

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS  
CURSO DE DIREITO

**ÍDERSON DIAS NUNES**

**ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE:**  
uma mudança de paradigma no sistema de controle para a efetivação de direitos  
fundamentais.

São Luís  
2016

**ÍDERSON DIAS NUNES**

**ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE:**  
uma mudança de paradigma no sistema de controle para a efetivação de direitos  
fundamentais.

Monografia apresentada à faculdade de Direito da  
Universidade Federal do Maranhão – UFMA, para  
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Msc. Maria da Conceição  
Meirelles Mendes.

São Luís

2016

Nunes, Íderson Dias.

Abstrativização do controle difuso de constitucionalidade: uma mudança de paradigma no sistema de controle para a efetivação de direitos fundamentais. / Íderson Dias Nunes. – 2016.

80 f.

Orientador(a): Maria da Conceição Meirelles Mendes.

Monografia (Graduação) – Curso de Direito, Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2016.

1. Controle de constitucionalidade. 2. Direitos Fundamentais. 3. Teoria da abstrativização. I. Mendes, Maria da Conceição Meirelles. II. Título.

**ÍDERSON DIAS NUNES**

**ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE:**  
uma mudança de paradigma no sistema de controle para a efetivação de direitos  
fundamentais.

Monografia apresentada à faculdade de Direito da  
Universidade Federal do Maranhão – UFMA, para  
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em:        /        /

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof<sup>a</sup>. Msc. Maria da Conceição Meirelles Mendes  
Universidade Federal do Maranhão - UFMA

---

1º Examinador  
Universidade Federal do Maranhão - UFMA

---

2º Examinador  
Universidade Federal do Maranhão - UFMA

*Dedico este trabalho, primeiramente, a Deus, por tudo que já me permitiu sonhar e viver.*

*Aos meus pais, João Costa e Nilza Beth, exemplos de dignidade e de dedicação constante, aos quais serei por toda a vida grato.*

*Aos meus irmãos, Iarle e Íverson, companheiros de todos os momentos vividos.*

## **AGRADECIMENTOS**

Nada é possível se realizar sozinho. O esforço e a solidariedade humana fazem o convívio social ser além de dinâmico, eficaz. Não obstante, a referida graduação em Direito e a presente produção monográfica tiveram essas nuances de solidariedade.

A qual, faz-se mister destacar através de agradecimentos, muito embora singelos em razão da imensa contribuição e importância.

Agradeço, primeiramente a Deus, que possibilitou esta jornada de conhecimento e amadurecimento.

Ao passo, agradeço a família, pelo apoio no desenvolver do curso de Direito. Em especial os meus amados pais, João Costa e Nilza Beth, bem como aos meus irmãos Iarle e Íverson.

À minha noiva Crislane dos Santos, por toda a dedicação, carinho e incentivo em todos os momentos.

Ao meu grande amigo Josias Rodrigues, pelo apoio e companheirismo incondicional durante toda essa trajetória.

Destaco e agradeço a solidariedade e atenção despendida pela Professora Orientadora Conceição Meirelles, que acreditou na possibilidade de se desenvolver o tema proposto, compartilhando do seu conhecimento e experiências para a consecução do presente trabalho.

Ademais, agradeço àqueles que se tornaram família, meus amigos da UFMA. Pelo convívio constante, pela intensidade, pela força nos momentos necessários e compreensão quando solicitada.

Por fim, friso e agradeço a importância de todos os servidores e prestadores de serviços da Universidade Federal do Maranhão, sem os quais o sonho de ser Bacharel em Direito não seria realidade. Em especial, agradeço a todos os coordenadores e professores que mediante convívio transmitiram conhecimento e possibilitaram um curso ímpar de graduação.

Obrigado!

*“Não basta ensinar ao homem uma especialidade. Porque se tornará assim uma máquina utilizável, mas não uma personalidade. É necessário que adquira um sentimento, um senso prático daquilo que vale a pena ser empreendido, daquilo que é belo, do que é moralmente correto.”*

*Albert Einstein*

## RESUMO

A atuação do Supremo Tribunal tem evoluído bastante nos últimos anos. Sua primorosa tarefa de guarda e defesa da Lei Fundamental brasileira, uniformizando sua interpretação e garantindo sua força normativa, tem gerado discussões acerca das fórmulas de decisão e limites de sua atividade. Surgiu, então, dentro da atividade do Supremo a teoria da abstrativização ou objetivação do controle difuso que defende haver uma progressiva permeabilidade do controle difuso pelo controle concentrado. Desse modo, a teoria da abstrativização prega o reconhecimento igual de efeitos nas decisões que apreciam a inconstitucionalidade tanto no controle difuso, como no concentrado. Algumas evidências são enumeradas pelos defensores, como: a instituição do requisito repercussão geral para admissibilidade do recurso extraordinário; modulação dos efeitos temporais no controle difuso; aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes; e a mutação constitucional do Art. 52, X, da Constituição. Porém, apesar dos sofisticados argumentos em favor da teoria da abstrativização, a mesma é alvo de críticas, dentre elas destacam-se a possibilidade de negar a competência dos demais órgãos judiciais; afronta ao equilíbrio e harmonia dos poderes republicanos; e enfraquecimento do princípio democrático. Destarte, embora haja pertinência em algumas das críticas apontadas a teoria abstrativização, sua aplicação deve ser reconhecida para a defesa de direitos fundamentais.

Palavras-chave: Teoria da abstrativização. Controle de constitucionalidade. Direitos Fundamentais.



## **ABSTRACT**

The role of the Supreme Court has evolved greatly in recent years. His exquisite guard task and defense of Brazilian Basic Law, standardizing interpretation and ensuring their normative force, have generated discussions about the decision formulas and limits of their activity. Then arose within the activity of the Supreme theory abstractification or objectification of diffuse control that advocates be a progressive permeability of diffuse control by the concentrated control. Thus, the theory of abstractification fold recognition equal effect in the decisions that appreciate the unconstitutionality both diffuse control, as in the concentrate. Some evidence are listed by supporters, such as the institution of the general repercussion requirement for admissibility of the extraordinary appeal; modulation of temporal effects in the diffuse control; application of the theory of the transcendence of the decisive reasons; and the constitutional mutation of Art. 52, X, of the Constitution. But despite sophisticated arguments for the theory of abstractification, it is criticized, among them stand out the possibility of denying the jurisdiction of other courts; affront to the balance and harmony of the republican powers; and weakening of the democratic principle. Thus, although there is relevance in some of the criticisms abstractification theory, its application should be recognized for the defense of fundamental rights.

Keywords: Theory of abstractification. Constitutional control. Fundamental rights.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE</b> .....	12
<b>2.1 Antecedentes históricos</b> .....	16
2.1.2 Sistema americano ou difuso .....	17
2.1.3 Sistema austríaco ou concentrado .....	19
<b>2.2 Fenômeno da inconstitucionalidade</b> .....	21
<b>2.3 Modalidades do controle de constitucionalidade</b> .....	22
2.3.1 Quanto à natureza do órgão.....	23
2.3.2 Quanto ao momento de exercício.....	24
2.3.3 quanto ao órgão judicial .....	25
2.3.4 Quanto à forma de controle judicial.....	26
<b>3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE JURISDICIONAL NO DIREITO BRASILEIRO</b> .....	29
<b>3.1 Evolução do controle de constitucionalidade jurisdicional</b> .....	29
<b>3.2 O controle judicial de constitucionalidade na CRFB/88</b> .....	32
3.2.1 Meios de provocação do sistema de controle jurisdicional brasileiro .....	34
3.2.1.1 Controle difuso ou concreto.....	34
3.2.1.2 Controle concentrado ou abstrato .....	36
<b>3.3 Os efeitos das decisões do sistema brasileiro de controle</b> .....	38
3.3.1 Natureza jurídica das decisões do controle jurisdicional brasileiro.....	40
3.3.2 Efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado.....	41
3.3.2.1 No plano objetivo.....	42
3.3.2.2 No plano subjetivo .....	43
3.3.2.3 No plano temporal .....	44
3.3.3 Efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso.....	46
3.3.3.1 No plano objetivo.....	46
3.3.3.2 No plano subjetivo .....	47
3.3.3.3 No plano temporal .....	48
<b>4 ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE</b> .....	50
<b>4.1 Conceito e discussões</b> .....	51
<b>4.2 O recurso extraordinário e abstrativização</b> .....	53
<b>4.3 As súmulas vinculantes e a abstrativização</b> .....	55
<b>4.4 Modulação temporal e a abstrativização</b> .....	57

<b>4.5 Teoria da transcendência dos motivos determinantes e a abstrativização</b>	<b>59</b>
<b>4.6 A relativização da participação do Senado Federal e abstrativização</b>	<b>60</b>
<b>5 TEORIA DA ABSTRATIVIZAÇÃO MITIGADA EM DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS</b>	<b>64</b>
<b>5.1 Críticas à teoria da abstrativização</b>	<b>65</b>
<b>5.2 Sistema de Proteção dos Direitos Fundamentais e a teoria da abstrativização</b>	<b>68</b>
<b>6 CONCLUSÃO</b>	<b>75</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>78</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Não é difícil perceber que em muito evoluiu a atuação do Poder Judiciário, sobretudo no que se refere às atividades jurisdicionais do Supremo Tribunal Federal (STF), corte máxima incumbida do dever de guarda da norma fundamental brasileira, uniformizando sua interpretação e garantindo sua força normativa.

Nesse sentido, em face desse agigantamento da atuação do STF, vem surgindo na jurisprudência, do próprio órgão, e na doutrina especializada, uma série de inquietações quanto às fórmulas e efeitos dos julgamentos realizados pela corte.

Uma dessas inquietações diz respeito à evolução do sistema de controle de constitucionalidade verificado no Brasil, na medida em que vem se delineando uma progressiva permeabilidade do controle difuso pelo controle concentrado. Tal fenômeno, cunhado de *abstrativização* ou *objetivação do controle difuso*, consiste em dotar de efeitos *erga omnes* e vinculantes às decisões do STF proferidas na via incidental, em sede de controle difuso.

Cumprir dizer, por oportuno, que sobre o tema reside grande celeuma doutrinária e também entre os Ministros do STF, de modo que na oportunidade em que a Corte se debruçou sobre a inovação, adotou entendimento contrário a outorga jurisprudencial dos mesmos efeitos dados às decisões do controle concentrado para as da via difusa, visto que, por maioria, não reconheceu ter havido mutação constitucional a norma expressa no art. 52, X, da CRFB/88.

Nesse sentido, malgrado há, em certa medida, pertinência nas críticas levantadas contra a tendência da abstrativização, deve-se reconhecer, conforme se demonstrará no desenvolvimento deste trabalho científico, que nas decisões proferidas pelo STF, em sede de controle difuso, que declarem a inconstitucionalidade de lei em tese, que viola direitos fundamentais, existe acerto em dotá-las de eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes, dado o especial relevo e urgência que essas matérias requerem.

Para realizar tal intento serão discutidas as questões principais da teoria geral do controle de constitucionalidade, mormente o controle repressivo judicial, fazendo breve cotejo histórico dos sistemas de controle existentes atualmente, estabelecendo conceituação doutrinária e delimitando sua finalidade dentro do constitucionalismo moderno.

Ademais, será feita exposição do controle de constitucionalidade no contexto da República brasileira, fazendo apanhado dos marcos históricos relevantes de sua evolução, até a promulgação da Constituição de 1988. E, paralelamente, problematizar o sistema de controle dentro do sistema de normas e na seara jurisprudencial, dando ênfase no controle jurisdicional difuso exercido no âmbito do STF e do controle concentrado realizado por meio da ação direta de inconstitucionalidade.

Será discutida, conceitualmente, a teoria da abstrativização do controle difuso, bem como suas finalidades e limites apontados por seus críticos. E, por fim, tendo em vista o grande dissenso doutrinário, o estudo tentará mostrar a dicotomia presente na doutrina e jurisprudência, demonstrando as principais críticas e fundamentos a favor de sua utilização.

O estudo do referido tema tem por escopo solucionar os seguintes problemas: quais são os aspectos que fundamentam a utilização da teoria da abstrativização do controle difuso no ordenamento jurídico-institucional brasileiro, nas matérias afetas à defesa dos fundamentais? Demonstrado as bases de sua utilização, quais seriam as implicações jurídicas a serem observadas, tanto no foro legislativo, como no jurisdicional?

Nesse contexto, busca-se, em última análise, examinar a viabilidade jurídico-institucional da adoção da teoria da abstrativização de forma mitigada, para outorgar eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes às decisões proferidas em sede de controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal para fazer valer seu poder-dever de defesa da Constituição brasileira e, conseqüentemente, dos direitos fundamentais.

## 2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O tema controle de constitucionalidade é assunto de crucial importância na disciplina do Direito Constitucional e também para qualquer estudo que tenha como desígnio discutir jurisdição constitucional dentro da ciência jurídica.

Sendo assim, *ab initio*, impende debater a definição e conceitos do controle constitucionalidade e qual a sua importância e propósitos para os ordenamentos jurídicos modernos.

Para uma boa compreensão do que consiste e a que se propõe o controle de constitucionalidade deve-se ter em mente, antes de tudo, que qualquer ordenamento jurídico deve ser encarado como um sistema que pressupõe unidade, onde todas as partes integrantes guardam entre si uma harmonia imprescindível para a manutenção do próprio conjunto normas. Desse modo, eventuais quebras dessa sinergia acabam por ativar mecanismos de controle para o restabelecimento da harmonia. Assim, é possível inferir de maneira simples que o controle de constitucionalidade integra tais mecanismos de correção e harmonização do sistema, na medida em que verifica a compatibilidade ou incompatibilidade de normas com a Constituição. (BARROSO, 2016).

A respeito do escopo e importância do controle de constitucionalidade nos sistemas jurídicos, Uadi Lammêgo Bulos assevera que:

A constituição, mesmo dotada de supremacia, não está imune a abusos e violações, tanto por parte do legislador ordinário como das autoridades públicas em geral. É exatamente aí que reside a razão de ser do controle de constitucionalidade: proteger a carta magna. Não basta as normas constitucionais serem hierárquica e formalmente superiores às leis em geral. É necessário um instrumento para ser acionado nos casos de violação à ordem suprema do Estado. (BULOS, 2014, p. 187).

Com efeito, o controle de constitucionalidade é mecanismo de correção, de ordem constitucional, que visa garantir a manutenção do ordenamento jurídico, na medida em que verifica a (in)adequação formal e material de leis e atos do Poder Público com a constituição vigente.

Sob a ótica do Direito Constitucional e do Estado constitucional democrático, José Canotilho leciona que é necessário à adoção e implementação de garantias e sanções para que o Estado não seja posto em risco e, nessa lógica, a existência do controle de constitucionalidade está diretamente alinhada.

O Estado constitucional democrático ficaria incompleto e enfraquecido se não assegurasse um mínimo de garantias e de sanções: garantias da observância, estabilidade e preservação das normas constitucionais; sanções contra atos dos órgãos de soberania e dos outros poderes públicos não conformes com a constituição. A ideia de proteção, defesa, tutela ou garantia da ordem constitucional tem como antecedente a ideia de defesa do Estado, que, num sentido amplo e global, se pode definir como o complexo de institutos, garantias e medidas destinadas a defender e proteger, interna e externamente, a existência jurídica e fática do Estado (defesa do território, defesa da independência, defesa das instituições). A partir do Estado passou a falar-se de defesa ou garantia da constituição e não de defesa do Estado. Compreende-se a mudança de enunciado linguístico. No Estado constitucional o objeto de proteção ou defesa não é, pura e simplesmente, a defesa do Estado, mas da forma de Estado tal como ela é normativo-constitucionalmente conformada - o Estado constitucional democrático. (CANOTILHO, 1993, p. 953).

Sendo assim, é aceitável inferir que o controle de constitucionalidade revela-se como importante instrumento de proteção e manutenção da essência do Estado democrático de direito, ao passo que preserva, no plano jurídico, toda carga axiológica conformada em sua Lei Fundamental.

Sobre o tema ensina também José Canotilho que muito embora o controle de constitucionalidade esteja ligado a um pensamento negativo, na medida em o Poder Judiciário age como legislador negativo, eliminando normas incompatíveis com a norma fundamental, há que se reconhecer a função concretizadora e desenvolvimentista do Direito constitucional, *in verbis*:

À ideia de controle anda geralmente associado a um pensamento negativo: o juiz ordinário controla a constitucionalidade dos atos normativos, desaplicando as normas eventualmente não conformes com a constituição; o Tribunal Constitucional controla a legitimidade constitucional, anulando os atos legislativos contrários à lei fundamental. Se não se pode contestar que o princípio da *judicial review* reconhece apenas aos tribunais o poder de constatar a nulidade de uma norma legal contrária à constituição e desaplicá-la no caso concreto, e que o controle concentrado abstrato é fundamentalmente (KELSEN) uma legislação negativa (mas não só: cfr. infra, efeitos da declaração de inconstitucionalidade) eliminadora das normas não compatíveis com a constituição, nem por isso se pode deixar de reconhecer constituir a tarefa de controle também uma tarefa de concretização e desenvolvimento do direito constitucional. (CANOTILHO, 1993, p. 957).

No que concerne ao controle de constitucionalidade, a doutrina elenca ainda duas premissas básicas que fundamentam sua existência e defesa. A primeira refere-se à *supremacia da constituição*, que seria sua posição de maior destaque dentro do sistema de normas, onde todas as espécies normativas situadas abaixo

da Lei Fundamental a tem como pressuposto lógico de validade e por esta razão devem guardar correspondência tanto material, quanto formal, como aduz Roberto Barroso:

A supremacia da Constituição revela sua posição hierárquica mais elevada dentro do sistema, que se estrutura de forma escalonada, em diferentes níveis. É ela o fundamento de validade de todas as demais normas. Por força dessa supremacia, nenhuma lei ou ato normativo - na verdade, nenhum ato jurídico - poderá subsistir validamente se estiver em desconformidade com a Constituição. (BARROSO, 2016, p. 23).

Convém lembrar que a ideia da supremacia constitucional decorre das revoluções liberais do século XIX que trouxeram consigo a concepção moderna de Constituição escrita, formal e rígida, onde a rigidez da Constituição tem como principal consequência o princípio da supremacia, do qual decorre o princípio da compatibilidade vertical das normas, que considera uma norma como válida, àquela que foi produzida de acordo com seu fundamento de validade. (NOVELINO, 2013).

A necessidade de preservar a supremacia, material e formal, das constituições deve ser encarada como pré-requisito fundamental para a existência do controle de constitucionalidade. Desse modo, é a estratificação e o escalonamento normativo que irá situar a posição hierárquica dos atos jurídicos, funcionando como parâmetro de fiscalização (supremacia formal). (BULOS, 2014).

Ademais, consoante Gilmar Mendes (2015) deve-se reconhecer que a valorização da supremacia da Constituição e de sua força vinculante em relação aos Poderes Públicos torna necessária, pela via de consequência, a discussão e adoção de formas e instrumentos eficazes de defesa da Constituição e sobre a necessidade de controle de constitucionalidade dos atos do Poder Público, mormente das leis e atos normativos.

Nessa baila, ensina José Afonso da Silva (2015) que o controle de constitucionalidade das leis é técnica especial da jurisdição constitucional, estabelecida pela própria Lei Maior e tem a finalidade de garantir e fazer valer sua supremacia, defendendo-a das inconstitucionalidades.

O autor supramencionado explica, ainda, que a constituição ocupa o vértice mais alto do sistema jurídico de modo a garantir validade e fundamento de legitimidade dos poderes estatais:



[...] a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do estado, pois é nela que se encontra a própria estruturação deste e a organização dos seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas. (SILVA, 2015, p. 23).

De igual modo, Luís Roberto Barroso leciona que seria ilógico admitir leis e atos normativos produzindo efeitos válidos em desconformidade com o texto constitucional, posto ser o mesmo que negar vigência a Lei Fundamental.

A lógica do raciocínio é irrefutável. Se a Constituição é a lei suprema, admitir a aplicação de uma lei com ela incompatível é violar sua supremacia. Se uma lei inconstitucional puder reger dada situação e produzir efeitos regulares e válidos, isso representaria a negativa de vigência da Constituição naquele mesmo período, em relação àquela matéria. A teoria constitucional não poderia conviver com essa contradição sem sacrificar o postulado sobre o qual se assenta. (BARROSO, 2012, p.106)

A seu turno, *rigidez constitucional* é a outra premissa que lastreia o controle de constitucionalidade elencada por boa parte da doutrina, ao passo que estabelece fórmulas que empregam maior dificuldade para modificação do texto constitucional do que às demais normas jurídicas do sistema, sendo portando, nesta medida, pressuposto para o princípio da supremacia da constituição. (SILVA, 2015).

Com efeito, adverte a doutrina que em não havendo essa distinção seria impensável se falar em controle de constitucionalidade de normas, em razão de inexistir qualquer diferenciação entre a norma parâmetro e a norma objeto do controle, conforme aduz Barroso (2016, p. 24):

A rigidez constitucional é igualmente pressuposto do controle. Para que possa figurar como parâmetro, como paradigma de validade de outros atos normativos, a norma constitucional precisa ter um processo de elaboração diverso e mais complexo do que aquele apto a gerar normas infraconstitucionais. Se assim não fosse, inexistiria distinção formal entre a espécie normativa objeto de controle e aquela em face da qual se dá o controle. Se as leis infraconstitucionais fossem criadas da mesma maneira que as normas constitucionais, em caso de contrariedade ocorreria a revogação do ato anterior e não a inconstitucionalidade.

Por outro lado, há quem relativize a rigidez constitucional como pressuposto necessário à existência do controle de constitucionalidade. Sobre a questão,

Lammêgo Bulos considera a rigidez constitucional elemento prescindível para compreensão do controle de constitucionalidade, e assim explica:

É equívoco erigir a rigidez ou a flexibilidade das constituições como pressupostos imprescindíveis para a existência material do controle de constitucionalidade. Somente no ângulo formal é que o princípio da rigidez pode ser aferido como paradigma de validade de outros atos normativos. Contudo, da ótica material, não há qualquer intersecção absoluta nesse campo a ponto de chegarmos ao extremo de acreditar que, "no Estado onde inexistir o controle, a constituição será flexível". Ora, e como ficaria a supremacia substancial das cartas flexíveis? Estariam tais constituições destituídas de roda e qualquer proteção? E a força dos grupos organizados da sociedade, dos costumes, das praxes e do bom senso? Sem dúvida, tais elementos influem na garantia da ordem constitucional, servindo como parâmetros materiais de defesa da *lex mater*. (BULOS, 2014, p. 187-188).

A propósito, cumpre destacar que a proteção dos direitos fundamentais também é importante fundamento de existência do controle de constitucionalidade. De modo que os direitos fundamentais e suas garantias de exercício, que compõem o texto constitucional, reclamam por meios de defesa, a fim de manter seu *status* de sobreposição em relação aos atos do Poder Público, sejam eles de natureza administrativa ou legislativa, presentes ou futuros. (BARROSO, 2016).

## 2.1 Antecedentes históricos

Destarte, a par dos conceitos, finalidade e fundamentos do controle de constitucionalidade, convém abordar os antecedentes históricos dos modelos de controle existentes atualmente.

A despeito, vale o registro que foram idealizados dois modelos principais de controle de constitucionalidade jurisdicional, o primeiro, de matriz norte americana, teve sua gênese no emblemático *caso Marbury versus Madison*, de 1803, onde o *Chief John Marshall* da Suprema Corte americana lançou as bases para a necessidade da existência do controle jurisdicional de leis e atos em relação à Constituição; o segundo, que teve origem nas ideias de *Hans Kelsen* inseridas na Constituição austríaca de 1920, onde sistematizou a necessidade de haver um tribunal incumbido da jurisdição constitucional.

Visto isso, adiante será realizada breve exposição das principais ideias e do contexto político-social dos respectivos momentos históricos de cada modelo, tanto do americano, quanto europeu.

### 2.1.2 Sistema americano ou difuso

Antes mesmo de ingressar na mecânica do modelo americano é importante destacar que, no período que as ideias do controle de constitucionalidade ganharam relevo, os Estados Unidos da América enfrentavam conturbado momento político, onde acabou por favorecer o objeto aqui estudado.

Sendo assim, naquela ocasião histórica, o então Presidente, *John Adams* e seu grupo político, federalista, haviam sido derrotados pelos republicanos nas eleições realizadas em meados do ano 1800, tanto para sucessão presidencial, quanto nos assentos da Assembleia Legislativa.

No final do seu mandato *John Adams*, com a intenção de conservar sua influência política através do Poder Judiciário, fez aprovar no Congresso, cuja maioria ainda era federalista, uma lei de reorganização do Judiciário Federal (*the Circuit Court Act*) que previa, dentre outras coisas, a redução do número de Ministros da Suprema Corte, para impedir novas nomeações pelo novo Presidente; além da criação de 16 novos cargos de juiz federal, todos ocupados com seus aliados federalistas. (BARROSO, 2016).

Em seguida, sancionou lei (*the Organic Act of the District of Columbia*) autorizando o Chefe do Executivo a nomear quarenta e dois juizes de paz, onde os nomes indicados já haviam sido confirmados pelo Senado, as vésperas da posse de *Thomas Jefferson*, presidente eleito. Ocorre que embora *John Adams* tenha assinado todos os termos de investidura dos juizes de paz no último dia de seu mandato, John Marshall, seu Secretário de Estado, não teve tempo hábil para entregar os termos a todos os nomeados antes de encerrar o governo. (BARROSO, 2016).

Ato contínuo, após a posse de *Thomas Jefferson*, o novo Secretário de Estado, *James Madison*, dando cabo às ordens do novo Presidente, negou-se a entregar os termos de investidura para os juizes de paz que não haviam recebido, e dentre eles estava *William Marbury* que, irredimido, propôs ação judicial (*writ of mandamus*) para ver seu direito de investidura reconhecido pela Corte americana. (BARROSO, 2016).

Para agravar o clima de tensão, o Congresso, agora de maioria republicana, em 1802, revogou a lei de reorganização judiciária do governo anterior, extinguindo todos os cargos criados, e destituindo seus respectivos ocupantes. Não bastasse

isso, o Congresso expediu ato suprimindo a reunião da Suprema Corte até fevereiro de 1803, com o único escopo de impedir eventuais questionamentos sobre referida decisão. Ainda havia a inclinação do novo presidente *Thomas Jefferson* de não considerar legítima qualquer decisão da Corte que obrigasse o governo a entregar os termos de investidura, sinalizando que não iria cumprir. (BARROSO, 2016).

Pelo exposto, é nesse contexto de conflito que as bases do controle de constitucionalidade ganharam expressividade. No julgamento de *Marbury versus Madison*, necessário frisar que, malgrado a Constituição americana não ter conferido a nenhum órgão judicial o poder de negar a aplicação de leis e atos normativos, *John Marshall*, em acurada argumentação, assentou a necessidade do *judicial review* e da competência do judiciário para a realização do controle de constitucionalidade.

Nesse contexto, no julgamento, *Marshall* em seu voto lançou três importantes fundamentos para justificar a necessidade de um controle judicial de constitucionalidade:

Todos aqueles que elaboram constituições escritas encaram-na como a lei fundamental e suprema da nação [...]. Um ato do Poder Legislativo contrário à Constituição é nulo. É enfaticamente da competência do Poder Judiciário dizer o Direito, o sentido das leis. Se a lei estiver em oposição à constituição a corte terá que determinar qual dessas normas conflitantes regerá a hipótese. E se a constituição é superior a qualquer ato ordinário emanado do legislativo, a constituição, e não o ato ordinário, deve reger o caso ao qual ambos se aplicam. (MARSHALL *apud* BARROSO, 2016, p. 30).

Portanto, o caso em espécie viabilizou a decisão que inaugurou o controle de constitucionalidade na sociedade moderna, de maneira a prestigiar o princípio da supremacia da constituição, da subordinação à ela de todos os Poderes estatais e da competência do Judiciário como seu intérprete final, podendo invalidar os atos que lhe objetem materialmente e formalmente. (BARROSO, 2016).

Ademais, em decorrência do que se assentou no julgamento do caso *Marbury v. Madison*, é de competência de qualquer órgão do Poder Judiciário o exercício do controle de constitucionalidade, como aduz Jose Canotilho (1993, p. 964):

A competência para fiscalizar a constitucionalidade das leis é reconhecida a qualquer juiz chamado a fazer a aplicação de uma determinada lei a um caso concreto submetido à apreciação judicial. [...] Não bastava, porém, afirmar a superioridade da constituição perante a lei: era necessário reconhecer a *judicial review*, ou seja, a faculdade judicial de controle da

inconstitucionalidade das leis. É a evolução que se concretiza, finalmente, com a sentença do juiz *Marshall* no caso *Marbury v. Madison*.

Com efeito, esta foi a primeira decisão na qual a Suprema Corte americana afirmou a competência do Poder Judiciário de exercer o controle de constitucionalidade, negando aplicação a leis que, segundo sua interpretação, fossem inconstitucionais, seguindo a dinâmica de que havendo conflito entre a aplicação da lei num caso concreto e a Constituição, em razão de sua posição hierárquica superior, deve prevalecer esta última.

### 2.1.3 Sistema austríaco ou concentrado

Após o caso paradigmático norte-americano, na Áustria idealizou-se o sistema concentrado de controle constitucional, onde a Constituição austríaca de 1920, fruto do pensamento de *Hans Kelsen*, sistematizou a necessidade de haver um tribunal de cúpula incumbido da jurisdição constitucional, como explica Lammêgo Bulos:

O sistema austríaco, ou europeu continental, adveio da Constituição da Áustria de 1º de outubro de 1920 (*Oktoberverfassung*), revelando uma nova faceta do controle de constitucionalidade: a fiscalização concentrada de normas, exercida por um órgão de cúpula do Poder Judiciário. Na Áustria, esse órgão de cúpula do Poder Judiciário é o Tribunal Constitucional (*Verfassungsgerichtsho*), encarregado, dentre outras atribuições, de exercer o controle concentrado de leis mediante requerimento especial (*Antrag*). Aliás, a Carta austríaca de 1920, por influência de Hans Kelsen, foi a primeira do mundo a consagrar um Tribunal Constitucional, no que foi seguida pela Constituição da Espanha de 1931. (BULOS, 2014, p. 195).

Seguindo a mesma linha de raciocínio, quanto à hierarquia superior da Norma Fundamental, *Kelsen* lançou as bases do controle concentrado, para este ser exercido, não por todos os órgãos do Poder Judiciário, como no modelo *marshaliano*, mas, sim, exercido por um único tribunal, com competência específica e originária.

A teor, Luís Barroso explica as premissas básicas do modelo *kelseniano* adotado em boa parte da Europa:

[...] para *Kelsen*, o controle de constitucionalidade não seria propriamente uma atividade judicial, mas uma função constitucional, que melhor se caracteriza como uma atividade legislativa negativa. Idealizador do controle

concentrado em um tribunal constitucional, considerava que a lei inconstitucional era válida até que uma decisão da corte viesse a pronunciar sua inconstitucionalidade. Antes disso, juízes e tribunais não poderiam deixar de aplicá-la. (BARROSO, 2016, p. 41).

Muito embora o modelo concentrado siga as convicções doutrinárias de Hans *Kelsen*, a doutrina aponta duas questões fático-jurídicas que também contribuem para a definição desse modelo alternativo.

A primeira, é que a maioria dos países europeus vem de uma tradição de *civil law*, onde inexistente o chamando *stare decisis*, sistema em que os julgados de um tribunal superior vinculam todos os demais órgãos judiciais subalternos no âmbito da mesma jurisdição. (BARROSO, 2016).

Nesse sentido, continua o autor supra, de maneira diferente dos países de tradição de *common law*, como os Estados Unidos, os países europeus necessitaram criar um órgão específico (tribunal constitucional) para desempenhar essa função, visto que o pensamento que imperava nos doutrinadores europeus era de que o juízo de constitucionalidade em face de uma lei não tinha natureza judicial, pois o juiz constitucional funcionava como legislador negativo, considerando que tinha o poder de retirar uma norma do sistema.

Dessa concepção de que esse órgão de cúpula não exerce função judicial decorre a segunda questão, que o tribunal constitucional não deve ser considerado como órgão integrante do Poder Judiciário e seus membros não deveriam ser juízes de carreira, mas, sim, por pessoas com perfil mais próximo de homens de Estado. Acerca do tema Eduardo Garcia de Enterría explica:

A fórmula *kelseniana* consagra assim o que tem sido chamado de um sistema de jurisdição concentrada frente ao sistema de jurisdição difusa, próprio do constitucionalismo americano. Porém esta mudança estrutural em realidade esconde um núcleo muito mais profundo. Para *Kelsen* o Tribunal Constitucional não é propriamente um tribunal, porque um Tribunal é um órgão que aplica uma norma prévia a fatos concretos e o Tribunal Constitucional não processa fatos concretos, mas é limitado a controlar a compatibilidade entre duas normas igualmente abstratas: a Constituição e a Lei. (ENTERRIA, 1982, p. 131, tradução nossa).<sup>1</sup>

<sup>1</sup> La fórmula *kelseniana* consagra así lo que se ha llamado un sistema de jurisdicción concentrada frente al sistema de jurisdicción difusa, propio del constitucionalismo americano. Pero este cambio estructural esconde en realidad una almendra bastante más profunda. Para *Kelsen* el Tribunal Constitucional no es propiamente un Tribunal, porque un Tribunal es un órgano que aplica una norma previa a hechos concretos y el Tribunal Constitucional no enjuicia hechos concretos, sino que se limita a controlar la compatibilidad entre dos normas igualmente abstractas las dos: la Constitución y la Ley.

Soma-se a essa justificativa técnico-jurídica, agora dentro de uma perspectiva histórica, que essa escolha restritiva de atuação do Poder Judiciário decorre do receio de *Kelsen* de se instaurar um governo de juízes, em virtude de haver naquela época certa revolta dos juízes contra a lei, um momento, enfim, onde à legislação tentava se sobrepor à jurisdição (BARROSO, 2016).

## 2.2 Fenômeno da inconstitucionalidade

Outro assunto de grande relevância dentro do estudo do controle de constitucionalidade diz respeito ao fenômeno da inconstitucionalidade.

Como já exposto, o controle de constitucionalidade é mecanismo formalmente orientado a fazer cessar os efeitos de leis e atos do Poder Público incompatíveis, formal e materialmente, com a norma fundamental, ou seja, destina-se a negar validade de leis e atos inconciliáveis com ordem constitucional estabelecida para determinado sistema normativo, em última análise, leis e atos *inconstitucionais*.

É inegável que a teoria da inconstitucionalidade está diretamente alinhada ao conceito de supremacia constitucional, onde, segundo Lammêgo Bulos (2014), essa ideia se assenta na premissa de que as normas constitucionais são soberanas dentro do ordenamento e, por via de consequência, todas as demais leis e atos do Poder Público devem guardar correlação positiva. Se, contudo, contrariarem o caráter supremo das normas constitucionais, estaremos diante da inconstitucionalidade.

De igual modo, a teor do princípio da supremacia, José Afonso da Silva, assevera que não só situações jurídicas positivas devem se conformar com os princípios e preceitos constitucionais, o entendimento moderno entende que negar aplicação das normas constitucionais também leva a ocorrência de inconstitucionalidades, a saber:

O princípio da supremacia requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição. Essa conformação com os ditames constitucionais, agora, não se satisfaz apenas com a atuação positiva de acordo com a constituição. Exige mais, pois omitir a aplicação de normas constitucionais, quando a Constituição assim a determina, também constitui conduta inconstitucional. (SILVA, 2015, p. 47).

Gilmar Mendes (2015), com fulcro nas lições de Jorge Miranda, ressalta que a constitucionalidade ou inconstitucionalidade perpassa, antes de tudo, por um juízo de relação que se estabelece entre as normas constitucionais e os demais atos normativos e leis infraconstitucionais, onde estas são ou não compatíveis com aquelas. Adverte, ainda, que esse processo não deve ser encarado como mera relação lógica ou intelectual, mas, sim, de natureza normativa e axiológica. E conclui dizendo:

Em verdade, é essa relação de índole normativa que qualifica a inconstitucionalidade, pois somente assim logra-se afirmar a obrigatoriedade do texto constitucional e a ineficácia de todo e qualquer ato normativo contraveniente. (MENDES, 2015, p. 1043).

A respeito desse caráter valorativo da declaração de inconstitucionalidade, Lammêgo Bulos desenvolve entendimento com a destreza que lhe é peculiar:

Curioso registrar que a inconstitucionalidade não é, por si só, um vício. Este é o aspecto exterior do fenômeno, que resulta de uma causa que o antecedeu, qual seja, a desconformidade da conduta, pública ou privada, perante a carta maior. É precisamente nesse sentido que a inconstitucionalidade é um juízo de valor, porque ela conduz o intelecto humano a considerar certas condutas - públicas ou privadas - contrárias à constituição. Essa particularidade, no estudo da matéria, é sobremodo tênue. Mas precisa ser esboçada, para jamais confundirmos a causa - a desconformidade - com o efeito propriamente dito - o vício. Ora, é a desconformidade que gera o vício, e não o vício que gera a desconformidade, ainda quando ambos os aspectos tenham pontos de contato. (BULOS, 2014, p. 139).

Com efeito, tem-se que a constitucionalidade é tida como a relação de conformidade hierárquica das leis e atos normativos com a Constituição de determinado Estado, denotando um vínculo de correspondência, adequação ou idoneidade do comportamento do Poder Público com as normas constitucionais. Por outro lado, inconstitucionalidade é a relação de desconformidade, inadequação e inidoneidade das condutas do Poder Público com a Lei maior. (BULOS, 2014).

### **2.3 Modalidades do controle de constitucionalidade**

Cumprir informar que, malgrado existam dentro da temática do controle de constitucionalidade diversas classificações para fins puramente didáticos – quando ao momento de realização (preventivo ou repressivo), quanto à natureza do órgão



(judicial ou político), quanto ao órgão judicial (difuso ou concentrado) e quanto ao modo (principal ou incidental) – no presente estudo será dado maior relevo ao controle jurisdicional, nas formas difusa (incidental) e concentrada (principal), em razão dos fins a que a pesquisa se propõe.

### 2.3.1 Quanto à natureza do órgão

Em relação à natureza do órgão a doutrina classifica o controle como político, judicial e misto. Em relação ao primeiro aduz José Afonso da Silva (2015, p.51), “O controle político é o que entrega a verificação da inconstitucionalidade a órgãos de natureza política”.

A opção pelo *controle político*, explica Paulo Bonavides (2013), decorre de que para alguns sistemas constitucionais há, dentro da dinâmica do controle de constitucionalidade de leis, efeitos políticos, além de elevar o órgão a um *status* de sobreposição aos demais, sendo, portando, mais adequado conferir esta atividade a um corpo político distinto do Legislativo, Executivo e Judiciário.

A expressão controle político sugere o exercício da fiscalização de constitucionalidade por órgão que tenha essa natureza, normalmente ligado de modo direto ao Parlamento. Essa modalidade de controle costuma ser associada à experiência constitucional francesa. De fato, remonta ao período revolucionário o empenho em criar um órgão político de controle de constitucionalidade. Razões históricas e ideológicas levaram os franceses à desconfiança em relação ao poder dos juízes e dos tribunais, com a conseqüente adoção de um modelo rígido de separação de Poderes. Daí a rejeição à fórmula do controle judicial. (BARROSO, 2016, p.64).

Como visto, tal compreensão emergiu dentro de momento histórico bem peculiar. A França pós-revolução estava envolta a um sentimento de desconfiança com os Tribunais do antigo regime, os legisladores revolucionários necessitavam, portanto, engendrar um sistema de controle que remediasse o problema.

Contudo, adverte Luís Roberto Barroso que, malgrado o modelo francês seja utilizado como principal ponto de referência para o controle político, seria melhor cunhar de controle não judicial.

Embora o modelo francês seja frequentemente referido como o arquétipo do controle político de constitucionalidade das leis, afigura-se mais apropriada a designação de controle não judicial. É que, no fundo, é o fato de não integrar o Poder Judiciário e de não exercer função jurisdicional o que mais

notadamente singulariza o *Conseil Constitutionnel* - junto com o caráter prévio de sua atuação. (BARROSO, 2016, p. 65).

Sendo assim, o controle político é realizado por órgão não jurisdicional, podendo ser exercido diretamente pelo legislativo ou por outro órgão específico para desempenho da função.

Por sua vez, o *controle jurisdicional* é o realizado por órgãos integrantes da estrutura do Poder Judiciário, como aduz José Afonso da Silva:

O controle jurisdicional, generalizado hoje em dia, denominado *judicial review* nos Estados Unidos da América, é a faculdade que as constituições outorgam ao Poder Judiciário de declarar a inconstitucionalidade de leis e de outros atos do Poder Público que contrariem, formal ou materialmente, os preceitos e princípios constitucionais. (SILVA, 2015, p. 51).

No que diz respeito à lógica do *judicial review*, embora contenha um enunciado simples, é demasiado engenhosa, posto que ao considerar que a lei incompatível com a constituição, é nula, e que se o poder de controlar a constitucionalidade fosse outorgado ao legislativo e não ao judiciário, um mesmo poder produziria e fiscalizaria lei, o que o colocaria em posição de onipotência em relação aos demais. (BARROSO, 2016).

Para finalizar, o *controle misto ou eclético* é o que se realiza quando a constituição confere situações, onde determinadas categorias normativas, são submetidas ao controle político e outras ao controle jurisdicional. (SILVA, 2015).

### 2.3.2 Quanto ao momento de exercício

O *controle preventivo* é o primeiro dos dois tipos de controle relacionados ao momento em o controle é exercido. Como lógico, ele se antecipa a realização do ato com vistas a impedir a lei que padeça do vício de inconstitucionalidade entre no mundo jurídico e produza efeitos.

Controle prévio ou preventivo é aquele que se realiza anteriormente a conversão de um projeto de lei em lei e visa impedir que um ato inconstitucional entre em vigor. O órgão de controle, nesse caso, não declara a nulidade da medida, mas propõe a eliminação de eventuais inconstitucionalidades. (BARROSO, 2016, p. 67).

Nesse contexto, em termos práticos o controle preventivo opera na fase do projeto de lei ou ato normativo, antecede o momento em que o ato do Poder Público ganha relevância no mundo jurídico, pela sua constituição. (BULOS, 2014).

A teor do momento de ação do controle de constitucionalidade José Canotilho assevera que:

Como critério de classificação elege-se aqui o momento da entrada em vigor do ato normativo. Se ele é feito quando a lei ou ato equivalente sujeito a controle é ainda um ato imperfeito, carecido de eficácia jurídica, diz-se que o controle é preventivo. (CANOTILHO, 1993, p. 967).

Por seu turno, o *controle repressivo* é realizado *a posteriore*, quando o ato paciente já formalmente ingressou no mundo jurídico, produzindo os efeitos que lhe são próprios.

O controle repressivo de constitucionalidade (típico) se realiza após a conclusão definitiva do processo legislativo, com a finalidade de assegurar a supremacia constitucional, por meio da invalidação de leis e atos dos poderes públicos. (NOVELINO, 2013, p.235).

Nesse diapasão o *controle repressivo, sucessivo ou a posteriore* é destinado a fazer cessar os atos do Poder Público inquinados do vício da inconstitucionalidade, neutralizando sua eficácia. (BARROSO, 2016).

### 2.3.3 quanto ao órgão judicial

Dentro da dinâmica do controle repressivo, exercido pelo Poder Judiciário, há também classificação para distinguir o tipo de controle realizado por apenas um órgão ou por todos eles.

De modo que o controle difuso ou sistema americano confia competência a todos os órgãos do Poder Judiciário para a declaração de inconstitucionalidade, como aduz, José Afonso da Silva (2015, p.52):

Os sistemas constitucionais conhecem dois critérios de controle de constitucionalidade: o controle difuso (ou jurisdição constitucional difusa) e o controle concentrado (ou jurisdição constitucional concentrada). Verifica-se o primeiro quando se reconhece o seu exercício a todos os componentes do Poder Judiciário, e o segundo, se for deferido ao tribunal de cúpula do Poder Judiciário ou a uma corte especial.

Esclarece Barroso (2016) que a origem do controle difuso é a mesma do controle judicial geral, advindo do caso emblemático *Marbury v. Madison*, ocasião

em que foi reconhecida a competência do próprio Poder Judiciário de revelar o sentido das leis, sobretudo, normas de caráter constitucional. De modo que, sendo a Constituição a lei das leis, haja vista sua supremacia, cabe a todos os juízes interpretá-la, e arremata dizendo:

Assim, na modalidade do controle difuso, também chamado de sistema americano, todos os órgãos judiciários, inferiores ou superiores, estaduais e federais, têm o poder e o dever de não aplicar as leis inconstitucionais nos casos levados a seu julgamento. (BARROSO, 2016, p. 70).

Por outro lado, deflui-se que o *controle concentrado*, também chamado de sistema austríaco, adjudica competência para o exercício do controle de constitucionalidade a somente um órgão jurisdicional, a saber:

O controle concentrado (ou reservado) é exercido apenas por um determinado órgão judicial. Também denominado de sistema austríaco (ou sistema europeu), surgiu na Constituição da Áustria de 1920, por obra de *Hans Kelsen*, a pedido do governo daquele país. (NOVELINO, 2013, p. 242).

Existe ainda a previsão de um *sistema de controle combinado, misto ou eclético*, onde a depender do caso, o controle das leis e atos normativos pode ser exercido na forma difusa ou concentrada.

#### 2.3.4 Quanto à forma de controle judicial

Por derradeiro, em relação à forma, o controle de constitucionalidade pode ser feito pela via de *exceção ou incidental*, onde, no bojo de uma demanda, como meio de defesa, apresenta-se a arguição de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

[...] por via de exceção, ou incidental, segundo o qual cabe ao demandado arguir a inconstitucionalidade, quando apresenta sua defesa num caso concreto, isto é, num processo proposto contra ele; por isso, é também chamado de controle concreto; (SILVA, 2015, p. 52).

A fiscalização da constitucionalidade de leis no *controle incidental* ou *incidenter tantum* ou *controle concreto* é realizada tanto por juízes como tribunais, por ocasião do julgamento de casos concretos. Essa competência deve ser deferida

a todos os pontos ser o caminho necessário para a prestação jurisdicional, a declaração da constitucionalidade ou inconstitucionalidade é conhecida no processo como questão prejudicial e que precisa ser resolvida para solução válida do litígio. (BARROSO, 2016).

Complementando a doutrina de José Afonso da Silva, Barroso assevera, ainda, que não obstante o controle incidental é conhecido como via de exceção ou defesa, a arguição pode ser alegada tanto pelo demandado como por quem demanda.

O controle incidental é por vezes referido, também, como controle por via de exceção ou defesa, porque normalmente a inconstitucionalidade era invocada pela parte demandada, para escusar-se do cumprimento da norma que reputava inválida. Todavia, a inconstitucionalidade pode ser suscitada não apenas como tese de defesa, mas também como fundamento da pretensão do autor, o que se tornou mais frequente com a ampliação das ações de natureza constitucional, inclusive e notadamente pelo emprego do mandado de segurança, tanto individual como coletivo. (BARROSO, 2016, p. 72).

Nesses termos, acrescenta Fredie Didier Junior, são questões conhecidas e resolvidas como objeto de cognição judicial, porém por integrarem a fundamentação da decisão não fazem coisa julgada material. (DIDIER JUNIOR, 2013).

A seu turno, existe ainda o *controle abstrato* ou *por via de ação ou por via direta*, que em tese é exercido sem a necessidade de existir um caso concreto levado a conhecimento do Poder Judiciário.

Marcelo Novelino (2013) acrescenta, contudo, que esta modalidade de controle não representa simples juízo de relação entre o ato vergastado e a norma constitucional violada, por julgar ser inevitável a cognição de elementos fáticos na atividade de interpretação e aplicação do direito.

Com efeito, o controle pela via de ação é aquele que trata de aferir a (in)constitucionalidade de leis como questão principal, onde sua apreciação pelo órgão competente faz coisa julgada material, a vista de integrar o dispositivo da decisão, ao contrário do que acontece com o *controle concreto*, como dito anteriormente.

Já o controle de constitucionalidade principal ou *incidenter principaliter* é aquele em que o vício de inconstitucionalidade é trazido como questão principal em sede de ação direta de controle de constitucionalidade, como questão que deve ser decidida (como objeto de julgamento) e não somente conhecida. (DIDIER JUNIOR, 2013, p. 461).

Outra característica importante do controle abstrato é a inexistência de lide e partes, revela-se, pois, como um processo objetivo, onde o propósito maior é possibilitar a defesa da Constituição aferindo a constitucionalidade de leis e atos de per si, como aduz Luís Roberto Barroso (2016, p. 73):

Trata-se de controle exercido fora de um caso concreto, independente de uma disputa entre partes, tendo por objeto a discussão acerca da validade da lei em si. Não se cuida de mecanismo de tutela de direitos subjetivos, mas de preservação da harmonia do sistema jurídico, do qual deverá ser eliminada qualquer norma incompatível com a Constituição. A ação direta é veiculada através de um processo objetivo, no qual não há lide em sentido técnico, nem partes.

Cumprido esclarecer que o processo de estimar a constitucionalidade é realizado no *controle concreto* é semelhante ao do *controle abstrato* de modo que a verificação da constitucionalidade do ato é anterior à decisão do caso concreto.

Em outros termos, significa que no *controle abstrato* estar-se diante de uma questão de direito, de modo a verificar a compatibilidade entre o ato e a norma parâmetro. E no controle concreto estar-se diante de uma questão de fato, onde são analisadas as particularidades do caso apresentando pelo autor no confronto com as normas constitucionais.

### **3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE JURISDICIONAL NO DIREITO BRASILEIRO**

Visto os conceitos gerais, sistemas de controle e modalidades de exercício do controle de constitucionalidade de leis e atos do Poder Público, faz-se necessário, para avançar no propósito da pesquisa, realizar estudo sobre o controle de constitucionalidade judicial praticado à luz da República Federativa do Brasil.

Desse modo, o presente capítulo dedica-se a tentar evidenciar a evolução do controle de constitucionalidade judicial de leis no Brasil, elencando seus principais momentos históricos e conceituais, além de apresentar o sistema de controle desenhado pela Constituição de 1988, em vigor até os dias atuais, máxime no que concerne aos efeitos das decisões proferidas tanto no controle difuso, como no concentrado.

#### **3.1 Evolução do controle de constitucionalidade jurisdicional**

O controle de constitucionalidade de leis no Brasil faz-se presente desde a carta política outorgada de 1824. De certo ser, naquela época, um modelo com exclusividade do controle político e com previsão para ser exercido pelo Poder Legislativo, trazia consigo um pensamento rudimentar em comparação com os modelos mais modernos.

Sob essa ótica, Paulo Bonavides (2013) anota que a tímida sindicância de constitucionalidade prevista no art. 173 da Carta outorgada revelava uma feição puramente política, onde era deferido à Assembleia Geral, no princípio de suas sessões, examinar se a Constituição havia sido exatamente observada para prover como for justo.

Assevera Gilmar Mendes que naquela época inexistia espaço para o controle judicial nos moldes atuais, visto vigorar naquele momento o dogma da *soberania do parlamento*, de importação francesa.

A Constituição de 1824 não contemplava qualquer sistema assemelhado aos modelos hodiernos de controle de constitucionalidade. A influência francesa ensejou que se outorgasse ao Poder Legislativo a atribuição de fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las, bem como velar na guarda da Constituição. (MENDES, 2015, p. 1076).

Concessa vênia, há entendimento que no regime imperial inexistia qualquer modelo de controle de constitucionalidade, tanto político, como jurisdicional. Embora constar previsão para exercê-lo, a existência o Poder Moderador, impedia sua concretude. De modo que, somente a partir da República o sistema de controle passou a ter mais relevância. (BARROSO, 2016). Corroborando com essa perspectiva, Uadi Lammêgo Bulos diz:

Teoricamente, pois, o controle de constitucionalidade deveria ser exercido pelo Poder Legislativo. Contudo, ele se manteve inerte diante da onipotência do Poder Moderador, ao qual competia assegurar a independência, equilíbrio e harmonia dos demais Poderes (BULOS, 2014, p. 201).

Ato contínuo, com a superação do regime imperial e advento da República, houve grande avanço no sistema de controle de leis brasileiro. Assim, é com a Constituição de 1891 que se inaugura o controle de constitucionalidade jurisdicional de forte proximidade com o sistema de controle americano.

O regime republicano inaugura uma nova concepção. A influência do direito norte-americano sobre personalidades marcantes, como a de Rui Barbosa, parece ter sido decisiva para a consolidação do modelo difuso, consagrado já na chamada Constituição provisória de 1890 (art. 58, § 1º, a e b). (MENDES, 2015, p. 1078).

Destarte, as ideias contidas na Carta de 1891 persistem até os dias atuais. Com o passar dos anos e a paulatina evolução do sistema de controle, que só veio a sofrer grandes alterações com a Constituinte de 1988, há a preeminência do controle jurisdicional. De certo que naquela ocasião ficou estabelecido que o sistema era essencialmente jurisdicional, acolhendo o critério difuso pela via de exceção (SILVA, 2015).

Essa sedução ao controle pela *via de exceção* se justifica, afirma Paulo Bonavides (2013), ainda, pelo viés eminentemente liberal que Carta de 1891 traz consigo, de modo a ser idealizado para propiciar um ambiente de fácil defesa e salvaguarda de direitos individuais. E continua dizendo:

Sem a presença dessa inspiração tão forte, tão individualista, tão liberal, jamais teríamos chegado talvez a cimentar o alicerce de um controle jurisdicional, de preferência a um controle político. [...] O controle por via de exceção é de sua natureza o mais apto a prover a defesa do cidadão contra os atos normativos do Poder, porquanto em toda demanda que suscite



controvérsia constitucional sobre lesão de direitos individuais estará sempre aberta uma via recursal à parte ofendida. (BONAVIDES, 2013, p. 337).

Nesse diapasão, a Constituição de 1891, além de inaugurar o controle jurídico-difuso de constitucionalidade, estabeleceu competência do Supremo Tribunal Federal como corte de revisão das decisões das justiças estaduais, em caráter de definitivo, nas questões que discutissem a validade e aplicação de leis e tratados federais. (BULOS, 2014).

Outro momento que merece igual destaque é a inclusão, ainda que diminuta, do controle pela *via principal* ou *controle concentrado* com a promulgação da Constituição de 1934, quando previa a possibilidade de ajuizamento perante o Supremo Tribunal Federal da representação interventiva, como explica José Afonso da Silva (2015, p. 53):

As constituições posteriores à de 1891, contudo, foram introduzindo novos elementos, de sorte que, aos poucos, o sistema de afastara do puro critério difuso com a adoção de aspectos do **método concentrado**, sem, contudo, aproximar-se do europeu. (grifo do autor).

Nesse contexto, acentua Gilmar Mendes a importância dessa inovação trazida pela Constituição de 1934 ao asseverar que:

Talvez a mais fecunda e inovadora alteração introduzida pelo Texto Magno de 1934 se refira à "declaração de inconstitucionalidade para evitar a intervenção federal", tal como a denominou Bandeira de Mello, isto é, a representação interventiva, confiada ao Procurador-Geral da República, nas hipóteses de ofensa aos princípios consagrados no art. 79, I, *a a h*, da Constituição. (MENDES, 2015, p. 1081).

Luís Roberto Barroso acrescenta, que, além da representação interventiva – embrião do controle concentrado –, no âmbito o controle difuso passou-se a se exigir o *quorum* de maioria absoluta dos tribunais para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público e a atribuição de competência ao Senado Federal para suspensão de leis declaradas, em decisões irrecorríveis, incompatíveis com o texto constitucional. (BARROSO, 2016).

Como bem advertiu José Afonso da Silva, a representação interventiva aproximou o controle de constitucionalidade ao modelo *concentrado ou abstrato* sem, contudo, instituí-lo. Desse modo, no Brasil, podemos dizer com propriedade que o controle abstrato de leis só foi inserido definitivamente no sistema de controle

a partir da Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, como aduz Lammêgo Bulos:

A Constituição de 1946 foi modificada pela Emenda Constitucional n. 16, de 26 de novembro de 1965, que inaugurou oficialmente em nosso país a fiscalização abstrata de normas. Nisso, conferiu ao Supremo Tribunal Federal a competência para processar e julgar originariamente ações diretas de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou federal, propostas pelo Procurador-Geral da República. (BULOS, 2014, p. 203).

Como visto, inaugura-se no Brasil um mecanismo de controle constitucional igual ao que impera na Europa, onde nas Cortes constitucionais, por ação direta, discute-se, abstratamente, validade de leis e atos do Poder Público em relação às normas constitucionais, *in verbis*:

Art. 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete: I - processar e julgar originariamente: k) a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 16, de 1965). (BRASIL, 1946).

Além dessa hipótese genérica de ação direta de inconstitucionalidade de competência do Supremo Tribunal Federal, a referida emenda também deu abertura para a lei estabelecer um processo similar ao da corte suprema para que, na esfera da justiça estadual, também se possa declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato municipal em conflito com a constituição estadual. (SILVA, 2015).

Apesar das alterações, impende dizer que não houve qualquer alteração na sistemática do controle difuso já existente, revelando a predisposição brasileira à adoção de um sistema misto de controle de constitucionalidade de leis e atos normativos.

### **3.2 O controle judicial de constitucionalidade na CRFB/88**

Por oportuno, faz-se necessário agora ingressar no estudo da configuração do sistema de sindicância de leis delineado pela constituição vigente. E vale registrar que o sistema instituído pela constituinte de 1988 é tido como primoroso pelo caráter democrático que lhe foi empregado pela ampliação legitimados a propor ação direta.

O modelo de controle da constitucionalidade implantado pela Carta de 1988 é um dos mais avançados do mundo, principalmente em matéria de fiscalização concentrada. Esse detalhe é significativo, porque a Carta de Outubro ampliou a legitimidade para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (art. 103). Possibilitou que as grandes controvérsias constitucionais fossem submetidas ao Supremo Tribunal Federal pelo processo de controle concentrado de normas. (BULOS, 2014, p. 204).

A rigor, antes de 1988 apenas o Procurador-Geral da República era legitimado a propor a ação direta no controle concentrado, com a nova alteração é deferido ao Presidente da República, às Mesas do Senado federal, da Câmara dos Deputados, das Assembleias Legislativas dos Estados e a Câmara Legislativa do Distrito Federal, ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, a partido político com representação no Congresso Nacional e à Confederação Sindical ou Entidade de Classe de âmbito nacional. Apesar da ampliação do rol de legitimados, José Afonso da Silva (2015) lamenta não ter sido facultado ao cidadão propor as ações do controle concentrado.

Inovação de grande importância e aplaudida pela doutrina, é a possibilidade de acionar a jurisdição constitucional, alegando flagrante omissão do Poder Público em dar efetividade aos comandos constitucionais. Assim, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão demonstra o cuidado que o constituinte originário teve em tonificar a força normativa do texto constitucional. (BULOS, 2014).

Barroso (2016) explica ainda que o Estatuto de 1988 manteve o sistema eclético, híbrido ou misto, permitindo tradicional controle por via incidental (difusa), datado do deste o início do período republicano, além do controle por via concentrada (concentrado), mas, não só isso:

Trouxe, todavia, um conjunto relativamente amplo de inovações, com importantes consequências práticas, dentre as quais podem ser destacadas: a) a ampliação da legitimação ativa para propositura de ação direta de inconstitucionalidade (art. 103); b) a introdução de mecanismos de controle da inconstitucionalidade por omissão, como a ação direta com esse objeto (art. 103, § 2º) e o mandado de injunção (art. 5º, LXXI); c) a recriação da ação direta de inconstitucionalidade em âmbito estadual, referida como representação de inconstitucionalidade (art. 125, § 2º); d) a previsão de um mecanismo de arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º); e) a limitação do recurso extraordinário às questões constitucionais (art. 102, III). (BARROSO, 2016, p. 87).

Outra grande novidade ocorrida na vigência da CRFB de 1988 foi a previsão de ação declaratória de constitucionalidade, instituto do controle concentrado inserido pela Emenda Constitucional nº 03/93, que, de modo geral, não tem o escopo de

invalidar lei ou ato normativo federal, mas, sim, confirmar sua constitucionalidade, pacificando controvérsias de ordem constitucional.

### 3.2.1 Meios de provocação do sistema de controle jurisdicional brasileiro

Como visto, a Constituição de 1988 adotou um sistema eminentemente jurisdicional, do tipo eclético, permitindo assim a coexistência do controle pela via ação (concentrado) e pela via de exceção (difusa), que, consoante Lammêgo Bulos, representam expedientes consagrados para promoção justiça constitucional pelo Poder Judiciário:

Ambs são vias jurisdicionais de declaração da inconstitucionalidade. Equivalem aos meios consagrados pela ordem jurídica para o Poder Judiciário realizar a justiça constitucional, reprimindo a existência de normas incompatíveis com a supremacia da constituição [...]. Como vigora, no Brasil, o controle misto, a tarefa do Poder Judiciário efetiva-se por duas vias diferentes: via de exceção (ou de defesa) = controle difuso; e via de ação (ou abstrata) = controle concentrado. (BULOS, 2014, p. 205).

A par dessas considerações, passa-se ao estudo dos dois critérios, quanto ao órgão judicial que desempenha o controle, com fulcro na Constituição da República Federativa brasileira de 1988. Em seguida far-se-á estudo isolado da natureza jurídica das decisões e de seus efeitos, quando declaram inconstitucional lei ou ato normativo.

#### 3.2.1.1 Controle difuso ou concreto

No que concerne ao controle difuso, existente desde 1981, foi mantida a mesma essência na carta política em vigor, de modo a possibilitar a qualquer órgão do Poder Judiciário (juiz ou tribunal) declarar a inconstitucionalidade de leis ou ato normativo, como explica Silva (2015, p. 54), “De acordo com o controle por exceção, qualquer interessado poderá suscitar a questão de inconstitucionalidade, em qualquer processo, seja de que natureza for, qualquer que seja o juízo.”.

A via de exceção no sistema brasileiro, pontua Barroso (2016), sem criticar o controle concentrado, é o único meio disponível de acesso do cidadão comum a jurisdição constitucional na defesa de seus direitos subjetivos fundamentais. Pelo critério difuso, tanto autor, como réu, podem arguir a inconstitucionalidade no curso

da ação, e, além deles, o Ministério Público, terceiro interessado e o próprio órgão julgador.

A teor da legitimidade para arguição da inconstitucionalidade e sobre a expressão “exceção”, recorrente no estudo do controle difuso, Uadi Lammêgo Bulos adverte o seguinte:

Cumprе ressaltar que, se tomada ao pé da letra, a terminologia via de exceção, como meio de designar o controle difuso, apresenta impropriedades. Exceção é a defesa oposta pelo réu. Ora, em sede de controle difuso nem sempre é o réu quem levanta a questão prévia de inconstitucionalidade. Até o juiz, de ofício, e no caso concreto, pode suscitar a prejudicial, afastando a aplicabilidade da norma inconstitucional. (BULOS, 2014, p. 205).

O que deve restar claro é que o exercício do controle difuso, afirma Alexandre Moraes (2012), está restrito a um caso concreto a ser decidido pelo Poder Judiciário, onde, incidentalmente, deverá decidir pela inconstitucionalidade ou não da lei ou ato normativo. E nesse expediente, declara a incompatibilidade apenas para o deslinde do caso, como questão prejudicial, o juízo cognitivo não integra, portanto, o dispositivo da decisão, tão somente sua fundamentação. Entendimento contido também nas lições de Gilmar Mendes:

Assim, a característica fundamental do controle concreto ou incidental de normas parece ser o seu desenvolvimento inicial no curso de um processo, no qual a questão constitucional configura antecedente lógico e necessário à declaração judicial que há de versar sobre a existência ou inexistência de relação jurídica. (MENDES, 2015, p. 1108).

Não se deve olvidar também da regra da reserva de plenário esculpida no art. 97, da atual Constituição brasileira que prevê ser indispensável nas declarações de inconstitucionalidade, por órgãos colegiados (tribunais), o alcance da maioria absoluta dos votos, “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.”. (BRASIL, 1988).

Essa orientação da CRFB 1988 denota cuidado ao princípio da presunção de constitucionalidade das leis no sistema normativo, existe controle político prévio da constitucionalidade de leis que lastreia essa presunção. Sendo assim, a reserva de plenário, aduz Barroso (2016), prestigia tal orientação exigindo *quorum* qualificado para a declaração de inconstitucionalidade por tribunal ou de seu órgão especial.

Cumpra informar que nem sempre a regra da reserva de plenário é de observância obrigatória, o STF, dentro de uma leitura teleológica do art. 97 da CF, tem entendido que, havendo pronunciamento anterior sobre a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo pelo próprio STF ou já tendo pronunciamento pelo mesmo tribunal inferior sobre a inconstitucionalidade da lei ou ato; é facultado ao juiz monocrático ou órgão fracionário decidir, seguindo a mesma orientação. (MORAES, 2012).

### 3.2.1.2 Controle concentrado ou abstrato

A seu turno o controle abstrato de constitucionalidade que tem como precedente a representação interventiva da Carta de 1943 e que foi introduzido no sistema brasileiro na Constituição de 1946, por ocasião da Emenda Constitucional nº 16 de 1965, e mantido desde então, confere ao Supremo Tribunal Federal a competência para declarar inconstitucionalidade, em tese, de lei ou ato normativo, em expediente tido como legítimo mecanismo de preservação da ordem constitucional.

No Brasil, o controle concentrado - também chamado de objetivo, reservado, fechado, em tese, principal, abstrato ou centralizado - atrela-se à via de ação. Pela via de ação, somente o Supremo Tribunal Federal fiscaliza a constitucionalidade das leis e atos normativos, podendo ser provocado pelos mecanismos abstratos de defesa da Constituição. (BULOS, 2014, p. 235).

Nesse *prima*, a manifestação do controle concentrado de constitucionalidade só se verifica no julgamento objetivo perante o Supremo Tribunal Federal, conforme desenho da Constituição de 1988.

A respeito, Canotilho (1993) ensina que se trata de especial função de controlar, de forma abstrata e concentrada, a constitucionalidade das leis, independentemente da existência de casos concretos submetidos aos tribunais, onde se suscitasse a aplicação prática da lei impugnada como inconstitucional.

Dentro da dinâmica do controle concentrado, há fuga a ideia tradicional de solução de conflitos, e posições antagônicas das partes, este expediente deve ser encarado como um exercício atípico de jurisdição, posto inexistir qualquer litígio ou situação concreta que mereça tutela do Poder Judiciário. Aqui se busca um pronunciamento acerca da própria lei, enquanto parte integrante de um sistema

normativo harmônico. As ações do controle concentrado visam primordialmente defender a supremacia constitucional e a proteção de todo o ordenamento. (BARROSO, 2016).

Nesse particular, corrobora ainda Alexandre Moraes declarando que o objetivo central do controle pela via ação é garantir as relações jurídicas que não podem tolerar normas inconstitucionais, a saber:

Por meio desse controle, procura-se obter a declaração da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em tese, independentemente da existência de um caso concreto, visando-se à obtenção da invalidação da lei, a fim de garantir-se a segurança nas relações jurídicas, que não podem ser baseadas em normas inconstitucionais. (MORAES, 2012, p. 760).

Oportuno difundir as lições de Paulo Bonavides (2013) que aponta como principal característica do controle concentrado seu caráter extremamente energético e agressivo, em razão da natureza fulminante da ação direta. Sendo, portanto, meio idôneo para impugnar de imediato à lei inquinada de vício de inconstitucionalidade, a qual poderá perder sua validade constitucional e conseqüentemente ser anulada *erga omnes*.

A previsão do controle concentrado está disposta dentro das competências deferidas pela CRFB/88 ao Supremo Tribunal Federal, *in litteris*:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; § 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. (BRASIL, 1988).

*In casu*, pode-se concluir que o controle concentrado é, portanto, de competência atribuída exclusivamente ao STF de retirar da ordem jurídica leis, atos e situações que ostentem incompatibilidade vertical, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

Sobre o controle concentrado é preciso informar ainda, que - ao contrário do por via de exceção, que permite a qualquer pessoa dentro de um processo arguir a

inconstitucionalidade de lei - só é outorgada legitimidade a certas pessoas para provocar o Supremo Tribunal Federal a declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

Destarte, o art. 103 da Constituição da República enumera rol taxativo dos legitimados a propor as ações do controle abstrato, *in verbis*:

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

Em relação à legitimidade para propor as ações, Paulo Bonavides (2013) salienta que o controle de constitucionalidade na via direta é pensado para resolver os conflitos entre os poderes públicos. Afirma que esta característica, presente em alguns sistemas constitucionais, limita a atuação da iniciativa individual, conferindo a apenas algumas autoridades públicas. E acrescenta ser plenamente possível, dentro de um sistema democrático, permitir a todos os cidadãos deflagrar o controle pela via de ação.

### **3.3 Os efeitos das decisões do sistema brasileiro de controle**

Como anunciado, optou-se por analisar de forma separada a natureza das decisões dos critérios de controle jurisdicional, bem como do estudo de seus efeitos, tanto no controle difuso, como no controle concentrado, com o escopo de estabelecer suas principais características e consequências para o sistema normativo brasileiro.

Por outro lado, contudo, faz-se imperiosa a realização de um recorte nos mecanismos de controle existentes, para analisar apenas os efeitos da Ação Direta de Inconstitucionalidade, em face de sua natureza mais genérica, com o fito de declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

É inegável que a ADI figura como o mais importante instrumento do controle concentrado. É por meio desta ação que os legitimados levam a discussão, em



abstrato, sobre a constitucionalidade de normas ao Supremo Tribunal Federal, como chancela Lammêgo Bulos:

Ação direta de inconstitucionalidade genérica é o mecanismo de controle exclusivamente abstrato de normas que consiste num processo objetivo de defesa da Constituição Federal. O instituto é ínsito ao controle concentrado de normas, porquanto é o Supremo Tribunal Federal - e somente ele - quem o aprecia. Por seu intermédio, instaura-se lídimo processo objetivo, que não visa tutelar casos concretos, algo que, no Brasil, é realizado pelo controle difuso. (BULOS, 2014, p. 256).

Com efeito, como natural do controle concentrado, na ação direta não há qualquer vinculação a fatos concretos, tampouco interesses de partes. O instrumento revela grau elevado de abstração, relacionando a lei em si com a norma parâmetro supostamente violada.

Todavia, cumpre anotar que esse distanciamento das questões fáticas vem sendo paulatinamente relativizado, sobretudo pela possibilidade do relator conhecer matérias de fato que ostentem grande relevância, conforme disciplina no parágrafo 1º, do art. 9º, da Lei nº 9.868/99:

Art. 9º. Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento. § 1º Em caso de necessidade de **esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos**, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria. (BRASIL, 1999, grifo nosso).

Nesse contexto, a inovação legislativa denota a preocupação em reconhecer uma comunicação entre fato e norma, que, pra uma interpretação constitucional mais aprimorada, deve-se abandonar o modelo hermenêutico clássico, superando o contraste mecânico entre normas. (MENDES, 2015).

Em síntese, considerando os fins a que essa pesquisa se destina, os efeitos da decisão na ADI são o melhor parâmetro para dialogar com as decisões do controle difuso, em razão dos dois expedientes buscarem a declaração de inconstitucionalidade, em tese, de lei ou ato normativo, com única ressalva de que na via de exceção o juízo sobre a constitucionalidade integra os fundamentos da sentença ou acórdão, enquanto na via direta integra o dispositivo.

### 3.3.1 Natureza jurídica das decisões do controle jurisdicional brasileiro

Antes de ingressar na discussão dos efeitos das decisões, convém definir qual é de fato a natureza jurídica das decisões do controle de constitucionalidade brasileiro, se constitutiva ou meramente declaratória. Analisando essa controvérsia José Afonso da Silva destaca que o cerne é saber se o ato viciado é inexistente, nulo ou anulável:

Problema debatido é o dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, cujo deslinde depende da solução da grave controvérsia sobre a natureza do ato inconstitucional: se é inexistente, nulo ou anulável. (SILVA, 2015, p. 52-53).

É cediço que se firmou entendimento dentro do Brasil, cujo ponto de partida foi o sistema de controle norte-americano, que o vício da inconstitucionalidade se situa campo da nulidade. De modo que a premissa maior é: lei inconstitucional é lei nula, que tem como consequência uma decisão de natureza declaratória. (BARROSO, 2016).

A natureza declaratória da decisão que resolve a arguição de inconstitucionalidade também é percebida por Gilmar Mendes, de maneira que o órgão julgador limita-se a reconhecer o que já existe:

O Tribunal tanto poderá declarar a constitucionalidade da lei como a sua inconstitucionalidade. Neste caso, entende-se que a declaração de inconstitucionalidade corresponde a uma declaração de nulidade da lei. À decisão de inconstitucionalidade atribui-se eficácia *ex tunc*. (MENDES, 2015, p. 1184).

Como já assinalado tal noção de decisão declaratória provém do emblemático caso norte-americano, que, no Brasil, tem grande influência, como destaca grande parte da doutrina.

A doutrina reafirma a precedência da decisão *Marbury*, pois a mesma define alguns aspectos de demarcam o modelo norte-americano de controle de constitucionalidade, tais como, por exemplo, a natureza da decisão que seria compreendida como declaratória, com efeitos temporais retroativos (*ex tunc*). (CRUZ; MEYER; RODRIGUES, 2012, p. 4).

Nesta senda, impera no Brasil a ideia de que a norma se faz inconstitucional desde o momento de sua criação. Ao contrário do que é pregado no sistema

austríaco, no qual vigora entendimento que a norma ou ato é inconstitucional, não de berço, *ab initio*, mas do momento do reconhecimento pelo Tribunal Constitucional, sendo este expediente formalizado com uma decisão de natureza constitutiva.

Luís Roberto Barroso, realizando recorte histórico do sistema austríaco, desenhado por *Hans Kelsen*, de forma ligeira, conclui o seguinte sobre esta doutrina:

[...] a inconstitucionalidade não geraria uma nulidade, mas tão somente a anulabilidade do ato. Como consequência a decisão que a reconhecesse teria natureza constitutiva negativa e produziria apenas efeitos *ex nunc*, sem retroagir ao momento do nascimento da lei. (BARROSO, 2016, p. 41).

Conclui-se, portanto, que é corrente majoritária no Brasil a que defende a teoria da nulidade, a qual defende o reconhecimento de inconstitucionalidades por meio de decisão de natureza declaratória, fulminado à lei desde o momento de sua entrada no ordenamento jurídico.

### 3.3.2 Efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado

Os efeitos das decisões de mérito proferidas no controle concentrado seguem a regra geral disciplinada na Constituição Federal de 1988 e, de forma complementar, na legislação infraconstitucional, Lei nº 9.868/99. Do texto constitucional extrai-se o seguinte:

Art. 102, § 2º. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (BRASIL, 1988).

Ato contínuo, da Lei nº 9.868/99, na altura do Parágrafo único do art. 28, acrescenta que independentemente da técnica utilizada para a declaração da (in)constitucionalidade, o *decisum* manterá todos os efeitos encartados na Lei Maior.

Art. 28. Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder

Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal. (BRASIL 1999).

Nesse diapasão, após a edição da referida lei, a regra geral é que as decisões produzem efeitos retroativos (*ex tunc*), gerais (*erga omnes*), repristinatórios e vinculantes. (BARROSO, 2016).

Didaticamente, para uma compreensão mais analítica dos múltiplos efeitos das decisões do controle de constitucionalidade, a doutrina brasileira tem dividido esses efeitos em pelo menos três planos: objetivo, subjetivo e temporal. Com base nessa convenção, passa-se ao estudo de cada um desses enfoques.

### 3.3.2.1 No plano objetivo

Consoante ensina Marcelo Novelino (2013), o estudo do plano objetivo da decisão está relacionado à tradicional divisão das partes jurídicas mais relevantes da decisão: fundamentação e dispositivo. E, nessa baila, é o dispositivo que de fato reveste-se do manto da coisa julgada e se mostra habilitado a surtir os efeitos próprios conferidos pelo art.102, § 2º, CRFB/88. E arremata dizendo:

No controle abstrato, a (in)constitucionalidade é o objeto principal do pedido (questão *principaliter tantum*) e, por isso, deve ser declarada no dispositivo da decisão. Quando a este não há dúvidas de que produz eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. (NOVELINO, 2013, p. 289).

Em igual sentido, Barroso (2016) considera que o limite objetivo da coisa julgada no bojo de ADI está, em regra, restrita a matéria decidida compreendida na parte dispositiva da decisão.

Como bem assinalado pelos eminentes juristas, tradicionalmente, é o dispositivo da decisão que faz coisa julgada material e que, conseqüentemente produz eficácia contra todos e vincula os demais órgãos do Poder Público. Existe, porém, interessante celeuma em torno da *teoria da transcendência dos motivos determinantes*, que fomenta a necessidade de se reconhecer eficácia vinculante não só a parte dispositiva, mas também a aqueles fundamentos imprescindíveis a conclusão alcançada.

Sobre o impasse Novelino (2013) revela que a divergência pode ser resumida em duas teorias: *teoria restritiva*, defende que o efeito vinculante deve ser conferido

apenas à parte dispositiva da decisão; e a *teoria extensiva* que considera ser possível dotar de efeito vinculante os motivos determinantes da decisão.

Nessa linha de raciocínio, os fundamentos que levaram a prolação da decisão são tão relevantes e imprescindíveis a conclusão final que devem transcender ao ponto de vincular os demais órgãos do Poder Público.

Por essa linha de entendimento, é reconhecida eficácia vinculante não apenas à parte dispositiva do julgado, mas também aos próprios fundamentos que embasaram a decisão. Em outras palavras: juízes e tribunais devem acatamento não apenas a conclusão do acórdão, mas igualmente as razões de decidir. (BARROSO, 2016, p. 248).

A doutrina sustenta que essa orientação jurisprudencial vai ao encontro do propósito de racionalização da jurisdição constitucional e diminuição da carga de trabalho do STF, na medida em que dar relevo às teses constitucionais, vinculando os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração, estar-se diante de legítimo instrumento de manutenção da ordem constitucional e pacificação social. (MENDES, 2015).

### 3.3.2.2 No plano subjetivo

Agora sob o enfoque subjetivo e com fulcro no que disciplina a Constituição e de 1988, bem como na Lei nº 9.868/99, a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal tem eficácia contra todos e efeito vinculante. Marcelo Novelino (2013, p. 286) leciona que “A eficácia *erga omnes*, corolário do processo objetivo no qual não existem partes formais, atinge a todos indiscriminadamente, tanto particulares quanto poderes públicos”.

Luís Roberto Barroso acrescenta que a eficácia *erga omnes* é dimensionada pelo tratamento que Constituição deu aos legitimados a acionar a jurisdição constitucional abstrata, onde atuam na qualidade de substitutos processuais em defesa de direitos da coletividade, nesse sentido explica o autor:

Os limites subjetivos da coisa julgada na declaração de inconstitucionalidade não são controvertidos: sua eficácia é contra todos. A extensão *erga omnes* da autoridade da coisa julgada explica-se, doutrinariamente, por força do fenômeno da **substituição processual**. (BARROSO, 2016, p. 243, grifo do autor).

No que toca ao efeito vinculante, este se dirige aos Poderes Públicos (judiciário, executivo e legislativo, este, exceto na sua função típica) e colateralmente aos particulares nas interações com aqueles. (NOVELINO, 2013).

Em relação ao Poder Legislativo, como pontuou o autor supra, a vinculação aos julgados do STF não os impede de legislar sobre a matéria conhecida e decidida nas ações do controle concentrado, tal entendimento sustenta-se pela absoluta liberdade legiferante do Poder, conferida pelo fundamento que alicerça a separação dos poderes no Estado republicano.

Oportuno dizer que o efeito vinculante era conferido primeiramente apenas na Ação Declaratória de Constitucionalidade com a Emenda Constitucional nº 03/93, somente com a Emenda nº 45/2004 o legislador derivado, superando um contexto de controvérsia sobre o assunto, estendeu o instituto à ação direta de inconstitucionalidade.

Questão que merece ser discutida também é a vinculação do próprio STF a seus julgados, Gilmar Mendes, seguindo doutrina alemã, considera não haver, nem ser saudável tal vinculação, posto ser essa orientação inviável ao desenvolvimento da própria constituição.

De um ponto de vista estritamente material também é de se excluir uma autovinculação do STF aos fundamentos determinantes de uma decisão anterior, pois isto poderia significar uma renúncia ao próprio desenvolvimento da Constituição, tarefa imanente aos órgãos de jurisdição constitucional. (MENDES, 2015, p. 1346).

Debruçando-se sobre a problemática Barroso (2016), com lucidez, considera haver duas situações distintas. A primeira, julgado procedente o pedido e declarada a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, opera-se a coisa julgada, bem como a produção dos efeitos que lhe são próprios, com eficácia vinculativa a todos os órgão judiciais, inclusive ao STF. Por outro lado, havendo julgamento pela improcedência do pedido, o efeito vinculativo projeta-se apenas aos demais órgãos do judiciário, não sendo, portanto, oponível em face da jurisdição do Supremo.

### 3.3.2.3 No plano temporal

Por derradeiro, no controle concentrado, a decisão que reconhece a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo produz efeitos, retroativamente, ao

momento de sua criação. Isso, claro, regra geral. Tal orientação decorre da premissa de que o ato inconstitucional é ato nulo, como expõe Marcelo Novelino (2013, p. 291):

A decisão que declara a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo produz, em regra, efeitos retroativos (*ex tunc*). Esse entendimento tem como fundamento a concepção de que a lei inconstitucional é um ato nulo (teoria da nulidade) e que, portanto, tem um vício de origem que está apenas sendo declarado pelo Tribunal.

Acerca dos efeitos temporais e em igual sentido, Carvalho (2012) diz que um efeito das decisões do STF no exercício da competência constitucional abstrata, fruto da teoria da nulidade oriunda do sistema norte-americano adotado no Brasil, é o retroativo, ou seja, atinge a lei desde sua edição, tornando-a nula de pleno direito (*ex tunc*).

Nesse contexto, deve-se lembrar que o vício de inconstitucionalidade das leis e atos normativos ocorre no plano de validade, portando, lei inconstitucional é lei nula, posto que o órgão julgador apenas traz à tona mácula já existente desde a origem. Refere-se, assim, a um vício congênito à lei e, logicamente, os efeitos da decisão devem retroagir no tempo para alcançar o momento de entrada da norma no mundo jurídico. (BARROSO, 2016).

Ocorre, porém, que nem sempre a regra geral é aplicada, a legislação brasileira prevê exceções que possibilitam o temperamento dos efeitos, de modo que só podem ser considerados a partir do trânsito em julgado da decisão que conclui pela inconstitucionalidade, ou então, para um momento futuro, efeitos prospectivos, a teor do que dispõe o art. 27 da Lei n.º 9.868/99:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. (BRASIL, 1999).

Como assinalado no dispositivo, essa relativização dos efeitos temporais não ocorre a bel prazer do órgão julgador, ao passo que, para evitar posturas arbitrárias e abusivas, o legislador condiciona o temperamento a existência de questões fáticas de relevo para que, em *quorum* qualificado, o STF fuja a regra geral.

Na espécie, a modulação temporal dos efeitos da decisão no controle concentrado é técnica salutar para impedir que o radicalismo da declaração de

nulidade da lei possa causar ônus excessivos ou, até mesmo, insuperáveis na ordem jurídico-social brasileira.

### 3.3.3 Efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso

Em primeiro lugar, antes de discutir a eficácia da sentença que decide a via de exceção, devemos rememorar que a arguição de inconstitucionalidade no âmbito difuso é conhecida como questão prejudicial e acarreta a criação de procedimento *incidenter tantum*, que busca a simples verificação da existência ou não de vício alegado.

De igual modo, a sentença tem natureza declaratória e pode ser alegada por qualquer das partes litigantes, bem como por terceiro interessado (assistente, litisconsorte e oponente), do Ministério Público (como parte ou funcionando como *custos legis*) e até de ofício pelo próprio órgão julgador.

Ademais, como assinalado *alhures* no controle difuso a arguição poder ser conhecida no bojo de qualquer ação, por todos os órgãos do Poder Judiciário, inclusive no âmbito do Supremo Tribunal Federal, ao contrario do controle concentrado que possui instrumentos processuais específicos para acionar jurisdição constitucional exclusiva do STF.

Nesse sentido, reitera-se que a análise dos efeitos das decisões no controle difuso será realizada separadamente, a partir do aspecto objetivo, subjetivo e temporal.

#### 3.3.3.1 No plano objetivo

Como regra, no controle difuso a arguição de inconstitucionalidade é feita como questão prejudicial, de modo que não figura, a rigor, entre os pedidos da exordial. Desse modo, a inconstitucionalidade, embora reconhecida, não integra o dispositivo da sentença ou acórdão, está inserida na fundamentação da decisão.

No controle difuso-concreto a inconstitucionalidade é discutida apenas de forma incidental (*incidenter tantum*), como questão prejudicial de mérito, devendo ser resolvida na fundamentação da decisão. (NOVELINO, 2013, p. 247).



A par isso, como consequência lógica, considerando processualística tradicional, sobre essa declaração incidental de inconstitucionalidade não opera os efeitos do trânsito em julgado, portanto, não faz coisa julgada material. Nesse sentido:

O objeto da causa é demarcado pelo pedido formulado, não podendo o pronunciamento judicial estender-se além dele. Portanto, a eficácia objetiva da coisa julgada é limitada ao que foi pedido e decidido, sendo certo que a parte dispositiva da sentença (art. 458), na qual tem a resolução das questões postas, que recebe a autoridade da coisa julgada. (BARROSO, 2016, p. 160).

Com efeito, a invalidação vertical da lei é tida apenas como pressuposto lógico de uma conclusão maior, algo que impede o conhecimento do pedido principal, inviabilizando o provimento jurisdicional final.

### 3.3.3.2 No plano subjetivo

Ato contínuo, no sistema constitucional brasileiro o controle difuso, a rigor, ao contrário dos mecanismos do controle concentrado, os efeitos da sentença ou acórdão que declara a lei inconstitucional vale somente entre as partes do processo, como aduz José Afonso da Silva (2015, p. 56):

Faz coisa julgada no caso e entre as parte. Mas, no sistema brasileiro, qualquer que seja o tribunal que a proferiu, não faz ela coisa julgada em relação à lei declarada inconstitucional, porque qualquer juiz ou tribunal, em princípio, poderá aplicá-la por entendê-la constitucional, enquanto o Senado Federal, por resolução, não suspender sua executoriedade [...].

Em igual sentido, Uadi Lammêgo Bulos acrescenta que, mesmo tendo sido declarada inconstitucional, a lei continua a vigor no ordenamento, porque a decisão só vincular as partes envolvidas no litígio, *in verbis*:

Além de retroativa, a sentença declaratória da inconstitucionalidade, proferida no caso concreto, por qualquer juiz ou tribunal, só atinge as partes envolvidas no processo (eficácia *incidenter tantum*). Mesmo depois de a lei ter sido declarada inconstitucional, continua a vigorar na ordem jurídica, porque o ato que a decretou só vincula as partes envolvidas no litígio. Aqueles que desejarem se eximir do dever de cumpri-la têm de recorrer ao Poder Judiciário, ainda que este já se tenha pronunciado sobre a matéria. É que os efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade são, apenas, intraprocessuais. Não fazem coisa julgada (CPC, art. 469, III); (BULOS, 2014, p. 348).

Nessa baila, convém ponderar que a Constituição de 1988 traz abertura, como assinalado pelo autor, para que os efeitos das decisões no controle difuso, decididas no âmbito do Supremo Tribunal Federal possam surtir efeitos *erga omnes* e vinculantes, conforme dicção do art. 52, X, da CRFB/88: “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.” (BRASIL, 1988).

Essa característica *sui generis* do controle de constitucionalidade brasileiro decorre do caráter não vinculativo das decisões dos Tribunais. Diferentemente dos países da *common law*, onde o instituto do *stare decisis* é largamente utilizado, no Brasil essa característica vinculante é aceita como regra apenas no controle concentrado. Sendo necessária, portando, a atuação do Senado Federal para a ampliação dos efeitos das decisões na via de exceção.

A teor da competência dada ao Senado Federal para participar no sistema de controle judicial, Gilmar Mendes aduz:

A suspensão da execução pelo Senado Federal do ato declarado inconstitucional pela Excelsa Corte foi a forma definida pelo constituinte para emprestar eficácia *erga omnes* às decisões definitivas sobre inconstitucionalidade nos recursos extraordinários. (MENDES, 2015, p. 1129).

Cumprido dizer, contudo, que essa suspensão realizada pelo Senado Federal não é atividade vinculada. Após ter sido oficiado pelo STF da declaração de inconstitucionalidade no controle concreto, o órgão legislativo em juízo de conveniência e oportunidade, pode ou não suspender a lei ou ato normativo. (BARROSO, 2016).

### 3.3.3.3 No plano temporal

Por fim, no que concerne ao aspecto temporal dos efeitos da decisão, ela é discutida da mesma maneira do controle concentrado, ou seja, produz efeitos retroativos, *ex tunc*, conforme inteligência da teoria da nulidade.

Então, insta dizer que entre as partes litigantes, o efeito da declaração alcançará aqueles fatos pretéritos que tenham sido balizados pela lei ou ato declarado inconstitucional, conforme explica Luís Roberto Barroso (2016, p.161):

Aplicando-se a teoria da inconstitucionalidade como nulidade ao controle incidental e difuso, parece fora de dúvida que o juiz, ao decidir a lide, após reconhecer determinada norma como inconstitucional, deve dar a essa conclusão eficácia retroativa, *ex tunc*.

Convém ponderar, que, malgrado não haja norma legal expressa que faculte ao órgão julgador modular os efeitos temporais da decisão proferida em sede de controle difuso, o próprio STF tem aplicado de forma análoga o art. 27, da Lei nº 9.868/99, no controle concreto. (NOVELINO, 2013).

Forçoso fazer considerações sobre os efeitos temporais da lei ou atos normativos declarados inconstitucionais e suspensos pelo Senado Federal que, segundo José Afonso da Silva, deve ser *ex nunc*:

No que tange ao caso concreto, a declaração surte efeitos *ex tunc*, isto é fulmina a relação jurídica fundada na lei inconstitucional desde o seu nascimento. No entanto a lei continua eficaz e aplicável, até que o Senado suspenda sua executoriedade; essa manifestação do senado, não revoga, nem anula a lei, mas simplesmente lhe retira eficácia, só tem efeitos, daí por diante, *ex nunc*. Pois, até então, a lei existiu. Se existiu, foi aplicada, revelou eficácia, produziu validamente seus efeitos. (SILVA, 2015, p.56).

Sobre o tema recai grande discussão doutrinária, alerta Barroso (2016), este autor defende que para as partes, como ficou claro, a regra é ser retroativa, contudo o Senado Federal tendo exercido sua competência, para todo resto, o efeito deve ser *ex nunc*.

#### 4 ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A evolução do Direito Constitucional tem revelado diversos conteúdos, teorias e temas que tem se mostrado de grande valia para a doutrina brasileira, bem como para atividade jurisdicional, desencadeando amplas e importantes discussões sobre o direito de modo geral.

Ademais, nos últimos anos, deve-se registrar, e dar louvores, o grande salto na atuação do Poder Judiciário, mormente no que se refere às atividades jurisdicionais do Supremo Tribunal Federal, instância máxima, a quem foi outorgado, pela Constituição, a nobre tarefa de guarda e defesa da norma fundamental brasileira, uniformizando sua interpretação e reafirmando sua força normativa em todo território brasileiro, conforme dicção do art. 102 da Carta Magna: “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição [...]”. (BRASIL, 1988).

Com efeito, em face dessa sublimação da competência exercida pelo STF, vem surgindo na jurisprudência, do próprio órgão, e na doutrina especializada, uma série de inquietações quanto às fórmulas e efeitos dos julgamentos realizados pela Corte.

Uma dessas inquietações diz respeito à evolução do sistema de controle de constitucionalidade verificado no Brasil, na medida em que vem se delineando uma progressiva permeabilidade do controle difuso pelo controle concentrado.

Tal fenômeno, denominado de *abstrativização* ou *objetivação* do controle difuso de constitucionalidade, consiste na tendência, cada vez mais evidente, de tornar mais abrangente as decisões do STF proferidas na via incidental, em sede de controle difuso.

Neste expediente, parte da doutrina brasileira defende que esta sendo dado maior destaque - tanto pela própria atividade legiferante constitucional e infraconstitucional, quando pela jurisprudência do Pretório *Excelsior* - ao controle de constitucionalidade exercido pela via concentrada, de maneira a conceder eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes às decisões que reconheçam a inconstitucionalidade de leis e atos normativos, no bojo de ações concretas, submetidas ao juízo do STF.

#### 4.1 Conceito e discussões

A *tendência da abstrativização da via difusa* ou *teoria da abstrativização do controle difuso* preconiza o emprego das técnicas inerentes ao controle abstrato nas decisões do controle difuso exercido pelo Supremo Tribunal Federal, como sucintamente conceitua Cruz, Meyer e Rodrigues (2012, p. 129): “abstrativização da via difusa, que se entende como a assunção de características típicas do processo do controle concentrado em processos da via difusa.”.

Com efeito, aduz Cavalcante (2014), que a teoria da abstrativização parte da premissa de que, quando é o pleno do STF que decide por maioria absoluta sobre a (in)constitucionalidade de lei ou ato normativo, em sede de controle difuso, e, considerando ser este o mesmo *quorum* previsto para a declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado, a decisão proferida na via de exceção deverá ostentar os mesmos efeitos da via de ação, qual seja, eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

Sobre a conceituação do fenômeno, Montez (2007) diz que a teoria da abstrativização prega a aplicação igual dos efeitos da decisão que aprecia a inconstitucionalidade tanto no controle difuso, quanto no abstrato, tendo vista que o plenário do Supremo Tribunal Federal, apreciando, como exemplo, um recurso extraordinário, este último irá emitir decisão sobre lei ou ato normativo em tese, desvinculado do próprio caso concreto, tal como faz nas hipóteses de controle concentrado.

Destarte, insta dizer que tal fenômeno, cunhado por Fredie Didier Junior, refere-se há possibilidade de que os julgamentos da Corte, em sede de controle difuso, sejam dotados de abstração, conferindo-lhes os efeitos próprios do controle eminentemente concentrado.

Nessa baila, o autor supramencionado, um dos pioneiros nessa ideia, discutindo as transformações ocorridas no Recurso Extraordinário, lançou os fundamentos da crescente objetivação dessa espécie recursal, na medida em que se possibilitou a discussão de matérias constitucionais que transcendem aos interesses subjetivos das partes na via difusa.

Nada impede, porém, que o controle de constitucionalidade seja difuso, mas abstrato: a análise da constitucionalidade é feita em tese, embora por qualquer órgão judicial. Obviamente, porque tomada em controle difuso, a

decisão não ficará acobertada pela coisa julgada e será eficaz apenas entre as partes. Mas a análise é feita em tese, que vincula o tribunal a dotar o mesmo posicionamento em outras oportunidades. É o que acontece quando se instaura o incidente de arguição de inconstitucionalidade perante os tribunais (art. 97 da CF/88 e arts. 480-482 do CPC): embora instrumento processual típico do controle difuso, a análise da constitucionalidade da lei, neste incidente, é feita em abstrato. (DIDIER; CUNHA, 2013, p. 372).

Gilmar Mendes, realizando apanhado histórico sobre o desenvolvimento do controle de constitucionalidade de leis nas constituições brasileiras, acentua que, desde a inauguração do controle concentrado e posterior ampliação verificada na Constituição da República de 1988, o controle difuso tem perdido relevância, ao menos nos julgamentos da corte, a saber:

A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (art. 103), permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas. (MENDES, 2015, p. 1096)

Em igual sentido, Lammêgo Bulos sustenta essa progressiva atenuação do controle difuso:

Ao reforçar a anatomia do controle concentrado, o constituinte de 1988 acabou reduzindo, mas não eliminando, o controle difuso. Quer dizer, a competência da jurisdição constitucional ordinária foi, de certa forma, atenuada, mas não extinta. (BULOS, 2014, p.204).

O autor supra acrescenta, ainda, que em razão disso as questões mais importantes relacionadas ao juízo de (in)constitucionalidade de leis e atos normativos estão sob a jurisdição exclusiva do Pretório Excelsior, na medida em que a CRFB/88 e suas emendas esvaziaram a via de exceção. (BULOS, 2014).

Rubens Beçak (2008), em artigo intitulado “*As alterações do controle difuso de constitucionalidade e sua aproximação com o modelo concentrado*”, aduz que historicamente resta cristalino que há certa sedução do sistema concentrado. Acrescenta dizendo que esse movimento vem ocorrendo desde os anos 90, sob influência do direito alemão, sobretudo com as reformas de 2004, que quebrou o equilíbrio existente entre os dois sistemas.

A teor, Gilmar Mendes, em outra oportunidade, alerta que com a previsão ampla de legitimados de diferentes esferas da sociedade a Constituição sugere forma indireta de restringir do controle incidental, como aduz:

Portanto, parece quase intuitivo que, ao ampliar, de forma significativa, o círculo de entes e órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal, no processo de controle abstrato de normas, acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade. (MENDES, 2004, p. 158).

Sendo assim, Cruz, Meyer e Rodrigues (2012) enumeram alguns dos principais exemplos que demonstram essa crescente tendência à abstrativização: o primeiro deles relaciona-se com a denominada corrente concretista geral em sede de mandado de injunção, onde há entendimento de transformar os efeitos dessa ação individual aos de uma decisão *erga omnes*; exemplo também muito citado por outros autores é o advento das Súmulas Vinculantes, instrumento voltado para estender os efeitos das decisões proferidas pelo STF, dando-lhes eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

Outra evidência da abstrativização, segundo os autores, seria a possibilidade de modulação temporal em sede de controle difuso, embora não tenha previsão legal expressa, como já analisado *alhures*, o STF não tem restringido esse expediente, aplicando-o as decisões no controle difuso. Ato contínuo, a dispensa em alguns casos da participação do Senado Federal para suspender execução de leis e atos normativos; a teoria da transcendência dos motivos determinantes; e a criação da repercussão em sede de recurso extraordinário, são os principais exemplos dessa tendência. (CRUZ; MEYER; RODRIGUES, 2012).

#### **4.2 O recurso extraordinário e abstrativização**

A discussão das transformações sofridas pelo recurso extraordinário é sem dúvida o ponto de partida mais indicado para tratar da abstrativização do controle difuso, considerando ser este o expediente mais recorrente de acionamento da jurisdição do Supremo Tribunal Federal, em sede de controle difuso, como anota Barroso (2016, p. 130): “[...] é em sede de recurso extraordinário que a Corte Suprema desempenha, normalmente e em grande volume, a fiscalização concreta de constitucionalidade de leis e atos normativos.”

Exaltando a importância do recurso extraordinário Gilmar Mendes destaca que:

O recurso extraordinário, instrumento de singular importância no âmbito da jurisdição constitucional brasileira tem como finalidade assegurar: a

inteireza positiva; a validade; a autoridade e a uniformidade de interpretação da Constituição. (MENDES, 2012, p. 748).

Deve-se levar em consideração que o recurso extraordinário é meio excepcional de impugnação de decisões judiciais, contudo, ressalva Lammêgo Bulos, é meio inadequado para corrigir eventuais injustiças, não equivale a um 3º ou 4º grau de jurisdição. Seu propósito é a tutela dos comandos constitucionais. (BULOS, 2014).

Sobre a origem e finalidade do recurso extraordinário Humberto Theodoro Júnior acrescenta que:

[...] o recurso extraordinário se apresenta como uma criação do Direito Constitucional Brasileiro, inspirado no *Judiciary Act* do Direito norte-americano. Sua Finalidade é manter, dentro do sistema federal e da descentralização do Poder Judiciário, a autoridade e a unidade da constituição. (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 1091).

Cumprido esclarecer que a espécie recursal está prevista no art. 102, III, da CRFB/88 e revela-se meio adequado para impugnar decisão que contrarie dispositivo constitucional, declare inconstitucional tratado ou lei federal, julgue válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição e julgue válida lei local contestada em face de lei federal.

Afora presente requisitos de admissibilidade outros, aqui caberá apenas a análise do requisito introduzido pela Emenda nº 45/2004, na qual ficou estabelecido que para o recurso extraordinário ser conhecido pela Corte Maior deve a parte interessada demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas, a teor do que disciplina o art. 102, § 3º, da CRFB/88:

Art. 102, § 3º. No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. (BRASIL, 1988).

A comprovação da existência de repercussão geral é ônus que cabe ao recorrente, norma também prevista e regulamentada no art. 1.035 do Código de Processo Civil. Nesse sentido, é inegável que o requisito visa, *prima facie*, restringir o acesso da jurisdição constitucional do STF, de certo que faculta a corte filtrar os



recursos interpostos, apenas pra conhecer questões que considere de profunda relevância constitucional. (THEODORO JÚNIOR, 2016).

No entanto, a inovação, para os defensores da tese da abstrativização, tem o condão de distanciar o julgamento porvir do caso concreto, para uma análise puramente abstrata de normas, como entende Novelino (2013, p. 249):

[...] a exigência da demonstração da repercussão geral das questões constitucionalmente discutidas no recurso extraordinário, como requisito intrínseco de admissibilidade recursal, demonstra que o recurso extraordinário vem perdendo seu caráter eminentemente subjetivo, para assumir um papel de defesa da ordem constitucional objetiva.

Em igual sentido, Gilmar Mendes (2012) aduz que o recurso extraordinário transcende ao aspecto subjetivo de mera defesa de interesses das partes imediatas para figurar como importante mecanismo de defesa da ordem constitucional objetiva.

Analisando a jurisprudência do STF, no julgamento de recursos extraordinários, Marcelo Novelino inclina-se a considerar haver prevalecido tese da necessidade de vinculação dos órgãos judiciários de base:

O STF adotou entendimento de que as decisões proferidas no Plenário do Tribunal quando do julgamento de recursos extraordinários com repercussão geral vinculam os demais órgãos do Poder Judiciário na solução, por estes, e de outros feitos sobre idêntica controvérsia. (NOVELINO, 2013, p. 249).

Assim também, é lícito dizer que os pronunciamentos do plenário do STF a respeito de repercussão geral de determinada matéria deve vincular os demais órgãos de judicatura, considerando a tendência de transformação do recurso extraordinário em instrumento de controle difuso e abstrato de constitucionalidade. (CUNHA; DIDIER JUNIOR, 2013).

#### **4.3 As súmulas vinculantes e a abstrativização**

Outra evidência de destaque alegada pelos abstrativistas é o advento da súmula vinculante. Inovação também trazida pela chamada Reforma do Judiciário, como a aprovação da PEC 45/2004, conferiu competência ao Supremo Tribunal Federal para, de ofício ou por provocação, editar súmula sobre matéria

constitucional, vocacionada a vincular os demais órgãos do judiciário e a Administração Pública, *in verbis*:

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

O Brasil é notadamente de tradição românico-germânica e adota o sistema da *civil law*, noção que decorre o princípio da não vinculação das decisões proferidas pelas cortes judiciais, entretanto, alinhando-se a uma exegese pragmática o constituinte derivado visando diminuir a expressiva quantidade de demandas que versavam sobre a mesma controvérsia, assoberbando os órgãos do Poder Judiciário, máxime o Supremo Tribunal Federal, instituiu a súmula vinculante com o propósito de racionalizar e simplificar a dinâmica processual brasileira (BARROSO, 2016).

Nesse sentido, a súmula vinculante tem o condão de fazer vincular a jurisprudência pacificada no âmbito do Supremo Tribunal Federal sobre matéria constitucional para evitar ambiente de grave insegurança jurídica e aumento do número de demanda sobre matéria idêntica.

Em que pese o indubitável apelo do constituinte derivado de garantir economia, certeza e celeridade processual, pela via colateral, acaba por dar mais expressividade ao controle abstrato de constitucionalidade exercido pelo STF, em detrimento do controle difuso. Pois, de certa forma, há inegável esvaziamento do poder do juiz natural debruçar-se sobre questões constitucionais. (BEÇAK, 2008).

Ao passo que ao conferir efeito vinculante, elemento característico do controle abstrato de normas, o legislador tende a diminuir o exercício do controle difuso, como aduz Novellino (2013, p. 249): “O efeito vinculante, típico do controle abstrato, conferido a um enunciado de súmula aprovado a partir de reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aponta para uma tendência de abstrativização.”.

Jose Afonso da Silva (2015), adotando postura demasiado resistente, alerta que as súmulas vinculantes fazem apenas o que já naturalmente decorre do julgamento de inconstitucionalidade. Arremata, dizendo:

Uma providência que a reforma deveria ter adotado, porque racional, seria declarar, numa disposição simples, que leis e atos normativos perderiam eficácia a partir do dia seguinte ao da publicação da decisão definitiva que os tenha declarado inconstitucional. Isso tanto na declaração de inconstitucionalidade em ação direta como na via incidental, dando, dessa forma, efeito vinculante *erga omnes* a essa declaração só por si, suprimindo-se em consequência, o disposto no inc. X do art. 52 da Constituição. (SILVA, 2015, 573).

Conforme nota-se no adendo do autor, embora contrário à edição de súmulas vinculantes, por considerar este instituto redundante dentro da sistemática de controle de normas brasileira, à vista de já existir mecanismos hábeis para dotar efeitos vinculantes às decisões do STF. Continua, acentuando que teria sido melhor o constituinte derivado ter suprimido a competência dada ao Senador Federal de suspender lei ou ato normativo e reconhecer o efeito vinculante as decisões que declaram a inconstitucionalidade, independente da via escolhida, filiando-se, portanto, a tese da abstrativização.

#### **4.4 Modulação temporal e a abstrativização**

Agora, partindo de uma perspectiva eminentemente jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal, nas declarações de inconstitucionalidade em sede de controle difuso, vem costumeiramente aplicando, por analogia, um ou outro instituto típico do controle abstrato de normas.

Dentro desse emprego analógico, a modulação temporal dos efeitos da decisão, tem sido técnica recorrente no deslinde de casos na Corte. É assente, como já analisado no tópico 3.3.3.3 deste estudo, que embora não tenha previsão legal expressa para fins de modular os efeitos temporais da decisão no controle difuso, isso vem sendo aplicado pelo STF no varejo, quando do reconhecimento de questões relevantes de interesse social e segurança jurídica, conforme inteligência do art. 27 da Lei n.º 9.868/99.

Curial se faz as palavras de Uadi Lammêgo Bulos que considera a técnica medida conferida a Corte Suprema com escopo de realizar um juízo de ponderação para resguardar valores constitucionais supremos, nesse sentido:

Seu objetivo é adequar a eficácia das sentenças de inconstitucionalidade às situações da vida, mitigando a excessiva rigidez que pode advir desse

contexto. Daí a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal dosar os efeitos retroativos (*ex tunc*) da decisão de inconstitucionalidade, o que lhe permite fazer uma ponderação entre as normas declaradas inconstitucionais e as normas constitucionais aferidoras de valores supremos, tais como a moralidade, a boa-fé, a coisa julgada, a razoabilidade, a irredutibilidade de vencimentos, a proibição do enriquecimento ilícito, a primazia dos valores decorrentes da cláusula do devido processo legal etc. (BULOS, 2014, p. 357-358).

Há que ser reconhecido, por conseguinte, que esses valores constitucionais fazem-se presentes tanto no controle da *via direta* como na *via exceção*, não sendo lícito, portanto, realizar exegese discriminatória. E dentro dessa lógica, o juízo de ponderação deve ser exercido nas duas ocasiões, pois se estar a discutir a força normativa da Constituição, teleologicamente, defende-se sua supremacia.

Seguindo essa linha, convém lastrear a tese defendida com o raciocínio esposado pelo ex-ministro Joaquim Barbosa, por ocasião do julgamento do Agravo de Instrumento nº 641.798, *in litteris*:

Em princípio, a técnica da modulação temporal dos efeitos de decisão reserva-se ao controle concentrado de constitucionalidade, em face de disposição legal expressa. Não obstante, e embora em pelo menos duas oportunidades o Supremo Tribunal Federal tenha aplicado a técnica da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso da constitucionalidade das leis, é imperioso ter presente que a Corte o fez em situações extremas, caracterizadas inequivocamente pelo risco à segurança jurídica ou ao interesse social. (BRASIL, 2010).

Muito embora no caso em apreço o eminente ex-ministro não tenha reconhecido motivos justificadores para aplicação da modulação temporal, demonstrou ser possível fazer uso da técnica no controle difuso, dando referência, inclusive de situações passadas que foi deferida aplicação pela Corte Suprema.

Em outra oportunidade, porém, o STF concedeu efeitos *ex nunc* no recurso extraordinário nº 556.664/RS, para que os efeitos da decisão só fossem observados com o trânsito em julgado do acórdão, temperando a regra de efeitos retroativos e aplicando por analogia do art. 27 da Lei n.º 9.868/99, como se observa:

O tribunal, por maioria, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, deliberou aplicar efeitos *ex nunc* à decisão, esclarecendo que a modulação aplica-se tão-somente em relação a eventuais repetições de indébito ajuizadas após a decisão assentada na sessão do dia 11/06/2008 [...]. (BRASIL, 2008)

Destarte, como nesses e tantos outros, é nítido o entendimento que vem se firmando dentro do STF no sentido da limitação do efeito *ex tunc* no controle difuso,

como evidência de aproximação ao modelo concentrado, adequando-se a um posicionamento mais justo ao caso concreto, preenchidos os requisitos necessários, aplicar efeitos *ex nunc* ou, até mesmo, prospectivos, *pro futuro*.

#### 4.5 Teoria da transcendência dos motivos determinantes e a abstrativização

A seu turno, o reconhecimento dado, pelo STF, à *teoria da transcendência dos motivos determinantes* ou ao denominado *efeito transcendente* no deslinde de casos concretos denota restar evidente que a Corte Suprema vem cada vez mais matizando o controle difuso, deferindo-lhe efeitos que escapam as partes envolvidas no processo, como observa Uadi Lammêgo Bulos:

Há, no Supremo Tribunal Federal, decisões entendendo que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso podem apresentar uma amplitude muito maior, com eficácia vinculante para os demais Tribunais brasileiros. Essa nova tendência, ainda não pacificada no seio da nossa Corte Suprema, é uma aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes (*ratio decidendi*) na seara do controle difuso de normas. (BULOS, 2014, p. 349)

Inserida nos exemplos apresentados por Cruz, Meyer e Rodrigues (2012), a transcendência dos motivos determinantes, como visto, é técnica que vem sendo utilizada também em sede de controle difuso, onde a vinculação dos efeitos, como regra, está condicionada a suspensão da lei ou ato pelo Senado Federal. E, por mais que o posicionamento possa sofrer resistência até mesmo na via direta, denota uma forma moderna e relevante para pacificação dos conflitos.

Como já ficou assentado alhures, o princípio ou teoria dos motivos determinantes é expediente vocacionado a atribuir efeitos vinculantes à *ratio decidendi* da decisão que declara a (in)constitucionalidade de lei ou ato normativo. Na espécie, revela notório desapego a ideia tradicional que apenas o dispositivo do acórdão produz eficácia vinculante.

Malgrado essa teoria, atualmente, vem perdendo expressão entre os membros do STF, Novelino (2013) destaca que a teoria é forte argumento para caracterizar essa tendência da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade.

#### 4.6 A relativização da participação do Senado Federal e abstrativização

Por oportuno, é mister fazer considerações sobre a anacrônica participação do Senado Federal no sistema de controle de normas constitucionais delineado pela CRFB/88.

Cediço que a Constituição brasileira, excetuando a regra de que os efeitos da decisão proferida em controle difuso é tão-somente *inter partes*, prevê expressamente, forma de ampliação desses efeitos, que é a prevista no artigo 52, X, facultando a Câmara Alta suspender execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Nessa via, portando, havendo no âmbito do Pretório Excelsior, em sede de controle difuso, julgamento definitivo no sentido de declarar a inconstitucionalidade de lei, deverá este comunicar o resultado, na forma de seu regimento interno, ao Senado Federal, para que este, no exercício de juízo de conveniência e oportunidade, publique resolução suspendendo a execução, no todo ou em parte, do diploma impugnado. Sobre o assunto, convém reforçar com as lições de Barroso (2012, p. 77):

A Constituição Federal, porém, previu um mecanismo de ampliação dos efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal (CF, art. 52, X). Assim, ocorrendo essa declaração, conforme já visto, o Senado Federal poderá editar uma resolução suspendendo a execução, no todo ou em parte, da lei ou ato normativo declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, que terá efeitos *erga omnes*, porém, *ex nunc*, ou seja, a partir da publicação da citada resolução senatorial.

Ocorre que em torno dessa competência exercida pelo Senado Federal orbitam sérias discussões sobre a necessidade ou não dessa atividade do órgão legislativo para conferir efeito vinculante às decisões do Supremo. Lammêgo Bulos (2014) assevera que na prática essa suspensão tem caráter meramente figurativo, trata-se apenas de dar maior publicidade as decisões do Supremo, onde este tem considerado prescindível essa ratificação, de maneira ampliar os efeitos das decisões.

Forte defensor desse anacronismo da atuação senatorial, Gilmar Mendes, em artigo específico sobre tema, defende 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 desse instituto, que se inspirava diretamente numa concepção de separação de Poderes - hoje necessária e inevitavelmente ultrapassada. (MENDES, 2004, p. 155).

Com efeito, o referido autor prega que a manutenção da regra tem índole exclusivamente histórica, pois, com a inserção da ação genérica (Emenda nº 16/65) e a ampliação do rol de legitimados para acionar a jurisdição constitucional (Constituição de 1988), a República brasileira tem dado primazia à via de direta de ação, considerando este exponencial desenvolvimento do controle abstrato.

Ademais, é notória a evolução do papel do próprio Supremo Tribunal Federal que na constituição de 1988 é incumbido primordialmente à guarda da constituição, interprete derradeiro do sentido das normas constitucionais, cumpre tarefa imprescindível à defesa da Constituição e de sua força normativa. Desse modo, não é razoável fazer discriminação entre as decisões do controle difuso e concentrado, como explica Luís Roberto Barroso:

[...] essa competência atribuída ao Senado tornou-se um anacronismo. Uma decisão do pleno do Supremo Tribunal Federal, seja em controle incidental ou ação direta, deve ter o mesmo alcance e produzir os mesmos efeitos. Respeitada a razão histórica da previsão constitucional, quando da sua instituição em 1934, já não lógica razoável em sua manutenção. (BARROSO, 2016, p. 167-168).

Destarte, além disso, como aponta Gilmar Mendes, a possibilidade de ser concedida medida liminar em ADI para suspender a execução de lei ou ato normativo, mostra que a regra encontra-se irremediavelmente superada. Ora, decisão em sede de cautelar é juízo prévio e precário, onde não se está declarando a (in)constitucionalidade de lei ou ato, sujeita-se, pois, a modificação futura. Todavia, ainda assim, surti efeitos gerais sem a atuação do Senado Federal. (MENDES, 2004).

A partir dessas inquietações sobre a necessidade de superação da atuação do Senado Federal prevista no art. 52, X, da CRFB/88, parte da doutrina tem defendido ter ocorrido mutação constitucional da referida norma.

Este é um dos pontos-chaves para os defensores da teoria da abstrativização do controle difuso. A questão já foi suscitada no Plenário do Supremo Tribunal, pelo Ministro Gilmar Mendes, por ocasião do julgamento da Reclamação 4335/AC, onde

defendeu ter havido mutação constitucional da norma constitucional em espécie, decorrente dessa crescente permeabilidade do controle concentrado no difuso.

À vista do que foi discutido na referida reclamação constitucional, impende abrir parênteses para conceituar o fenômeno da *mutação constitucional*, cujo significado refere-se à mudança de sentido de alguma norma constitucional vigente, sem atingir o texto.

Com efeito, Canotilho ensina que transições ou mutações constitucionais são: “considerar-se-á como transição constitucional a revisão informal do compromisso político formalmente plasmado na constituição sem alteração do texto constitucional. Em termos incisivos: muda o sentido sem mudar o texto.”. (CANOTILHO, 1993, p. 231).

Nesse sentido, Marcelo Novelino (2013), observa que ao contrário das emendas, processo formal de alteração da Constituição, a *mutação constitucional* decorre de processos informais de modificação, sem, contudo, alterar o seu texto. Pela mutação, portanto, altera-se o sentido da norma, sem modificar as palavras que a expressam. Sendo que a mudança ocorre pelo surgimento de um novo costume constitucional ou pela mudança de interpretação.

A teor do significado de *mutação constitucional* José Afonso da Silva (2015, p. 63-64) assevera que:

[...] consiste num processo não formal de mudanças das constituições rígidas, por via da tradição, dos costumes, de alterações empíricas e sociológicas, pela interpretação judicial e pelo ordenamento de estatutos que afetem a estrutura orgânica do Estado.

Nessa esteira, Gilmar Mendes reforça que a *mutação constitucional* representa uma alteração do sentido da norma sem, contudo, alterar seu texto, pois, é prescindível haver identidade em a norma e seu texto, como explica:

Ocorre que, por vezes, em virtude de uma evolução na situação de fato sobre a qual incide a norma, ou ainda por força de uma nova visão jurídica que passa a predominar na sociedade, a Constituição muda, sem que as suas palavras hajam sofrido modificação alguma. O texto é o mesmo, mas o sentido que lhe é atribuído é outro. (MENDES, 2015, p. 134).

Em síntese, considera-se ser inevitáveis às acomodações do direito constitucional à realidade Constitucional, que se realizam de duas maneiras, a



primeira, formal, com a realização das reformas constitucionais e outra, informal, denominada de mutação constitucional.

Com efeito, retornando ao julgamento da Rlc 4335/AC, embora pertinentes os argumentos para reconhecer a teoria da abstrativização, defendida pelo Ministro Gilmar Mendes no caso em apreço, a teoria não obteve anuência dos demais ministros, na medida em que reconheceram existir necessidade de modificação formal do texto do art. 52, X, CRFB/88, para que se altere a norma nele contida.

Destarte, os ministros por maioria, afastando a tese de Mutação Constitucional, reconheceram a importância da atuação do Senado Federal, na medida em que tem por escopo democratizar e legitimar a suspensão da lei, dando-lhe eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes.

## 5 TEORIA DA ABSTRATIVIZAÇÃO MITIGADA EM DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conquanto, a tese defendida pelos aderentes à teoria da abstrativização do controle difuso de que o Tribunal Constitucional exerce papel de relevantíssima importância no processo de consolidação das democracias modernas, em razão da sua posição nobre de interprete final das normas constitucionais, a referida tendência da abstrativização não está imune a críticas e questionamentos.

De tal sorte que parte da doutrina brasileira especializada, inclusive membros do Supremo, debruçando-se sobre as inquietações que gravitam em torno do arcabouço lógico que lastreia o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, mormente sobre sua característica *dual* ou mista, têm levantado severas críticas a essa tentativa ilegítima de alterar o sentido e fórmulas desenhadas pela Constituinte de 1988.

Nessa baila, os opositores alegam que a prevalência dessa tendência abstrativista, colateralmente, propõe flagrante mudança para um sistema único, eminentemente concentrado, tendo em vista que o efeito vinculante limitaria quase a zero o controle de normas nos órgão de judicatura de base com o passar dos anos.

Além disso, alertam para o risco de desequilíbrio entre os Poderes Republicanos, na medida em que reconhecer amplitude desarrazoada as decisões ao órgão de cúpula do Poder Judiciário, estar-se-ia criando a figura de um super poder, cujas manifestações vinculariam os demais, sem as devidas ponderações que o sistema de *checks and balances* exige.

Há, também, risco ao pacto federativo, de modo que as decisões, como no controle concentrado, teriam o condão de vincular não só a União, mas as esferas de poder de âmbito estadual e municipal.

Fala-se, ainda, na possibilidade de enfraquecimento do princípio democrático, tendo em vista que se estar a propor, pela teoria da abstrativização, é uma arriscada concentração de poder, que altera toda lógica da democracia moderna, cujo sentido deve ser inverso.

Interpela-se, por fim, que a intenção de suprimir a atuação do Senado Federal, prevista no art. 52, X, CRFB/88, representa grave perigo aos princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, posto

que a aplicação automática afeta pessoas que não participaram do processo de formação da convicção do órgão julgador.

Nesse contexto, neste último capítulo será realizada discussão acerca das principais críticas ofertadas à tendência da abstrativização, destacando-se seus elementos de pertinência. Além de tentar demonstrar a relevância da aplicação da teoria, ainda que de forma mitigada, como forma de fortalecimento dos mecanismos de defesa dos direitos fundamentais.

### 5.1 Críticas à teoria da abstrativização

A primeira crítica apresentada relaciona-se às consequências decorrentes de um sistema puramente abstrato com a extinção do controle difuso, alegam, pois, que a via de exceção é a forma mais democrática dentro do sistema eclético brasileiro, tendo em vista que outorga a qualquer cidadão, arguir inconstitucionalidades de leis ou atos normativos para defesa de direitos fundamentais, como explica Marcelo Novelino (2013, p. 254):

*A corrente procedimentalista sustenta que ‘a Constituição não pode ser identificada como um projeto fixo e unilateral da Assembleia Constituinte, mas como algo que se constrói cotidianamente por uma sociedade’. Nesse prisma, a opção por um modelo concentrado enfraqueceria a tutela de direitos fundamentais e acabaria por solapar as bases do próprio Estado democrático de direito.*

Esse entendimento também se encontra previsto nas lições de Paulo Bonavides (2013), como já analisado, que dialogando sobre a opção da adoção do sistema difuso, ainda em 1981, justifica essa orientação em razão dessa capacidade do modelo de permitir amplo acesso a jurisdição constitucional para impedir ou fazer cessar lesão de direitos individuais.

Explicando as posições contrárias, Novelino (2013, p. 254) arremata informando que: “A via difusa seria a mais apropriada à defesa dos direitos fundamentais, por haver uma inclinação de os Tribunais Superiores se acomodarem com mais facilidade às políticas de governo.”.

Sob outro prisma, à luz das lições Härberle (1997) de que essa restrição a outros órgãos de interpretar a Constituição relega a um esfacelamento do texto constitucional, Ferraz, Vita e Silveira (2015, p. 456) pontuam que:

Em um Estado Democrático de Direito a função de intérprete da Constituição não deve ser atribuída exclusivamente a um órgão, pois se a Constituição regulamenta todos os setores da vida social (públicos e privados) a sociedade também deve participar desse processo interpretativo.

Streck, Oliveira e Lima (2007) acentuam que o STF atua em duas frentes, a primeira, de típica *Corte Constitucional* na via direta, a outra como *Corte de Apelação* na via de exceção, de modo que no exercício desta última sua função limita-se a julgar a aplicação dada à Constituição a situações concretas, não há falar, pois, em julgamento puro de teses abstratas. E continuam dizendo:

Assim, o resultado da atuação do STF no controle difuso de inconstitucionalidade nunca é o julgamento de uma tese, e dessa atuação não resulta uma teoria, mas uma decisão; e essa decisão trata da inconstitucionalidade como preliminar de mérito para tratar do caso concreto, devolvido a ele por meio de recurso, sob pena de estar negando jurisdição. (STRECK; OLIVEIRA; LIMA, 2007, p. 03).

Por outra via, no que tange a ocorrência de mutação constitucional, no bojo do julgamento da Rcl 4.335/AC alguns ministros lançaram críticas a proposição, pois reconheceram ser ilegítimo avanço à competência constitucionalmente outorgada ao Senado Federal, como se extrai do voto do Ministro Ricardo Levandowski na ocasião, ressaltando que:

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).

E conclui, dizendo:

A exegese proposta, segundo entendo, vulneraria o próprio sistema de separação de poderes, concebido em meados do século XVIII na França pré-revolucionária pelo Barão de la Brède e Montesquieu, exatamente para impedir que todas as funções governamentais – ou a maioria delas – se concentrem em determinado órgão estatal, colocando em xeque a liberdade política dos cidadãos. (BRASIL, 2014).

Como se nota, há profunda preocupação das consequências dessa alteração, por via interpretativa, do art. 52, X, da Constituição de 1988, posto que o custo

democrático revela-se alto demais, até mesmo para o Supremo. Conforme apontado pelo Ministro Joaquim Barbosa, com fulcro nas lições de José Canotinho, deve-se ter cautela em considerar mutação constitucional pela via interpretativa, como ilustra o mestre português:

Reconhece-se, porém, que entre uma mutação constitucional obtida por via interpretativa de desenvolvimento do direito constitucional e uma mutação constitucional inconstitucional há, por vezes, diferenças quase imperceptíveis, sobretudo quando se tiver em conta o primado do legislador para a evolução constitucional. (CANOTILHO, 1993, p. 233).

Filiando-se a tese de não ocorrência de mutação constitucional Marcelo Novelino (2013) endossa que única forma de alterar o sentido do art. 52, X, da CRFB/88, é pela via forma da emenda constitucional, tendo em conta que o sentido proposto extrapola completamente o texto original.

Forçoso colacionar aqui, a proposta de mutação constitucional encabeçada pelo Ministro Gilmar Mendes e materializada pelo Ministro Eros Grau em seu voto, após o pedido de vistas, *ipsis litteris*:

[...] 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. (BRASIL, 2014)

Ademais, vocifera Streck, Oliveira e Lima (2007, p.16) que ratificar essa interpretação, significa em última análise usurpação do poder pelo judiciário, *in verbis*: “[...] em determinadas situações, mutação constitucional pode significar, equivocadamente, a substituição do poder constituinte pelo judiciário. E com isso soçobra a democracia.”.

Ato contínuo, tornar prescindível a atuação do Senado Federal no controle difuso, defendem os opositores, retira o perfil democrático da decisão e objeta sua vinculação *erga omnes*. Pois, ao contrário do que ocorre no controle concentrado, onde há participação da sociedade organizada, por meio do *amicus curie*, o controle difuso em regra, trata de questões eminentemente privadas.

Nesse contexto, em igual sentido, Streck, Oliveira e Lima afirmam que o exercício dessa função do Senado Federal pode ser encarado como forma de justificar a violação das garantias constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, como observam:

[...] atribuir efeito eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às decisões do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade é ferir princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e contraditório (artigo 5º, LIV e LV, da Constituição da República), pois assim se pretende aqueles que não tiveram garantido o seu direito constitucional de participação nos processos de tomada de decisão que os afetará. (STRECK; OLIVEIRA; LIMA, 2007, p. 06).

O enfraquecimento do princípio democrático é outra importante crítica levantada a essa crescente concentração de poder pelo Supremo. Sobre o assunto é curial as ponderações feitas na decisão monocrática proferida pelo Ministro Carlos Ayres Britto no bojo da Reclamação constitucional nº 10.604/DF, onde discorria sobre a aplicação de efeitos transcendentais às decisões do Supremo:

Mas o fato é que, no julgamento da Rcl 4.219, esta nossa Corte retomou a discussão quanto à aplicabilidade dessa mesma teoria da “transcendência dos motivos determinantes”, oportunidade em que deixei registrado que tal aplicabilidade implica prestígio máximo ao órgão de cúpula do Poder Judiciário e desprestígio igualmente superlativo aos órgãos da judicatura de base, o que se contrapõe à essência mesma do regime democrático, que segue lógica inversa: a lógica da desconcentração do poder decisório. Sabido que democracia é movimento ascendente do poder estatal, na medida em que opera de baixo para cima, e nunca de cima para baixo. (BRASIL, 2010)

O princípio democrático, que na Constituição brasileira é extraído da leitura do artigo 1º, significa, consoante José Afonso da Silva (2015, p.124), a constituição de “uma democracia representativa e participativa, pluralista, e que seja a garantia geral da vigência e eficácia dos direitos fundamentais.”.

Novamente, como se observa, a resistência a teoria da abstrativização do controle difuso relaciona-se a possível falta de participação da sociedade organizada nas decisões do Supremo, que pode levar posições arbitrárias com ampla e irrestrita vinculação.

## **5.2 Sistema de Proteção dos Direitos Fundamentais e a teoria da abstrativização**

Oportuno agora fazer um confronto entre a teoria da abstrativização e o sistema de defesa dos direitos fundamentais. Como já discutido, a referida teoria procura, teleologicamente, garantir a força normativa da Constituição e,

consequentemente, possibilitar a uniformização de seus preceitos e fazer valer sua supremacia.

Todavia - apesar do Supremo Tribunal Federal, em sede de controle difuso, por diversas vezes, ter se utilizado de técnicas típicas do controle abstrato, a pretexto de uniformizar a interpretação das normas constitucionais, outorgando efeitos vinculantes e *erga omnes* - essa tendência tem sido alvo de severas críticas feitas pela comunidade acadêmica e pela própria composição da corte.

Conquanto, de certa forma, haja pertinência nas críticas apontadas a teoria abstrativização, em se tratando de defesa e fundamentais, há que se reconhecer, pela própria natureza e relevância destes direitos, que o emprego dos efeitos do controle concentrado é medida a ser verificada para garantir-lhes ampla e irrestrita efetividade, consubstanciando-se, portando, em um dever de agir do Estado.

Para melhor compreensão, não se deve olvidar que uma das premissas justificadoras da existência do controle de constitucionalidade, além da supremacia rigidez constitucional, é a proteção dos direitos fundamentais, como exposto *alhures*:

Um dos fundamentos do controle de constitucionalidade é a proteção dos direitos fundamentais, inclusive e sobretudo, os das minorias, em face de maiorias parlamentares eventuais. Seu pressuposto é a existência de valores materiais compartilhados pela sociedade que devem ser preservados das injunções estritamente políticas. (BARROSO, 2016, p. 24).

Em igual sentido, Uadi Lammêgo Bulos, também acredita ser a proteção dos direitos fundamentais premissa fundamentadora e finalística do controle de constitucionalidade, de modo a inferir que:

Um dos fundamentos do controle de constitucionalidade é a proteção dos direitos e garantias fundamentais, porque existe uma tábua de valores na sociedade que deve ser preservada das injunções estritamente políticas, das decisões que contrariam a legitimidade democrática, dos conchavos que deturpam as conquistas alcançadas no longo e tormentoso processo de elaboração originária da *lex mater*. (BULOS, 2014, p. 188).

Antes, porém, de estabelecer a relação entre a defesa dos direitos fundamentais e a teoria da abstrativização, necessário anotar alguns conceitos de direitos fundamentais. Nesse expediente, deve-se ter em mente que conceituá-los constitui tarefa árdua, onde se precisam levar em conta as diversas transformações sofridas no curso da história, bem como das inúmeras expressões sinônimas

largamente utilizadas, como direitos naturais, direitos do homem, liberdades fundamentais, direitos individuais, entre outras. (SILVA, 2015).

Revelando cautela, Gilmar Mendes anota, também, ser difícil a conceituação inequívoca dos direitos fundamentais, pois, em cada momento histórico mais e mais direitos vão sendo catalogados, com o agravante de não guardarem mesma estrutura normativa, como explica:

O catálogo dos direitos fundamentais vem-se avolumando, conforme as exigências específicas de cada momento histórico. A classe dos direitos que são considerados fundamentais não tende à homogeneidade, o que dificulta uma conceituação material ampla e vantajosa que alcance todos eles. Tampouco a própria estrutura normativa dos diversos direitos fundamentais não é coincidente em todos os casos. (MENDES, 2015, p. 139).

Superada a ressalva, Lammêgo Bulos afirma que sem os direitos fundamentais é, até mesmo, impossível o indivíduo sobreviver e tenta conceituá-los da seguinte forma:

Direitos fundamentais são o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos, inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou status social. (BULOS, 2014, p. 525).

De igual sorte, levando em conta que os direitos fundamentais típicos possuem um centro de gravidade, onde se encontra o princípio da dignidade da pessoa humana e, para além de conceituações outras que abrangem direitos fundamentais sem essa carga individualista excessiva, Gilmar Mendes conceitua-os como:

[...] é esse princípio que inspira os típicos direitos fundamentais, atendendo à exigência do respeito à vida, à liberdade, à integridade física e íntima de cada ser humano, ao postulado da igualdade em dignidade de todos os homens e à segurança. É o princípio da dignidade humana que demanda fórmulas de limitação do poder, prevenindo o arbítrio e a injustiça. (MENDES, 2015, p.138).

Nesse contexto, com apego a literatura alemã, mormente Hesse, Paulo Bonavides (2013), assenta que o objetivo último dos direitos fundamentais é estabelecer alicerce para que os pressupostos elementares de uma vida pautada na liberdade e na dignidade da humana sejam proporcionados e mantidos.



A teor, dentro da Teoria Geral dos Direitos Humanos, relevante é o estudo, para o propósito desta pesquisa, dos *direitos a prestações*, onde, segundo, Novelino (2013), estes relacionam-se com a imposição de um dever de agir atribuído ao Estado. Esse mister objetiva, pois, a realização de condutas tanto negativas como ativas por parte dos poderes públicos para a proteção desses bens jurídicos caros a toda humanidade.

Merece destaque algumas ponderações sobre esse ônus imposto ao Estado, feitas pelo eminente professor Robert Alexy, que parte do pressuposto que direitos fundamentais têm por finalidade a proteção da esfera de liberdade individual contra as intervenções do Estado, e conclui:

Direitos de defesa do cidadão contra o Estado são direitos a ações negativas (abstenções) do Estado. Eles pertencem ao *status* negativo, mais precisamente ao *status* negativo em sentido amplo. Seu contraponto são os direitos a uma ação positiva do Estado, que pertencem aos *status* positivo, mais precisamente ao *status* positivo em sentido estrito (ALEXY, 2015, p. 433).

E, dentro dessas prestações, incluem-se as de dimensão objetiva relacionadas às *prestações normativas* ou *jurídicas*, que consistem na criação de normas jurídicas para tutelar interesses individuais. (NOVELINO, 2013).

Destarte, direitos de ações positivas normativas, são direitos inerentes aos atos estatais que proporcionam a criação de normas. Ademais, exemplifica Alexy (2015), se estiver reconhecido o direito do nascituro, é dever do Estado criar normas de direito penal para tutelar esse reconhecimento, sendo, portanto, esse ato incluído dentro das prestações normativas.

Como é de todo sabido a Constituição Federal, dentro do sistema de proteção aos direitos fundamentais, impõe ao Estado o dever de adotar ações positivas de proteção aos direitos humanos nela consagrados e outros que o Estado se obrigou a proteger, por ocasião de tratados internacionais. Sendo assim, emprestar os efeitos das decisões típicas do controle concentrado ao difuso é garantir máxima proteção a esses direitos, dando-lhes a efetividade necessária.

Do caso paradigma do HC 82.959/SP, embora já se tenha corrigido o equívoco legislativo, em razão da edição da súmula vinculante nº 26, que enuncia ser inconstitucional o art. 2º da Lei nº 8.072/90 e pela alteração do próprio dispositivo pela Lei nº 11.464/2007, houve um transcurso de aproximadamente 3 anos e 10

meses para STF aprovar a referida súmula, em face de recorrentes Habeas Corpus e recursos que versavam sobre mesma questão.

Urge dizer que naquela ocasião como bem assentou o ex-ministro Nelson Jobim, apesar de ser voto vencido que "na verdade, não estamos decidindo o caso concreto, estamos decidindo o regime de progressão ou não do sistema.". (BRASIL, 2006).

Nessa baila, é apropriado afirmar, que essa excessiva demora em resolver a questão em definitivo não demonstra razoável, quando se põem em jogo direitos tão caros, como o direito à liberdade, à saúde, à vida, enfim, direitos humanos de primeira ordem ou dimensão. Discutindo a proteção jurídica que deve ser ofertada ao indivíduo pelo Estado, Jose Canotilho escreve passagem que se relaciona bem com o caso em questão:

[...] ao demandante de uma proteção jurídica deve ser reconhecida a possibilidade de, em tempo útil (adequação temporal, justiça temporalmente adequada), obter uma sentença executória com força de caso julgado - **a justiça tardia equivale a uma denegação da justiça**. (CANOTILHO, 1993, p. 652, grifo nosso).

Essa censurável inércia gerou flagrante atentado ao direito fundamental à liberdade de presos condenados por crimes enquadrados na Lei nº 8.072/90, que se viam impossibilitados de progredir para regime de cumprimento de pena menos gravoso, ainda que já se tenha reconhecida a inconstitucionalidade do art. 2º do referido diploma pelo Supremo Tribunal Federal.

Ainda que os opositores aleguem que o radicalismo da teoria da abstrativização é na verdade violação aos também direitos fundamentais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, em razão dos efeitos das decisões afetarem pessoas que não participaram do processo – é também flagrante violação à direito fundamental a aplicação cega da lei declara inconstitucional pelas Cortes Constitucionais, cuja problemática merece a observação do seguinte excerto:

Se a Constituição confere ao indivíduo direitos contra o legislador e prevê um tribunal constitucional (também) para garantir esses direitos, então, a atividade do tribunal constitucional no âmbito da legislação que seja necessária à garantia de direitos não é uma usurpação inconstitucional de competências legislativas, mas algo que não apenas permitido, mas também exigido pela Constituição. (ALEXY, 2015, p. 546).

No contexto proposto por Robert Alexy, a Constituição confere relevante papel a Corte Constitucional de primar pela supremacia e unidade das normas constitucionais, aniquilando condutas do Poder Público que extrapolem seus limites formais e materiais. Logo, antes mesmo de ser um *poder* outorgado pela Norma Suprema, não resta dúvida ser também um *dever*.

[...] é algo que pode ser percebido no fato de que, sempre que se pode fundamentar, com suficiente certeza, a existência de um direito subjetivo do indivíduo contra o Estado, as razões contrárias a uma competência de controle do tribunal têm que ceder. (ALEXY, 2015, p. 547).

Estar-se diante de verdadeira antinomia entre normas principiológicas de importância salutar para a sobrevivência da sociedade democrática e liberdades civis, todavia, mesmo entre esses direitos superlativos, há aqueles que devam preponderar. O direito à vida, à saúde e à liberdade, são direitos caros que merecem total e irrestrita proteção.

Além do que, por outro motivo, o princípio da segurança jurídica premissa que não pode ser desconsiderada. A previsibilidade de situações jurídicas, consoante Bulos (2014), é pressuposto necessário nas sociedades modernas e no caso, em questão, tudo orbita em torno a pressuposto objetivo para progressão de regime, previsto na lei de execução, portanto, regra puramente abstrata declarada inconstitucional pelo STF, que mesmo em sede de controle abstrato deveria vincular os demais órgãos, como se extrai do voto do ex-ministro Joaquim Barbosa na Rcl 4335/AC:

O que a motiva é a infeliz recalcitrância 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. Receio que, no caso, em que aparentemente estamos a lidar com atos de um juiz que parece estar convicto de que é seu dever julgar contrariamente à orientação do Supremo Tribunal Federal enquanto não vier a suspensão do ato pelo Senado, a resposta da Corte dará ao desaforo uma dimensão que ele não tem. (BRASIL, 2014).

A bem da verdade, embora o ex-ministro não tenha reconhecido a mutação constitucional do artigo em questão, pela literalidade ofuscante do dispositivo. Reconheceu que, na atual conjuntura da jurisdição do Supremo, sua estrita observância revela-se sobretudo anacrônica, porém não é o caso liquidação pela via meramente interpretativa.

Com essas considerações, nota-se a pertinência nas premissas aqui expostas para conferir efeitos *erga omnes* e vinculantes as decisões proferidas, em sede controle difuso, nas matérias afetas à defesa de direitos fundamentais, abraçando a teoria da abstrativização de forma mitigada.

Necessário ressaltar que não se pretende outorgar poder ilimitado ao Supremo Tribunal Federal, há que se reconhecer o anacronismo do art. 52, X, da Constituição e a inevitabilidade de sua alteração por meio formal. Todavia, obstar o STF de conferir efeito vinculante às decisões proferidas nas demandas que ventilem matéria de direito fundamental é se apegar ao formalismo cego.

A proposição é plenamente, aferível, pela lógica do sistema de controle de constitucionalidade de leis desenhado pela Constituição da República 1988, não olvidando seus antecedentes históricos, bem como da orientação que vem se consolidando dentro do Supremo, para enaltecer a tendência da abstrativização como legítimo mecanismo de defesa dos direitos e garantias fundamentais.

Conclui-se, pois, que a adoção dessa tendência não extrapola os limites do poder outorgado ao Supremo Tribunal pela Constituição vigente, de modo a ser ele seu guardião, interprete final de suas normas e defensor incondicional de sua supremacia. Sendo, portando, a teoria da abstrativização mitigada legítimo instrumento de manutenção da ordem constitucional e pacificação social.

## 6 CONCLUSÃO

A atuação do Supremo Tribunal tem evoluído bastante desde a Constituição de 1988. Sua primorosa tarefa de guarda e defesa da norma fundamental brasileira, uniformizando sua interpretação e garantindo sua força normativa, tem rendido riquíssimas discussões acerca das fórmulas de decisão e limites de sua atividade.

Em decorrência da instituição de um sistema eclético, híbrido ou misto de controle de constitucionalidade pela Carta de 1988, que prevê o acesso a jurisdição do STF tanto pela via incidental (difusa), como pela via direta (concentrado), surgiu dentro da atividade do Supremo a teoria da abstrativização ou objetivização do controle difuso que defende haver uma progressiva permeabilidade do controle difuso pelo controle concentrado.

Nesse sentido, a teoria da abstrativização prega o reconhecimento igual de efeitos nas decisões que apreciam a inconstitucionalidade tanto no controle difuso, quanto no abstrato, tendo vista que o plenário do Supremo Tribunal Federal, nos dois casos, emite decisão sobre lei ou ato normativo em tese, desvinculado de questões fáticas.

Os defensores da teoria defendem a ideia com lastros em várias situações (evidência) que essa tendência de objetivização se faz presente. Ao passo, que no recurso extraordinário já se consolidou entendimento no Supremo da sua função de transcender ao aspecto subjetivo de mera defesa de interesses das partes imediatas, para figurar como importante mecanismo de defesa da ordem constitucional objetiva.

Outrossim, o emprego analógico da modulação temporal dos efeitos da decisão, tem sido técnica recorrente no deslinde de casos “concretos” na Corte, sem contudo, haver previsão legal expressa para modular os efeitos no controle difuso. Destarte, à pretexto de garantir a força normativa da Constituição e defender sua supremacia, o juízo de ponderação vem sendo exercido no controle difuso amplamente.

A seu turno, o emprego da teoria da transcendência dos motivos determinantes ou efeito transcendente no deslinde de casos concretos denota restar evidente que a Corte Suprema vem cada vez mais matizando o controle difuso.

Apesar dos lógicos argumentos em favor da teoria da abstrativização, a mesma é alvo de críticas e ponderações que, de certa forma, algumas merecem prosperar.

As críticas denotam preocupação na mudança para um sistema único, eminentemente concentrado, tendo em vista que o efeito vinculante limitaria quase a zero o controle de normas nos órgão de judicatura de base com o passar dos anos.

Alertam, ainda, para o risco de desequilíbrio entre os Poderes Republicanos, na medida em que reconhecer amplitude desarrazoada as decisões ao órgão de cúpula do Poder Judiciário, estar-se-ia hipertrofiando o Poder Judiciário, cujas manifestações vinculariam os demais, sem os devidos temperamentos que o sistema de freios e contrapesos exige

Ponderação que merece atenção, também, é a possibilidade de enfraquecimento do princípio democrático, tendo em vista que se estar a propor, pela teoria da abstrativização, é uma arriscada concentração de poder, que altera toda lógica da democracia moderna, cujo sentido natural deve ser o inverso. Além do que promover a alteração do sentido da norma extraída do art. 52, X, CRFB/88, de ofuscante literalidade, pela via hermenêutica, é negar a força normativa da Constituição e exercer competência por ela não deferida.

Conquanto, de certa forma, haja pertinência nas críticas apontadas a teoria abstrativização, em se tratando de defesa e fundamentais, há que se reconhecer, pela própria natureza e relevância destes direitos, que o emprego dos efeitos do controle concentrado é medida a ser verificada, para garantir-lhes ampla e irrestrita efetividade, consubstanciando-se, portando, em um dever de agir do Estado.

Não se pode olvidar que a proteção dos direitos fundamentais, além da supremacia e rigidez constitucional, também é premissa fundamentadora e finalística do controle de constitucionalidade.

Nesse contexto, o sistema de proteção aos direitos fundamentais, impõe ao Estado o dever de adotar ações positivas de proteção aos direito humanos nela consagrados. De certo que emprestar os efeitos das decisões típicas do controle concentrado ao difuso é garantir máxima proteção a esses direitos, dando-lhes a efetividade necessária.

O controle de constitucionalidade, como parte integrante desse sistema de proteção, é relevante papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal, com

vistas a fulminar condutas do Poder Público que extrapolem seus limites formais e materiais, principalmente as que violem direitos fundamentais primários.

Logo, antes mesmo de ser um poder outorgado pela Norma Suprema, não resta dúvida que este papel é também um dever, portando dar voz a teoria mitigada da abstrativização para defesa dos direitos fundamentais é medida consentânea com a realidade normativa brasileira.

Ato contínuo, pela lógica do sistema de controle de constitucionalidade de leis desenhado pela Constituição da República 1988, a assertiva é plenamente, aferível, pois o mesmo, independente do modo de exercício, é importante instrumento de proteção e manutenção da essência do Estado democrático de direito, ao passo que preserva, no plano jurídico, toda carga axiológica conformada em sua Lei Fundamental, mormente os direitos e garantias fundamentais.

Portanto, a adoção dessa orientação adéqua-se aos limites do poder-dever outorgado ao Supremo Tribunal Federal de ser interprete final e defensor incondicional da supremacia constitucional. Aplicar a teoria da abstrativização mitigada, desse modo, é reforçar os instrumentos de manutenção da ordem constitucional e pacificação social.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert, **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BEÇAK, Rubens. **As alterações do controle difuso de constitucionalidade e sua aproximação com o modelo concentrado**. Disponível em: < [http://myrtus.uspnet.usp.br/pesqfdrp/portal/professores/becak/pdf/control\\_e\\_dif.pdf](http://myrtus.uspnet.usp.br/pesqfdrp/portal/professores/becak/pdf/control_e_dif.pdf) > Acesso em: 28 fev. 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 18 set. 1946.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 out. 1988.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 26 jul. 1990.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 10 nov. 1999.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Processo: Rcl 4.335/AC. Rel. Ministro Gilmar Mendes. **Diário de Justiça**, Brasília, 25 ago. 2006.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Processo: HC 82.959/SP. Rel. Ministro Marco Aurélio. **Diário de Justiça**, Brasília, 01 set. 2006.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Processo: RE 556.664/SC. Rel. Ministro Gilmar Mendes. **Diário de Justiça**, Brasília, 13 nov. 2008.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Processo: Rcl 10.604/DF. Rel. Ayres Britto. **Diário de Justiça**, Brasília, 14 set. 2010.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Processo: AI 641.798/RJ. Rel. Ministro Joaquim Barbosa. **Diário de Justiça**, Brasília, 05 nov. 2010.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16 mar. 2015.



BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARVALHO, Alberto Marcio de. **A abstrativização do controle difuso no processo mutacional**. Disponível em: < [http://ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11807](http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11807)> Acesso em: 28 fev. 2016.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **STF não admite a teoria da abstrativização do controle difuso e o art. 52, X, da CF/88 não sofreu mutação constitucional: entendendo a RCL 4335/AC**. Disponível em: < <http://www.dizerodireito.com.br/2014/05/stf-nao-admite-teoria-da.html>> Acesso em: 04 jul. 2016.

CRUZ, Álvaro R. S.; MEYER, Emílio P. N.; RODRIGUES, Eder B. **Desafios contemporâneos do controle de constitucionalidade no Brasil**. v. 2. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo C. **Curso de direito processual civil**. 3. vol. 7. ed. 11. Salvador: Juspodvm, 2013.

\_\_\_\_\_, Fredie. **O recurso extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro**. Disponível em: < <http://www.tex.pro.br/home/artigos/176-artigos-out-2013/6309-o-recurso-extraordinario-e-a-transformacao-do-controle-difuso-de-constitucionalidade-no-direito-brasileiro>> Acesso em: 28 fev. 2016.

\_\_\_\_\_, Fredie. **Ações constitucionais**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

ENTERRIA, Eduardo Garcia de. **La constitución como norma y el tribunal constitucional**. Madri: Editorial Civitas, 1982.

FERRAZ, Anna C. C.; VITA, Jonathan B.; SILVEIRA, Helena C.G. **Direitos e garantias fundamentais II**. Florianópolis: Conpedi, 2015.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, v. 41, n. 162, p. 149-168, abr./jun. 2004.

\_\_\_\_\_, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MONTEZ, Marcus V. L. **A abstrativização do controle difuso de constitucionalidade.** Disponível em: <http://www.jurisite.com.br/doutrinas/Constitucional/doutconst49.html>> Acesso em: 28 fev. 2016.

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

NOVELINO, Marcelo. Manual de Direito Constitucional. 8. ed. São Paulo: Método, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 38. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

STRECK, Lênio L.; OLIVEIRA, Marcelo A. C. de; LIMA, Martonio M. B. **Mutações na corte:** a nova perspectiva do STF sobre controle difuso. 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: 25 jul. 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil.** 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.