

ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: AMPLIAÇÃO DOS EFEITOS NO CONTROLE DIFUSO

SOUZA, Angeliana Patricia de¹
OLIVEIRA, Lucas Paulo Orlando de²

RESUMO:

O presente artigo versa sobre o controle de constitucionalidade brasileiro e a possibilidade de adoção de uma teoria que propõe atribuir ao controle concreto os mesmos efeitos do controle concentrado. A teoria da abstrativização é uma construção doutrinária e jurisprudencial que surge diante da preocupação de que situações semelhantes possam ter decisões diferentes decorrentes do controle concreto de constitucionalidade. No entanto, a adoção dessa teoria enfraquece a força normativa do texto constitucional e fere princípios constitucionais, pois afasta a ordem de atuação do Senado expressa na Constituição Federal de 1988 e propõe que uma decisão com caráter subjetivo passe a valer para todos sem a devida participação da sociedade no processo que a originou. Sendo que, para combater a possibilidade de sentenças diferentes em situações semelhantes, atualmente já se adotam medidas legalmente constituídas de objetivização do controle concreto, como a atuação do Senado Federal e a possibilidade de edição de súmula vinculante.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucional; Efeitos; Abstrativização; STF; Mutação.

ABSTRACTION OF CONSTITUTIONALITY CONTROL: EXPANDING THE EFFECTS OF DIFFUSION CONTROL

ABSTRACT:

The subject of this article is the Brazilian constitutionality control and the possibility of adopting a theory that proposes to assign to the concrete control the same effects of the concentrated control. The theory of abstractivization is a doctrinal and jurisprudential construction that arises from the concern that similar situations may have different decisions resulting from the concrete control of constitutionality. However, the adoption of this theory weakens the normative force of the constitutional text and violates constitutional principles, since it removes the order of action of the Senate expressed in the Federal Constitution of 1988 and proposes that a decision with a subjective character becomes valid for all without the due participation of the company in the process that originated it. In order to combat the possibility of different sentences in similar situations, legally constituted measures of objectification of concrete control, such as the Federal Senate's action and the possibility of issuing a binding summary, have already been adopted.

KEYWORDS: Constitucional; Effects; Abstractivization; STF; Mutation.

1 INTRODUÇÃO

A discussão sobre a amplitude das decisões do Superior Tribunal Federal (STF) levanta dúvidas acerca do papel dessa instituição no controle de constitucionalidade. Tendo em vista que as

¹Acadêmica do 9º período do curso de Direito do Centro Universitário FAG. E-mail: angeliana2@gmail.com

²Orientador e docente do Centro Universitário FAG. E-mail:lucasoliveira@fag.edu.br

decisões mais importantes, que terão reflexo em todo o país, passam por suas mãos, é premente a reflexão sobre os poderes nela concentrados.

Seja qual for a amplitude dada às decisões da Corte Suprema, essa decisão afetará todo o país, desse ponto se extrai a importância de debruçar-se sobre o assunto.

Sendo assim, o presente estudo traz uma reflexão acerca da sistemática do controle de constitucionalidade brasileiro e da adoção da teoria de abstrativização do controle difuso de constitucionalidade no Brasil, com o objetivo de realizar uma análise crítica acerca dessa teoria.

A primeira parte deste estudo contextualiza historicamente o controle de constitucionalidade, ressaltando a importância da positivação de uma norma de organização político-social e sua supremacia frente as demais normas. Neste capítulo também será abordada a origem das diferentes formas de verificação de compatibilidade de uma norma com a Constituição e sua influência no surgimento do controle de constitucionalidade brasileiro.

A partir dessas considerações, posteriormente serão especificados os atuais meios de controle de constitucionalidade adotados pelo Brasil para garantir a supremacia constitucional, explorando o papel do Supremo Tribunal Federal em cada um deles e discriminando seus efeitos.

A última parte deste estudo reserva a discussão doutrinária acerca dos limites da Suprema Corte na análise concreta da constitucionalidade de uma norma, tratando da possibilidade de mutação constitucional do artigo 52, X, da Constituição Federal de 1988, e da consequente abstrativização do controle concreto.

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.1 ORIGEM E CLASSIFICAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

2.1.1 O controle de constitucionalidade

O controle de constitucionalidade ocorre quando há a necessidade de estabelecer uma comparação valorativa da Constituição Federal com a lei – ou omissão desta – e os fatos do processo legislativo (LUNARDI e DIMOULIS, 2014).

A verificação de compatibilidade de uma lei ou ato normativo com a constituição se deu após o advento do constitucionalismo, período em que a organização político-social passou a ser

normatizada. Questões políticas e sociais passaram a ser regidas por uma norma que visa organizar e melhor conduzir essas questões em benefício de todos (MORAES, 2017).

O surgimento do Constitucionalismo está ligado às Constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos, em 1787, e da França, em 1791. No entanto, é possível notar resquícios do Direito Constitucional em períodos anteriores (MORAES, 2017).

No período da antiguidade clássica ainda não se reconhecia a supremacia de uma norma de organização político-social. Contudo, Aristóteles demonstrou que já existia certa organização nesse sentido; tendo reunido mais de 158 *Politeiai*, uma espécie de fundamento constitucional que delineava as estruturas de poder das mais diversas cidades gregas e que definia o regime político da cidade, o que se assemelha muito ao que hoje temos como Constituição (AGRA, 2018).

Aristóteles cita ainda a existência de um controle social, com bases religiosas, realizado pelo Conselho do Areópago. Esse Conselho era responsável pela defesa da lei e visava garantir que os oficiais exercessem seus cargos de acordo com ela. O cidadão que se sentisse injustiçado poderia apresentar denúncia ao Conselho, devendo indicar a lei que estava sendo afrontada (AGRA, 2018).

Naquela época, o parâmetro normativo para a verificação de compatibilidade era o Direito Natural que, devido a sua origem divina, era quem fundamentava as regras sociais. Com a evolução social, os homens passaram a exigir uma explicação racional, e não mais baseada na transcendência do divino, para justificar a obediência da sociedade às normas políticas. Essa visão social impulsionou o início do constitucionalismo (TAVARES, 2017).

Com o advento do constitucionalismo a norma de referência para a análise comparativa passou a ser a Constituição e não mais o Direito Natural, sendo assim, o fundamento da norma não está mais no divino, mas no Poder Constituinte (AGRA, 2018).

O Poder Constituinte é quem formula a Constituição que servirá de referência para todo o ordenamento jurídico. Os direitos fundamentais – aqueles extraídos da Constituição – tomam o lugar dos direitos naturais, passando a desempenhar um duplo papel: “internamente, servindo como referência para as normas infraconstitucionais, sob pena de declaração de sua inconstitucionalidade; e, externamente, como fator extrajurídico de legitimação do sistema normativo” (AGRA, 2018, p. 84).

A necessidade de um controle de constitucionalidade decorre da posição superior da Constituição frente às demais normas, ditas infraconstitucionais (TAVARES, 2017).

A distribuição das normas jurídicas em escalões distintos, cada qual dotado de grau próprio de hierarquia, é o que possibilita a supremacia da Constituição, sendo que dela decorre o valor de legitimidade para o restante do ordenamento jurídico (TAVARES, 2017).

De acordo com Moraes (2017), estando a Constituição no grau superior do escalonamento normativo ela servirá de base para a elaboração legislativa. Nas constituições rígidas se verifica a superioridade do texto constitucional frente às demais normas produzidas pelo Poder Legislativo, já que este não pode modificá-lo através da edição de outra lei comum, demonstrando o caráter rígido da Constituição.

Apesar do caráter rígido da Constituição, essa rigidez deve ser relativa, pois as normas constitucionais devem acompanhar a realidade social que está em constante mudança (SILVA, 2005).

Além dessa adaptação a uma dada realidade, a Constituição deve ter força ativa. Conforme Hesse (1991, p. 19), “embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas”.

Para Silva (2005), a Constituição tem dois papéis fundamentais, deve ser tanto um instrumento de progresso social quanto um instrumento de ordem, que garanta que suas normas fundamentais não sejam violadas.

Esse posicionamento compactua com o ensinamento de Hesse (1991), segundo o qual, a força normativa da Constituição é determinada por sua adaptação à realidade social e pela convicção sobre sua inviolabilidade, pela certeza de que aquela norma tem força cogente sobre todo o ordenamento jurídico.

Se há a pretensão de que a norma jurídica seja eficaz, e não apenas regule uma situação hipotética, devem ser levadas em conta as condições históricas no momento de sua aplicação e o sentimento de obrigatoriedade da sociedade para com a norma (HESSE, 1991).

A rigidez e supremacia Constitucional conferem esse caráter de obrigatoriedade e garantem que a Constituição seja um instrumento de ordem, não podendo ser alterada por outra norma comum. Se uma norma inferior pudesse alterá-la, então ela perderia sua posição de supremacia e estaríamos diante de uma Constituição flexível e não rígida (MORAES, 2017).

Se houvesse a possibilidade de alteração da Constituição pela edição comum de leis infraconstitucionais não haveria hierarquia ou a supremacia jurídica desta, conseqüentemente, não haveria necessidade do controle de constitucionalidade (DANTAS, 2015).

O controle de constitucionalidade visa garantir a inviolabilidade das normas constitucionais, sendo que para haver a possibilidade de alteração do texto normativo, visando garantir o progresso

social, será necessário um procedimento próprio que não retire o caráter cogente da Constituição (STRECK, 2017).

2.1.2 Origens do controle difuso/concreto

O controle concreto de constitucionalidade é exercido na prática normal da função jurisdicional, quando, em um caso concreto, a inconstitucionalidade é suscitada incidentalmente (CUNHA, 2012).

Por não ser exercido por um tribunal específico, mas por qualquer juiz ou tribunal, independente de seu campo de atuação ou grau de jurisdição, também é denominado de controle difuso (DIMOULIS; LUNARDI, 2014).

No controle concreto a inconstitucionalidade é questão incidental invocada por uma das partes do processo para viabilizar a procedência ou improcedência do pedido. Devido à inconstitucionalidade ser questão de ordem pública, esse controle pode ser realizado em qualquer momento do processo, pois o direito de suscitar esse incidente não preclui (DIMOULIS; LUNARDI, 2014).

O caso *Marbury x Madison*, datado de 1803, é apresentado como marco inicial desse controle. A decisão desse caso levou em conta a supremacia da norma constitucional e considerou que todo magistrado norte-americano teria competência para declarar, de forma incidental, a inconstitucionalidade de uma lei em um caso concreto (BONAVIDES, 1997).

No caso, *Marbury* havia sido nomeado para o cargo de presidente da Suprema Corte pelo Presidente da República John Adams, mas, estando em período eleitoral, Adams perdeu as eleições para seu Adversário Thomas Jefferson, antes mesmo de *Marbury* tomar posse no cargo para o qual foi nomeado (DIMOULIS; LUNARDI, 2014).

O novo presidente então determinou que *Madison*, seu secretário de Estado, negasse a posse de *Marbury*. Este, por sua vez, diante da ilegalidade da negativa, entrou com pedido à Corte Suprema para que *Madison* fosse obrigado a lhe dar posse (MORAES, 2017).

O juiz da Corte, *Marshall*, embasado em razões políticas, analisou o caso com base na competência constitucionalmente atribuída à Suprema Corte, pois, embora a Lei Judiciária de 1789 autorizasse o Tribunal a corrigir erros ilegais do Executivo, a Constituição Americana não dispunha essa atribuição à Corte. *Marshall* considerou que o mandamento constitucional prevalecia sobre a Lei

Judiciária e entendeu não ser da competência do Tribunal emitir o mandado requerido por Marbury (MORAES, 2017).

Para entender a importância desse julgamento é preciso ter em mente que antes dele o direito constitucional norte-americano seguia os fundamentos britânicos da *common law* e considerava a supremacia do Parlamento. O legislador tinha amplos poderes para modificar qualquer lei, não havendo distinção jurídica entre a lei constitucional e as demais, e os atos do Parlamento não poderiam ser considerados nulos ou inconstitucionais pela autoridade judiciária (BARROSO, 2016).

Após o julgamento desse caso, o sistema norte-americano passou a adotar a lógica do *judicial review* – que consiste na possibilidade do Poder Judiciário rever os atos dos demais poderes, como foi o caso Marbury v. Madison, em que a Suprema Corte não fez a revisão, mas arrogou para si esse direito –, em que a Constituição é a lei suprema e as demais, se incompatíveis com ela, deverão ser julgadas nulas, após uma revisão normativa realizada pelo Poder Judiciário (BARROSO, 2016).

Diante dessa situação, juízes e tribunais, ao se depararem com um conflito entre uma norma de ordem Constitucional e outra infraconstitucional, aquela sempre deve prevalecer. Caso contrário, o Legislativo seria onipotente, produzindo e ao mesmo tempo fiscalizando sua produção legislativa (BARROSO, 2016).

2.1.3 Origens do controle abstrato

Conforme observado acima, a origem do controle concreto de constitucionalidade confunde-se com a origem do controle jurisdicional de constitucionalidade. Isso ocorre porque a teoria da *judicial review* tornou aparente a necessidade de uma revisão das leis e atos normativos, mas, inicialmente, não havia uma diferenciação na forma como era realizada a análise de inconstitucionalidade.

Com a idealização da Constituição da Áustria, em 1920, Hans Kelsen introduziu o controle de constitucionalidade na Europa, que muito se diferenciava do modelo que prevalecia nos Estados Unidos. Para ele, controlar a constitucionalidade é uma função constitucional e não uma atividade judicial, devendo haver um tribunal específico para a declaração de inconstitucionalidade (BARROSO, 2016).

Ao negar o caráter de atividade judicial ao controle de constitucionalidade, Kelsen não está excluindo o Poder Judiciário da atuação na verificação de normas inconstitucionais, mas apenas

demonstrando a importância da existência de um órgão que atue especificamente na função constitucional (BARROSO, 2016).

No sistema austríaco, assim como no norte-americano, o controle é realizado pelo Poder Judiciário, o que os diferencia é que no primeiro apenas um órgão próprio e específico é legitimado para pronunciar a inconstitucionalidade da norma e sempre de modo direto, por via de um processo objetivo (FERNANDES, 2017).

Portanto, no sistema norte-americano a corte superior atua como último grau de jurisdição, enquanto que no sistema austríaco o Tribunal Constitucional tem uma única função, a função constitucional, cabendo-lhe apenas se pronunciar sobre questões de inconstitucionalidade.

Atualmente, o sistema austríaco é o de maior predominância na Europa. Nos países europeus, o Tribunal pode ser provocado por via direta ou por via incidental, mas isso não significa dizer que ele realiza um controle concreto de constitucionalidade, pois, no caso de dissídios concretos, o juiz que está julgando o caso suspende o curso do processo para que a questão de inconstitucionalidade seja decidida pelo Tribunal. Ou seja, a atribuição do Tribunal é adstrita à apreciação da inconstitucionalidade, tendo, tão somente, uma função constitucional, sendo que o caso concreto deverá ser julgado pelo juiz comum após a decisão da Corte Constitucional. Nas palavras de Zavascki (2017, p. 33):

O modo de provocação do Tribunal Constitucional varia de país para país, podendo ocorrer tanto por via de ação direta como também por via incidental, a partir de dissídios concretos. Nesse último caso, presente a inconstitucionalidade, o juiz do caso concreto suspende o curso do processo e submete a questão à apreciação da Corte Constitucional.

Assim, é possível verificar que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade pelo Tribunal Constitucional são *ex nunc*, pois, enquanto o tribunal não se pronunciar sobre a inconstitucionalidade da norma, ela continua válida e nenhum juiz ou tribunal pode deixar de aplicá-la. A declaração da corte anularia o ato normativo, mas não declararia sua nulidade (FERNANDES, 2017).

De acordo com a teoria de Kelsen, uma lei será válida e deverá ser aplicada por juízes e tribunais enquanto uma decisão advinda do Tribunal Constitucional não pronunciar sua inconstitucionalidade. Somente após a decisão da Corte constitucional é que a lei deixará de ser aplicada (BARROSO, 2016).

O Tribunal Constitucional atuaria como um “legislador negativo”, retirando do sistema jurídico a norma que vai contra os preceitos constitucionais. Sua sentença teria efeito constitutivo, passando a valer daquele momento em diante (FERNANDES, 2017).

2.1.4 As classificações do controle de constitucionalidade

O estudo do controle de constitucionalidade por diversos países possibilitou a construção de modelos com variadas propostas de formas para realizar esse controle. O aprofundamento nesse estudo permite compreender o perfil histórico e refletir sobre as vantagens e desvantagens de cada modelo, permitindo novas soluções e reformas no direito nacional (DIMOULIS e LUNARDI, 2014).

Neste tópico serão apresentadas as classificações do controle de constitucionalidade. Primeiramente, levando em conta a natureza do órgão que o realiza, serão diferenciados os sistemas político, jurisdicional ou misto. Posteriormente, com base nos critérios de classificação do controle jurisdicional, serão abordados os controles: abstrato, concentrado e por via de ação direta e suas diferenciações, bem como, os controles concreto, difuso e via incidente judicial.

Quanto à natureza de quem o realiza, a doutrina em geral defende a existência de três sistemas diferentes de controle de constitucionalidade: os sistemas político, jurisdicional e misto. A diferença entre eles está na natureza de quem realiza o controle constitucional (DIMOULIS e LUNARDI, 2014).

O controle é tido como político quando a verificação da compatibilidade constitucional é realizada por órgãos de natureza política (FERNANDES, 2017).

O controle político está associado ao controle preventivo, por ocorrer antes da vigência da norma. O controle preventivo busca impossibilitar que alguma norma inconstitucional possa ingressar no ordenamento jurídico, enquanto que o controle repressivo surge para expulsar uma norma que já está instituída, mas que vai contra os preceitos constitucionais (MORAES, 2017).

Segundo Novelino (2009), é possível ver indícios do controle político de constitucionalidade no sistema brasileiro. Em nosso atual ordenamento, o Poder Legislativo e o Poder Executivo, excepcionalmente, podem atuar nesse controle, como ocorre quando o Congresso Nacional rejeita medida provisória tida como inconstitucional.

Por sua vez, o controle será jurisdicional quando o Poder Judiciário for o responsável pela declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo. Esse controle é o adotado pelo

Brasil, tendo por base o sistema norte-americano, no qual todos os órgãos integrantes do Poder Judiciário são aptos a realizá-lo (FERNANDES, 2017).

A terceira espécie de sistema de controle de constitucionalidade reconhecida pela doutrina é o sistema misto. Como o próprio nome diz, neste há uma alternância entre o controle político e o controle jurisdicional, sendo que os dois coexistem dentro de um mesmo sistema normativo (FERNANDES, 2017).

De acordo com os critérios de classificação do controle judicial de constitucionalidade, o controle pode ser abstrato ou concreto, concentrado ou difuso, por via de ação direta ou via incidental (DIMOULIS e LUNARDI, 2014).

Por vezes, os controles abstrato, concentrado e por via de ação direta são tratados pela doutrina como sinônimos, mas não se referem ao mesmo modo de controle, assim como os controles difuso, concreto e incidental (LENZA, 2012).

O controle será abstrato se não estiver vinculado juridicamente a interesses particulares, nesse caso a norma é analisada de forma abstrata. Essa análise é promovida por meio de uma ação direta, ou seja, uma ação com a finalidade específica de analisar a compatibilidade da norma com os dispositivos constitucionais (DIMOULIS e LUNARDI, 2014).

Por sua vez, o controle será concentrado quando a verificação de compatibilidade couber a apenas um órgão, e difuso, quando essa fiscalização puder ser realizada por todos os órgãos judiciais (LENZA, 2012).

Em oposição ao controle abstrato está o controle concreto. Neste a questão de inconstitucionalidade está ligada a um caso concreto, portanto, vinculado juridicamente a interesses particulares (DIMOULIS e LUNARDI, 2014).

Em decorrência do controle concreto pode ocorrer o exercício incidental do controle de constitucionalidade. O controle incidental ocorrerá quando o demandado em um processo qualquer, ao apresentar sua defesa no caso concreto, arguir a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo aplicado àquele caso em específico. Nesses casos, a demanda inicial não é pela inconstitucionalidade normativa, como ocorre via ação direta de inconstitucionalidade, mas essa questão surge de forma incidental em um processo (SILVA, 2005).

2.1.5 O modelo adotado pelo sistema brasileiro

O sistema de controle de constitucionalidade jurisdicional brasileiro foi influenciado pelo sistema norte-americano e, com o passar dos anos, conforme foram se renovando as cartas constitucionais, passaram a ser adotados aspectos do controle concentrado de constitucionalidade em nosso ordenamento jurídico (MASSON, 2016).

Em um primeiro momento, a Constituição de 1891, a primeira constituição republicana do país, seguiu a base norte-americana e adotou o critério de controle difuso por via de exceção (SILVA, 2005).

O primeiro avanço em direção a um controle concentrado ocorreu em 1934, quando a Constituição trouxe a ação direta de inconstitucionalidade interventiva, na qual os Tribunais poderiam combater a inconstitucionalidade de leis e atos do Poder Público através do voto da maioria absoluta de seus membros. Sendo que, após a decisão definitiva dos Tribunais pela inconstitucionalidade, o Senado poderia suspender a execução dessas leis ou atos (SILVA, 2005).

Com o advento da Emenda Constitucional (EC) 16, de 1965, quando ainda estava em vigor a Constituição de 1946, a ação direta de inconstitucionalidade passou a ser de competência originária do STF.

A Constituição de 1988 complementou o avanço do controle concentrado de constitucionalidade brasileiro com a previsão da inconstitucionalidade por omissão, segundo a qual o legislador fica vinculado a concretizar os mandamentos estabelecidos no texto constitucional, sob pena de declaração de inconstitucionalidade por omissão. Ainda, a EC 3/1993 instituiu a ação declaratória de constitucionalidade como mais uma ação de natureza originária e de competência do STF, bem como, instituiu que a arguição de descumprimento de preceito fundamental também deveria ser apreciada pelo STF (ZAVASCKI, 2017).

Com o advento da Constituição de 1988, o número de legitimados a ingressar com a então denominada “ação direta de inconstitucionalidade” (ADI) aumentou, bem como, previu-se que as outras duas ações de competência originária do STF no controle concentrado de constitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), teriam o mesmo rol de legitimados, o qual consta no artigo 103, da atual Carta Constitucional:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

- I - o Presidente da República;
- II - a Mesa do Senado Federal;
- III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

- IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
- VI - o Procurador-Geral da República;
- VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Os legitimados não atuam em interesse próprio, mas no interesse coletivo de proteger a sociedade de todos os males que a não obediência ao ordenamento máximo podem acarretar. Devido a esse desinteresse pessoal na causa, os proponentes não são partes no sentido material, mas meras figuras processuais, cumprindo o papel formal de partes (MASSON, 2016).

Assim, as ações de controle concentrado de constitucionalidade têm natureza objetiva, pois não há interesses individuais, nem se tutelam direitos subjetivos. Essas ações não são consideradas como um “processo de partes”, mas sim como um processo objetivo que possui entes legitimados a atuarem com o interesse único de preservar o sistema de direito. Cabe a essas ações, exclusivamente, a verificação de compatibilidade com o mandamento constitucional (ZAVASCKI, 2017).

Diferentemente do que ocorre com o controle concentrado, no qual o intuito central é o de tutelar a ordem constitucional objetiva, o controle concreto tem a finalidade de proteger os direitos subjetivos dos litigantes, de modo que a questão de inconstitucionalidade é um antecedente lógico que deve ser resolvido antes de adentrar a questão principal daquele processo. Essa análise liminar demonstra tanta importância que é possível ao juiz ou tribunal, verificada a possibilidade de inconstitucionalidade normativa, suscitá-la mesmo sem o requerimento das partes (MASSON, 2016).

Com essa breve contextualização histórica é possível perceber que o controle concentrado de constitucionalidade não excluiu o controle difuso exercido por qualquer juiz ao julgar um caso concreto, mas apenas complementou a sistemática de verificação de compatibilidade constitucional. Os dois sistemas, tanto o concentrado quanto o concreto, se complementam e possuem efeitos específicos.

2.2 A EFICÁCIA DAS DECISÕES DE CONTROLE CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE SOB A ÉGIDE DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

2.2.1 O controle abstrato exercido pelo Supremo Tribunal Federal

O controle concentrado de normas trata-se de uma análise comparativa para verificação de compatibilidade e, como tal, é preciso haver uma norma de referência servindo de parâmetro para a investigação e um objeto a ser investigado (MASSON, 2016).

Em sede de controle concentrado, o Supremo Tribunal Federal (STF) fará uma investigação tendo como parâmetro as normas constitucionais e o objeto de investigação será a norma infraconstitucional, definida de acordo com a ação a ser intentada (BAHIA, 2017).

Assim, em qualquer uma das ações submetidas diretamente ao controle do STF, seja ADI, ADC ou ADPF, a norma de referência será sempre a Constituição Federal, o que muda de uma ação para outra é o objeto a ser submetido ao controle.

Na ação direta de inconstitucionalidade – ADI –, o objeto a ser investigado é a lei ou ato normativo federal, estadual e do Distrito Federal – neste, somente quando o ato normativo tiver sido produzido a partir da competência legislativa estadual – desde que tenham sido editados e inseridos no ordenamento após o advento da norma de referência, ou seja, após a vigência da Constituição (MASSON, 2016).

Através da ação direta busca-se declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo editado em desfavor das normas constitucionais com o objetivo de trazer mais segurança às relações jurídicas, na medida em que a invalidação do ato inconstitucional evita que elas estejam vinculadas a normas inconstitucionais (MORAES, 2017).

Por sua vez, somente as leis ou atos normativos federais são objetos da ação declaratória de constitucionalidade – ADC –, restando excluída desse procedimento a apreciação das normas estaduais e municipais, conforme se extrai do texto do artigo 102, inciso “I”, alínea “a”, da Constituição Federal.

Ao contrário da ADI, a procedência da ADC acarretará na declaração de constitucionalidade da norma questionada, pois essa ação tem o intuito de acabar com a incerteza e a insegurança oriundas do questionamento acerca da receptividade constitucional de determinada norma (MORAES, 2017).

Outra particularidade da ação declaratória é a necessidade de comprovar que a lei ou ato normativo que será objeto da análise comparativa constitucional, esteja gerando grave incerteza jurídica que seja suscetível de desencadear conflitos e afetar a tranquilidade geral que a presunção de constitucionalidade normativa traz à sociedade (BULOS, 2017).

Todas as leis surgem após um processo seguido de formalidades que fazem presumir que toda norma é constitucional, mas essa presunção é apenas relativa, admitindo prova em contrário, o que

autoriza a atuação de um controle de constitucionalidade para afirmar a legitimidade normativa e manter a higidez do sistema jurídico (MASSON, 2016).

O princípio da presunção de constitucionalidade está intimamente atrelado ao princípio da separação dos poderes. De acordo com este, cada um dos três poderes possui autonomia em relação aos outros, de forma que, o ato de cada um deles possui legítima validade, não havendo necessidade de um poder invadir a esfera reservada do outro para validar seus atos (BARROSO, 2009).

A presunção de constitucionalidade atua como uma limitação à atividade do Poder Judiciário, que somente pode invadir a esfera legislativa no caso da norma se mostrar inconstitucional flagrante e incontestavelmente (BARROSO, 2009).

Assim, por meio da ADC, busca-se obter do Supremo Tribunal um posicionamento definitivo acerca da compatibilidade daquela norma com a Constituição, ou seja, busca-se tornar absoluta a presunção relativa de constitucionalidade que toda norma tem (BULOS, 2017).

A constitucionalidade da norma é atestada através de uma sentença de natureza declaratória, na qual é declarada que a norma alvo de discussão jurídica é compatível com a constituição e, portanto, sua presença no ordenamento jurídico é válida (ZAVASCKI, 2017).

Ainda, nos casos em que não couber ADI ou ADC, será possível a utilização da ADPF como meio de solver a controvérsia constitucional e sanar a lesividade da norma inconstitucional. Esse instituto servirá para o controle de legitimidade do direito pré-constitucional, do direito municipal, do direito pós-constitucional já revogado e diante de decisões judiciais que violam preceitos fundamentais (MASSON, 2016).

De acordo com Moraes (2017, p. 559):

...a lei possibilita a arguição de descumprimento de preceito fundamental em três hipóteses – para evitar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público; para reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público e quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição;

Nota-se que a ADPF surge como forma de tornar o controle concentrado de constitucionalidade ainda mais completo. Suas hipóteses de incidência são residuais, vez que abarca situações que não são objeto das outras ações desse controle, conforme dispõe o §1º, do art. 4º, da lei 9822/99: “Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”.

Quanto aos efeitos da sentença em sede de controle concentrado, como regra, todas as ações possuem os mesmos efeitos. É o que se extrai do parágrafo único, do art. 28, da lei 9868/99 que dispõe que a sentença proferida pela Corte Suprema, seja declarando a constitucionalidade ou inconstitucionalidade, tem eficácia contra todos e vincula os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública em geral.

A eficácia *erga omnes* deriva do fato de que “a sentença proferida em ação de controle concentrado irradia efeitos para todos os possíveis destinatários da norma” (ZAVASCKI, 2017, p. 65). Assim, se a norma trata de questões trabalhistas, todos os destinatários serão os que de alguma forma estão relacionados com essas questões.

O efeito vinculante confere força obrigatória ao julgado em relação aos atos judiciais e administrativos. Todos os atos supervenientes à sentença estão vinculados a ela e devem obrigatoriamente respeitá-la (ZAVASCKI, 2017).

Além de efeitos *erga omnes* e vinculantes, há também a definição acerca da eficácia temporal da sentença.

O momento em que tem início os efeitos da inconstitucionalidade pode ser interpretado de acordo com a eficácia normativa ou executiva da decisão. A primeira diz respeito à validade ou nulidade da norma, por isso é denominada eficácia normativa. A segunda trata da eficácia da sentença que apreciou a inconstitucionalidade, por isso, eficácia executiva (ZAVASCKI, 2017).

Bulos (2017) entende que, na sentença que acolhe a constitucionalidade os efeitos não serão *ex tunc*, mas sim *ex nunc*, pois essa sentença apenas ratifica a presunção relativa de constitucionalidade, não se prestando a afetar situações jurídicas preexistentes, portanto, a eficácia temporal da sentença se daria a partir da decisão final do Supremo e não da vigência da norma.

A Constituição Federal de 1988 não traz menção expressa acerca da eficácia temporal da sentença em sede de controle concentrado, mas o artigo 27, da lei 9868/99, admite a possibilidade de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade:

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.

A decisão final, seja pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma, não é passível de recurso nem pode ser objeto de ação rescisória. A única ressalva à irrecorribilidade da decisão é a possibilidade de embargos declaratórios (CUNHA).

2.2.2 O controle concreto exercido pelo Supremo Tribunal Federal

O Controle de constitucionalidade das leis adotado pela atual Constituição é ainda híbrido. Por mais que reserve a função de guardião da Constituição ao STF, permite que qualquer juiz julgue casos de inconstitucionalidade que surjam durante o julgamento de um caso concreto (AGRA, 2018).

Diferente do que ocorre no controle concentrado, neste o magistrado não tem amplos poderes no controle concreto de constitucionalidade. Para que ele possa verificar a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo é necessário que essa análise tenha origem na discussão de um caso concreto, ou seja, não é possível, através desse controle, instaurar uma ação para atacar diretamente a inconstitucionalidade de determinada norma (MARTINS, 2017).

No controle difuso a inconstitucionalidade é matéria incidental. Qualquer juiz ou Tribunal pode fazer a verificação de compatibilidade constitucional de uma norma, desde que a inconstitucionalidade não seja a matéria principal da ação em comento, mas que seja necessário analisá-la para aplicação ou não daquela norma ao caso concreto (MARTINS, 2017).

Mesmo que a decisão de inconstitucionalidade seja proferida pelo STF, se a questão for matéria incidental dentro de um caso concreto, não haverá controle concentrado e sim concreto, tendo em vista que a ação não está especificamente direcionada para esse fim (MASSON, 2016).

O controle incidental pode ocorrer em qualquer processo submetido à apreciação do STF, incluídos os de sua competência originária, como nas infrações penais comuns envolvendo o Presidente da República ou nos conflitos entre a União e os Estados, entre outras questões mencionadas no art. 102, I, da Constituição (ZAVASCKI, 2017).

No entanto, a via mais comum do controle incidental por parte da Corte é a do recurso extraordinário (ZAVASCKI, 2017).

Ao STF compete a função de guarda da Constituição, por esse motivo, mesmo que a inconstitucionalidade seja imputada de forma incidental poderá ser de competência deste Tribunal se levada a sua jurisdição por meio de recurso extraordinário (MOTTA, 2018).

De acordo com Artigo 102, III, da Constituição, cabe ao STF:

III- julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Portanto, quando a decisão recorrida envolver lei ou ato normativo em contraste com a Constituição ou tratar de questões ligadas à hierarquia de lei federal, o recurso será extraordinário e de competência do Supremo.

Assim como as ações de controle concentrado, o recurso extraordinário também é julgado pelo STF, sendo que essa característica se apresenta como um ponto de encontro entre as duas formas de controle de constitucionalidade adotadas pelo Brasil (DIMOULIS e LUNARDI, 2014).

No entanto, diferente do que ocorre no controle concentrado, os efeitos da decisão no controle concreto são muito limitados. Mesmo que a inconstitucionalidade seja declarada pelo STF, a decisão tem eficácia somente em relação às partes litigantes naquele caso, sendo que essa característica é tida como uma desvantagem desse controle, pois oportuniza o surgimento de múltiplas questões semelhantes que poderiam ser resolvidas em uma única análise, mas, além disso, possibilita que cada uma dessas questões seja resolvida de forma diferente e contraditória, o que fere o princípio da igualdade e a segurança jurídica, atributos esperados nas decisões do Supremo (MASSON, 2016).

Conforme expresso no artigo 503, do CPC, a força de lei das decisões judiciais se limita à questão principal, portanto, a questão incidental decidida não tem força de lei e não vincula ninguém mais do que as partes para quem o juiz determinou aquela decisão.

Ainda, como a coisa julgada limita-se à parte dispositiva da sentença, não se estendendo à parte que fundamenta a decisão – parte esta que contém a decisão incidental sobre a questão de inconstitucionalidade –, a questão de validade constitucional que serviu de fundamento para o julgamento do mérito não faz sequer coisa julgada entre as partes (ZAVASCKI, 2017).

Nesse contexto, o atual cenário jurídico brasileiro aponta algumas possibilidades para estender os limites da decisão no controle concreto, quais sejam: a intervenção do Senado Federal, a edição de súmula vinculante, a força obrigatória dos precedentes judiciais e a construção jurídico-doutrinária da teoria da abstrativização, temas estes que serão abordados nos tópicos seguintes.

2.2.3 A aplicação do art. 52, X, da Constituição Federal para a eficácia *erga omnes* de decisão de controle concreto.

A lei declarada inconstitucional pelo STF por meio do controle concreto poderá ser definitivamente suspensa do ordenamento jurídico pelo Senado Federal. Trata-se da extensão a terceiros dos efeitos da decisão que até então só teria eficácia entre as partes.

O artigo 52, da Constituição, expõe as questões de competência privativa do Senado e entre elas está a de suspender a lei incidentalmente declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF.

Nesse sentido, o Senado atua para aumentar a abrangência da decisão, que deixa de ter efeitos *inter partes* para ter eficácia *erga omnes*. Assim, mesmo aqueles que não fazem parte do processo no qual foi proferida a sentença serão atingidos após a atuação do Poder Legislativo (AGRA, 2018).

A atuação do Senado, instituída desde a Constituição de 1934, visa impedir uma multiplicidade de ações judiciais idênticas com resultados diferentes, minimizando as discrepâncias que podem ocorrer por causa da amplitude da competência jurisdicional difusa (MASSON, 2016).

O ato de suspensão somente poderá ocorrer após a atuação da Corte Suprema em um recurso extraordinário ou qualquer outro feito de sua competência originária, em que decida pela inconstitucionalidade de uma lei. No caso da Corte decidir pela compatibilidade da norma, declarando-a constitucional, então o artigo 52, X, não tem nenhuma razão de aplicação (BAHIA, 2017).

A atuação do poder legislativo está prevista apenas no controle difuso e no caso de decisão do STF pela inconstitucionalidade. No controle concentrado não se faz necessária essa atuação, tendo em vista que a eficácia *erga omnes* é sua consequência legal.

O alcance da Resolução do Senado é tema de divergência doutrinária, mas a doutrina majoritária entende que a expressão “no todo ou em parte” do artigo 52, X, da Constituição, delimita o seu alcance de acordo com o que foi decidido pelo STF. Conforme Masson (p.1083, 2017), “percebe-se que a expressão “no Todo ou em parte” deve ser interpretada como sendo uma determinação de que ao Senado Federal é impossível ampliar, interpretar ou restringir a extensão da decisão do STF.”.

O artigo 178, do regimento interno do STF, dispõe acerca do procedimento para atuação do Senado. De acordo com a normativa, depois do trânsito em julgado da decisão que declara

incidentalmente a inconstitucionalidade, o STF deve comunicá-la ao Senado, que, quando e se quiser, editará resolução com o intuito de suspender a eficácia daquela lei (BAHIA, 2017).

Pelo princípio da autonomia dos poderes, o Senado não está obrigado a editar a Resolução que suspende a eficácia da norma inconstitucional, mas, no caso de decidir pela suspensão, deverá atuar nos limites do que foi decidido pelo STF, assim, se a norma foi declarada inconstitucional apenas em parte, a suspensão estará limitada a parte inconstitucional, não podendo suspender a lei de forma plena (BAHIA, 2017).

Quanto à eficácia temporal da Resolução do Senado, também há entendimento diverso por parte da doutrina. Há quem entenda que não é possível haver diferença de efeitos para quem é parte e para terceiros, pois isso violaria o princípio da igualdade entre as pessoas. Para estes, os efeitos da inconstitucionalidade devem operar *ex tunc*, ou seja, devem retroagir para atingir a todos igualmente (BAHIA, 2017).

No entanto, há outra corrente partilhada pela maior parte dos juristas, em que se entende pela eficácia *ex nunc* dos efeitos da inconstitucionalidade. Os efeitos só podem operar do momento da publicação da Resolução em diante, porque ela não está declarando a inconstitucionalidade, mas somente suspendendo a execução do que já foi declarado inconstitucional pelo STF (MASSON, 2016).

2.3 A ABSTRATIVIZAÇÃO DAS DECISÕES DE CONTROLE CONCRETO

De acordo com o que foi apresentado nos tópicos anteriores, no sistema brasileiro, quem realiza o controle abstrato/concentrado de constitucionalidade é o STF. No julgamento das ações que visam atacar diretamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, os efeitos são *erga omnes* e vinculam os demais órgãos do Judiciário e da Administração Pública. Nas demais decisões do Supremo que versarem sobre a constitucionalidade ou não de uma norma, os efeitos serão em regra *inter partes*.

No entanto, atualmente há uma tendência de objetivação do controle incidental de constitucionalidade com o intuito de aplicar a decisão proferida em casos semelhantes (BARROSO).

O sistema normativo passou por várias mudanças no âmbito da jurisdição constitucional ao longo dos anos. No que se refere à eficácia das decisões proferidas pelo STF, constata-se que

paulatinamente tem ocorrido a “dessubjetivação” dos julgados da Corte em sede de controle concentrado (ZAVASCKI, 2017).

Em um primeiro momento houve a habilitação do Senado para ampliar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, posteriormente institui-se a súmula vinculante para vincular a decisão dos demais tribunais e, com o advento do novo Código de Processo Civil, conferiu-se força obrigatória aos precedentes dos incidentes de inconstitucionalidade julgados pelo STF (ZAVASCKI, 2017).

Nesse sentido, as decisões definitivas que deveriam gerar efeitos apenas para as partes do processo, tendem a ultrapassar esses limites e conferir ao controle concreto de constitucionalidade as características do controle concentrado, gerando verdadeira abstrativização ou objetivação daquele.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, que estabeleceu o artigo 103-A, da Constituição, as súmulas vinculantes passaram a fazer parte do ordenamento jurídico brasileiro.

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.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

A edição de uma súmula vinculante exige um processo específico começando pela decisão da maioria qualificada dos membros do STF sobre questões constitucionais que já foram seu objeto de decisão por diversas vezes.

A finalidade da súmula é uniformizar a jurisprudência e acelerar os julgamentos, pois, a partir da sua publicação, assegurará direitos iguais a todos, bem como, impedirá que recursos contrários ao seu texto sejam admitidos (MORAES, 2017).

Conforme expõe o artigo 927, do CPC, os enunciados de súmula vinculante equiparam-se às decisões em sede de controle concentrado de constitucionalidade, no que diz respeito aos efeitos vinculativos.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:
I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
II - os enunciados de súmula vinculante;
...

Assim, toda vez que o Supremo entender ser necessária a extensão dos efeitos de uma decisão de controle concreto de constitucionalidade, a edição de súmula vinculante se apresenta como uma possibilidade de conferir eficácia *erga omnes* para uma decisão que teria apenas eficácia *inter partes* (ZAMARIN e NUNES, 2012)

Por sua vez, o sistema de precedentes adotado pelo novo CPC, que reporta à doutrina americana do *stare decisis*, também é visto como um meio de conferir efeitos de controle concentrado ao controle concreto de constitucionalidade (REZENDE; RICCETO, 2018).

De acordo com o §1, inciso VI, do artigo 489, do CPC, toda decisão judicial deverá seguir súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, salvo se “demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

No sistema norte-americano, seguidor da tradição do *common law*, existe a doutrina do *stare decisis*. De acordo com esta, a decisão proferida por um tribunal superior obriga os órgãos judiciais inferiores, que, ao julgarem situações semelhantes, devem adotar a tese jurídica estabelecida por aquele tribunal. Portanto, mesmo que a decisão resolva um litígio específico, seus efeitos são gerais, ou seja, *erga omnes* (BARROSO, 2016).

No sistema brasileiro, a vinculação dos juízos inferiores às decisões do STF, não é uma vinculação jurídica formal, como a que ocorre por meio de aprovação de súmula vinculante. A vinculação aos precedentes é uma forma de buscar a uniformização da jurisprudência, de harmonizar o entendimento judicial, admitindo a possibilidade de demonstração de que o caso em julgamento não se adequa ao precedente por motivos relevantes, devidamente demonstrados (BARROSO, 2016).

Trindade e Oliveira (2017) relatam que, na realidade, a importação brasileira da doutrina do *stare decisis* é inadequada, vez que essa doutrina advém de um sistema completamente diferente do que é aplicado no Brasil. Na tradição da *common law*, a atividade jurisdicional de construção dos

precedentes está relacionada com a própria criação do direito, enquanto que nos sistemas adeptos da *civil law*, a criação do direito é resultante da atividade legislativa.

Ainda seguindo a linha de pensamento dos autores acima, sendo o Brasil adepto do sistema da *civil law*, a construção jurisdicional dos precedentes brasileiros não advém da vinculação da própria atividade jurisdicional com a criação do direito, pois esta é atividade de competência legislativa. A recepção descontextualizada da doutrina do *stare decisis* pelo sistema brasileiro é caracterizada pelos autores como sendo um “ativismo à brasileira”.

2.3.1 O STF e a decisão que confere eficácia *erga omnes* aos seus julgados em controle concreto – A teoria da abstrativização do controle concreto

Além das hipóteses de objetivação do controle concreto por meio da Resolução do Senado, edição de súmula vinculante e pela aplicação de precedentes do STF, também se discute na doutrina se os efeitos subjetivos daquele controle poderiam se transformar em *erga omnes* sem a devida Resolução de que trata o artigo 52, X, da Constituição, ou seja, se o próprio STF poderia suspender a execução da lei considerada por ele inconstitucional.

De acordo com Zavascki (2017, p. 47-48):

O sistema normativo brasileiro veio sendo constantemente modificado com a finalidade de conferir, cada vez em maior extensão e profundidade, força vinculativa aos precedentes das Cortes Superiores, principalmente aos produzidos pelo STF no âmbito da jurisdição constitucional, ora, na medida em que se amplia a eficácia *ultra partes* desses precedentes, cuja consequência principal é a paulatina transformação do caráter subjetivo e individual dos julgamentos, que ganha característica típica de processo objetivo, opera-se uma correspondente redução do significado prático da comunicação ao Senado, prevista no art. 52, X, da CF/88.

A Reclamação 4.335/AC em que se discutia a aplicação de norma declarada inconstitucional anteriormente em sede de controle concreto – no HC 82.959/SP, foi declarada a inconstitucionalidade do art. 2º, §2, da Lei nº 8.072/90 –, levou os membros da Corte à análise da possibilidade de eficácia *erga omnes* àquele julgado sem a intervenção do Senado.

De acordo com o Ministro Relator, Gilmar Mendes:

Nesses casos, a suspensão de execução da lei pelo Senado, tal como vinha sendo entendida até aqui, revela-se, para dizer o mínimo, completamente inútil, caso se entenda que ela tem

uma outra função que não a de atribuir publicidade à decisão declaratória de ilegitimidade (RCL 4.335/AC, STF, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Data do Julgamento 20/03/2014, Data da Publicação 22/10/2014).

Em seu voto de vista, o ministro Eros Grau acompanhou o relator e declarou que o caso tratava-se de uma mutação constitucional. Tal instituto, segundo o ministro, é mais do que uma interpretação do mandamento contido no artigo 52, X, trata-se de um processo de transformação do texto constitucional, sendo que no caso discutido, a transformação era decorrente da obsolescência do artigo referido.

Os demais Ministros não acompanharam a conclusão de que o papel do Senado seria apenas de conceder publicidade à declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF. Apesar disso, a ação foi conhecida em razão da existência de súmula vinculante em favor da Reclamação, a qual, por si só já resolveria a controvérsia, sem a necessidade de adentrar na questão da mutação constitucional (MOTTA, 2018).

Conclui-se, portanto, que apesar da argumentação favorável dos ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, a teoria da abstrativização do controle concreto não foi acolhida pelo STF.

2.3.2 A defesa dos efeitos *erga omnes* das decisões de controle concreto

Conforme exposto, no controle concreto de constitucionalidade a decisão tem eficácia apenas entre as partes litigantes e nos limites da questão processual por elas demandada, portanto, a lei declarada inconstitucional continuará surtindo efeitos sobre a sociedade.

No entanto, Zavascki (2017) defende que as decisões sobre a constitucionalidade das normas têm naturalmente uma vocação expansiva devido à característica de generalidade que todo preceito normativo tem.

Os preceitos normativos apresentam entre suas características a generalidade e a abstração. A generalidade refere-se à universalidade da validade da norma em relação aos destinatários, ela vale para todos indistintamente. A abstração é a característica que toda norma tem de regular uma universalidade de ações, não servindo apenas para determinada ação singular (BOBBIO, 2003).

Se a legitimidade de um preceito normativo for questionada, mesmo que em determinado caso concreto, é de se inferir, devido às características de generalidade e abstração, que a incidência daquele preceito sobre situações semelhantes também restará comprometida (ZAVASCKI, 2017).

Desse modo, a não permissão de incidência de decisão igual para todas as situações semelhantes fere os princípios da igualdade e segurança jurídica, podendo a lei ser considerada inconstitucional em um caso e constitucional em outro, a depender da apreciação do juiz atuante no processo (ZAVASCKI, 2017).

Nos sistemas judiciais baseados no modelo europeu, como o brasileiro, não foi adotada a sistemática de obediência obrigatória dos precedentes judiciais, a chamada doutrina do *stare decisis*, típica do sistema *common law*. Essa doutrina resolve em muito a questão de incongruência de decisões em casos semelhantes, pois obriga tanto a Corte que proferiu a sentença, quanto os demais juízes inferiores a aplicar o que foi por ela decidido (REZENDE e RICCETO, 2015).

Portugal, que assim como o Brasil adota o sistema *civil law*, resolve a questão da seguinte maneira: qualquer juiz ou o Ministério Público podem solicitar o desenvolvimento do processo de controle concentrado para estender a eficácia da declaração para todos e retirar a validade da norma inconstitucional, se por três vezes o Tribunal constitucional declarar a inconstitucionalidade de determinada norma de forma incidental (BULOS, 2017).

Na Itália, suscitada uma questão de inconstitucionalidade dentro de um caso concreto ela será levada à *Corte Costituzionale*, que julgará o caso, pois não há controle difuso, conseqüentemente, os efeitos da decisão incidirão sobre todos (BULOS, 2017).

No Brasil, desde a Constituição de 1934 que o Senado Federal está legitimado a intervir no controle de constitucionalidade para conferir maior extensão e profundidade às declarações de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo, pois antes da Emenda Constitucional 16/1965, a verificação de compatibilidade das normas com a Constituição era realizada apenas através do controle difuso (MASSON, 2016).

Após a edição da referida Emenda, no ano de 1965, o Brasil passou a adotar o sistema concentrado, em que se pode questionar a compatibilidade constitucional por meio de uma ação interposta exclusivamente para esse fim. Essa foi a primeira redução significativa no papel do Senado no controle de constitucionalidade (ZAVASCKI, 2017).

As atuais medidas de objetivação do controle concreto reduzem ainda mais a aplicação do artigo 52, X. Por exemplo, a partir da autorização para a edição de súmulas vinculantes, regulamentada pela lei 11.417/2006, a resolução do Senado já não tem mais sentido prático quando houver súmula dessa natureza (ZAVASCKI, 2017).

Ainda, com a adoção do regime de repercussão geral, introduzido no ano de 2004, através da EC nº 45, as questões discutidas em recurso extraordinário pelo STF têm efeito expansivo e vinculante

para os demais recursos que vierem a ser discutidos, pois, segundo o entendimento do artigo 1035, do Código de Processo Civil, para serem discutidas pelo Supremo, essas questões devem ultrapassar os interesses subjetivos do processo, evidenciando o caráter objetivo que reveste a decisão do recurso (ZAVASCKI, 2017).

Portanto, se o recurso extraordinário se reveste de um caráter objetivo, a decisão em sede desse recurso não deve valer apenas para as partes litigantes, mas para todos (ZAVASCKI, 2017).

A modulação dos efeitos da decisão em sede de controle concentrado também vem sendo discutida como meio de estender a eficácia das decisões desse controle. Conforme artigo, 27, da lei 9.868/90, tal técnica não está legalmente prevista para o controle concreto, mas sim para o concentrado.

Zavascki (2017) defende a aplicação dessa técnica no controle concreto para, além de modular a eficácia temporal, também modular a extensão subjetiva dos efeitos da decisão. Com a modulação, o Tribunal poderia decidir pela eficácia *erga omnes* do julgado, conseqüentemente a intervenção do Senado Federal não encontraria sentido prático, já que o próprio STF aplicaria os efeitos do controle concentrado ao controle concreto.

No entanto, alguns autores entendem que a interpretação e conseqüente alteração do texto constitucional por decisão judicial compromete a força normativa da constituição, conforme será explorado no tópico a seguir.

2.3.3 Análise crítica da atuação do STF ao atribuir efeito *erga omnes* para decisões de controle concreto

O artigo 52, X, da CF, estabelece ser de competência privativa do Senado a suspensão da execução de lei declarada inconstitucional após decisão definitiva do STF no controle concreto.

No entanto, os adeptos da teoria da abstrativização defendem a mutação constitucional do referido artigo, consagrando a possibilidade de se atribuir eficácia *erga omnes* às decisões que julgam incidentalmente a inconstitucionalidade, mesmo sem a intervenção do Senado (GOMES, 2012).

De acordo com Streck (2017), esse entendimento contribui para a compreensão do STF como sendo um Poder Constituinte permanente, capaz de alterar, a partir de sua livre interpretação, o texto constitucional.

Ora, um tribunal não pode mudar a Constituição; um tribunal não pode “inventar” o direito: numa democracia, este não é seu legítimo papel como poder jurisdicional. O papel da jurisdição é o de levar adiante a tarefa de construir interpretativamente, com a participação da sociedade, o sentido normativo da Constituição e do projeto de sociedade democrática nela consubstanciado (STRECK, 2015, p. 211).

A mutação constitucional proposta pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau no julgamento da Reclamação 4.335/AC, não parece estar em harmonia com os valores e princípios acolhidos pela Constituição, não parece compactuar com a separação dos poderes estatais, nem com o regime democrático (SPOSATO; DIAS; GOES, 2018).

De acordo com Barroso (2010), quando uma mutação contraria os mandamentos constitucionais ela é inconstitucional, devendo ser rejeitada pelos Poderes competentes e pela sociedade.

A Constituição determina que para que a decisão final do STF passe a valer para todos, há a necessidade da intervenção do Senado. A exclusão dessa competência legislativa e a interpretação de que o judiciário pode sozinho suspender a execução da norma declarada inconstitucional, caracteriza uma interferência do Poder Judiciário no Poder Legislativo, afrontando o princípio da separação dos poderes (GOMES, 2012).

O STF é o guardião da Constituição, sendo assim, suas decisões devem harmonizar com o texto Constitucional e não dar novo significado a ele, pois assim a Corte ultrapassaria a sua competência e usurparia um papel que, na realidade, seria do legislativo (SPOSATO; DIAS; GOES, 2018).

Ademais, tendo em vista que a competência para suspender a execução da norma no controle concreto seja do Senado e que os participantes deste órgão foram eleitos como representantes do povo, por mais que a declaração de inconstitucionalidade seja atribuição do STF, esse controle conta com a participação da sociedade civil de forma indireta. Portanto, no caso de reduzir o papel do Senado para mero publicizador das decisões do Supremo, também estará retirando-se a possibilidade da participação do povo nesse processo, ferindo o regime democrático (STRECK, 2017).

Outro agravante da aplicação da teoria da abstrativização do controle concreto é a possibilidade de lesão a direitos fundamentais. Ao se atribuir eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes ao controle concreto, a decisão proferida para um caso específico passará a atingir aqueles que não participaram do processo e da decisão que os afetará, ferindo, portanto, os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (STRECK, 2017).

Carvalho e Costa (2018), em um recente estudo sobre a constitucionalidade da mutação do artigo 52, X, concluíram que a teoria da abstrativização decorre de uma mutação inconstitucional e não constitucional do referido artigo, nas palavras dos autores:

Por fim, esse entendimento ofende sobremaneira o princípio da separação dos poderes. Ao Supremo Tribunal Federal não foi concedido o poder de reforma constitucional, próprio do Poder Legislativo. O fenômeno de transformação informal constitucional não pode e nem deve ser confundido com ativismo judicial desmedido e descabido. Não é porque o STF tem a missão de guardião da Constituição que pode, a bel prazer, dar a interpretação que quiser a dispositivos constitucionais e, de uma hora para outra, entender que determinada norma resta ultrapassada (2018, p. 123).

A eficácia *erga omnes* das decisões de controle concreto sem a legítima atuação do Senado não está de acordo com uma série de valores constitucionais. Sendo assim, a adoção da teoria da abstrativização abre precedente para o não cumprimento das normas constitucionais, enfraquecendo a força normativa da Constituição (STRECK, 2017).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, admite-se a coexistência dos controles concreto e concentrado de constitucionalidade como formas de garantir a supremacia constitucional.

Assim, o controle de constitucionalidade pode ocorrer tanto em meio a um processo instaurado para discutir uma questão qualquer, quanto por meio de uma ação com a finalidade exclusiva de verificar a compatibilidade de uma norma com a Constituição.

Nas ações do controle concentrado não há interesses particulares vinculados ao processo. Os envolvidos não estão atuando em causa própria, mas em defesa da ordem jurídica, com o único interesse de preservar o sistema de direito.

Portanto, a decisão judicial nessas ações valerá para todos, pois as normas constitucionais são analisadas de forma abstrata, desvinculadas de um caso concreto, o que faz com que a decisão atinja a todos e não apenas as partes daquele processo, até porque, no controle concentrado não há partes, mas sim legitimados a atuar no interesse de toda a sociedade. Esse é o entendimento do artigo 28, da lei 9868/99.

Por sua vez, no controle concreto as partes atuam em interesse próprio, visando um direito subjetivo, e em meio ao processo surge a questão de inconstitucionalidade que deve ser resolvida antes de ser discutido o mérito daquela ação judicial, pois a inconstitucionalidade é questão que pode interferir na decisão principal.

A decisão de constitucionalidade ou inconstitucionalidade tomada dentro de um caso concreto será sempre tida como de controle concreto de constitucionalidade, mesmo que provenha do STF, pois se a inconstitucionalidade é matéria incidental em um caso concreto, não se chegou a essa questão por meio de uma ação com a finalidade específica de atacar uma norma incompatível com a Constituição, portanto, não há que se falar em controle abstrato de constitucionalidade, bem como, não são atribuídos os mesmos efeitos deste.

Sendo assim, no julgamento de um recurso extraordinário, mesmo que o STF julgue pela inconstitucionalidade da norma, os efeitos da decisão estarão adstritos às partes daquele processo, conforme entendimento do artigo 503, do Código de Processo Civil.

No entanto, conforme visto, alguns autores admitem a possibilidade de se atribuir os mesmos efeitos do controle concentrado ao controle concreto – uma verdadeira abstrativização deste controle – sob o argumento de que toda norma tem uma natural característica de generalidade, que faz com que ela tenha eficácia geral, portanto, a perda da eficácia também deve ser geral, do contrário haveria violação ao princípio da igualdade, vez que situações semelhantes teriam desfechos desiguais.

Ainda, admitem a mutação constitucional do artigo 52, X, da CF, entendendo que o papel do Senado Federal está em apenas conferir publicidade às decisões de inconstitucionalidade, pois a decisão do STF, por si só, já tem aplicabilidade geral. Mas este não é entendimento firmado no texto constitucional.

Com a vigência da Constituição de 1988, houve uma série de mudanças no sistema de controle de constitucionalidade. Aumentou-se o número de legitimados a propor as ações diretas de controle concentrado, bem como, ampliou-se o rol de ações desse controle. Ainda, em sede de controle concreto, passou-se a prever medidas de objetivação do controle concreto no intuito de conferir maior generalidade a essas decisões.

Nesse sentido, o advento da atual constituição trouxe mudanças significativas para “dessubjetivar” o controle concreto, como a adoção do regime de repercussão geral para que o Tribunal aprecie o recurso extraordinário e a possibilidade de edição de súmula vinculante para vincular todas as demais decisões de casos com temáticas semelhantes.

No entanto, as alterações do texto constitucional nada modificaram com relação à função do Senado no caso de declaração de inconstitucionalidade incidental pelo STF.

Porém, o entendimento dos favoráveis à teoria de abstrativização indica que tacitamente houve mutação constitucional do artigo 52, X, da CF, de forma que as decisões em última instância proferidas pelo STF são, por si só, dotadas de eficácia *erga omnes*, sendo a comunicação ao Senado mera formalidade para atribuir publicidade à decisão.

Conforme visto, a força normativa de uma Constituição depende da adequação do texto constitucional a uma dada realidade social e da compreensão da norma como uma ordem inquebrantável, inviolável, que defenda o Estado do arbítrio desmedido de seus Poderes.

Portanto, a força normativa da Constituição depende do seu entendimento como uma ordem inquebrantável, livre de arbítrios desmedidos de algum dos Poderes do Estado.

Por mais que a mutação constitucional do artigo 52, X, da CF, e a consequente adoção da teoria da abstrativização venham a se colocar como uma adequação da norma constitucional à realidade brasileira de objetivação do controle concreto, ainda restará clara a violação à Constituição, pois dela consta expressamente a função do Senado.

O papel do STF no ordenamento jurídico é o de guardião da Constituição. Mas, ao admitir essa mutação tácita do texto constitucional, o Supremo poderá abrir precedente para o enfraquecimento de algo que deveria proteger, além de se caracterizar como um Poder Constituinte permanente, capaz de alterar livremente o texto constitucional a partir de sua livre decisão, usurpando uma função que seria do Poder Legislativo, e esse argumento fere o princípio da separação dos poderes.

Ainda, sua atuação pode ferir mandamentos constitucionais em nome do que, por seu livre entendimento, acredita ser o bem social.

Se o STF puder livremente afastar o entendimento consolidado na Carta Constitucional, é como se voltássemos no tempo, para o período da antiguidade clássica, só que agora as decisões não são baseadas no Direito natural, nos mandamentos divinos, mas no divino entendimento dos Ministros.

Nesse caso, o ativismo judicial se apresenta como um retrocesso, visto que, com o advento do Constitucionalismo, a Constituição passa a ser reconhecida como norma suprema de organização político-social, sendo que o fundamento dessas normas é dado pelo Poder Constituinte e não pelo arbítrio desmedido do Poder Judiciário ao restringir a interpretação do texto Constitucional.

Ademais, no controle concentrado, a sociedade está representada pelos legitimados a atuar no interesse de todos, tendo garantida sua participação no processo. O que não ocorre com a eficácia geral e desmedida de uma decisão em que participaram apenas as partes no intuito de garantir direitos subjetivos.

A adoção da teoria da abstrativização afasta a sociedade da participação em uma decisão que a afetará, ferindo os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Para haver a possibilidade de extensão dos efeitos das decisões de controle concreto de constitucionalidade sem a atuação do Senado ou a edição de súmula vinculante, será necessária uma alteração do texto constitucional, que ateste a mudança do papel do Senado e viabilize a extensão dos efeitos das decisões de um caso concreto pelo próprio STF, sem ferir garantias constitucionais.

Mas, parece que as medidas de objetivação até então construídas – como a repercussão geral sendo pressuposto de admissibilidade dos recursos extraordinários e a própria possibilidade de edição de súmula vinculante – dão conta de garantir que as decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo STF sejam aplicadas a casos semelhantes, não ferindo a igualdade na aplicação das normas e nem garantias constitucionais, visto que essas medidas estão expressamente previstas na Constituição e seguem um processo com formalidades que visam evitar a arbitrariedade desmedida do Poder Judiciário.

Portanto, conclui-se que, por uma série de consequências nocivas, a teoria da abstrativização do controle concreto não merece ser acolhida. Tanto é assim que o próprio STF, em que pese alguns Ministros serem favoráveis à adoção dessa teoria, negou a sua aplicação em seus julgados.

REFERÊNCIAS

AGRA, W.M. **Curso de Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BAHIA, F.; DOURADO, S. (coord). **Direito Constitucional**. 3 ed. Recife: Armador, 2017.

BARROSO, L.R. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOBBIO, N. **Teoria da norma jurídica**. São Paulo: Edipro, 2003.

BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BULOS, U. L. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. RCL 4.335/AC**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJe nº 208. Data do Julgamento 20/03/2014. Data da Publicação 22/10/2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>>. Acesso em: 12/05/2019.

CARVALHO, J. V. C.; COSTA, Y. F. Efeitos vinculantes e “*erga omnes*” em declaração incidental de inconstitucionalidade: mutação constitucional do art. 52, X da Constituição?. **Revista Publicum**. Rio de Janeiro, v.4, n.1, p. 107-125, 2018. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum/article/view/32743>> Acesso em: 01 mai. 2019.

CUNHA, D. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

DANTAS, P. R. F. **Direito Processual Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERNANDES, B.G. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Juspudovim, 2017.

GOMES, A. R. Crítica à tese da abstrativização ou objetivação do controle concreto ou difuso de constitucionalidade. **Revista da AGU**. Brasília, ano 11, nº 31, p. 51-73, 2012. Disponível em: <<https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/125>>. Acesso em: 12 mai.2019.

HESSE, K. **A Força normativa da Constituição**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991.

LENZAJ, P. **Direito Constitucional Esquemático**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LUNARDI, S.; DIMOULIS, D. **Curso de Processo Constitucional: Controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MASSON, N. **Manual de Direito Constitucional**. 4 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MORAES, A. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2017.

MOTTA, S. **Direito Constitucional**. 27 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

NOVELINO, M. **Direito Constitucional**. São Paulo: Método, 2009.

REZENDE, L. T.; RICCETO, P. H. A. Crise do Estado Moderno, separação de Poderes e *stare decisis* - Os precedentes judiciais no Novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 40, nº 245, p. 15-39, jul-2018.

SILVA, J.A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiro, 2005.

SPOSATO, K.; B.; DIAS, C. A. G. C.; GÓES, J. A. O. Limites da mutação constitucional? A viragem interpretativa do artigo 52, x, da constituição federal de 88. **Revista do Direito**. Santa Cruz do Sul, v. 2, n. 55, p. 150-161, maio/ago.2018. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/12341/7669>>. Acesso em: 12 mai. 2019.

STRECK, L. **Jurisdição Constitucional**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TAVARES, A.R. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017.

TRINDADE, A. K.; OLIVEIRA, R. T. Os impactos do ativismo judicial no sistema político: notas sobre a relação entre o judiciário e os demais poderes em tempos de crise política. In: LEITE, G. S.; STRECK, L.; NERY, N. (coord). **Crise dos Poderes da República**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. cap. 5, p. 225-243.

ZAMARIN, L. P.; NUNES, V. S. Súmulas Vinculantes: Solução para a adequada abstrativização do controle difuso de constitucionalidade?. **Revista Scientia Iuris**. Londrina, v. 16, n.1, p. 113-136, jul.2012.

ZAVASCKI, T. A. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.