

A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE

THE CONTROL ABSTRATIVIZAÇÃO CONSTITUTIONALITY CONCRETE

Luíz Fernando Baracho*

Resumo: O presente trabalho dá enfoque ao fenômeno da abstrativização do controle difuso/concreto de constitucionalidade, que se tornou evidente a partir do julgamento em plenário da Reclamação Constitucional nº 4.335 de 04 de maio de 2006. De acordo com esta nova tendência, o Supremo Tribunal Federal poderá modular o alcance das decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade sem a participação do Senado Federal, a despeito do disposto no art. 52, X, da CRFB/88. Neste contexto, a fim de contextualizar o leitor ao tema, far-se-á um breve estudo acerca do constitucionalismo moderno. Em seguida, serão tecidas sucintas considerações acerca do histórico do controle de constitucionalidade no direito brasileiro para, a partir das necessárias distinções, analisar o fenômeno da objetivação, realizando análise crítica acerca deste recente fenômeno, apresentando argumentos favoráveis e contrários ao instituto, traçando as considerações finais alcançadas por esta pesquisa.

Palavras-chave: CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. SISTEMA MISTO. CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE. TEORIA DA ABSTRATIVIZAÇÃO.

Abstract: This paper focuses on the phenomenon of abstrativização diffuse control / constitutionality of concrete, it became apparent from the judgment in a plenary session of the Constitutional Complaint No. 4335 of 04 May 2006. According to this new trend, the Supreme Court Federal may modulate the scope of decisions in diffuse control of

* Especialista em Direito Processual pelo IEC da PUC/MG. Bacharel em Direito pela Faculdade Mineira de Direito da PUC/MG.

constitutionality headquarters without the participation of the Senate, despite the provisions of art. 52, X, of CRFB / 88. In this context, in order to contextualize the reader to the topic, it will make a brief study of the modern constitutionalism. They would then be woven succinct considerations of judicial review of the history in Brazilian law for, as of necessary distinctions, analyze the phenomenon of objectification, performing critical analysis of this recent phenomenon, presenting arguments for and against the institute, tracing the considerations end reached by this research.

Keywords: CONSTITUTIONAL CONTROL. MIXED SYSTEM. DIFFUSE CONTROL OF CONSTITUTIONALITY. THEORY ABSTRATIVIZAÇÃO.

1. INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro prevê dois arquétipos de controle de constitucionalidade das leis, o difuso, conhecido também pela denominação controle pela via de exceção ou concreto, e o concentrado, também intitulado controle por via de ação ou controle abstrato, com competências e efeitos distintos.

O controle concentrado, previsto no art. 102, I, “a”, da Carta Magna, determina que a competência para a realização desta modalidade de controle de constitucionalidade é atribuída a um único e exclusivo tribunal, no caso brasileiro, ao Supremo Tribunal Federal-STF sem atrelamento a um caso concreto, ou seja, limitando-se a análise da lei em abstrato e tendo a decisão proferida efeitos *erga omnes*.

Já o controle difuso, expresso no art. 97 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é aquele em que a competência para a declaração de inconstitucionalidade é compartilhada entre todo e qualquer órgão do Poder Judiciário, sendo feita de forma incidental em uma situação concreta posta em juízo, e seus efeitos são, em geral, *inter partes*, ou seja, limitado às partes do processo.

Todavia, em casos excepcionais, o controle difuso de constitucionalidade poderá ter efeitos *erga omnes*.

Nesta hipótese, o STF, ao declarar por maioria absoluta de seus membros a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo do Poder Público deverá, nos termos do art. 52, X, da CRFB/88, oficiar o Senado Federal para que este, através de resolução, suspenda total ou parcialmente a sua execução.

Entretanto, a despeito da determinação constitucional supracitada, a comunidade jurídica vem percebendo uma nova tendência por parte do STF, a partir de seus recentes julgados, no sentido de alterar o alcance das decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade sem a participação do Senado Federal, fenômeno este denominado de “abstrativização do controle difuso/concreto de constitucionalidade” e que se tornou evidente a partir do julgamento em plenário da Reclamação Constitucional nº 4.335 de 04 de maio de 2006.

Nesse quadro, propõe-se a presente pesquisa uma análise acerca do que se tem chamado por abstração ou objetivação do controle difuso de constitucionalidade, destacando as recentes decisões proferidas pelo STF, totalmente alheia à letra do texto constitucional.

Para tanto, a fim de contextualizar o leitor ao tema, far-se-á um breve estudo acerca do constitucionalismo moderno, destacando-se o princípio da supremacia da constituição, bem como do sistema de constitucionalidade brasileiro, analisando seus requisitos e suas espécies, divididas em controle político, misto e jurídico.

Em seguida, serão tecidas sucintas considerações acerca do histórico do controle de constitucionalidade no direito brasileiro para, a partir das necessárias distinções, analisar o fenômeno da objetivação, tendo em vista os instrumentos processuais existentes em nosso ordenamento jurídico e as recentes interpretações conferidas ao instituto pelo STF.

Ao final, será feita análise crítica deste recente fenômeno, apresentando argumentos favoráveis e contrários ao instituto, traçando as considerações finais alcançadas por esta pesquisa.

Feito esses registros, destaca-se que o principal ponto deste trabalho recairá sobre o antagonismo existente entre a atual postura do STF perante a teoria do processo constitucional.

2. CONSTITUCIONALISMO E SUPREMACIA CONSTITUCIONAL

Inicialmente, para que se possa compreender a necessidade de estruturação e manutenção por um Estado de mecanismos que possibilitam o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos por ele editados, necessário se faz um breve estudo sobre a origem do constitucionalismo moderno.

A origem formal do constitucionalismo está intimamente ligada às Constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América, em 1787, após a Independência das 13 Colônias, e da França, em 1791, a partir da Revolução Francesa, apresentando como traços essenciais a organização do Estado e a limitação do poder estatal por meio da previsão de direitos e garantias fundamentais.

Em outras palavras, o constitucionalismo escrito surge com o Estado a partir do momento em que grupos sociais passam a contar com mecanismos de limitação do exercício do poder político, trazendo consigo a necessidade de proclamação de declarações de direitos.

Destarte, a Constituição, figura central da era moderna, passa a ser entendida como a lei fundamental e suprema de um Estado, que não se limita a estabelecer as bases da organização estatal e os fundamentos da ordem jurídica da comunidade, mas desempenha relevante função como instrumento de racionalização do poder e de garantia da liberdade (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 1051).

Neste esteio, concebendo o ordenamento jurídico como estrutura hierarquizada de normas, cujo alicerce repousa na ficção da norma fundamental hipotética de que se utilizou Kelsen para descrever a existência do direito, emerge cristalina a ideia da supremacia da Constituição, como ponto de apoio e condição de validade de todas as leis e atos normativos editados pelo Estado (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 14).

Assim, possuindo esta norma indubitavelmente força vinculante em relação aos Poderes Constituídos, inevitável se torna a busca por meios que garantam a segurança jurídica dentro do sistema normativo, é o que se passa a analisar.

3. DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS E DOS ATOS NORMATIVOS

Levando-se em consideração o princípio da supremacia da Carta Maior, exigindo que todos os demais atos normativos emanados pelo sistema sejam produzidos em conformidade com o texto constitucional, o legislador constituinte originário desenvolveu mecanismos no intuito de controlar uma lei ou um ato normativo, verificando sua compatibilidade com a Constituição.

Dessa forma, controlar a constitucionalidade significa verificar a parametricidade entre a Constituição e a Legislação infraconstitucional nos países em que a Constituição tem suprallegalidade (FERNANDES, 2013, p. 1066).

Frise-se que a existência em um Estado de uma constituição do tipo rígida¹ e a atribuição de competência a um órgão (ou órgãos) para que este fiscalize a conformação do ato com o texto constitucional é pressuposto essencial de existência para o controle de constitucionalidade das leis.

Ou seja, apenas nas constituições rígidas pode-se verificar a superioridade da norma magna em relação àquelas produzidas pelo Poder Legislativo, não podendo nenhum ato normativo oriundo do poder legiferante ordinário modificá-la ou suprimi-la.

Á vista disso, pode-se concluir que inconstitucional é, pois, qualquer comportamento estatal que conflita no todo, ou em parte, com a Constituição.

3.1 Requisitos de constitucionalidade das espécies normativas

A análise da constitucionalidade das leis e dos atos normativos cinge-se em compará-las com determinados requisitos formais e materiais, a fim de constatar ou não a sua compatibilidade com as normas fundamentais.

Em relação aos requisitos formais, a CRFB/88, em seu artigo 5º, inciso II, consagra o princípio da legalidade, ao determinar que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Neste sentido, a própria Carta Magna, a fim de implementar tal preceito, prevê em seus artigos 59 a 69 pressupostos e procedimentos relativos à formação da lei,

¹ De acordo com Gilmar Ferreira Mendes, entende-se por constituição rígida aquela que, mesmo admitindo emendas, reformas ou revisões, dificultam o processo tendente à modifica-las, que é distinto, por essa razão, do processo comum. (fl.19).

constituindo-se estes o processo legislativo constitucional (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 1061).

Assim sendo, a inobservância das normas constitucionais de processo legislativo acarreta, como conseqüência, a inconstitucionalidade formal da lei ou do ato normativo infraconstitucional.

Quanto ao requisito substancial do controle de constitucionalidade, tem-se que este se relaciona a verificação material da compatibilidade do objeto da lei com a Constituição Federal.

Neste sentido, os vícios materiais dizem respeito ao próprio conteúdo do aspecto substantivo do ato, originando-se de um conflito com regras ou princípios estabelecidos na Constituição.

Dessa forma, caso a forma ou o conteúdo da norma infra legal se desvie das determinações constitucionais, esta será reconhecida como inconstitucional, devendo ser expurgada do ordenamento jurídico.

3.2 Espécies de Controle de Constitucionalidade

Como já dito, constitui-se como pressuposto de existência do controle de constitucionalidade das leis a atribuição de competência a um órgão, ou órgãos, para que este fiscalize a conformação do ato editado pelo legislador ordinário com o texto constitucional.

Destaque-se que o controle de constitucionalidade poderá ser realizado de forma preventiva, com a finalidade de impedir que alguma norma maculada pela inconstitucionalidade ingresse no ordenamento jurídico pátrio, ou, até mesmo, de forma repressiva, a fim de extirpar dele a norma editada em desrespeito à Constituição.

Saliente-se que, em nossa tradição jurídica, o judiciário realiza o controle repressivo de constitucionalidade, enquanto os poderes Executivo e Legislativo realizam o chamado controle preventivo (MORAES, 2009, p. 703).

Assim, conforme o sistema adotado pelo legislador originário, o controle, quanto ao órgão controlador, poderá ser judicial, político, ou misto, conforme descrição que será realizada no próximo tópico.

3.2.1 Controle Político

De origem francesa e baseada precisamente nas obras de Sieyès² com o seu projeto denominado "Jurie Constitutionaire" (BONAVIDES, 2009, p. 300), o controle de constitucionalidade político é uma espécie de controle realizado exclusivamente pelos órgãos políticos da Nação.

Dessa forma, a atividade de análise de compatibilidade entre a Constituição e a Legislação infraconstitucional se dará através de um órgão político, podendo ocorrer pela via das Casas Legislativas ou através de outros órgãos. No âmbito legislativo, é comum que esse controle seja realizado por uma comissão parlamentar específica, tal qual a Comissão de Constituição e Justiça no caso brasileiro.

Por fim, saliente-se que o veto oposto pelo Executivo a projeto de lei, com fundamento em sua inconstitucionalidade, também enquadra-se nesta modalidade, nos termos do art. 66, §1º da CF/88 (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 1055).

3.2.2 Controle Misto

De acordo com as lições de Alexandre de Moraes, o controle de constitucionalidade misto é aquele que ocorre quando a própria Carta Magna reserva a apreciação de validade de certas leis e atos normativos ao crivo dos órgãos políticos enquanto outras possuem sua apreciação de validade outorgada somente ao controle judicial (MORAES, 2009, p. 704).

Porém, é de se mencionar que a doutrina brasileira sobre o tema não é uníssona ao definir o que é o controle misto. Para muitos, o nosso controle se qualifica como misto por ter técnicas tanto do controle difuso quanto do concentrado, já outros chegam a negar veementemente tal caráter ao controle brasileiro.

² Um dos principais legisladores da Revolução Francesa.

3.2.3 Controle Judiciário ou Jurídico

No controle Judicial, a verificação de compatibilidade das leis e dos atos normativo com a constituição é feita pelos órgãos integrantes do Poder Judiciário (MORAES, 2009, p. 704).

Nesta modalidade de controle, que é a regra adotada pelo Brasil, a declaração de inconstitucionalidade poderá se dar tanto por meio de um órgão único, quando então o controle será classificado como concentrado, quanto por qualquer juiz ou tribunal, quando o controle será visto como difuso, veja:

3.2.3.1. Do controle repressivo realizado pelo Poder Judiciário

O Ordenamento Jurídico pátrio prevê, para o controle repressivo judiciário, dois modelos de controle de constitucionalidade, o difuso, ou controle realizado por via de exceção ou concreto, e o concentrado, ou controle por via de ação ou abstrato, cada um com competências e efeitos específicos.

A CRFB/88, em seu art. 102, I, “a”, determina, em se tratando de controle concentrado, que compete exclusivamente ao STF, precipuamente, a guarda da constituição, cabendo-lhe processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual.

Em contrapartida, quanto ao controle difuso, o artigo 97 do mesmo diploma legal estende a possibilidade do controle de constitucionalidade também aos Tribunais, estabelecendo, porém, que somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão poderão declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo emanado pelo Poder Público.

Neste ponto, merece ser evidenciado que a presente classificação é de extrema importância para o completo entendimento do tema proposto, com ênfase nos efeitos reservados a cada modo de controle, conforme analisado no próximo tópico.

3.2.3.1.1 Do controle Concentrado de Constitucionalidade

O controle concentrado de constitucionalidade é também chamado de controle abstrato, ou via de ação, e foi introduzido em nosso ordenamento jurídico por influência da Constituição Austríaca de 1920, elaborada com base no projeto do jus-filósofo Hans Kelsen.

Para Kelsen, como forma de garantia suprema da Constituição, necessária seria a criação de um órgão separado da função executiva e legislativa para julgar a constitucionalidade das normas arguidas por apresentarem algum vício, seja formal, seja material.

Sobre este modelo, Hans Kelsen assim explica:

(...) Se a Constituição conferisse a toda e qualquer pessoa competência para decidir esta questão, dificilmente poderia surgir uma lei que vinculasse os súditos do Direito e os órgãos jurídicos. Devendo evitar-se uma tal situação, a Constituição apenas pode conferir competência para tal a um determinado órgão único. (KELSEN, 1985, p. 288/290).

Ou seja, neste modelo de controle concentrado de constitucionalidade o julgamento de questões constitucionais fica a cargo exclusivamente de um órgão jurisdicional superior (Tribunal Constitucional), criado especialmente para tal função.

Dessa maneira, ao se atribuir a tarefa a tal órgão, acaba-se por negar o controle de constitucionalidade aos juízes ordinários, sendo tal competência assumida, de forma exclusiva, por um Tribunal que não se situa em nenhum dos três poderes.

Citando os ensinamentos de Paulo Bonavides (BONAVIDES, 2009, p.307), no controle de constitucionalidade concentrado impugna-se, perante determinado tribunal, uma lei em tese, que poderá perder sua validade constitucional e conseqüentemente ser anulada *erga omnes* (com relação a todos).

No Brasil, esta modalidade de controle surgiu, com algumas modificações ao modelo kelseniano, por meio da Emenda Constitucional n° 16, de 06 de dezembro de 1965, que atribuiu ao Supremo Tribunal Federal competência para processar e julgar,

originariamente, a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, apresentada pelo procurador-geral da República.

Frise-se que o que se analisa, nessa forma de controle, é o ato normativo em si, isto é, examina-se a norma abstratamente sem que esta esteja inserida em alguma situação concreta, por via das ações elencadas pela lei.

3.2.3.1.2 Do controle Difuso de Constitucionalidade

Também conhecido como controle por via de exceção ou defesa, o controle de constitucionalidade difuso tem sua origem no caso *Mabury v. Madison*, julgado pelo juiz Marshall da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no ano de 1803.

Tal caso inaugurou o controle de constitucionalidade das leis, por meio difuso, na medida em que o Juiz Marshall, ao prolatar a sua decisão, consignou os três grandes fundamentos que justificam o controle judicial de constitucionalidade, quais sejam: a supremacia da constituição, a nulidade da lei que contrarie a Constituição e a afirmação de que o Judiciário é o intérprete final da Constituição.³

Assim, por esta modalidade de controle, todo e qualquer juiz ou tribunal deve realizar, no caso concreto, a análise sobre a compatibilidade do ordenamento jurídico com a Constituição. E ao fazê-lo, em caso de contradição entre a legislação e a Constituição, deve ser aplicada esta última, por ser superior a qualquer lei ordinária emanada do Poder Legislativo.

Destaque-se que, na via de exceção, por figurar a questão constitucional como questão prejudicial à análise do mérito, tal controle sempre será exercido diante de um caso concreto e a provável declaração de inconstitucionalidade operará seus efeitos apenas *inter partes*, ou seja, não acarretará a anulação da lei ou do ato normativo para outros além dos litigantes do processo sob análise.

No Brasil, a possibilidade de controle difuso de constitucionalidade existe desde a primeira Constituição Republicana de 1891, que em seu art. 59, §1º, “b”, ditava:

Art.59 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

³ BARROSO. Luis Roberto. **O controle de Constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 10.

§ 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas. (BRASIL, 1891).

Por fim, destaque-se, ainda, que o controle difuso de constitucionalidade instalou-se de forma efetiva no Brasil com a edição da Lei Federal nº 221 de 1984 que concedeu competência aos juízes e tribunais para apreciarem a validade das leis e regulamentos e deixarem de aplicá-los aos casos concretos se manifestamente inconstitucionais, veja seu art.13, §10:

Art. 13, § 10. Os juizes e tribunaes apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de applicar aos casos occurrentes as leis manifestamente inconstitucionaes e os regulamentos manifestamente incompativeis com as leis ou com a Constituição. (BRASIL, 1984).

Após estas breves diferenciações entre as formas de controle de constitucionalidade, imperioso se torna o estudo da história do controle de constitucionalidade adotado pelo Brasil.

Ressalve-se que, desde o início, o controle de constitucionalidade brasileiro foi fruto de previsão legislativa, diferentemente, por exemplo, dos Estados Unidos da América, onde a técnica se edificou pela via interpretativa.

4. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

O ordenamento jurídico brasileiro, atualmente, adota o sistema misto ou híbrido de controle de constitucionalidade, possibilitando aos legitimados a salvaguarda da Constituição tanto através do controle difuso quanto do controle concentrado de constitucionalidade.

Em que pese a existência de divergência doutrinária quanto ao tema⁴, pode-se dizer que a primeira tentativa de implantação de um controle de Constitucionalidade das leis no Brasil aconteceu com a Carta do Império de 1824.

⁴ Barroso (2012) entende que o controle de constitucionalidade não existia na Constituição de 1824.

Inspirada na doutrina francesa, a Constituição Imperial sedimentou que a guarda da Constituição competiria ao Poder Legislativo e não ao Judiciário, como atualmente determina a Constituição Democrática.

Conforme nos ensina Gilmar Mendes (2009, p. 1083), cabia ao Poder Legislativo “não só interpretar as leis que elaborasse – fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revoga-las”, era este também o responsável por “velar na guarda da Constituição (art. 15, n. 8º e 9º) ⁵”.

Com o advento da Constituição Provisória de 1890, foi inserida a competência recursal ao Supremo Tribunal Federal nos casos de ofensa ao texto constitucional ou às leis federais. O Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890 previu, pela primeira vez, a competência do Supremo Tribunal Federal em matéria de constitucionalidade.

Em 1891, com o advento da Constituição da República, a doutrina aplicada nos Estados Unidos da América passou, definitivamente, a fazer parte do sistema Constitucional brasileiro, consolidando o modelo difuso como forma de fiscalizar a adequação das normas infraconstitucionais ao ordenamento jurídico constitucional.

A Constituição de 1934 introduziu profundas e significativas alterações no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro. Mantendo das disposições contidas na Constituição de 1891, o constituinte determinou que a declaração de inconstitucionalidade somente poderia ser realizada pela maioria da totalidade de membros dos tribunais.

Por outro lado, a Constituição de 1934 consagrou ao Senado Federal a competência para “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário”, emprestando efeito *erga omnes* à decisão proferida em controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal (MENDES, 2009, p. 1086).

Como visto em tópicos anteriores, a declaração de inconstitucionalidade no controle difuso tem efeito *inter partes*. Porém, a Constituição de 1934 permitiu estender a eficácia a terceiros, conforme art. 91⁶, IV desta Carta.

⁵ Art. 15. E' da attribuição da Assembléa Geral: VIII. Fazer Leis, interpretal-as, suspendel-as, e rovogal-as; IX. Velar na guarda da Constituição, e promover o bem geral do Nação.

⁶ Art. 91 - Compete ao Senado Federal: IV - suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário.

Para Gilmar Ferreira Mendes (2009, p. 1088), a ascensão evolutiva do controle de constitucionalidade sofreu um inequívoco retrocesso com a Constituição outorgada por Getúlio Vargas em 1937, haja vista que, embora não tenha introduzido qualquer modificação no modelo difuso de controle (art. 101, III, “b” e “c”) ⁷, preservando, inclusive, a exigência de quórum especial para a declaração de inconstitucionalidade (art. 96) ⁸, o Constituinte consagrou o princípio segundo o qual, no caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que a juízo do Presidente da República seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderia o Chefe do Executivo submetê-la novamente ao Parlamento. Confirmada a validade da lei por 2/3 de votos em cada uma das Câmaras, tornava-se insubsistente a decisão do Tribunal.

A partir da Constituição de 1946, o Judiciário retomou a função de exercer o controle de constitucionalidade nos moldes da Constituição de 1934, ou seja, sem ingerências externas.

Destaque-se que no ano de 1965, por meio da Emenda Constitucional nº 16, foi instituído, na legislação brasileira, o controle concentrado de constitucionalidade, atribuindo-se ao Supremo Tribunal Federal a competência para o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade.

As Constituições de 1967 e 1969 mantiveram a previsão dos controles difuso e concentrado, cabendo ao Procurador-Geral da República a iniciativa no segundo caso.

Por fim, no ano de 1977, foi editada a Emenda nº 7 que passou a prever a competência do Supremo “para apreciar representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade ou para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual”.

Neste esteio, vê-se que estas últimas alterações legislativas foram um marco na história do Controle de Constitucionalidade no Brasil. A partir daí passou a vigorar, no ordenamento jurídico pátrio, o conhecido sistema híbrido de constitucionalidade, sendo este uma junção dos modelos de controle difuso (matriz americana) e concentrado (matriz austríaca), cada qual com suas características específicas e bem definidas.

⁷ Art. 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete: III - julgar, em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instâncias: b) quando se questionar sobre a vigência ou validade da lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada;c) quando se contestar a validade de lei ou ato dos Governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do Tribunal local julgar válida a lei ou o ato impugnado.

⁸ Art 96 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República.

Com o advento da Constituição Democrática de 1988, embora tenha se mantido o sistema misto, importantes inovações foram trazidas, principalmente no tocante ao controle abstrato de constitucionalidade.

Em relação ao controle difuso, em que pese mantida praticamente intacta as disposições concernentes ao controle exercido pela via difusa, foi ampliado o rol de espécies de ações e recursos que podem ser utilizados para o exercício da “*função primordial de proteção de direitos fundamentais, estando a cargo desse mister, principalmente, as ações constitucionais do habeas corpus, o habeas data, o mandado de segurança, o mandado de injunção, a ação civil pública e a ação popular.*” (MENDES, 2005, p.3).

Quanto ao controle abstrato de constitucionalidade, como dito, este tomou maior dimensão na medida em que a CRFB/88 ampliou o rol de legitimados e de ações, demonstrando uma tendência à verticalização da jurisdição constitucional no Brasil.

Nos termos do art. 103 da CRFB/88, dispõe de legitimidade para propor a ação de inconstitucionalidade o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de uma Assembleia Legislativa, o Governador de Estado, o Procurador Geral da República, o Conselho Federal da OAB, partido Político com representação no Congresso Nacional, as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

Conforme preleciona Gilmar Mendes (2009, p. 1104), este fato fortalece a impressão de que, com ampla legitimação, pretendeu o constituinte reforçar o controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro, como peculiar instrumento de correção do sistema geral incidente.

Além disso, mantendo o instituto da suspensão pelo Senado da execução da Lei inconstitucional, prevista inicialmente na Constituição de 1934, e atualmente no art. 52, X, da CF/88, o controle difuso passou a assumir feição semelhante àquela do controle concentrado, admitindo-se a possibilidade de eficácia *erga omnes* às decisões tomadas em casos concretos.

Frise-se que essa tendência foi potencializada com a edição da Emenda Constitucional nº 45/2004, bem como tem sido agravada pela atual conformação das jurisprudências do Supremo Tribunal Federal, conforme observar-se-á na seção seguinte.

5. A OBJETIVAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

Demonstrada a evolução do controle de constitucionalidade no Direito brasileiro, verifica-se a existência de forte tendência à verticalização da jurisdição constitucional no Brasil, principalmente a partir da vigente CRFB/88.

Diante disso, e tendo em vista um melhor entendimento acerca do objeto deste estudo, necessário se torna analisar o que se entende por abstrativização dos efeitos das decisões exaradas pelo STF em sede de controle difuso de constitucionalidade.

5.1 Compreensão do fenômeno da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade.

Como anteriormente afirmado, o Brasil adotou, preponderantemente, o sistema jurisdicional misto de controle de constitucionalidade, outorgando ao STF a competência exclusiva para analisar a constitucionalidade da norma em abstrato, quando o parâmetro utilizado é a CRFB/88, e a qualquer juiz ou tribunal a missão de realizar a verificação de compatibilidade da norma mediante caso concreto.

Em sede de controle abstrato, a decisão de mérito de constitucionalidade ou inconstitucionalidade terá eficácia *erga omnes* e efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário, e também à Administração Pública. Trata-se de uma conformidade do sistema com o princípio da igualdade formal.

Já o controle difuso, ou concreto, que é aquele feito no bojo de uma relação jurídico-processual e se limita a afastar a possibilidade de aplicação da lei ao caso concreto, a provável declaração de inconstitucionalidade operará seus efeitos apenas *inter partes*.

Diante de tais especificidades inerentes a cada um dos modelos de análise de constitucionalidade das leis, a tese da abstrativização, portanto, deve ser entendida como uma espécie de abstração do controle difuso que, no Brasil, tradicionalmente está

vinculado à uma situação concreta. Tal fenômeno o aproximaria ao controle concentrado/abstrato de normas.

De acordo com as lições do Ministro Gilmar Mendes (2004), a aproximação entre ambas às espécies de controle de constitucionalidade propicia uma verdadeira mutação no texto constitucional, pois o art. 52, inc. X da CRFB/88 prevê a necessária participação do Senado na suspensão da lei declarada inconstitucional pelo STF em sede de controle difuso:

[...] possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988. Valendo-nos dos subsídios da doutrina constitucional a propósito da mutação constitucional, poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica 'reforma da Constituição sem expressa modificação do texto'. (FERRAZ, 1986, p. 64 et seq., 102 et seq.; Jellinek, 1991, p. 15-35; Hsu, 1998, p. 68 et seq.).

Tal possibilidade de modulação dos efeitos da decisão ganhou relevância quando da discussão em Plenário do Supremo Tribunal Federal acerca da Reclamação Constitucional nº 4.335, ajuizada pela Defensoria Pública da União em face de decisão proferida por juiz do Estado do Acre, no âmbito do Habeas Corpus 82.959, cujo relator foi o Ministro Gilmar Mendes (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 1140).

A decisão envolveu duas questões cruciais: 1) que a equiparação dos efeitos do controle difuso de constitucionalidade aos do controle concentrado seria resultado de um processo de mutação constitucional; 2) que a atribuição de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às decisões decorrentes de controle difuso de constitucionalidade dispensaria a participação do Senado Federal.

Em sede de decisão, o Ministro Gilmar Mendes afirmou sua posição no sentido de que a fórmula relativa à suspensão de execução de lei pelo Senado há de ter simples efeito de publicidade, ou seja, se o Supremo, em sede de controle incidental, declarar, definitivamente, que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado para que este apenas publique a decisão no Diário do Congresso (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 1140).

Destaque-se que, em 21 de março de 2014, o STF, por maioria, conheceu e julgou procedente a reclamação, vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, que não conheciam da reclamação, mas concediam habeas corpus de ofício.

Por fim, ainda é de se mencionar que um dos fatores preponderantes à tese da abstrativização também é o crescente volume recursal e a consequente sobrecarga do Supremo Tribunal Federal. Essa peculiaridade foi destacada pelo Ministro Sepúlveda Pertence no voto que proferiu na ADC nº 1, veja:

(...) A experiência tem demonstrado que será inevitável o reforço do sistema concentrado, sobretudo nos processos de massa; na multiplicidade de processos que inevitavelmente, a cada ano, na dinâmica da legislação, sobretudo na legislação tributária e matérias próximas, levará, se não se criam mecanismos eficazes de decisão relativamente rápida e uniforme, ao estrangulamento da máquina judiciária, acima de qualquer possibilidade de sua ampliação e, progressivamente, ao maior descrédito da justiça, pela sua total incapacidade de responder à demanda de centenas de milhares de processos rigorosamente idênticos, porque reduzidos a uma só questão de direito.

A fim de implementar este novo entendimento, alguns instrumentos processuais foram introduzidos em nosso sistema jurídico, conforme observar-se-á abaixo:

5.2 Instrumentos de objetivação das decisões

A Emenda constitucional nº 45/2004, também conhecida como “Reforma do Judiciário”, trouxe à ordem jurídica brasileira alguns institutos que fortaleceram o papel dado ao Supremo de guardião maior da Constituição, criando novos mecanismos de controle *in abstracto* das normas infraconstitucionais a partir da análise de casos concretos, pela via difusa.

Assim, em virtude das importantes mudanças estruturais ocorridas no sistema de controle de constitucionalidade das leis do direito brasileiro, necessária se torna a sua análise.

5.2.1 Resolução do Senado Federal

Como dito em momento anterior, desde 1934 o texto constitucional Brasileiro prevê como competência privativa do Senado Federal a possibilidade de suspensão da “execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal” (art. 52, X, da atual Constituição).

Assim, pode-se perceber que a suspensão da execução pelo Senado Federal do ato declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal foi a forma definida pelo Constituinte para emprestar eficácia *erga omnes* às decisões definitivas sobre a inconstitucionalidade proferidas em sede de controle difuso (MENDES, 2009, p. 1127).

Porém, a suspensão de execução da lei declarada inconstitucional teve o seu significado normativo fortemente abalado com a ampliação do controle abstrato de normas na CRFB/88, e com o novo contorno dado pelas decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade pelo STF, conferindo à resolução do Senado o caráter de mera publicidade.

5.2.2 Súmula Vinculante

Trata-se a Súmula de natureza vinculante de instrumento de suma importância introduzido pela Emenda Constitucional nº 45/04 ao ordenamento jurídico brasileiro.

De acordo com o art. 103-A da Constituição Federal, o STF poderá, mediante decisão de dois terços dos seus membros, e 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.

Frise-se que as súmulas vinculantes terão eficácia *erga omnes* independentemente de seu encaminhamento ao Senado Federal para que ocorra a suspensão da lei ou ato declarado inconstitucional.

Assim, tal instrumento, ao conferir efeito vinculante à decisão do STF a partir de processos individuais, acaba por aproximar os efeitos do controle difuso *in concretum* aos do controle concentrado *in abstracto*.

5.2.3 A teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença do controle difuso de constitucionalidade

Em virtude de imperativo legal previsto no art. 469 do Código de Processo Civil, a coisa julgada tem como limite objetivo o dispositivo da sentença, não se submetendo ao seu império as soluções (motivos) dadas para as questões prejudiciais necessariamente analisadas para se chegar ao resultado da lide.

Porém, propõe a teoria da transcendência dos motivos determinantes que, nos casos de apreciação de controle de constitucionalidade difuso pelo STF, haverá a ampliação do aspecto objetivo da coisa julgada. Assim, a questão constitucional passa a fazer parte da coisa julgada objetiva, de modo que a orientação expressa pela Corte Constitucional deve ser observada em outros processos semelhantes.

Neste particular, merece destaque as lições de Luís Roberto Barroso:

(...) por essa linha de entendimento, tem sido 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 à conclusão do acórdão, mas igualmente às razões de decidir. (BARROSO, 2009, p. 184).

Por estes termos, verifica-se aqui também a tendência de aproximação dos efeitos do controle difuso aos do controle concentrado.

5.2.4 Princípio da Reserva de Plenário

O princípio da reserva de plenário encontra-se respaldo no art. 97 da CRFB/88 e determina que os tribunais somente poderão declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial.

Entretanto, será afastada a aplicação de tal princípio quando já houver pronunciamento do órgão especial dos tribunais ou do plenário do Supremo Tribunal

Federal sobre a questão, como dispõe o parágrafo único do art. 481 do Código de Processo Civil.

Assim, este princípio, visto como requisito constitucional para apreciação da inconstitucionalidade, também acaba por reforçar a tese de aproximação entre os dois sistemas de controle.

5.2.5 O instituto da repercussão geral

A Reforma do Judiciário que adveio com a Emenda Constitucional n. 45, de 08 de dezembro de 2004, também implantou no ordenamento jurídico brasileiro o instituto da repercussão geral, consagrado no artigo 102, § 3º, que assim dita:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

(...)

§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).

Esse novo instituto ocasionou alterações significativas no que tange ao controle concentrado, tendo em vista a necessidade de se comprovar a repercussão geral quando da admissibilidade do Recurso Extraordinário.

De acordo com a inovação legal, para efeito de repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. Haverá também repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal (art. 543-A, § 3º). Não há dúvida, portanto, de que a adoção desse novo instituto deverá maximizar a feição objetiva do recurso extraordinário (MENDES, 2011).

Observa-se assim inegável objetivação do recurso extraordinário e, conseqüentemente, maior aproximação entre os efeitos conferidos ao controle difuso *in concretum* e os efeitos decorrentes do controle concentrado *in abstracto*.

5.3 A Abstrativização de Controle Difuso de Constitucionalidade e os Precedentes do Supremo Tribunal Federal

O STF, tendo como paradigma o entendimento exarado pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes na Reclamação Constitucional nº 4.335 de 04 de maio de 2006, ajuizada pela Defensoria Pública da União em face de decisão proferida por juiz do Estado do Acre no âmbito do Habeas Corpus 82.959, vem, por repetidas vezes, conferindo efeitos *erga omnes* às decisões da Corte que, mesmo em controle difuso/concreto, reconhece a inconstitucionalidade da norma.

Atualmente, o STF pôde reafirmar este entendimento no julgamento do Habeas Corpus n. 111.840/ES, distribuído em 28/12/2011, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, onde reconheceu a inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, do regime inicial fechado previsto na lei n. 8.072/90.

Pelo teor do julgado, verifica-se que o STF, ao afastar a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, conferiu efeitos *erga omnes* à decisão tomada, veja:

(...). 4. Ao julgar o HC 111.840/ES (Pleno, Min. Dias Toffoli), esta Corte, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. 5. Ordem parcialmente concedida para determinar ao Juízo das Execuções Penais que proceda à análise do regime inicial de cumprimento da pena à luz do art. 33 do Código Penal. (STF, HC 111.159/BA, Rel. Teori Zavascki, j. 24-09-13, p. 07-10-13)

Outros casos emblemáticos se evidenciaram pelos Mandados de Injunção n. 670, 708 e 712, relativos ao direito de greve dos servidores públicos. O efeito dado a eles foi *erga omnes*, restando vencidos, nesse contexto, os ministros que votaram pelo efeito *inter partes*.

Noutro giro, não perdendo de vista que a tendência à abstrativização se manifesta também com a aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes da decisão, verifica-se que o STF já admitiu desta teoria também em sede de reclamação, veja:

EMENTA: RECLAMAÇÃO. 2. Seqüestro (sic) de recursos do Município de Capitão Poço. Débitos trabalhistas. 3. Afronta à autoridade da decisão proferida na ADI 1662. 4. Admissão de seqüestro de verbas públicas somente na hipótese de quebra da ordem cronológica. Não equiparação às situações de não-inclusão da despesa no Orçamento. 5. Efeito vinculante das decisões proferidas em ação direta de inconstitucionalidade. **6. Eficácia que transcende o caso singular. 7. Alcance do efeito vinculante que não se limita à parte dispositiva da decisão. 8. Aplicação das razões determinantes da decisão proferida na ADI 1662.** 9. Reclamação que se julga procedente (Rcl 2363, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 23/10/2003, DJ 01-04-2005).

Ainda, os julgados do STF relacionados aos casos de “Mira Estrela” e da “progressividade do regime de cumprimento de pena nos crimes hediondos”, e mesmo algumas decisões do STJ⁹ e ¹⁰, suportam o entendimento pela teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença no controle difuso.

Entre estes, destaca-se o julgamento do RE n. 197.917, pelo qual o STF reduziu o número de vereadores do Município de Mira Estrela de 11 para 09 e determinou que a aludida decisão somente atingisse a próxima legislatura. Nos moldes do voto do Ministro Celso de Mello, o Ministro Gilmar Mendes “ressaltou a aplicabilidade, ao E. Tribunal Superior Eleitoral, do efeito vinculante emergente da própria *ratio decidendi* que motivou o julgamento do precedente mencionado” (BRASIL, 1995).

Como se vê, a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade é uma tendência que vem se consolidando gradativamente, em que pese a existência de divergência doutrinária acerca da matéria.

5.4. Dos argumentos favoráveis à tese da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade

⁹ REsp 763.812/RS, rel. Min. Gilson Dipp, 5ª Turma, j. 06.10.2005, DJ, 24.10.2005, p. 378: “Ementa: [...] II. Já tendo havido manifestação do Supremo Tribunal Federal pela constitucionalidade do art. 2º, §1º, da Lei n. 8.072/1990, a deliberação do Órgão Especial do Tribunal *a quo* sobre o tema se faria absolutamente desnecessária.”

¹⁰ REsp 828.106/SP, rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, j. 02.05.2006, DJ, 15.05.2006.

Após breve análise do controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos, bem como da evolução jurisprudencial a respeito do entendimento do STF em relação à objetivação do controle difuso de constitucionalidade, cumpre-nos fazer uma abordagem sobre os posicionamentos, tanto daqueles que a criticam, quanto dos que se mostram favoráveis à mudança, visto não se tratar de tema pacífico.

Para adeptos à objetivação, 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 para que se mitigasse a crença na própria justificativa do instituto da suspensão da execução da lei declarada inconstitucional pelo Senado Federal (art. 52, X, da CRFB/88), que, segundo estes, se inspira diretamente numa concepção de separação dos Poderes.

De acordo com Mendes (2009, p. 1135), ainda que se aceite, em princípio, que a suspensão da execução da lei pelo Senado retire esta do ordenamento jurídico com eficácia *ex tunc*, este instituto configura antes a negação do que a afirmação da teoria da nulidade da lei inconstitucional, visto que a não-aplicação geral da lei nula depende exclusivamente da vontade de um órgão eminentemente político e não dos órgãos judiciais incumbidos da aplicação cotidiana do direito.

Neste sentido, entendendo que a lei inconstitucional é *ipso jure* nula e que a resolução do Senado deve-se destinar exclusivamente a conferir publicidade à decisão do STF, Lúcio Bittencourt assim se manifesta:

Se o Senado não agir, nem por isso ficará afetada a eficácia da decisão, a qual continuará a produzir todos os seus efeitos regulares que, de fato, independem de qualquer dos poderes. O objetivo do art. 45, IV da Constituição é apenas tornar pública a decisão do tribunal, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos. Dizer que o Senado “suspende a execução” da lei inconstitucional é, positivamente, impropriedade técnica, uma vez que o ato, sendo “inexistente” ou “ineficaz”, não pode ter suspensa a sua execução. (BITTENCOURT, 1968, p. 145/146).

Ainda de acordo com os defensores desta corrente, a ampliação do controle abstrato de normas, desde a promulgação da CRFB/88, alterou significativamente a relação entre o modelo difuso e o modelo concentrado, passando a ter eficácia geral as decisões proferidas em sede de controle abstrato.

Em sede processual, Mendes (2009, p. 1136) afirma que, revelando a inconsistência do modelo da suspensão da execução das leis inconstitucionais pelo Senado, o Código de Processo Civil, em caráter ampliativo, incorporou disposição que autoriza o relator a dar provimento ao recurso se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência dominante do STF, ou, ainda, a negar seguimento a recurso que contrarie súmula do mencionado tribunal constitucional (art. 557 do CPC).

Assim, para estes, ao inserir tais alterações legislativas, o legislador entendeu ser possível estender de forma geral os efeitos da decisão adotada pelo Tribunal, tanto nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade incidental – hipótese que estaria submetida à intervenção do Senado -, quanto nos casos de fixação de uma dada interpretação constitucional ao ato normativo.

Outro argumento, igualmente relevante, relaciona-se ao controle de constitucionalidade nas ações coletivas, hipótese em que a decisão proferida teria eficácia *erga omnes* e desnecessária seria a comunicação ao Senado Federal.

Ademais, outro argumento favorável seria a já citada edição de Súmula Vinculante, na qual a súmula acabará por dotar a declaração de inconstitucionalidade proferida em sede incidental de efeito vinculante.

Por todos estes argumentos, verifica-se que para aqueles que apoiam esta tese, que tem como precursor o Ministro Gilmar Mendes, parece legítimo entender que a fórmula relativa à suspensão de execução pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade.

Como corolário, de acordo com as palavras de Mendes três conclusões se tornam inexoráveis; 1) a primeira é a que não seria mais a decisão do Senado que conferirá eficácia geral ao julgamento do Supremo; 2) a segunda é que o Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, uma vez que não cuida de decisão substantiva, mas de simples dever de publicação 3) por fim, a terceira, é a de que a não-publicação não terá o condão de impedir que a decisão do STF assuma a sua real eficácia. (MENDES, 2009, p. 1139).

Todavia, torna-se imperativo, à luz de premissas teóricas extraídas do discurso democrático, problematizar essa tendência.

5.5. Dos argumentos contrários à tese da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade

Em contraponto aos argumentos acima, a doutrina mais autorizada mostra-se resistente ao fenômeno da objetivação do controle difuso de constitucionalidade sob o argumento de que, acaso prevalente a teoria proposta pelo Ministro Gilmar Mendes, será estabelecida uma ruptura paradigmática no plano da jurisdição constitucional no Brasil.

De acordo com as lições dos eminentes doutrinadores Lênio Luiz Streck, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Martonio Mont'Alverne Barreto Lima (2007, p. 4), o STF, como poder jurisdicional vinculado à Constituição, deve agir nos limites do poder constituído, haja vista que as funções de um Estado estão submetidos a uma mesma vontade política.

Ou seja, a CRFB/88 possui norma expressa relativa às competências do Senado e que ainda não foi revogada, assim, a sua alteração sem o devido processo legislativo propicia grave lesão ao modelo constitucional do processo e ao sistema de garantias constitucionais dos direitos fundamentais.

Destarte, se o STF pretende dar efeito vinculante em controle difuso, deve editar súmula com efeito vinculante ou seguir os passos do sistema proposto na CRFB/88, remetendo a decisão ao Senado Federal.

Seguindo esta linha de raciocínio, Uadi Lammêgo Bulos (2001, p. 227), de forma elucidativa, afirma que o entendimento defendido por Gilmar Mendes na Reclamação n. 4.335/AC, pelos termos acima expostos, jamais seria caso de mutação constitucional, mas sim de “manipulação inconstitucional”, haja vista ser a mutação constitucional um processo informal de mudança da constituição, tendo como particularidades a espontaneidade e a imprevisibilidade de quando irá ocorrer, não sendo um fenômeno provocado pela ação humana.

Para estes, despontando o processo constitucional como *médium* lingüístico que assegure a todos a igualdade de oportunidade de um estar discursivo em sua estrutura procedimental, construindo conjuntamente (e conseqüentemente legitimando)

a norma a ser aplicada, o modelo de participação democrática no controle difuso exige a atribuição constitucional deixada ao Senado Federal (FARIA, 2012, p.50).

Assim, excluir a competência do Senado Federal significa retirar do processo de controle difuso qualquer possibilidade de chancela dos representantes do povo deste referido processo, o que não parece ser sequer sugerido pela CRFB/88 (STRECK; OLIVEIRA; LIMA, 2007, p.6).

Dito de outro modo, atribuir eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às decisões do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade é ferir o princípio constitucional do devido processo legal, previsto no art. 5º, inciso LIV, da CRFB/88, pois assim se pretende atingir aqueles que não tiveram garantido o seu direito constitucional de participação nos processos de tomada da decisão que os afetará.

Em reforço aos argumentos acima, aduz Juliano Tavares Bernardes e Olavo Augusto Ferreira que a teoria da abstrativização do controle difuso legitima de forma explícita a usurpação de poderes conferidos ao Senado Federal pelo próprio poder constituinte originário, afrontando o texto constitucional. (BERNARDES; FERREIRA; 2012, p.387).

Dessa maneira, percebe-se que todo o caminho teórico traçado pelos juristas contrários à tese da objetivização do controle difuso de constitucionalidade tem como fim a constatação de que se a CRFB/88 elabora inconfundível diferenciação entre as modalidades de controle, sendo inadequado imaginar que os efeitos do controle concentrado sejam extensivos ao controle difuso, caso contrário, insubsistente seria a própria diferença e a essência do sistema misto de controle de constitucionalidade brasileiro (STRECK; OLIVEIRA; LIMA, 2007, p.7).

Por estes termos, pode-se concluir que, para aqueles que advogam a tese contrária, pretende o Ministro Gilmar Mendes, com a sua teoria, delegar para o Poder Judiciário a tarefa de alterar, por “mutação”, a Constituição do País, haja vista a ausência de respaldo legal que autorize a concessão de efeitos *erga omnes* às decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade difuso.

5.6 Crítica à tese da objetivização sob o enfoque do processo constitucional

Embora a noção de direitos do ser humano seja tão antiga como o é a própria civilização, a doutrina dos direitos humanos é marca inapagável do século XX, particularmente após o final da segunda grande guerra, no ano de 1945.

Neste esteio, o reconhecimento expresso dos direitos fundamentais nos textos constitucionais e infraconstitucionais permite a salvaguarda das pessoas e de suas liberdades contra quaisquer atos de abuso do poder do Estado, sobretudo o ato jurisdicional, que somente pode ser praticado em processo devidamente constitucionalizado.

Por essas razões, na concretização da função jurisdicional pelo Estado, os pronunciamentos decisórios, quaisquer que sejam, são atos estatais imperativos exercidos em nome do povo. Daí por que este poder jamais poderá ser arbitrário ou exercido sob a referência hermenêutica inconstitucional do prudente critério ou do prudente arbítrio do órgão estatal julgador, ou fundado em considerações subjetivas dos agentes públicos decisores, mas deverá ser delimitada e controlada conforme as diretrizes do Estado Democrático de Direito (DIAS, 2012, p. 74).

Assim, o processo na acepção democrática deixa de ser visto sob a ótica ultrapassada de simples instrumento técnico da jurisdição e passa a ser visto como direito-garantia constitucional de construção dos provimentos e da jurisprudência pelo contraditório e ampla defesa.

Neste ponto, merece destaque as palavras de Rosemiro Pereira Leal:

O processo, em seus novos contornos teóricos na pós-modernidade, apresenta-se como necessária instituição constitucionalizada que, pela principiologia do instituto constitucional do devido processo legal, que compreende os princípios da reserva legal, da ampla defesa, isonomia e contraditório, converte-se em direito-garantia impostergável e representativo de conquistas históricas da humanidade na luta secular empreendida contra a tirania. (LEAL, 1999, p. 82).

Porém, ao contrário do que dita o modelo constitucional, a teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, usurpando a função do Senado Federal, coloca o processo à disposição do pensamento “justo” do juiz, o que acarreta uma gradativa diminuição do processo enquanto instrumento de garantia do devido processo legal, principalmente quando se verifica a ausência de respaldo legal à

concessão de efeitos *erga omnes* às decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade sem a participação do Senado Federal.

Além disso, a objetivação dos efeitos da decisão refletirá de modo inconstitucional contra a esfera de direitos de todos aqueles que não participaram ativamente no processo, visto que ausente a participação popular por meio do Senado Federal.

Por fim, e não menos pior, por esta teoria ainda vê-se a inconcebível delegação ao Poder Judiciário da tarefa de alterar, por suposta mutação, a Constituição de um País, à beira de todo o procedimento legislativo próprio.

Desta feita, inegável é que a teoria da abstrativização importa em verdadeira renúncia aos avanços obtidos no contexto da pós-modernidade científica, contrária à pregação de verdades absolutas oriundas das “autoridades” decisórias.

E não se pode perder de vista que, em um Estado Democrático de Direito, a legitimidade decisória deve sempre ter como referencial a soberania popular, o processo constitucional e a sujeição dos órgãos jurisdicionais às normas que integram o ordenamento jurídico.

Neste ponto, merece destaque os lúcios ensinamentos de Ronaldo Bretas de Carvalho Dias:

(...) os órgãos jurisdicionais devem irrestrita obediência ao ordenamento jurídico, sem olvidarem a supremacia da Constituição como norma fundamental superior, razão pela qual não podem aplicar normas que a infringam. A legitimidade democrática das decisões jurisdicionais, comprometidas com o princípio do Estado Democrático de Direito, está assentada na exclusiva sujeição dos órgãos jurisdicionais às normas que integram o ordenamento jurídico, sobretudo as normas constitucionais, emanadas da vontade do povo, porque discutidas, votadas e aprovadas pelos seus representantes, no Congresso Nacional. (DIAS, 2012. P. 122).

Por estes termos, pode-se concluir que, em última análise, a tese da mutação constitucional constitui-se verdadeira concepção decisionista da jurisdição e contribui para a compreensão das cortes constitucionais como poderes constituintes permanentes, o que deve ser definitivamente repudiado, visto que o papel da jurisdição é o de construir interpretativamente o sentido normativo da constituição e não o de subverter o direito.

6 . CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vimos, a partir do presente estudo, que o modelo brasileiro de controle de constitucionalidade jurisdicional adota a forma híbrida, em que coexistem harmonicamente no mesmo sistema o controle concreto ou difuso e o controle abstrato ou concentrado.

Nos moldes em que formulado, o modelo brasileiro prevê fundamentais diferenças no que se refere à extensão subjetiva de suas decisões declaratórias de inconstitucionalidade, uma vez que no controle abstrato sua decisão, por si só, terá eficácia *erga omnes*, porquanto seu efeito principal será a exclusão da norma inconstitucional do ordenamento jurídico, enquanto no controle difuso, sendo a questão constitucional somente uma questão prejudicial ao mérito, a declaração de inconstitucionalidade do ato normativo não valerá para outros senão os sujeitos parciais do processo, salvo se nos moldes do art. 52, X, da CRFB/88, o Senado Federal determinar a suspensão da execução da lei declarada inconstitucional.

Porém, o STF, a partir do entendimento exarado pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes na Reclamação Constitucional nº 4.335 de 04 de maio de 2006, passou a conferir efeitos *erga omnes* às decisões da Corte que, mesmo em sede de controle difuso, declarasse a inconstitucionalidade de uma norma.

Tal atecnia legislativa, conhecida como teoria da abstrativização ou objetivação do controle concreto ou difuso de constitucionalidade, propõe a mudança da sistemática da extensão subjetiva dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em controle difuso de constitucionalidade, no sentido de dispensar a participação do Senado Federal para dar efeitos *erga omnes* a essa decisão, atribuindo ao órgão legislativo tão-somente o papel de dar publicidade à decisão da Corte Constitucional, numa interpretação do inciso X do art. 52 da CRFB/88, resultante de suposta mutação constitucional.

É indubitável que a tese da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade seja extremamente atraente pela funcionalidade que proporciona ao sistema de jurisdição constitucional, com a instituição de instrumentos para o alcance de

valores processuais buscados pela CRFB/88 como economia processual, celeridade na tutela jurisdicional constitucional, a isonomia entre os jurisdicionados, e a segurança jurídica em relação à solução de determinada questão constitucional, com o que se obsta diferentes decisões do Estado-juiz acerca da mesma questão.

No entanto, a referida tese tem seu fundamento jurídico lastreado em verdadeira manipulação do texto constitucional, que passa a ser utilizado para servir a interesses incompatíveis ao Estado Democrático de Direito, acarretando a invalidade do novo sentido normativo que se extraiu do art. 52, X, da CRFB/88.

Dessa forma, pode-se concluir afirmando que a juridicidade da teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade somente será adequada aos contornos do ordenamento jurídico brasileiro após alteração formal do texto constitucional (art. 52, X), que deverá se dar por meio de emenda à constituição, caso contrário, inválida será a sua adoção no ordenamento jurídico brasileiro atual.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6. ed. rev. e atual.

São Paulo: Saraiva, 2012.

BERNARDES, Juliano Tavares; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Direito Constitucional – Tomo I**. 2ª Ed. Salvador: Jus Podivm, 2012.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis**, 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968. P. 145-146.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL, **Constituição da República Federativa de 1988**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>
Acesso em:
26 mai. 2014

BRASIL, **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em:
< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm > Acesso em:
26 mai. 2014

BRASIL, **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em:
< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm> Acesso em:
26 mai. 2014

BRASIL, Constituição (1988) **Emenda Constitucional n 07 de 13 de abril de 1977**.
Incorpora ao texto da Constituição Federal disposições relativas ao Poder Judiciário.
Diário Oficial da União, Brasília, 13 de abril. de 1977.

BRASIL, Constituição (1988) **Emenda Constitucional n 16 de 04 de junho de 1997**.
Dá nova redação ao § 5º do art. 14, ao caput do art. 28, ao inciso II do art. 29, ao caput
do art. 77 e ao art. 82 da Constituição Federal. Diário Oficial da União, Brasília, 4 de
jun. de 1997.

BRASIL, Constituição (1988) **Emenda Constitucional n 45 de 30 de dezembro de 2004**.
Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107,
109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e
acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Diário Oficial
da União, Brasília, 31 de dez. de 2004.

BRASIL, Lei 221 de 20 de novembro de 1894. Completa a organização da Justiça
Federal da Republica. **Diário Oficial da União**, Brasília, 25 de nov. de 1894.
Disponível em:
< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1851-1900/10221.htm>. Acesso em: 8 jun.
2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1,
Rel. Min. Moreira Alves. **Diário de Justiça, Brasília**, 16 de jun., de 1995.
Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1568975>> Acesso em: 26 de mai. de 2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus 111.159, Rel. Min. Teori
Zavascki. **Diário de Justiça, Brasília**, 07 de out., de 2013. Disponível
em:<<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>
Acesso em: 27 de mai. de 2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Reclamação 2363, Rel. Min. Gilmar Mendes.
Diário de Justiça, Brasília, 15 de abril. de 2008. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>> Acesso
em: 17 de maio. de 2014.

- BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 197.917, Rel. Min. Maurício Corrêa. **Diário de Justiça, Brasília**, 05 de abril de 2004.
Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>
Acesso em: 13 de nov. de 2013.
- DIAS, Ronaldo Bretas de Carvalho. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 2. Ed – Belo Horizonte: Del rey, 2012.
- FARIA, Gustavo de Castro. **Jurisprudencialização do direito: reflexões no contexto da processualidade democrática**. Belo Horizonte: Editora Arraes, 2012.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed., Salvador, Podivm, 2013.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1985.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 7. ed., São Paulo: Método, 2004.
- MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **O controle de constitucionalidade no Brasil**. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda_pt_br/anexo/Controle_de_Constitucionalidade_v_Port1.pdf>. Acesso em: 26 mai. 2014.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional**. Revista de informação legislativa, n.162, abr./jun. 2004a.
- MENDES, Gilmar. **Controle de Constitucionalidade e Processo de Deliberação: Legitimidade, transparência e segurança jurídica nas decisões das cortes supremas**. 2011. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/EUA_GM.pdf>. Acesso em 14/05/2014.
- MORAES. Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 703.
- STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle Difuso: Mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 25 de maio de 2014.