

O FENÔMENO DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE: RETROCESSO OU AVANÇO QUANTO À CREDIBILIDADE DO SISTEMA?

Thiago Bovi Nunes¹

Resumo

O controle de constitucionalidade consiste em mecanismo utilizado pelo Poder Judiciário visando investigar a adequação de norma jurídica à Constituição. Tal procedimento pode ocorrer tanto pela via concentrada quanto pela via concreta. Seu fundamento é a supremacia constitucional, decorrente da própria rigidez de seu texto. O sistema misto brasileiro de controle passa por intermináveis questionamentos quanto aos efeitos de suas decisões, já que podem ser distintos os resultados para as mesmas situações jurídicas. Assim, vozes da ciência jurídica levantam-se para refletir sobre a questão credibilidade do sistema, sobretudo, da segurança jurídica. Cogita-se então a famigerada abstrativização do controle concreto, cuja linha divisória entre os sistemas de controle tende à diminuição.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade. Supremacia Constitucional. Controle Concreto. Abstrativização.

1 INTRODUÇÃO

O controle de constitucionalidade é o meio pelo qual o poder judiciário fiscaliza as normas do direito brasileiro em face da Constituição Federal, verificando se há a compatibilidade esperada pela vontade do constituinte em vislumbrar o ordenamento jurídico como uno, coerente e harmônico. Como foi adotado o sistema misto de controle, no qual qualquer juízo pode examinar a compatibilidade da norma subjacente ao caso concreto em face da Constituição, e ao mesmo tempo, permitindo o mesmo exame por um órgão constitucional, soluções distintas podem surgir da mesma norma jurídica. Nesse mesmo contexto, o Supremo Tribunal Federal é guardião da Constituição, sendo que seus julgados ganham cada vez mais repercussão em escala por todo Poder Judiciário, o que fez com que o legislador constituinte e infraconstitucional desse especial atenção para esse fato. Então, sob essa perspectiva vozes da ciência jurídica levantaram a questão trazendo alguns mecanismos que visam elastecer os tradicionais efeitos de decisão pela via incidental, tendo por base garantir segurança jurídica, celeridade processual, isonomia e unidade do sistema. Abordar os principais pontos dessa tendência constitui o foco do presente artigo.

¹ Graduado em Direito pela Faculdade Eduvale de Avaré/SP. Pós-graduando em Direito Público pela Anhanguera-Uniderp / Rede LFG. Servidor Público Estadual. Contato: thi.bovi@gmail.com

2 Conceito e fundamentos do controle de constitucionalidade

O controle de constitucionalidade é o meio pelo qual o poder judiciário² fiscaliza as normas do direito brasileiro em face da Constituição Federal, pois uma vez fundado o sistema jurídico, todas as leis dela decorrem, devendo-lhe obediência.

Nas palavras de José Afonso da Silva

A constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos (...) é nela que se acham as normas fundamentais do Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas. (SILVA, 2014, p. 47)

É da natureza do sistema federativo de governo, que haja uma norma fundamental expandindo os seus efeitos para os demais entes da federação, sob a razão de fundar o complexo de normas jurídicas assim como lhe dar unidade. Necessário, pois, ao judiciário – Poder imparcial e inerte - sob a competência de cumprir sua função estatal, qual seja a de examinar se as normas vigentes estão em consonância com a norma fundamental, preservando a indissolubilidade do pacto federativo (TAVAREZ, 2014, p. 828).

Logo, declarando uma norma inconstitucional pelo judiciário, haverá quebra da verticalidade entre aquela e a Constituição, vez que a supremacia constitucional não autoriza que norma de grau inferior disponha de um conteúdo diverso do estabelecido em norma constitucional. Deste modo,

essa incompatibilidade não pode perdurar, porque contrasta com o princípio da coerência e harmonia das normas do ordenamento jurídico, entendido, por isso mesmo, como reunião de normas vinculantes entre si por uma fundamentação unitária (SILVA, 2014, p. 49).

Assim o controle é necessário à preservação da supremacia da Constituição que é decorrente da rigidez constitucional³.

Pode-se também dizer que o controle é mecanismo que consagra o princípio dos freios e contrapesos (SILVA, 2014, p. 112) na medida em que se busca uma harmonização entre os poderes de estado. Assim, se cabe ao Legislativo a atividade de elaboração das leis, para não lhe dar poder máximo e absoluto, deve o judiciário no seu

² Para o presente trabalho o tipo de controle de constitucionalidade trabalhado é o repressivo e o judicial, aquele que se dá após a elaboração da norma jurídica feito pelo poder judiciário. Alerta-se, contudo, que há o controle preventivo (o realizado antes ou durante o processo de elaboração da norma) realizado por outros Poderes.

³ Rigidez constitucional dá a idéia de algo firme, que não se desloca facilmente. Significa que os meios para se alterar uma norma fundamental (constitucional) é mais dificultoso do que a modificação de norma infra-constitucional.

mister controlar sua constitucionalidade. Seria uma espécie de forma compensatória da ausência do Judiciário no processo de elaboração das leis.

2.1 O problema da inconstitucionalidade

A inconstitucionalidade, entendida esta como inadequação entre uma norma de grau inferior e outra de norma superior, produz efeitos pela sua natural ocorrência fática, por isso, deve ser combatida pelas instâncias competentes.

São efeitos, obviamente negativos, que atingem a norma jurídica quanto sua validade, isto é, norma incompatível com a norma fundamental é tida como inválida, não produzindo efeito algum, em regra⁴.

O que se tem então é duas famosas espécies de vícios: o formal e o material. Também conhecido como vícios extrínsecos e intrínsecos, inconstitucionalidade nomodinâmica⁵ e inconstitucionalidade nomoestática⁶. André Ramos Tavares leciona

A inconstitucionalidade é um fenômeno atrelado à estrutura hierárquica do sistema jurídico, verificada na relação entre Lei Maior e as demais leis existentes dentro de um sistema, na medida em que estas não se curvem aos padrões previamente estabelecidos por aquela, violando-as, seja no aspecto formal, seja no material (TAVARES, 2014, p. 297).

Quando a inconstitucionalidade toca à forma da norma, os aspectos de procedimento no momento pré-jurídico são atingidos, a exemplo de sanção presidencial sem que haja rediscussão da matéria na Casa Revisora⁷. Por sua vez, a inconstitucionalidade material diz respeito àquilo que a norma jurídica infraconstitucional prescreve em confronto com norma constitucional dispondo sobre determinado assunto de conteúdo fundamental.

De modo a explicar a tipologia da inconstitucionalidade forma e material, a doutrina aduz que

Se o conteúdo (aspecto intrínseco) não estiver de acordo com o conteúdo constitucional, há inconstitucionalidade material. Ao contrário, se o conteúdo estiver em coerência com o conteúdo constitucional, mas considerada a lei pela ótica de como se originou (que faz parte, evidentemente do conteúdo da Constituição), há uma inconstitucionalidade de cunho meramente formal, extrínseco ao conteúdo da lei (TAVARES, 2014, p. 308)

⁴ A exceção por ora é visualizada com a modulação de efeitos no controle de constitucionalidade, a ser tratado como espécie de abstrativização em momento oportuno.

⁵ Envolve vícios relacionados ao processo legislativo, que é dinâmico em sua natureza.

⁶ Envolve vícios relacionados ao confronto de normas jurídicas entre si, após o processo legislativo.

⁷ Art. 65, da Constituição Federal.

Verificado o vício da inconstitucionalidade, haverá correspondente sanção como resposta dos órgãos competentes, que no caso do Poder Judiciário é a pronúncia de nulidade da lei ou ato normativo.

3 Sistemas de controle

O controle de constitucionalidade feito, em regra, pelo judiciário segue dois sistemas que pela evolução da interpretação constitucional aparenta estarem em convergência para uma finalidade comum, não de modo a tornarem-se institutos distintos, mas sim por uma questão de objetivo constitucional de promover a unidade da Constituição, e em última análise, resolver conflitos normativos, e porque não, individuais.

Há basicamente dois sistemas de controle de constitucionalidade propostos didaticamente pela doutrina: o sistema difuso também conhecido como modelo americano e o sistema concreto, oriundo do modelo austríaco. Este se dá por meio das chamadas ações constitucionais objetivas, propostas por pessoas especificadas pela lei fundamental, atribuindo o caráter de *legitimados ativos*⁸ à instauração do controle pela via principal ou em tese.

O exercício da função jurisdicional neste caso segue uma ótica diversa: não se pretende resolver conflitos de interesse entre partes, o que há é um verdadeiro controle do sistema normativo cujo pedido é a verificação de validade quanto à constitucionalidade de norma impugnada em face da norma fundamental. Seria temeroso para o presente trabalho não colacionar a noção do controle concreto de constitucionalidade por Luis Roberto Barroso, ensinado que

O controle de constitucionalidade por ação direta ou por via principal, conquanto também seja jurisdicional, é um exercício atípico de jurisdição, porque nele não há litígio ou situação concreta a ser solucionada mediante a aplicação de lei pelo órgão julgador. Seu objeto é um pronunciamento acerca da própria lei. Diz-se que o controle é em tese ou abstrato porque não há um caso subjacente à manifestação judicial. A ação direta destina-se à proteção do próprio ordenamento, evitando a presença de um elemento não harmônico, incompatível com a Constituição (BARROSO, 2012, p. 190)

⁸ Art. 103, da CF: Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (BRASIL, 1988).

Dentre as ações do controle concentrado de constitucionalidade elencam-se as seguintes: ADI – ação declaratória de inconstitucionalidade; ADC – ação declaratória de constitucionalidade (CF, art. 102, I, a); ADO – ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º); ADPF – ação de descumprimento de preceito fundamental (CF, art. 102, § 1.º).

Importante trazer à tona o porquê desse modelo ser considerado de ordem objetiva. O processo que aprecia a constitucionalidade de norma jurídica atende não ao anseio de pessoas ou órgãos, mas se presta ao interesse público de fixar um sistema coeso, conforme já dito. Por isso é que não se admite a intervenção de terceiros⁹, salvo o *amicus curiae*.¹⁰

Corroboram-se ainda mais o processo objetivo do controle concentrando pelo fato de não existir prazo decadencial ou prescricional para o questionamento da norma, não se admitir a desistência do processo, ser irrecurável e também a inexistência de coisa julgada.

O controle concreto, por sua vez, é aquele que se insere por prejudicialidade em ação concreta (com partes e lide) na qual se discute bem da vida qualquer. Diante de um conflito intersubjetivo, a questão da inconstitucionalidade de lei é argüida, funcionando como causa de pedir da pretensão, cabendo ao juiz ou tribunal decidir a respeito dela, a título de prejudicialidade, afastando ou não a aplicação da lei. Luis Roberto Barroso, em suas palavras, salienta o seguinte

Diz-se que o controle é difuso quando se permite a todo e qualquer juiz ou tribunal o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma e, conseqüentemente, sua não aplicação ao caso concreto levado ao conhecimento da corte. A origem do controle difuso é a mesma do controle judicial em geral: o caso *Marbury v. Madison*, julgado pela Suprema Corte americana, em 1803. (BARROSO, 2012, p. 49)

Sendo assim, o judiciário quando atua na sua função regular de processar e julgar os feitos que lhe são submetidos, quando se depara com norma reputada inconstitucional pelas partes, aprecia essa suposta pecha, que se coloca à pretensão de ação subjetiva.

⁹Art.7º., da Lei 9.868/99: Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.

¹⁰Art.7º., § 2º da Lei 9.868/99: O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecurável, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

Apesar de esses sistemas serem distintos entre si, há uma tendência na adoção de um modelo misto, que preza por uma conjugação de suas regras, de tal sorte que um não exclui o outro, mas convivem, ainda que com certas incongruências.

Sinal evidente dessa tendência é relatado por Gilmar Mendes, quando menciona uma espécie de publicização do controle concreto, trazendo já uma semente quanto à abstrativização desse modelo de controle. Assim,

O sistema americano, por seu turno, perde em parte a característica de um modelo voltado para a defesa de posições exclusivamente subjetivas e adota uma modelagem processual que valora o interesse público em sentido amplo. A abertura processual largamente adotada pela via do *amicus curiae* amplia e democratiza a discussão em torno da questão constitucional. A adoção de um procedimento especial para avaliar a relevância da questão, o writ of certiorari, como mecanismo básico de acesso à Corte Suprema e o reconhecimento do efeito vinculante das decisões por força do *stare decisis* conferem ao processo natureza fortemente objetiva (MENDES, 2012, p. 533).

No Brasil, já vigora o sistema misto de controle de constitucionalidade segundo o qual os fatores dos modelos, austríaco e americano, são aplicados simultaneamente sob temperamentos do legislador. No sistema misto:

defere-se aos órgãos ordinários do Poder Judiciário a prerrogativa de afastar a aplicação da lei nas ações e processos judiciais, mas se reconhece a determinado órgão de cúpula – Tribunal Supremo ou Corte Constitucional – a competência para proferir decisões em determinadas ações de perfil abstrato ou concentrado (MENDES, 2012, p. 1207).

Daí, com bastante razoabilidade a doutrina especializada reluz sobre a flexibilização das diferenças entre os modelos, principalmente, em decorrência da forte atuação do STF no controle concreto. Assim:

A amplitude geral conferida ao juízo de constitucionalidade do Supremo diante do caso concreto parece indicar que as únicas diferenças que justificam sua distinção do modelo abstrato residem na legitimidade daqueles que o provocam e na existência de efetivo prejuízo a direito individual, igualando-se as conseqüências da decisão de constitucionalidade em ambos os modelos de controle (STUMPF, 2011, p. 46).

Exatamente sob esse panorama constitucional que se insere o Brasil, pois adotando desde a República o modelo difuso, em 1965 pela Emenda Constitucional n.16/65 (LENZA, 2014, p. 284) o controle abstrato foi acolhido, ainda que sob a legitimidade ativa única do Procurador Geral da República. Fato é que, desde então, os dois modelos passaram a conviver na seara constitucional, gerando críticas e aplausos na doutrina.

4 Efeitos do controle concentrado

Sendo o controle concentrado pautado por uma ótica objetiva, cujo exame recaia na norma *in abstracto* sem que haja lide acerca de um bem da vida, os seus efeitos são naturalmente gerais, irradiando para todo o sistema. Nesse sentido, o controle de constitucionalidade abstrato ou concentrado produz efeitos contra todos, “*erga omnes*” e “*ex tunc*”, vinculando todo o judiciário e a administração pública, conforme dispõe o art. 102, § 2º, da CF/88, *in verbis*:

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

Então, declarada uma norma inconstitucional em sede de controle concentrado, todos aqueles que não foram parte no processo estão submetidos àquela decisão, já que é de interesse da sociedade a segurança das relações jurídicas emanadas daquele exame. Outro efeito que se destaca é o retroativo, porquanto se a norma é inconstitucional, o vício está presente desde o seu nascimento, vindo a ser declarado por ocasião da ação objetiva, de modo a quebrar a presunção de constitucionalidade existente. Por isso, a sentença que declara a inconstitucionalidade da norma é retroativa à data de sua origem.

4 Efeitos do controle concreto

A sentença que põe fim ao litígio, a qual decide o mérito tem a propensão de se formar a coisa julgada, se também ocorreu o prazo recursal. Fala-se da chamada eficácia subjetiva, na medida em que interessa tão somente àquelas partes em que se deu a decisão; e da eficácia objetiva, quando a decisão afeta os limites das questões postas ao julgamento.

Desse modo, no controle difuso ou concreto de constitucionalidade o efeito produzido é “*inter partes*”, pois a decisão daquela causa interessa, em regra, somente a quem foi parte no processo no qual se discutiu determinado bem da vida.

É de se observar ainda o efeito retroativo da decisão nesse tipo de controle, na medida em que

Aplicando-se a teoria da inconstitucionalidade como nulidade ao controle incidental e difuso, parece fora de dúvida que o juiz, ao decidir a lide, após reconhecer determinada norma como inconstitucional, deve dar a essa conclusão eficácia retroativa, *ex tunc* (BARROSO, 2012, p. 137).

Assim, é que operada a inconstitucionalidade da norma, a qual funcionou como causa de pedir, a decisão que julga o mérito do pedido deve produzir efeitos *ex tunc*.

Não pode ser outra saída, pois a lei sendo inválida na sua adequação à matriz constitucional, o vício imperou desde o seu início.

5 A abstrativização do controle concreto

A teoria da abstrativização do controle concreto, ora debatida tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, desemboca na pretensa igualação dos efeitos do modelo americano ao modelo austríaco, isto é, produzir efeitos “erga omnes” e/ou vinculante quando do julgamento de recurso extraordinário pelo STF.

Constituindo o referido assunto incansáveis discussões acerca do modo como é tratado, é viável dele tratar a partir de uma perspectiva didática, aproximando as posições sem, no entanto, confundi-las. Por assim dizer, a teoria da abstrativização do controle concreto pode ser encarada como um gênero do qual surge como espécie a da transcendência dos motivos da decisão e todo mecanismo que vise ampliar os efeitos da decisão neste modelo¹¹.

Assim, tradicionalmente os efeitos da decisão em controle concreto são dados entre as partes, podendo, Supremo Tribunal Federal (órgão do judiciário encarregado de zelar pela Constituição) estender os efeitos dessa decisão a todos (erga omnes) adotando algumas providências que é ressaltado por (PADILHA, 2014, p. 470)¹².

5.1 Força Expansiva das decisões do Supremo Tribunal Federal

É sabido que os precedentes dos tribunais superiores, principalmente o do Supremo Tribunal Federal, ganharam força na atual Constituição Federal. Isso ficou muito evidente após a emenda constitucional no. 45/04, conhecida como a *reforma do judiciário*, que dentre tantas alterações, trouxe a razoável duração do processo como garantia fundamental (CF, art. 5º, LXXVIII), a força vinculante dos precedentes do STF no controle concentrado de constitucionalidade (CF, art. 102, § 2º) e a repercussão geral como requisito de admissibilidade do Recurso Extraordinário (CF, art. 102, § 3º).

¹¹ Para Teori Albino Zavascki a teoria da abstrativização do controle concreto não foi adotada pela transcendência dos motivos determinantes da decisão. O que há em nosso sistema normativo é o que o autor chama de efeitos reflexos da decisão no controle difuso ou força expansiva das decisões do Supremo Tribunal Federal. Será destinado tópico específico para essas lições.

¹² O autor propõe três instrumentos: a resolução senatorial para suspender a norma declarada inconstitucional pelo STF, produzindo eficácia contra todos (CF, art. 52, X); a utilização do expediente da súmula vinculante, nos termos do art. 103-A, da CF/88. E a teoria dos motivos determinantes da sentença (*ratio decidendi*) no controle concreto.

Nesse contexto, o processo tende a sair do seu pragmatismo subjetivo para entrar num campo de índole objetiva, cuja racionalização recaia na própria satisfação do direito do autor, das partes como um todo, na promoção da tutela jurisdicional célere e isonômica.

É possível perceber, ainda sob esse prisma, que a ampliação dos efeitos de decisão que verifica a constitucionalidade ou não de norma em determinado caso concreto, quando feito pelo Supremo Tribunal Federal, muito se aproxima da doutrina do *stare decises* “cuja consequência prática é a de atribuir eficácia *erga omnes* às decisões da Suprema Corte em matéria constitucional” (ZAVASCKI, 2000, p. 24).

Baseando nas lições do referido autor, os efeitos reflexos da decisão no controle difuso têm por objetivo compatibilizar os princípios da segurança jurídica e o da igualdade perante a lei com os limites subjetivos da eficácia jurídica do *decisum*. Isso pode ocorrer por meio das seguintes formas: a) vinculação dos demais tribunais à decisão proferida no STF; b) força dos precedentes e c) habilitação do Senado para suspender a execução das normas declaradas inconstitucionais (STUMPF, 2011, p. 06).

Estabelece o artigo 97 da Constituição Federal a chamada cláusula de reserva de plenário, cuja redação é a seguinte: “somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”. (BRASIL, 1988). Dessa maneira, o controle difuso feito pelos tribunais necessitará desse quórum especial para que o processo seja paralisado, vindo a questão ser submetida ao plenário ou ao órgão especial.

Ocorre que, a Lei no. 9.756/98 incluiu o parágrafo único ao artigo 480 do Código de Processo Civil, determinando que caso haja pronunciamento da Suprema Corte sobre a questão objeto de controle difuso pelos demais tribunais, ter-se-á dispensabilidade da submissão do caso ao plenário ou ao órgão especial, dada à sua vinculação ao entendimento do STF.

No tocante à força dos precedentes, é inegável que o legislador infraconstitucional teve por escopo dotar as decisões dos órgãos superiores de inquestionável supremacia¹³ quanto ao seu acatamento, objetivando os processos, conforme já indicado.

¹³ Vide art. 557, § 1º-A, do CPC (relator pode monocraticamente negar seguimento a recurso ou provê-lo quando a questão estiver em confronto ou em conformidade com jurisprudência ou súmula do STF) ; art. 475, § 3º do CPC (dispensabilidade do duplo grau de jurisdição quando a norma estiver em consonância com jurisprudência superior); Art. 475-L, § 1º, do CPC (inexigibilidade de título judicial fundado em lei cuja apreciação de constitucionalidade já foi objeto de controle pelo STF); art. 518, § 1º do CPC (juízo de admissibilidade da apelação vinculado aos precedentes do STF).

Dessa forma, as medidas acabam por demonstrar

O engrandecimento da força de precedentes da decisão de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal no controle difuso de constitucionalidade, influenciando sobre a sorte dos litigantes, quer na fase cognitiva, quer na fase executiva, para determinar cada vez mais que as relações jurídicas sejam pautadas conforme as decisões de constitucionalidade formuladas no âmbito da Suprema Corte, ainda que em controle difuso (STUMPF, 2011, p. 10)

Enfim, quanto à resolução senatorial, por questão de conveniência do estudo, a medida é comentada por ocasião da aplicação da teoria dos motivos determinantes da sentença, mesmo porque atua a medida como contra-argumento da transcendência dos motivos determinantes da decisão.

5.2 Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes como Abstrativização do Controle Difuso

Essa teoria preconiza a feitura da coisa julgada pelos fundamentos de uma decisão, além da parte dispositiva da sentença. Assim, dar-se-ão efeitos para todos num processo em que naturalmente os efeitos só seriam *inter partes*, estendendo as razões da decisão via concreta para toda e qualquer ação que tenha objeto idêntico.

De maneira clara o tema é tratado por Luis Roberto Barroso

por essa linha de entendimento, é reconhecida eficácia vinculante não apenas à parte dispositiva do julgado, mas também aos próprios fundamentos que embasaram a decisão. Em outras palavras: juízes e tribunais devem acatamento não apenas à conclusão do acórdão, mas igualmente às razões de decidir (BARROSO, 2012, p. 213).

A teoria começa a ganhar aplicação no controle concreto porque a norma jurídica é uma só, mudando apenas o modo pelo qual a discussão sobre sua inconstitucionalidade chega até o judiciário. Pode até ser considerado um instrumento corretor do modelo misto de controle adotado pelo Brasil, o qual conjuga características dos dois sistemas inicialmente vistos. Mesmo porque, sendo a norma idêntica para todos, numa questão concreta, a inconstitucionalidade pode ser para um, mas não para outros que estejam na mesma situação fática.

Tendo em vista que a coisa julgada produz efeito entre as partes às quais é dada, com bases no artigo 472 do CPC¹⁴, não se estendendo a terceiros dessa relação, a situação incongruente ora trazida é traço marcante desse sistema. Assim,

¹⁴ Art. 472 do CPC. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo,

Essa situação, indiscutivelmente, traz como resultado a incoerência do ordenamento jurídico, na medida em que propicia a desconexão entre os resultados da interpretação sobre a compatibilidade de uma norma com relação a seu fundamento de validade, em notório prejuízo à segurança jurídica (STUMPF, 2011, p. 06).

A mesma ideia é trazida pela doutrina de processualista Teori Albino Zavascki, cujas linhas estão postas a seguir:

Não se tinha aqui, como ainda não se tem, a cultura do *stare decisis*, de modo que o parâmetro do sistema americano foi acolhido apenas em parte, ficando em aberto o problema relacionado com a eficácia da decisão perante terceiros. Agudizou-se, assim, o grave inconveniente do controle difuso, que põe em perigo os princípios da isonomia e da segurança jurídica ao abrir a possibilidade de haver decisões divergentes, umas reconhecendo, outras rejeitando a inconstitucionalidade de um mesmo preceito normativo. (ZAVASCKI, 2000, p. 26)

Diante disso, a aplicação da teoria mencionada tende a funcionar como um remédio, tendo por fim corrigir essa distorção, de modo a prestigiar a uniformidade no sistema jurídico e igualdade de soluções para os casos idênticos. Alguns fundamentos trazidos por (LENZA, 2014 p. 320) podem ser levantados para legitimar o fenômeno da abstrativização do controle concentrado pela transcendência dos motivos determinantes. São eles: a força normativa da Constituição, o princípio da supremacia da Constituição e sua aplicação uniforme a todos os destinatários, o STF enquanto guardião da Constituição e seu intérprete máximo, e por fim, a dimensão política de suas decisões.

A síntese da transcendência é mais ou menos explicada da seguinte maneira: quando uma ação concreta chega ao STF e lá é julgada em recurso extraordinário, a decisão, como todo e qualquer julgado, é composta de três partes: o relatório, a fundamentação e a parte dispositiva. Dessas três partes só a parte dispositiva (aquela em que o órgão analisa o mérito) faz coisa julgada. No entanto, pela teoria dos motivos determinantes da sentença, a parte da fundamentação do julgado produziria, também, efeitos para todos.

De igual sorte, a doutrina de Rodrigo Padilha afirma que a fundamentação é composta pelo

obter dictum (argumentos acessórios que não são determinantes para o julgado) e a *ratio decidendi* (fundamentos jurídicos que sustentam a decisão, essenciais para alcançar a decisão de mérito de forma como foi decidida). Desta forma, somente a *ratio decidendi* (razão de decidir) produz efeitos *erga omnes*, tendo o *obter dictum* efeitos apenas endoprocessuais (PADILHA, 2014, p. 472-473)

Nessa linha, o grande caso que se destaca é a possibilidade de progressão de regime para os criminosos hediondos, ação que chegou ao STF via Reclamação 4.335/AC.

O caso teve início com o HC no. 82.959/SP, que por seis votos a cinco declarou a inconstitucionalidade da vedação de progressão de regime nos crimes hediondos. Nessa ocasião, muitos doutrinadores e juízes entenderam que a decisão imprimia uma eficácia contra todos, dada a autoridade do STF. Só que isso não foi unânime, motivo pelo qual em face de decisão de um juiz da vara de execuções penais do Acre, o qual negou progressão de regime a condenados por crimes hediondos, surgindo então a Reclamação no. 4335/AC.

O principal argumento, sustentado pelo ministro Gilmar Mendes, o qual defende a ampliação dos efeitos *inter partes* para *erga omnes* no controle concreto é o de o que, o papel do Senado Federal, conforme art. 52, X, da CF/88 é apenas o de dar publicidade às decisões do STF, de modo que o respectivo dispositivo sofreu mutação constitucional¹⁵.

Tal posição, conforme elucidado, não encontra total amparo doutrinário. De sorte que a competência do Senado Federal não ficou prejudicada com aumento da força dos precedentes dos tribunais superiores, em especial a do Supremo, dada Emenda Constitucional no. 45/04. Assim, para André Puccinelli Júnior (2012, p. 139), o fenômeno da abstrativização pode autorizar a invasão da competência discricionária constitucionalmente reservada ao Senado Federal, causando traumas ao princípio da independência e harmonia dos poderes.

Em sentido contrário, há quem entenda que existem mecanismos legítimos para se dar efeitos “*erga omnes*” às decisões do controle difuso, a exemplo da edição de súmula vinculante¹⁶, o reconhecimento de repercussão geral nas causas objeto de recurso extraordinário, ou até mesmo, o caminho das ações do sistema abstrato propriamente dito, sendo que todos esses caminhos estão positivados no ordenamento jurídico. Sob essa perspectiva, vale a menção da doutrina de Bernardo Gonçalves aduzindo que

¹⁵ Mutação Constitucional é o processo informal de alteração do sentido de uma norma constitucional. Informal porque é manifestado pelo intérprete, dada a evolução das relações sociais. Com isso o texto não é alterado, mas o seu sentido sim.

¹⁶ Inclusive no própria reclamação 4.335/AC, os ministros à época do julgado Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski preferem à utilização da Súmula Vinculante como expediente mais seguro à ampliar os efeitos do julgado.

a tese da abstrativização do controle difuso-concreto reforça o controle concentrado e a objetivação que é adstrita ao mesmo, centralizando as decisões cada vez mais no STF, sob os auspícios de uma desmedida instrumentalidade e economia processuais, que acabam por deslegitimar o sistema de controle de constitucionalidade na via difusa de cunho democrático-discursivo, que se desenvolve por meio da crítica pública das decisões, minando, com isso, a base dos direitos fundamentais atrelada ao Estado Democrático de Direito. (FERNANDES, 2011, p. 1550-1551)

Ademais, não é bastante repisar que apesar de os precedentes do STF ganharem força no atual sistema normativo, seria perigoso, segundo alguns, a adoção dos efeitos ampliativos em toda e qualquer decisão que julgue a inconstitucionalidade de norma pela Suprema Corte, vez que seria possível expurgar norma do sistema por decisão de quórum menos expressivo ou desprovida de mecanismos constitucionais adequados, que sustentem a convicção dos ministros. Nesse sentido:

A atribuição automática de eficácia *erga omnes* ao juízo de constitucionalidade na via difusa, desconsiderando a pendência de recursos interpostos antes da exigência de repercussão geral, ou seja, que não foram sobrestados até que se proferisse uma única decisão a todos os processos, pode levar à funesta consequência de que um entendimento que não corresponda à maioria do Supremo Tribunal Federal acabe por determinar a retirada de uma norma constitucional do ordenamento jurídico ou, contrariamente, imponha sua permanência a par de sua inconstitucionalidade, de acordo com critérios que refogem aos limites impostos pelo direito. Essa situação, evidentemente, contraria a supremacia e a máxima efetividade da Carta Constitucional. (STUMPF, 2011, p. 13-14)

Alerta-se, contudo, que a abstrativização do controle concreto pode ser verificada por mais de uma maneira, não se reduzindo à tese da transcendência. Embora haja o tratamento entre os conceitos como sinônimos, existe doutrina que entende a abstrativização como gênero. Com efeito:

o instituto da transcendência não pode ser confundido com abstrativização do controle concreto, pois este é gênero, isto é, todo instituto típico do controle abstrato utilizado no controle concreto é uma forma de abstrativização. Já a transcendência é um instituto, uma espécie do gênero abstrativização. (PADILHA, 2014, p.473)

De toda sorte, não se deve descurar de que o efeito prático da adoção pela teoria da abstrativização por meio da transcendência dos motivos da sentença é no sentido de que com a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, a parte ou qualquer outro que estiver naquela situação, poderá ajuizar reclamação constitucional diretamente no STF perquirindo os efeitos constitucionais do art. 102, I da CF/88¹⁷.

¹⁷ Caberá ao STF a guarda da Constituição e julgar a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões (BRASIL, 1988).

5.3 Modulação dos Efeitos no Controle Concreto como Abstrativização

O tema da modulação dos efeitos da decisão passa pela análise da teoria da inconstitucionalidade como nulidade. Assim sendo, uma norma declarada inconstitucional sustenta esse vício desde sua origem, pois o nosso sistema não admite a inconstitucionalidade superveniente.

Com a decisão em sede de controle de constitucionalidade (concentrado e difuso), a norma impugnada não poderia ter produzido efeito algum. Daí que os efeitos dessa decisão, neste aspecto, são retroativos ou “ex tunc”.

Ocorre que, comumente são travadas diversas relações jurídicas sobre essa norma declarada inconstitucional, surgindo direitos e obrigações das mais diversas no meio social, hipótese em que, se operado efeito “ex tunc” à decisão, essas relações teriam que ser desfeitas. Em razão disso, pelo princípio da segurança jurídica e da proporcionalidade surgiu o mecanismo da modulação dos efeitos da decisão, previsto no artigo 27 da Lei 9.868/99¹⁸

Nesse sentido, a decisão no controle concentrado que declara a inconstitucionalidade de norma, por meio da modulação, poderá ter seus efeitos restringidos ou serem surtidos a partir de outra dada estipulada pelo STF, tudo, para dar segurança jurídica às relações constituídas por uma lei inconstitucional. Percebe-se, contudo, que esse instituto é tratado na lei que regula o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, e não o difuso.

Ai que se fala na possibilidade, também, de abstração do controle difuso pela via da modulação dos efeitos, porquanto o que se busca é garantir princípios constitucionais, ponderar valores e bens, evitando prejuízo aos jurisdicionados. Assim, tem se entendido a aplicação analógica do referido dispositivo quando do julgamento de Recurso Extraordinário pelo STF. Sob outra visão, colaciona-se a lição de Bernardo Gonçalves:

Pacificada na doutrina e na jurisprudência: no que tange aos efeitos temporais do controle difuso, sem dúvida, pode haver exceção. A regra é o efeito retroativo, mas pode ser que excepcionalmente o efeito seja não retroativo (ex nunc), sendo que a decisão pode ser até mesmo modulada (manipulação ou modulação de efeitos) (FERNANDES, 2011, p. 1546).

¹⁸ Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. (BRASIL, 1999)

Aliás, é forçoso concluir que a modulação dos efeitos da decisão decorre da própria sistemática do tema controle de constitucionalidade, cuja expressão máxima é exercida pela Suprema Corte como guardião dos valores fundamentais. Desse modo, não se está querendo uma modulação na via concreta por mera conveniência, desprovido de fundamentos constitucionais. A modulação na via concreta encontra validade na própria Constituição.

Precisas e coerentes as palavras do constitucionalista Gilmar Mendes que, nesse sentido, assim entoa:

a declaração de inconstitucionalidade *in concreto* se mostra passível de limitação de efeitos. A base constitucional dessa limitação – necessidade de um outro princípio que justifique a não aplicação do princípio da nulidade – parece sugerir que, se aplicável, a declaração de inconstitucionalidade restrita revela-se abrangente do modelo de controle de constitucionalidade como um todo. É que, nesses casos, tal como já argumentado, o afastamento do princípio da nulidade da lei assenta-se em fundamentos constitucionais e não em razões de conveniência. Se o sistema constitucional legitima a declaração de inconstitucionalidade restrita no controle abstrato, essa decisão poderá afetar, igualmente, os processos do modelo concreto ou incidental de normas. Do contrário, poder-se-ia ter inclusive um esvaziamento ou uma perda de significado da própria declaração de inconstitucionalidade restrita ou limitada. (MENDES, 2012, p. 1320)

Nessa toada, não se pode esquecer o grande exemplo prático em que essa modulação foi aplicada ao controle difuso: O caso do Município de Mira Estrela, no julgamento do RE 197.917, lembrado por (LENZA, 2014, p. 320) em sua obra. No julgado, o STF declarou a inconstitucionalidade do número de vereadores na Câmara Legislativa do Município por não respeitar o número previsto na Lei Maior. No entanto, verificou-se que gerando efeitos retroativos, muitas situações jurídicas constituídas no passado iriam refletir negativamente no presente, hipótese na qual optou a Suprema Corte por modular os efeitos da decisão *pro futuro*, típicos de um controle concentrado de constitucionalidade.

Logo, diante dos aspectos apontados, parece que a doutrina da abstrativização caminha para a um lugar de maiores adeptos, seja pela maneira como seus efeitos são operados, seja pela finalidade buscada pela técnica de aparente constitucionalidade.

6 CONCLUSÕES

Conclui-se que a abstrativização do controle concreto de constitucionalidade é tema intrigante no direito brasileiro, não unânime, mas que reflete a dialeticidade do tratamento jurídico que se deve dar caso a caso, sob a influência dois grandes modelos de constitucionalidade (concentrado e concreto). Pode ocorrer não só pela aplicação da

teoria da transcendência dos fundamentos da sentença, como também pela modulação dos efeitos da decisão, bem como em eventuais institutos jurídicos típicos do controle concentrado, razão pela qual não se pode refutar absolutamente sua pretensa autonomia no sistema jurídico interno.

Ademais disso, percebe-se que os precedentes acerca da constitucionalidade dos tribunais superiores, em especial o STF, estão cada vez mais dotados de certa “supremacia”, em que se afigura um modelo concreto de controle mais próximo do *stare decisis* ou da força vinculante dos precedentes, próprio do modelo concentrado. Isso, para se assegurar sistema uno, coerente, que se preza por celeridade processual e prestígio da força normativa da Constituição.

Em vista do que foi dito, há de se ter em mente o seguinte: a manutenção desse sistema jurídico coerente é o mais alto salto que um Estado de Direito se propõe a dar, beneficiando a sociedade que será isentada de surpresas indesejadas quanto aos seus direitos e deveres perante decisões de controle de constitucionalidade. Assim espera-se que haja uma unificação de pensamento quanto à abstrativização como avanço dos mecanismos de controle no modelo brasileiro.

REFERÊNCIAS

TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. – 12. Ed. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014.

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

BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.

BRASIL, LEI Nº 5.869, DE 11 DE JANEIRO DE 1973.

BRASIL, LEI Nº 9.868, DE 10 DE NOVEMBRO DE 1999.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de direito constitucional. – 3º., ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 14ª., ed. rev. E ampl. – São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012

STUMPF, Livia Troglia. Efeitos amplificados às decisões no controle concreto de constitucionalidade: o novo papel do Supremo Tribunal Federal na guarda da Constituição. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, p. 105-138, abr./jun. 2011. Material da 6ª aula da Disciplina: Direito Constitucional, ministrada no Curso de Pós-Graduação Televirtual de Direito Público– Anhanguera-Uniderp | Rede LFG.

PADILHA, Rodrigo. Direito Constitucional. – 4º.. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. Curso de direito constitucional. – São Paulo : Saraiva, 2012.

ZAVASCKI, Teori Albino Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional. Dissertação de Mestrado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2000.