUDICIAL REVIEW FROM THE SUPREME COURT'S PERSPECTIVE (APPEAL 4.335)

ABSTRACT: The article analyses recent ruling by the Supreme Court, in which the focus was around the Senate's role in the judicial review of the legislation and normative acts. In this sense, three different arguments were explored during the trial and are explained in the article: whether occurred the constitutional mutation of item X of Article 52 of the Constitution, impossibility of constitutional mutation and the supervenience of Binding Precedent 26. Finally, concludes that the question remains open and lacks specific decision of the Supreme Court.

KEYWORDS: SUPREME COURT. JUDICIAL REVIEW. CONSTITUTIONAL MUTATION. SENATE'S ROLE.

---

<sup>23</sup> Sem revisão do editor.



## Referências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pena – Regime de cumprimento – Progressão – Razão de ser. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. Pena – Crimes hediondos – Regime de cumprimento – Progressão – Óbice – Artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 – Inconstitucionalidade – Evolução jurisprudencial. Conflita com a garantia da individualização da pena – artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal – a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. Habeas Corpus nº 82.959/SP. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ, 23 fev. 2006. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 1º set. 2006.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. 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. Super-veniência da Súmula Vinculante nº 26. 5. Efeito ultra partes da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso. Caráter expansivo da declaração. 6. Reclamação julgada precedente. Reclamação nº 4.335-AC. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ, 20 mar. 2014. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 22 out. 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 41, n. 162, p. 155-161, abr./jun. 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.