



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**



SILVÉRIO SOUTO MAIOR

**FUNDAMENTOS PARA UMA NOVA TEORIA DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO
CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE**

Recife
2019

SILVÉRIO SOUTO MAIOR

**FUNDAMENTOS PARA UMA NOVA TEORIA DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO
CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Transformações do Direito Público

Linha de Pesquisa: Jurisdição e Processos Constitucionais

Orientador: Dr. Ivo Dantas

Coorientador: Dr. Leonardo Carneiro da Cunha

Recife
2019

Catálogo na fonte
Bibliotecário Josias Machado CRB/4-1690

- M227f Maior, Silvério Souto
Fundamentos para uma nova teoria da abstrativização do controle difuso da constitucionalidade / Silvério Souto Maior. – Recife, 2019.
140 f.
- Orientador: Francisco Ivo Dantas Cavalcanti.
Coorientador: Leonardo José Ribeiro Coutinho Berardo Carneiro da Cunha.
Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ.
Programa de Pós-Graduação em Direito, 2019.
Inclui referências.
1. Controle da constitucionalidade. 2. Abstrativização do controle jurisdicional. 3. Ação de inconstitucionalidade - Brasil. 4. Constitucionalidade. 5. Juízes - Decisões. 6. Brasil. Supremo Tribunal Federal. 7. Direito constitucional. I. Cavalcanti, Francisco Ivo Dantas (Orientador). II. Cunha, Leonardo José Ribeiro Coutinho Berardo Carneiro da (Coorientador). III. Título.

SILVÉRIO SOUTO MAIOR

**FUNDAMENTOS PARA UMA NOVA TEORIA DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Aprovado em: 14/02/2019

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Francisco Ivo Dantas Cavalcanti (orientador)
Universidade Federal de Pernambuco - UFPE

Prof. Dr. Marcelo Casseb Continentino
Universidade de Pernambuco - UPE

Prof. Dr. Leonardo José Ribeiro Coutinho Berardo Carneiro da Cunha
Universidade Federal de Pernambuco - UFPE

Prof. Dr. Edilson Pereira Nobre Júnior
Universidade Federal de Pernambuco - UFPE

Às três mulheres de minha vida, Simone,
Larissa e Joana, e ao meu pai, Silvério.

AGRADECIMENTOS

Nessas horas, palavras faltam.

Agradeço, em primeiro lugar, a Deus, cuja existência – após mais de uma década de ateísmo – parece-me cada vez mais certa e necessária. Não se trata de uma teoria ou de uma energia, mas de um *ser*, com quem somos capazes de estabelecer relação *pessoal* e íntima. Sem ela, não faz sentido a vida, porque o sentido de um sistema deve estar necessariamente *fora* dele.

Agradeço à minha família, em especial aos meus pais, por tanto terem se sacrificado para que, hoje, eu pudesse estar onde estou e, mais que isso, por terem moldado minha personalidade em sua quase inteireza; à Joana Petribú, cujo amor e carinho me fortalecem a cada dia; à Larissa Souto Maior, minha irmã com quem tanto aprendi e vivi; a Felipe Gomes, meu irmão cuja bondade e brilho (de viver) me surpreendem todos os dias.

Agradeço à Alcateia, com os quais nunca quero perder o vínculo.

Agradeço a todos *bons* professores com os quais tive o prazer de aprender e de tomar o gosto pelo ensino, em especial a Antonio Coutinho, Amália Guimarães e José Alvino.

Da querida FDR, agradeço especialmente a Ivo Dantas, pela confiança que depositou em mim; a José Luiz Delgado, Leonardo Carneiro da Cunha, Torquato Castro Jr., Alexandre Da Maia, Danielle Cavalcanti, Marília Montenegro, André Rosa e Paul Hugo Weberbauer.

Agradeço a Pedro de Oliveira Alves, amigo, figura ímpar do mestrado de meu ano, certamente um nome a ser descoberto, em breve, pela ciência jurídica. Sem suas críticas – até excessivas –, este trabalho certamente não seria o mesmo.

Agradeço ainda aos alunos e amigos aos quais tive o prazer de ensinar.

Porque tudo começou ali.

Quando um pós-moderno estiver diante de um ônibus que vem, rapidamente, em sua direção, diga-lhe que fique tranquilo: trata-se apenas de uma ideia movente.

Autor desconhecido

RESUMO

Este trabalho dissertativo teve como objetivo: 1) estabelecer um conceito preciso de “abstrativização”, a fim de que a doutrina nacional possa se posicionar, com clareza, a seu respeito; 2) analisar o modo específico pelo qual esse processo toma forma, explicitando os elementos dogmáticos que consubstanciam sua existência no contexto histórico brasileiro; 3) identificar e apresentar os principais fundamentos que o justificam; 4) endossar um conjunto desses fundamentos, aquele dito ontológico, para o qual o autor procura fornecer novos argumentos e contribuições. Embora comumente associada à tese da mutação constitucional do art. 52, X, da CF/88, é preciso assinalar que a questão verdadeiramente fundamental à abstrativização diz respeito à amplitude eficaz das declarações incidentais de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, mais especificamente sobre a controvérsia de saber se deve ela manter-se adstrita às partes litigantes, conforme tradicionalmente se estipulou no Brasil, ou transcender os limites do processo, atingindo terceiros, tal como já previsto para as decisões em controle concentrado. O debate abstrativista, desse modo, mostra-se mais amplo e complexo que a análise de um único artigo, envolvendo uma releitura sistemática do controle misto brasileiro, assim como a revisão e o aprofundamento de alguns de seus conceitos mais básicos.

Palavras-chave: Controle difuso. Abstrativização ontológica. Declaração incidental. Efeitos. Art. 52, X, CF/88.

ABSTRACT

The objective of this dissertation was: 1) to establish a precise concept of "abstractivization", so that national doctrine can clearly position itself in relation to it; 2) to analyze the specific way through which this process takes shape, explaining the dogmatic elements that substantiate its existence in Brazilian historical context; 3) identify and present the main grounds justifying it; 4) endorse a set of these foundations, the ontological one, for which the author seeks to provide new arguments and contributions. Although commonly associated with the thesis of the constitutional mutation of article 52, X of Brazilian Constitution, it should be pointed out that the truly fundamental question of abstractivization concerns about the efficacious extent of incidental unconstitutionality declarations proclaimed by the Federal Supreme Court, more specifically about the controversy over whether it should remain bound to parties, as traditionally stipulated in Brazil, or transcend the limits of the process, reaching third parties, as already foreseen for decisions in concentrated control. The abstractivist debate thus appears to be broader and more complex than the analysis of a single article, involving a systematic re-reading of Brazilian mixed control, as well as the revisiting and deepening of some of its most basic concepts.

Keywords: Judicial review. Ontological abstractivization. Incidental declaration. Effects. Article 52, X, of Brazilian Constitution.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 A INCONSTITUCIONALIDADE E SEU CONTROLE.....	17
2.1 CONCEITO DE INCONSTITUCIONALIDADE.....	17
2.2 CONCEITO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	20
2.3 GÊNESE DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	22
2.3.1 Antecedentes no constitucionalismo pré-moderno.....	22
2.3.2 Gênese propriamente dita: o constitucionalismo liberal do século XIX.....	25
2.4 ESPÉCIES DE CONTROLE JURISDICIONAL.....	27
2.4.1 Sistema difuso.....	27
2.4.2 Sistema concentrado.....	28
2.4.3 O modelo misto brasileiro.....	29
2.5 O OBJETO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	31
2.5.1 O objeto precípuo: as normas jurídicas.....	31
2.5.2 Controle de normas jurídicas genéricas e abstratas.....	32
2.5.3 Controle de normas jurídicas individuais ou concretas.....	33
2.5.4 Controle de atos não normativos.....	35
2.6 TIPOLOGIA E UNIDADE DAS INCONSTITUCIONALIDADES.....	37
3 A ABSTRATIVIZAÇÃO E SEU DUPLO ESPECTRO.....	41
3.1 ABSTRATIVIZAÇÃO COMO FATO.....	41
3.1.1 Conceito.....	41
3.1.2 Elementos aproximativos e sua classificação.....	43
3.1.3 Reformas legislativas abstrativizantes.....	45
3.1.3.1 Constituição de 1934.....	45
3.1.3.2 Emenda Constitucional nº 16/65.....	47
3.1.3.3 Constituição de 1988 e fortalecimento do controle concentrado.....	48
3.1.3.4 Reformas processuais pós 1988 e novo Código de Processo Civil.....	48
3.1.3.5 Emenda Constitucional nº 45/2004.....	51
3.1.4 Jurisprudência abstrativizante.....	51
3.1.4.1 Modulação dos efeitos.....	51
3.1.4.2 Teoria concretista geral do mandado de injunção.....	53
3.2 ABSTRATIVIZAÇÃO COMO DOUTRINA.....	54
3.2.1 Conceito.....	54
3.2.2 O argumento mutacionista.....	56
3.2.3 O argumento expansionista.....	58
3.2.4 O argumento pragmático.....	63
3.2.5 O argumento ontológico.....	65

3.3 A REGRA DA SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO PELO SENADO (ART. 52, X, CF/88).....	65
3.3.1 Ambiguidade em face da abstrativização.....	65
3.3.2 Histórico constitucional da norma.....	67
3.3.3 Escopo originário.....	69
3.3.4 Suspensão obrigatória X facultativa.....	71
3.3.5 Processo de ressignificação prática.....	75
3.4 ABSTRATIVIZAÇÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA BREVE ANÁLISE.....	79
3.4.1 O posicionamento da Corte Suprema.....	79
3.4.2 Apresentação de casos.....	82
3.4.2.1 Reclamação 4335/AC e Habeas Corpus 82.959/SP (crimes hediondos).....	82
3.4.2.2 Recurso Extraordinário n 197.917/SP (Mira Estrela).....	83
3.4.2.3 ADIs nos 3406/RJ e 3470RJ (amianto).....	84
4 FUNDAMENTOS DA ABSTRATIVIZAÇÃO ONTOLÓGICA EXTRAÍDOS A PARTIR DE QUESTÕES DA TEORIA DA INCONSTITUCIONALIDADE.....	86
4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	86
4.1.1 Um argumento necessário.....	86
4.1.2 O problema dos efeitos na jurisdição constitucional brasileira: politicidade e juridicidade.....	88
4.2 NORMA INCONSTITUCIONAL: INEXISTENTE, INVÁLIDA OU INEFICAZ?.....	92
4.2.1 Inconstitucionalidade como inexistência.....	92
4.2.2 Inconstitucionalidade como invalidade.....	94
4.2.3 Inconstitucionalidade como ineficácia (inaplicabilidade).....	96
4.3 O QUE SIGNIFICA DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE?.....	98
4.3.1 O imbróglio semântico no direito brasileiro.....	98
4.3.2 Uma distinção necessária: conteúdo e efeitos da declaração.....	99
4.4 QUAL A RELAÇÃO ENTRE INCONSTITUCIONALIDADE E O MUNDO DOS FATOS?...102	
4.4.1 Inconstitucionalidade: fenômeno jurídico pluridimensional.....	102
4.4.2 Contingencialidade como fator inescapável.....	105
4.4.3 Contingência rarefeita.....	108
4.5 CONTROLE <i>IN CONCRETO</i> E <i>IN ABSTRACTO</i> : QUAL A DIFERENÇA, AFINAL?.....	113
4.5.1 A imprecisão e a equivocidade dos termos “concreto” e “abstrato”.....	113
4.5.2 Uma discussão oculta.....	116
4.5.3 As duas formas fundamentais de conhecer a inconstitucionalidade.....	117
4.6 A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PODE SER UTILIZADA COMO MEIO DE EQUIDADE?.....	122
4.6.1 Apresentação do problema.....	122
4.6.2 Os dois tipos de questão constitucional e seus respectivos planos normativos.....	125
5 CONCLUSÃO.....	130
REFERÊNCIAS.....	136

1 INTRODUÇÃO

O Direito não é ciência especulativa, tal como a Matemática, a Química, a Física e a Astronomia, no âmbito das quais o conhecimento pode valer por si mesmo, ainda que sem prestabilidade conhecida.

O Direito é ciência prática, tal como a Medicina e a Engenharia, e, como tal, foi pensada *a partir de* problemas e *para* resolver esses mesmos problemas, promovendo serventias e gozos específicos ao mundo concreto em que vivemos.

No Direito, ver o *ser* das coisas não basta por si mesmo. É preciso assimilar conteúdos e, ao mesmo tempo, empregá-los em ato positivo, transformando e aperfeiçoando essa técnica singular de resolução de conflitos que é o direito.

Dito isto, é preciso esclarecer que o que está para ser lido nas próximas páginas não foi fruto de um vislumbre pessoal do autor, como se, após os estudos, tivesse descoberto uma nova lei regente do mundo jurídico, passível de ser objetivamente conhecida, validada e testada.

Muito menos¹.

Embora haja, de fato, graus de cognoscitivismo no Direito, a tese central desta dissertação nada mais é que uma proposta, uma forma de enxergar o sistema jurídico e de repensar alguns de seus conceitos, fazendo-os – ao menos pretensamente – mais harmônicos entre si e, assim, mais aptos à atenuação de um problema prático do mundo forense brasileiro, qual seja, a insegurança jurídica em matéria constitucional.

Não se trata, portanto, pura e simplesmente da análise expositiva de doutrinas, jurisprudências e legislações, mas, acima de tudo, da construção de uma ideia, pensada e formulada em função do aperfeiçoamento da prática do direito e em compatibilidade a um sistema prévio de sentido que chamamos de “controle da constitucionalidade”².

Por isso mesmo, a rigor, o trabalho aqui desenvolvido está mais afinado com os escopos da dogmática jurídica que com os da ciência jurídica propriamente dita, tendo-se por

¹Portanto, quando aqui se disser, por exemplo, que o controle da constitucionalidade “é” X e não Y, não se está querendo afirmar verdades universais, mas tão somente propor ideias. Aliás, no direito, é assim que trabalha a doutrina: através da propositura de conceitos que podem fazer mais ou menos sentido a depender da realidade que se vive e dos problemas que se pretende enfrentar.

²Nesse aspecto, o coerentismo epistêmico de Lehrer parece representar, adequadamente, parte do que se tentou fazer neste trabalho dissertativo: justificação de crenças, sob a forma propositiva, por meio da demonstração de sua coerência para com outras crenças, inseridas em um dado sistema propositivo. Cf: BEZERRA, Elano Sudário. Coerentismo de Lehrer. *Cadernos do PET filosofia*, v. 3, n. 6, jul./dez., 2012, p. 2.

objeto não apenas a descrição do direito vigente, sua análise sistemática e conceitual, mas, também, a elaboração de soluções³, que, aqui, assumem a forma de uma visão holística do controle da constitucionalidade.

E, por detrás das ideias, respostas e soluções, há sempre um motivo, um objetivo, uma experiência, uma visão de mundo e, associada a eles, uma estrutura de valores.

Isso não faz das proposições do Direito um *querer* trajado em *saber*, pois, se assim for, tudo não passará de teatro e batalha de egos, uma grande farsa na qual o ser humano inutiliza uma das faculdades mais magníficas que lhe é própria: o uso da linguagem para dissociar suas hipóteses de si mesmo, permitindo a análise crítica de suas conjecturas e teorias para além da pessoalidade e da subjetividade⁴.

O objetivo deste tópico, porém, não é conferir uma aura de objetividade e pureza à pesquisa realizada, mas, ao contrário: é explicitar, ainda que brevemente, seu histórico e suas motivações, de modo a deixar evidente, desde já, a ausência de neutralidade em sua construção.

No meu caso, o interesse pelo tema teve início ainda nos tempos de faculdade, quando, na prática do estágio e ao longo das monitorias de direito constitucional, uma questão logo me inquietou: por que os efeitos da decisão proferida pelo STF em controle difuso restringem-se apenas às partes?

Como explicar, para leigos e iniciantes do direito, que um contribuinte pode ser ressarcido pelo Estado pela cobrança inconstitucionalmente majorada de um tributo e que outro contribuinte, talvez seu vizinho, por não ter adentrado o Judiciário, não só não será ressarcido como continuará obrigado a pagar as alíquotas abusivas? Pior ainda: mesmo que ingresse na justiça, empolgado pela boa-nova contada pelo colega de porta, nada garantirá que o resultado da demanda será igualmente bem-sucedido.

Algo parecia estar errado. Surgia, aí, uma intuição, particular, subjetiva, e que, ainda que precária, serviu de impulso para os estudos iniciais.

Ao ler a bibliografia sobre a eficácia das decisões do Supremo em controle difuso, particularmente sobre a hipótese de ampliá-la ou não, descobri que os autores, ainda que nas entrelinhas ou de modo pouco explícito, estavam partindo de premissas completamente

³ALEXYY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 2005, p. 245.

⁴“We may still learn to kill our theories instead of killing each other”. Cf: POPPER, Karl. Seleção natural e o aparecimento da mente. Aula ministrada em Darwin College, Cambridge, 08/11/1977. Disponível em: http://www.informationphilosopher.com/solutions/philosophers/popper/natural_selection_and_the_emergence_of_mind.html

diferentes sobre o exercício do controle de constitucionalidade e que, portanto, para aprofundar o debate, necessário seria identificar tais premissas e, em algum grau, tentar enfrentá-las.

Basicamente, as divergências remontavam aos seguintes tópicos:

- a) Diferença entre a fiscalização *in abstracto* e a *in concreto*.
- b) Grau de contingencialidade ínsito às inconstitucionalidades.
- c) Relação entre inconstitucionalidade e inaplicabilidade da norma.
- d) Significado da declaração incidental de inconstitucionalidade, particularmente sobre saber se seu conteúdo difere daquele das declarações feitas em controle principal.

Assim, sob inspiração do método maiêutico, o objeto precípuo desta dissertação foi construído por meio da formulação de indagações relativas a esses pontos, cujo aprofundamento teórico será fundamental para o posicionamento dogmático a ser tomado em face da pauta abstrativista.

O tema da “abstrativização”, ademais, mostrava-se nebuloso desde o princípio, a começar pela própria utilização da terminologia para a designação de significados variados.

Necessária, então, seria a formulação de um conceito próprio, capaz de evidenciar os múltiplos espectros sob os quais a abstrativização pode ser entendida e fundamentada e, que, assim, estimulasse posicionamentos doutrinários mais claros e precisos acerca do tema, sem deixar de demonstrar de que modo, exatamente, assuntos geralmente associados a ela – tais como as súmulas vinculantes, a repercussão geral nos recursos extraordinários, o art. 52, X, CF/88 etc. – podem fazer parte desse mesmo conceito.

A pesquisa desenvolveu-se, basicamente, sob leitura e interpretação de textos, com o aproveitamento de alguns estudos empíricos já realizados.

Feitas essas breves considerações metodológicas, sobre a história e a construção deste trabalho dissertativo, passemos, então, à introdução de seu conteúdo propriamente dito.

A abstrativização pode ser compreendida enquanto fato ou doutrina dogmática.

Pela dimensão fática, a abstrativização consiste em uma cadeia sucessiva de eventos responsável pela aproximação, no Brasil, entre os sistemas de controle jurisdicional da constitucionalidade. Nesse sentido, trata-se de processo que já faz parte da realidade jurídico-forense brasileira, estando consolidado na aplicação dos institutos que lhe dão forma e concretude prática.

Sob a perspectiva teórica, por sua vez, a abstrativização assume contornos mais específicos, consubstanciando-se em uma corrente do pensamento jurídico voltada especialmente à atribuição ou ao reconhecimento de eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes automáticos às decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso.

O primeiro desses espectros, aquele dito fenomenológico, será visto ao longo do tópico 2.1., intitulado “abstrativização como fato”, onde serão expostos os principais mecanismos responsáveis pela aproximação, no Brasil, entre os diferentes sistemas de controle jurisdicional da constitucionalidade.

Aí, mais importante que a análise dos elementos similitivos per si, cujo exame *in specie* seria capaz de preencher todas as folhas deste trabalho monográfico, será a demonstração do modo específico pelo qual cada um deles pode enquadrar-se dentro do conceito de abstrativização.

O segundo espectro será estudado ao longo do tópico 2.2., intitulado “abstrativização como doutrina”, onde se buscou apresentar os principais argumentos utilizados para embasar o processo abstrativista em torno de seu elemento aproximativo mais relevante e controverso, qual seja, a já mencionada extensão de efeitos das declarações incidentais prolatadas pelo Supremo.

Nesse ponto específico, a pauta abstrativista contraria a tradição constitucional brasileira, que sempre foi no sentido de negar eficácia *erga omnes* às decisões de inconstitucionalidade proferidas em sede de controle concreto.

A ideia esbarra, ainda, no histórico dispositivo constitucional previsto atualmente no artigo 52, X da Constituição de 1988, pelo qual, tradicionalmente, delegou-se ao Senado a incumbência da expansão dos efeitos, além de, para muitos, significar o enrijecimento da atividade jurisdicional quanto ao julgamento de questões de constitucionalidade.

O conhecimento do movimento abstrativista em suas subdivisões, portanto, é imprescindível para a percepção da pluralidade teórica que circunda essa corrente da dogmática constitucional brasileira e para que, assim, sejam evitados possíveis reducionismos e personalizações, como a falsa noção de que a abstrativização pudesse ser limitada a um só argumento ou tese.

A regra de suspensão pelo Senado (art. 52, X, CF/88), pela centralidade que assume no debate da eficácia das decisões incidentais do Supremo, mereceu um tópico próprio, o 2.3.,

onde serão analisadas algumas de suas questões fundamentais: sua relação específica com a abstrativização, sua história, sua finalidade, as discussões em torno da natureza de seu exercício e, ainda, uma análise interpretativa sobre sua aplicabilidade prática no passado e presente.

Ainda sob esse duplo espectro, o fático e o dogmático, buscou-se compreender de que modo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pode ser enquadrada dentro do processo abstrativista e qual o tratamento que a Corte tem dado ao tema da amplitude e força de suas declarações incidentais de inconstitucionalidade. Assim, optamos por incluir, ainda que brevemente, a apresentação de alguns dos principais julgados sobre o tema, aqueles geralmente citados pela doutrina⁵.

O propósito básico deste trabalho dissertativo, contudo, não é apenas a sistematização e apresentação do processo/movimento abstrativista – cuja compreensão em sua inteireza e duplicidade, ressalve-se, é de suma importância e atualidade.

Para além das análises legais e jurisprudenciais, tentou-se, aqui, enfrentar a doutrina da abstrativização em seu mérito, isto é: faz sentido, do ponto de vista jurídico, atribuir efeitos genéricos às decisões incidentais de inconstitucionalidade? Há algum tipo de incongruência teórica ou conceitual em equivaler os efeitos das decisões de controle abstrato e concreto? Ao fazer isto, estaria a jurisdição constitucional brasileira tornando-se mais rígida e insensível aos fatos e aos direitos das partes?

Ora, para posicionar-se quanto a essas indagações, é imprescindível “dar um passo atrás” e investigar outras questões, mais basilares e teóricas, cuja abordagem – ainda que não exaustiva e definitiva – deverá, certamente, contribuir para a elucidação do tema.

Algumas delas são as seguintes: qual a relação entre a faticidade do mundo concreto e a modificabilidade das relações antinômicas? Que fatos são capazes de justificar uma alteração do juízo de constitucionalidade? Qual o significado preciso da declaração de inconstitucionalidade feita pelo Judiciário? Seu uso pode consistir em mecanismo de equidade? O que significam, exatamente, a concretude e a abstração de um controle?

As respostas a essas indagações serão construídas desde o tópico primeiro, onde serão lançados os pressupostos conceituais básicos da tese, fundamentais para a compreensão do

⁵A realização de uma análise mais minuciosa da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema é de suma importância, conforme admitido e demonstrado no capítulo ora citado. Todavia, não foi este o objetivo desta dissertação.

terceiro e último tópico, onde o enfrentamento dessas questões dar-se-á de forma mais conclusiva e explícita.

Com isso, pretendemos defender que, do ponto de vista do direito e, mais especificamente da teoria da inconstitucionalidade, a concessão de efeitos genéricos às decisões incidentais proferidas pelo Supremo Tribunal Federal não apenas não enrijece a atividade judicial como, ao contrário, torna-a mais lógica e coerente.

2 A INCONSTITUCIONALIDADE E SEU CONTROLE

2.1 CONCEITO DE INCONSTITUCIONALIDADE

Na ciência jurídica, tal como em qualquer outra, não existem conceitos unívocos, insuscetíveis de reformulações, adaptações e aperfeiçoamentos. Disto não decorre a impossibilidade de fazer ciência, mas a necessidade mesma de fazê-la.

A percepção difusa – presente até mesmo entre leigos do direito – de que o termo “inconstitucionalidade” invoca noções de desarmonia, incompatibilidade e dissonância, contrapondo-se ao valor da constitucionalidade, no qual estão imbuídas as ideias de conformidade e adequação, demonstra tratar-se de conceito *opositivo* de valor *negativo*.

É opositivo, pois deriva do antagonismo em relação a outro, a constitucionalidade. Ao contrário do que faz parecer o prefixo negativo “in”, a inconstitucionalidade não apenas nega o estado de coisas evocado pela constitucionalidade, mas afirma a existência de uma situação que lhe é contrária, daí porque ser preferível a terminologia “anticonstitucional”, como fazem alguns.

É de valor negativo, pois, dentre os opostos, assume conotação de repúdio: se a constitucionalidade expressa um estado harmônico entre coisas, devendo, portanto, ser perquirido e garantido, a inconstitucionalidade, ao revés, designa o oposto disso, constituindo-se em desvalor prejudicante, indesejável, que clama por correção e concerto⁶.

Mas não é só.

Tais noções, ainda intuitivas, servem também para fixar as bases de um conceito preliminar, mas nem por isso menos relevante para a compreensão desse complexo fenômeno, qual seja, a ideia de inconstitucionalidade como *relação*.

Nas palavras de Jorge Miranda, inconstitucionalidade é a relação entre a Constituição e outra coisa que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível, que cabe ou não cabe em seu sentido⁷.

⁶A palavra “concerto”, que, na música, pode ser utilizada para designar sessões sinfônicas, significa, antes disso, combinação entre coisas, ajuste, ordem, harmonização, palavras essas que conotam, com precisão, a própria razão de ser do controle de constitucionalidade.

⁷MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 11.

Trata-se de proposta conceitual de grande aceitação no mundo acadêmico e forense, adotada por múltiplos juristas nacionais, tais como Gilmar Mendes⁸, Teori Zavascki⁹ Oswaldo Palu¹⁰, André Ramos Tavares¹¹, Celso de Mello¹², dentre outros.

De modo análogo, embora não utilizem expressamente o termo “relação”, alguns a definem como o *estado* daquilo que é inconstitucional por não guardar conformidade com a Constituição que lhe é hierarquicamente superior. É como faz Orlando Bitar¹³.

Há, alguns que, mantendo a ideia de relação, emprestam conotação eminentemente valorativa a esse vínculo, tal como Paulo Serejo, para quem a inconstitucionalidade é “a relação trilateral entre um valor atual contrário à Constituição, a Constituição e um valor possível (em potência), cuja atualização é exigível do legislador”¹⁴.

Em Marcelo Neves, o conceito relacional ganha especificidade, passando a inconstitucionalidade a ser referida como “problema de relação internormativa intra-sistemática”¹⁵.

É internormativa, pois não faz referência a uma norma contraditória em si mesma, mas à contradição entre duas normas distintas; é intra-sistemática, pois ambas integram um mesmo sistema jurídico.

A precisão de Neves está em defini-la como relação de conflito entre normas jurídicas de um dado ordenamento solvida segundo critérios de validade contidos na Constituição¹⁶.

Isto é, se inconstitucionalidade pode ser estabelecida entre certas “coisas” – como diz Miranda – e a Constituição, para fins de controle de constitucionalidade, essas “coisas”, são, via de regra, normas integrantes de um sistema jurídico¹⁷.

⁸MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1021.

⁹ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: RT, 2017, p. 19.

¹⁰PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 69.

¹¹TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 300.

¹²“A noção conceitual de parametricidade”, afirma o ministro, decorre de a “inconstitucionalidade encerrar um conceito de relação”. ADI 1.588/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 17/04/2002.

¹³BITAR, Orlando. A lei e a Constituição. Apud DANTAS, Ivo. **Instituições de direito constitucional brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 218.

¹⁴SEREJO, Paulo. Conceito de inconstitucionalidade: fundamento de uma teoria concreta do controle de constitucionalidade. **Revista Jurídica Virtual**: Brasília, vol. 2, n. 19, dez. 2000, p. 5.

¹⁵NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade**. Saraiva: São Paulo, 1988, p. 68.

¹⁶Ibid., p. 69-70.

¹⁷Mas nem sempre. Em algumas situações, é possível que a inconstitucionalidade se forme em torno de atos de natureza não normativa. Cf.: subtópico 1.5.4.

Nesse sentido, a inconstitucionalidade nada mais é que um tipo especial de antinomia jurídica, firmada na relação de incompatibilidade entre uma norma constitucional e outra que lhe é inferior, objeto de fiscalização. Por isso mesmo, será resolvida pelo critério hierárquico, que prevalece sobre o cronológico e o da especialidade.

De modo figurativo¹⁸:



Todavia, o termo “inconstitucionalidade”, como quase tudo no direito, é polissêmico. Embora a acepção relacional pareça ser a de maior uso entre os acadêmicos, é possível utilizar o termo em outros sentidos.

Um deles é o da inconstitucionalidade enquanto *vício*, passando ela a consistir no próprio defeito (de conteúdo ou de forma) que macula a lei. Nesse sentido, Marcelo Caetano:

A inconstitucionalidade é, pois, o vício das leis que provenham de órgão que a Constituição não considere competente, ou que não tenham sido elaboradas de acordo com o processo prescrito na Constituição ou contenham normas opostas às constitucionalmente consagradas¹⁹.

Outro emprego é o da inconstitucionalidade enquanto *sanção*, constituindo-se na própria ferramenta de que é dotado o Poder Judiciário para expurgar do ordenamento jurídico o ato que estiver em desconformidade com a Constituição²⁰.

A definição estrita da inconstitucionalidade como relação parece ser a de maior rigor técnico-científico, na justa medida em que a distingue de sua causa (vício nomogenético) e também de seu efeito (possibilidade de invalidação do ato viciado).

Por esta razão, neste trabalho dissertativo, será este o sentido dado ao conceito de inconstitucionalidade.

¹⁸Nem sempre a fiscalização recairá sobre norma infraconstitucional, embora esta seja a regra. No Brasil, desde o início da década de 90, fixou-se o entendimento de que normas constitucionais supervenientes, acrescidas via emendas, também podem ser objeto de controle. Nessa hipótese, a relação de inconstitucionalidade será composta de duas normas de status constitucional, devendo, por isso mesmo, ser resolvida não mais pelo critério hierárquico, mas pelo cronológico.

¹⁹CAETANO, Marcelo. Direito Constitucional. Apud DANTAS, op. cit., p. 220.

²⁰Nesse sentido, Cf.: BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 167. Ou, ainda, SOUZA JR., Antonio Carlos de. A sanção de inconstitucionalidade: nova proposta de estudo para um velho problema. Revista da AJURIS. v. 39, n. 127, set. 2002.

Contudo, dada a diversidade de usos e a proximidade de significados, um conceito eclético mostra-se admissível. Nesse sentido, mais amplo, pode-se dizer que a inconstitucionalidade seja tudo isso ao mesmo tempo: vício, relação e sanção.

De todo modo, independentemente da doutrina específica que se adote, o conceito de inconstitucionalidade é *lógico-jurídico* e não jurídico-positivo, podendo ser obtido aprioristicamente, com validade constante e permanente, sem vinculações a qualquer direito positivo específico²¹.

É possível falar em inconstitucionalidade sem se reportar ao direito alemão, ao japonês ou ao brasileiro, justamente porque o termo carrega em si a ideia de um problema universal dos sistemas jurídicos contemporâneos, hierarquicamente escalonados e pretensamente não antinômicos.

Tal como o conceito de constituição – dentre outros conceitos jurídicos complexos, como o de jurisdição, norma jurídica etc. – a inconstitucionalidade pode ter seu sentido alterado conforme muda-se o autor, mas todos eles objetivam expressar uma mesma realidade jurídica, ou parte dela.

Contudo, a forma específica de enfrentar a inconstitucionalidade, quais órgãos serão competentes para fazê-lo, que tipo de ato poderá ser reputado inconstitucional, por meio de que mecanismos específicos será feita a fiscalização etc., são alguns questionamentos que, embora relativos à inconstitucionalidade, dependem da positividade jurídica para serem respondidos.

Esses pontos, porém, não estão associados à ideia da inconstitucionalidade em si, mas, sim, às formas de seu controle.

2.2 CONCEITO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Controle é competência atribuída a certos agentes públicos e órgãos administrativos independentes para *decidir* sobre a constitucionalidade de determinado ato, exercida através da prolação formal de um juízo de (in)constitucionalidade.

Trata-se de mecanismo institucionalizado, realizado por órgãos determinados e segundo procedimentos específicos, cuja atuação tem por objeto a prática de um ato supostamente inconstitucional²².

²¹BORGES, José Souto Maior. **Lançamento tributário**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 94.

Embora alguns de seus antecedentes possam ser encontrados em épocas pré-modernas, o controle de constitucionalidade pressupõe alto grau de sofisticação do direito positivo, sendo típico dos sistemas jurídicos dotados de constituição formal.

Subdivide-se em *judicial*, quando realizado no curso da atividade jurisdicional – geralmente exercido por juízes²³ –, e *não judicial* ou *político*, quando realizado fora da atividade jurisdicional, geralmente no âmbito da atividade legislativa.

O controle jurisdicional é, via de regra, *repressivo*, pois tem como objeto lei ou ato normativo que integra o ordenamento e que, portanto, já é dotado de eficácia jurídica e capacidade para lesionar direitos²⁴, além de ser o único que pode ser *definitivo*, ante sua aptidão para tornar-se indiscutível²⁵.

No contexto jurisdicional, a prolação do juízo dá-se sob a forma da declaração de (in)constitucionalidade, que poderá ter efeitos jurídicos diversos, a depender de quem a profere, podendo variar desde a não aplicação do ato (controle difuso) à sua expulsão efetiva do ordenamento jurídico (controle concentrado).

O controle político, por sua vez, é, via de regra, *preventivo*, pois dá-se sobre ato que está para integrar o ordenamento (projetos de lei ordinária, por exemplo)²⁶, e *provisório*, na medida em que do seu exercício decorre mera presunção relativa de constitucionalidade, podendo o ato ainda ser desconstituído, mais tarde, pelo Judiciário.

No controle político, a prolação do juízo de (in)constitucionalidade dá-se sob formas variadas, a exemplo de vetos presidenciais – que, aliás, quando dados por motivos de inconstitucionalidade, recebem o nome de veto jurídico – e de pareceres legislativos.

²²PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento jurídico brasileiro: aspectos constitucionais e processuais**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 35.

²³Mas nem sempre. É possível controle jurisdicional para além da estrutura do Judiciário. É o caso daquele exercido em sede de processo arbitral.

²⁴Excepcionalmente, o controle jurisdicional poderá ser preventivo, incidindo sobre atos que ainda não pertencem ao ordenamento jurídico mas que estão em processo de formação legislativa, como é o caso do controle sobre projetos de emenda tendentes a abolir cláusula pétrea, deduzido da própria CF/88 em seu art. 60, parágrafo quarto, caput.

²⁵A coisa julgada pode abranger questões de constitucionalidade em duas hipóteses: ordinariamente, quando for objeto de controle concentrado e, extraordinariamente, quando, no controle difuso, forem atendidos os requisitos contidos no art. 503, parágrafo primeiro, do CPC/2015. A definitividade é a característica que possibilita ao controle jurisdicional tornar a presunção relativa de constitucionalidade em presunção absoluta de constitucionalidade ou inconstitucionalidade.

²⁶Excepcionalmente, o controle não jurisdicional poderá ser repressivo e, portanto, ter como objeto de análise ato que já integra o ordenamento jurídico. Caso clássico é o do art. 52, X, da CF/88, que dá ao Senado a competência para suspender a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF.

Não se pode confundir controle de constitucionalidade com as importantes *formas de participação* no seu exercício.

Ao interpretar as leis e a Constituição, a sociedade pode contribuir e influir para o julgamento das questões de constitucionalidade – como de fato o faz. Pode até mesmo, por meio de pessoas comuns, conhecer, suscitar e opinar diretamente sobre a matéria, tal como acontece no controle difuso, que será estudado mais à frente.

Contudo, não exercem o controle, pois controlar a constitucionalidade é, antes de tudo, decidir sobre ela. Trata-se da formação de um juízo juridicamente qualificado que, quando formalmente manifestado, passa a integrar o suporte fático de norma preexistente, desencadeando uma gama de consequências jurídicas e pragmáticas específicas²⁷.

2.3 GÊNESE DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

2.3.1 Antecedentes no constitucionalismo pré-moderno

A história do problema da inconstitucionalidade e de seu controle envolve três tempos: um, mais recente, como criação da doutrina e jurisprudência americanas, com especial destaque para Marshall e, mais tarde, Kelsen, na Áustria; outro, mais distante, originário da Europa feudal e fundado no direito natural e, por fim, um, ainda mais remoto, referente à época clássica greco-romana²⁸.

O fenômeno constitucional é concomitante ao jurídico: onde há direito, há constituição. No entanto, ao longo do constitucionalismo primitivo²⁹, o problema da inconstitucionalidade assume contornos eminentemente factivos, de natureza empírica, sendo resolvido por mecanismos igualmente pragmáticos, para além de qualquer formalidade.

A noção de inconstitucionalidade, ainda que precária, surge na Grécia Antiga, em concomitância com a noção, também incipiente, de Constituição, quando já havia, portanto, um certo grau de sofisticação do direito positivo.

²⁷Divergimos, portanto, da ideia de controle *lato sensu*, enquanto mera “verificação da adequação de um ato jurídico à Constituição”, como faz Manoel Gonçalves. Cf.: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 34. A amplitude de uma definição como essa coloca em risco a própria funcionalidade do conceito de controle, além de parecer incompatível com classificações consolidadas, tais como a divisão difuso x concentrado.

²⁸POLETTI, Ronaldo. **Controle da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 9.

²⁹Para alguns autores, a expressão “constitucionalismo” deve ter seu uso restrito à designação do movimento político, filosófico e cultural voltado à criação de documentos constitucionais fundados em princípios liberais e democráticos, como o faz José Afonso da Silva. In: SILVA, José Afonso da. **Teoria do conhecimento constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 66.

Embora não se utilizasse a terminologia “constituição”, o prestigioso vocábulo grego *politeia*, empregado por diversos pensadores da época, correspondia, basicamente, à ideia de organização e estruturação política da *polis*, noção essa de “constituição” que vigeu até tempos clássicos do século XVIII³⁰ e que, na Roma Antiga, correspondia ao *civitas*.

O *graphé paranomón* foi o mecanismo jurídico da antiguidade de maior similaridade com o controle de constitucionalidade contemporâneo. Criação ateniense do século V a.C., obra de Péricles, tratava-se instituto judiciário de natureza criminal por meio do qual cidadãos atenienses podiam acusar o autor de uma moção ilegal, contrária à Constituição ou ao interesse da maioria, ou mesmo o presidente da Ecclésia, por não ter observado, ponto a ponto, o procedimento formal de aprovação da nova lei³¹.

Três condenações por ilegalidade acarretavam a perda do direito à propositura de novas moções, além de outras graves sanções às quais também ficavam submetidos os que tivessem votado favoravelmente ao ato ilegal, de modo que, antes de propor ou votar uma lei, qualquer orador sabia que, mais tarde, poderia ser chamado à responsabilidade por aquela proposição legislativa, o que acabou por conter os excessos da Ecclésia e fortalecer as tradições e os interesses permanentes da pólis³².

Mas, em tempos clássicos, não foi apenas na Grécia Antiga onde se viveu experiência análoga – ou, no mínimo, semelhante – ao controle de constitucionalidade: também em Roma, especialmente ao longo da República, colocou-se em prática importante mecanismo de fiscalização dos atos legislativos.

A *auctoritas patrum* consistia em ato confirmatório do Senado, sem o qual as deliberações das assembleias não adquiriam validade ou vigência³³. Definida como o fundamento da ordem e da governabilidade da República pelo próprio Cícero, a *auctoritas patrum* significava, no plano simbólico, a exaltação e a aceitação do Senado como órgão máximo desse período, responsável por vetar e/ou validar as leis aprovadas nos comícios, apresentar suas próprias moções e, principalmente, resguardar os costumes ancestrais, o *mos maiorum*³⁴.

³⁰DANTAS, Ivo. **Instituições de direito constitucional brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 131.

³¹POLETTI, op. cit., p. 10-11.

³²Ibid., p. 11.

³³Ibid., p. 16.

³⁴COLLARES, Marco Antonio Correa. O Senado romano diante do poder augustal: funções, prerrogativas e organização. Rio de Janeiro: **Revista Phoénix**, n. 16-1, p. 63-83, 2010, p. 66-67.

Todavia, embora sofisticados, os mecanismos criados pelos gregos e romanos não podem ser equiparados à fiscalização da constitucionalidade feita no mundo hodierno. Em primeiro lugar, porque as constituições eram compreendidas enquanto modo de ser do estado, de forma que a percepção do seu conteúdo prescritivo ainda era incipiente, confundindo-se o juízo de validade da lei com o juízo político de sua conveniência. Além disso, o parâmetro para o controle era imaterial, não escrito, difusamente imbricado nas vagas noções de costume e interesse público³⁵.

Na Idade Média, equivocadamente tida por muitos como período de constitucionalismo sufocado, é possível encontrar claras apologias à limitação do poder dos governantes e apelo à função judiciária para que anulasse atos declarados em desconformidade com o *jus naturale*³⁶, o que acabou por se concretizar em alguns documentos legislativos e, mais tarde, em algumas decisões judiciais, especialmente na Inglaterra.

Com a escolástica tomista, a partir de sua doutrina dicotômica entre *jus naturale* e *jus positum*, a ideia da existência de uma disposição hierarquizada de normas passou a ganhar prestígio e nitidez³⁷.

Assim, já no início da Idade Moderna, Sir Edward Coke, com base no direito natural, não aceitou o poder ilimitado do parlamento inglês, tendo defendido no caso Bonham (1610) a possibilidade de o Judiciário controlar ato parlamentar contrário à razão ou ao *commom law*, julgando-o nulo³⁸. O caso emblemático de Coke foi sucedido por alguns outros julgamentos semelhantes.

Contudo, mais uma vez, não se pode comparar esse tipo de fiscalização com o controle que se faz contemporaneamente. Não apenas porque foram decisões esporádicas, atípicas e sem continuidade, mas porque não possuíam bases sólidas e seguras, fundamentando-se em normas difusamente concebidas como pertencentes ao direito natural, que não se confundem, a rigor, com as normas constitucionais. O parâmetro do controle, portanto, além de não ser propriamente constitucional, permanecia demasiadamente abstrato e vago.

³⁵No caso do *graphé paranomón*, ainda há outro traço distintivo, que é seu caráter criminal acusatório, apto a ensejar a responsabilização pessoal dos parlamentares pelo conteúdo de suas proposições, o que, atualmente, de modo geral, é rechaçado.

³⁶BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 69.

³⁷NOBRE JR., Edilson Pereira. **Jurisdição constitucional: aspectos controvertidos**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 13.

³⁸POLETTI, op. cit., p. 18-19.

2.3.2 Gênese propriamente dita: o constitucionalismo liberal do século XIX

O controle de constitucionalidade contemporâneo, com todas suas notas distintivas específicas, nasce mesmo a partir das construções teóricas e jurisprudenciais norte-americanas, como fruto da experimentação do novo paradigma implementado pelas revoluções liberais do século XVIII.

É durante o constitucionalismo moderno que são lançadas as bases empíricas para a formação do controle de constitucionalidade propriamente dito, tal como hoje concebido. Desataquem-se, aqui, três delas:

- 1) Estruturação deontológica do poder - Se, antes, a ideia de constituição era extraída a partir do próprio fato-Estado, constituindo seu modo específico de ser (*politeia* e *civitas*), agora, a perspectiva se inverte, passando a estruturação do poder estatal ser refletida e discutida antes mesmo da criação do Estado, cuja existência formal só se instaurará com a promulgação da nova constituição. Os Estados – agora chamados “de Direito” – passam a ser concebidos e moldados a partir da Constituição e não mais o contrário, o que acabou por ampliar o sentido prescritivo e explicitar o escopo normativo-regulatório desses documentos.
- 2) Positivização da norma constitucional - A formalização das constituições em documentos escritos foi fundamental para a fixação de um parâmetro racional e inteligível sobre o qual a realização de um controle da constitucionalidade tornava-se possível e – mais que isso – seguro: tanto no momento da identificação do ato inconstitucional, como no plano da justificação jurídica para sua nulidade. Foram garantidas, assim, bases minimamente objetivas para o controle que estava por vir.
- 3) Imutabilidade relativa (rigidez) - Não apenas passaram a ser escritas, como o processo legislativo para sua modificação tornou-se solene e diferenciado em relação à legislação ordinária, o que se fez por meio da previsão de trâmites e quóruns mais exigentes. A razão desse processo, mais dificultoso, deriva do próprio sentido histórico teleológico das constituições modernas enquanto técnica para a contensão do arbítrio político.

Presentes as condições supracitadas, o reconhecimento de um sistema de controle de constitucionalidade das leis dependia, ademais, de um outro requisito, hoje quase inquestionável, mas que, naqueles tempos, ainda era de grande controvérsia: a supremacia hierárquica das normas constitucionais³⁹.

³⁹Em tempos hodiernos, fala-se em “inconstitucionalidade” muitas vezes sem se ter a dimensão paradigmática da ideia representada pelo termo. Dizer que a norma constitucional deve prevalecer sobre dispositivos legais parece

A prevalência das normas constitucionais sobre os demais atos normativos estava longe de constituir uma obviedade, seja pelo desnexo de conteúdo entre as recém-criadas constituições e os demais atos normativos, seja pela quebra do princípio de que lei posterior revoga lei anterior, como bem nota André Rosa:

Por que, por exemplo, uma lei nova, posterior à Constituição, que representa a vontade atual do povo, que representa a vontade de certa maioria dos cidadãos, não pode dispor de modo contrário ou contraditório com o texto constitucional? (...) Por que uma vontade do passado condiciona ou pode condicionar a vontade do presente e, em certa medida, do futuro?⁴⁰

E mais: a possibilidade de um controle especificamente *judicial* da constitucionalidade ficava prejudicada pela existência de importantes dogmas, um deles, sem dúvida, o da rígida separação de poderes concebida por Montesquieu⁴¹, pelo qual o Judiciário ficava impedido de julgar a competência ou a nulidade dos atos dos outros poderes⁴².

Na mesma linha, argumentava-se o primado da lei e do Parlamento, órgão político superior, soberano, representante do povo e intérprete da vontade popular, o único, portanto, capaz de exercer a função de controle sobre as leis⁴³.

Esse pensamento deu origem a dispositivos normativos marcantes na história constitucional brasileira, como é o caso da Constituição de 1824, que proibiu o Judiciário de interpretar, suspender ou revogar leis tarefa incumbida à Assembleia Geral do Parlamento⁴⁴.

Por tudo isso, não se pode dizer que a supremacia seja decorrência automática da rigidez das normas constitucionais. Embora assim prescrevesse a lógica, esse raciocínio esbarrava em empecilhos políticos e ideológicos, pois, ao fim, na prática, implicava a possibilidade de fiscalização dos atos legislativos, o que, naqueles tempos, era visto como afronta à soberania do Parlamento.

Portanto, não por acaso, o controle da constitucionalidade, tal como hoje o conhecemos, surge nos Estados Unidos da América, onde a proeminência do Legislativo e o dogma do primado da lei não eram tão radicalizados como na Europa – no Velho Mundo, a

ser dizer o óbvio, como se sempre tivesse sido assim, ou ao menos desde que as constituições formais passaram a existir – afinal, não foram elas feitas para prevalecer?

⁴⁰ROSA, André Vicente Pires. **Las omisiones legislativas y su control constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 60. O questionamento lembrado por Rosa, no fundo, é o mesmo que instiga a suposta falta de legitimidade no “governo dos mortos sobre os vivos”.

⁴¹Para o filósofo iluminista, quanto mais um governo se aproxime da República, mais rígida se torna a maneira de julgar, devendo os juízes, nesses governos, seguirem estritamente a letra da lei, pois não cabe interpretação quando estão em jogo os bens, a honra ou a vida do cidadão. In: MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2014, p. 135.

⁴²DANTAS, Ivo. **Instituições de direito constitucional brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 218.

⁴³Ibid., p. 218.

⁴⁴Vide art. 15, VIII.

ideia da supremacia constitucional somente ganhou prestígio após o fim da Primeira Guerra Mundial e, ainda assim, sob fortes e importantes resistências⁴⁵.

Ante a ausência de preceito constitucional expresso, a ideia de se atribuir às Cortes a guarda da Constituição manifestou-se pioneiramente na *prática* constitucional a partir de uma construção jurisprudencial específica, tendo sido anunciada em caráter definitivo e paradigmático no famoso caso *Marbury v. Madison*.

Nascia, assim, o controle jurisdicional da constitucionalidade.

2.4 ESPÉCIES DE CONTROLE JURISDICIONAL

2.4.1 Sistema difuso

Há, no mundo, dois sistemas básicos de controle jurisdicional: o difuso, de origem norte-americana e o concentrado, adotado pioneiramente pela Áustria, em 1920.

A distinção fundamental entre eles está na distribuição da competência para exercer o controle e, portanto, *decidir* sobre questões de constitucionalidade.

No sistema difuso, esse poder é consectário da própria função jurisdicional e, por consequência, cabe a quem quer que legitimamente a exerça, sejam eles tribunais ou juízes de primeiro grau, federais ou estaduais, ordinários ou especiais⁴⁶: todos eles, ante a resolução de um caso concreto posto sob sua apreciação, poderão proceder ao controle.

Nesse tipo de controle, o problema da inconstitucionalidade surge *incidentalmente*, no âmbito de processos comuns, arguido por um dos litigantes como fundamento jurídico de seu pedido, de modo que os fatos inconstitucionais, seja qual for sua gravidade, não têm “existência” enquanto não forem levados ao Judiciário pela iniciação de uma lide⁴⁷.

Como, nos Estados Unidos, a doutrina do *stare decisis* foi recebida como parte da tradição *common law* e, assim, reconhece-se que toda decisão judicial é passível de conter, em seu corpo – mais especificamente em sua fundamentação – uma norma universalizável, apta a incidir em casos futuros semelhantes⁴⁸, a matéria da inconstitucionalidade, naquele sistema,

⁴⁵NOBRE JR., op. cit., p. 58.

⁴⁶BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 35.

⁴⁷BARBOSA, Rui. **Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo**. Rio de Janeiro: Companhia Impressora, 1893, p. 104.

⁴⁸RE, Edward Domenic. *Stare decisis*. **Revista de informação legislativa**, a. 31, n. 122, mai./jul., 1994, p. 282.

estabiliza-se sob a forma de precedente obrigatório, vinculando, horizontalmente e verticalmente, toda a estrutura judiciária⁴⁹.

2.4.2 Sistema concentrado

No sistema concentrado, a prerrogativa de exercer o controle fica concentrada em um único órgão, a Corte Constitucional, detentora da competência para julgar ações específicas e incidentes processuais que versem sobre a matéria da inconstitucionalidade.

Note-se o seguinte: a adoção exclusiva do modelo concentrado nada se refere ao modo pelo qual a inconstitucionalidade é *conhecida* ou *suscitada*. Essa tarefa, conforme visto quando abordado o conceito de controle, refere-se a uma das possíveis formas de participação em seu exercício.

Assim, por exemplo, na Alemanha, na Itália e na Áustria, países onde vigora o sistema concentrado – ou exclusivamente concentrado, como preferem alguns –, a controvérsia sobre a constitucionalidade pode ser conhecida pela Corte Constitucional de dois modos: abstratamente, por meio da propositura de ações especiais, e concretamente, através da provocação de órgãos judiciais ordinários quando o litígio posto sob sua apreciação envolver questão de constitucionalidade relevante ao deslinde do caso⁵⁰.

A gênese da forma concentrada de jurisdição constitucional está intimamente ligada à necessidade de estabilização da matéria da inconstitucionalidade em países desprovidos da doutrina do *stare decisis*, onde o “perigo da falta de uniformidade” era evidente, conforme anteviu o próprio Hans Kelsen:

O fato mais importante, porém, é que na Áustria as decisões da corte ordinária mais alta – *Oberster Gerichtshof* –, concernentes à constitucionalidade de uma lei ou decreto, não tinham força obrigatória sobre as cortes inferiores. Estas não estavam proibidas de aplicar uma lei que o *Oberster Gerichtshof* tivesse previamente declarado inconstitucional e, portanto, deixado de aplicar num caso específico. O próprio *Oberster Gerichtshof* não estava sujeito à norma do *stare decisis*, de modo que uma lei declarada inconstitucional pela corte num caso específico podia ser declarada constitucional e aplicada noutro caso por essa mesma corte. Pelas razões expostas, uma centralização da revisão judicial da legislação era altamente desejável no interesse da autoridade da Constituição.

⁴⁹Sobre a consolidação do *stare decisis* nos EUA e sua íntima relação com a jurisdição constitucional, Cf.: GIORGI JR., Romulo Ponticelli. Jurisdição constitucional e código de processo civil: sincronia, racionalidade, interpretação e segurança jurídica. São Paulo: RT, 2017, p. 87-90.

⁵⁰A via concreta foi introduzida nos sistemas concentrados já em 1929 pela reforma constitucional austríaca, servindo de base, mais tarde, para as constituições italiana e alemã, que a readaptaram, fixando que não apenas os órgãos superiores poderiam provocar a Corte Constitucional, mas todo e qualquer juiz. In: CAPPELLETTI, Mauro. **O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992, p. 106 e 109.

Não à toa, conforme demonstra Cappelletti, países de tradição *civil law* adotaram, em peso, o sistema concentrado de controle, uma vez que a introdução do sistema americano levaria a dois inconvenientes práticos: 1) possibilidade de uma mesma lei não ser aplicada num caso porque julgada inconstitucional por alguns juízes e, simultaneamente, ser aplicada em outros casos por juízes que tenham entendimento diverso, e 2) necessidade de cidadãos interessados na não aplicação de lei já declarada inconstitucional terem de ingressar em juízo para obterem o mesmo provimento jurisdicional⁵¹.

Nesse sistema, portando, sob influência direta da teoria kelseniana, tem-se que as decisões da Corte Constitucional, embora não tenham as qualidades de lei (*gesetzeigenschaften*), possuem, efetivamente, força de lei (*gesetzeskraft*)⁵², não produzindo, mas eliminando uma norma jurídica geral, como se fosse o tribunal uma espécie de legislador negativo⁵³.

2.4.3 O modelo misto brasileiro

Da conjugação desses dois sistemas básicos derivam dois outros: o misto e o dual ou paralelo.

Neles, há a coexistência entre os sistemas, mas de modo distinto: no primeiro, o órgão de cúpula do Judiciário julga ações diretas de constitucionalidade ao mesmo tempo em que decide recursos sobre a mesma matéria; no segundo, embora coexistentes, os sistemas não se misturam, de modo que a Corte Constitucional não tem contato com o modelo difuso realizado pelos órgãos inferiores, decidindo apenas as ações declaratórias⁵⁴.

O modelo brasileiro é misto e, portanto, seu órgão judiciário de cúpula, o Supremo Tribunal Federal, detém a competência para julgar ações diretas (ADI, ADC ADO, ADPF, e ações interventivas), mas também está autorizado, tal como qualquer outro órgão jurisdicional, a julgar a matéria diante de casos concretos, independentemente do tipo de tutela jurisdicional, se cognitiva, cautelar ou executiva, e do procedimento em que a arguição

⁵¹CAPPELLETTI, Mauro. op. cit., p. 76-78.

⁵²MENDES, Gilmar. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal no controle abstrato de normas. **Revista jurídica virtual**, v.1, n. 4, ago., 1999, p. 2.

⁵³KELSEN, op. cit. p. 263.

⁵⁴SILVA, José Afonso da. **Um pouco de direito constitucional comparado**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 155.

é suscitada, bastando apenas que a questão da constitucionalidade mostre-se relevante ao deslinde do litígio⁵⁵.

Quanto ao controle concentrado, não há muitas dúvidas sobre a amplitude e a força das declarações de inconstitucionalidade, dadas a tradição jurisprudencial firmada pelo próprio Supremo, desde a década de 1970, e a explicitude do art. 102, parágrafo 2º, da CF/88, que prevê para decisões definitivas de mérito, em ações diretas, eficácia *erga omnes* e efeito vinculante sobre todos os demais órgãos judiciários e administração pública em geral.

A eficácia *erga omnes* atinge o dispositivo da decisão, fazendo valer para todos, como se lei fosse, aquilo que ali foi estipulado; o efeito vinculante, por sua vez, funciona como um *plus*⁵⁶, autorizando o manejo de reclamação constitucional, em caso de desrespeito, e tornando obrigatório não só o que foi decidido na parte dispositiva, mas toda a *ratio decidendi*⁵⁷.

Em sede de controle difuso, porém, a temática da eficácia das declarações de inconstitucionalidade torna-se nebulosa.

Embora a tradição constitucional brasileira sempre tenha sido no sentido de negar eficácia *erga omnes* a essas declarações, esse cenário foi lentamente se modificando por meio de reformas constitucionais e infraconstitucionais, por meio das quais, aos poucos, foi-lhes sendo reconhecida maior abrangência e força vinculativa.

Ainda assim, não há consenso doutrinário ou jurisprudencial acerca de seus exatos limites, de modo que a estabilização da matéria constitucional pela via difusa permanece distinta daquela decorrente de fiscalização concentrada, uma vez que não há como se falar, sem controvérsias, em perfeita equivalência efícaçial entre as declarações incidentais e as principais de constitucionalidade.

⁵⁵PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento jurídico brasileiro: aspectos constitucionais e processuais**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 75.

⁵⁶Nesse sentido: ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: RT, 2017, p. 66; PIMENTA, op. cit., p. 69.

⁵⁷MENDES, op. cit., p. 10. Há que se observar, ainda, que há quem faça a distinção entre eficácia e efeitos das declarações de inconstitucionalidade: a primeira como a aptidão para a produção de efeitos e estes como a consequência efetiva, que provoca alterações no mundo dos fatos. Cf.: PIGNATARI, Alessandra Aparecida Calvoso. Efeitos processuais no controle judicial de constitucionalidade. Dissertação de mestrado, Faculdade de Direito da USP, 2009, p. 37-39.

2.5 O OBJETO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

2.5.1 O objeto precípua: as normas jurídicas

Viu-se, anteriormente, que a inconstitucionalidade pode ser definida como relação de contrariedade entre algo e a Constituição. Neste subtópico e nos subsequentes, busca-se apresentar o que precisamente é passível de integrar essa relação, figurando em seu polo passivo e constituindo-se em objeto de fiscalização.

Desde seus antecedentes mais remotos à sua formulação propriamente dita, em fins do século XVIII e início do século XIX, o controle da constitucionalidade tem como seu objeto precípua as normas jurídicas.

Toda norma que componha o conjunto sistemático do ordenamento jurídico será, em princípio, passível de controle: desde as de maior hierarquia, que servem de fundamento a muitas outras, àquelas de natureza individual, de destinatário único e certo, como podem ser alguns atos administrativos e normas contratuais⁵⁸.

A norma, dada a pluralidade de instrumentos processuais existentes e aptos para sua impugnação, poderá não ser passível de controle via tal ou qual instrumento, mas certamente estará sujeita a algum deles.

Se integra o sistema jurídico, ou mesmo se está na iminência de vir a integrá-lo (controle preventivo), a norma deverá resguardar consonância de forma e de conteúdo com o núcleo normativo básico do ordenamento, que é a Constituição.

Esta é a regra básica, excepcionada, segundo corrente majoritária brasileira, unicamente pelas normas constitucionais originárias, sobre as quais não se admite controle por falta de parametricidade.

Porém, cabe, aqui, uma tarefa fundamental, qual seja, a de definir, precisamente, o que são essas normas jurídicas, passíveis de serem declaradas “inconstitucionais”.

Devemos, aqui, rejeitar dois extremos: não se pode dizer que a norma coincida com o texto normativo que consta dos documentos jurídicos (posição exegetica), tal como não se pode dizer que a norma jurídica só exista no momento decisório, como interpretação subjetiva e particularizada a contextos únicos e irrepetíveis (posição realista).

⁵⁸Parte da doutrina entende que o atributo da inconstitucionalidade somente pode se referir a atos públicos, sob a alegação de que a desconformidade entre atos particulares e normas consiste em questão de legalidade. É como faz Paulo Pimenta. In: PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento jurídico brasileiro: aspectos constitucionais e processuais**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 47-48.

Pois se é pacífico que não se declara a inconstitucionalidade da união de certas letras e palavras, de igual modo, não se deve aceitar que a declaração tenha como objeto uma convicção do íntimo, subjetivamente variável conforme as vontades e os interesses do intérprete.

Ora, normas jurídicas vinculam seus destinatários, impondo-lhes obrigações, antes mesmo de assim serem reconhecidas pelo Judiciário, o que, aliás, na maior parte das vezes, sequer acontece, dado o baixo nível de judicialização de litígios.

Quanto ao controle, a própria natureza declaratória do ato que reconhece a inconstitucionalidade de uma dada norma transparece o caráter impessoal e objetivo que se tenta imprimir a esses objetos.

Nesse contexto, portanto, a norma jurídica deverá ser entendida como a proposição prescritiva do direito, o comando obrigatório que deriva da mera sujeição às suas fontes, cujo conteúdo, em caso de controvérsia, será precisado em juízo, mas jamais construído, em absoluto, por ele.

Diz-se, assim, que a declaração de inconstitucionalidade poderá ter como objeto um enunciado⁵⁹, quando todas as normas potencialmente por ele veiculadas forem incompatíveis com a Constituição⁶⁰, o que, aliás, é a regra – daí falar-se em inconstitucionalidade de artigos, dispositivos, leis etc. –, ou uma única norma extraível do enunciado, caso em que este será mantido, como acontece na técnica de interpretação conforme.

2.5.2 Controle de normas jurídicas genéricas e abstratas

Embora comumente empregados enquanto sinônimos, os atributos da generalidade e da abstração designam características distintas, cada qual referente a diferentes espectros da validade da norma: o primeiro, ao domínio da validade pessoal, o segundo, ao domínio da validade material⁶¹.

Genéricas são normas jurídicas que se destinam a uma classe indeterminável de pessoas; diferenciam-se das individuais, cujos destinatários consistem em uma só pessoa ou em um grupo determinável de pessoas⁶².

⁵⁹Enunciado é a expressão simbólica da norma; a forma linguística pela qual o significado propositivo é exposto. In: BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 65.

⁶⁰PIMENTA, op. cit., p. 55.

⁶¹KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 15-16.

⁶²BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 174.

Abstratas são normas jurídicas cujo conteúdo regulatório é descrito sob a forma de ação-tipo; contrapõem-se às ditas concretas, que regulam uma conduta singularizada, específica⁶³.

O ordenamento jurídico, em função de seu próprio escopo regulatório e estabilizante das expectativas sociais, é composto, fundamentalmente, por normas abstratas e genéricas, chegando alguns autores, inclusive, a erigir esses atributos como requisitos essenciais da norma, ainda que no plano meramente ideológico, uma vez que, pela generalidade, garante-se a igualdade e, pela abstração, a impessoalidade⁶⁴.

No ordenamento jurídico brasileiro, não faltam exemplos de normas desse tipo, a serem extraídas, por exemplo, de emendas constitucionais, leis ordinárias, leis complementares, regulamentos, instruções; todas passíveis de exame de compatibilidade diante da Constituição.

2.5.3 Controle de normas jurídicas individuais ou concretas

Embora o controle de normas genéricas e abstratas constitua a regra, nada impede que a fiscalização da constitucionalidade se dê sobre normas desprovidas dessas características, pois não há dúvida de que normas individuais e/ou concretas integram efetivamente o ordenamento jurídico e, como tais, mostram-se capazes de gerar e lesionar direitos.

Assim, pode-se admitir o controle de normas genéricas e concretas, tais como leis de anistia; de normas individuais e abstratas, tais como convenções e contratos; ou mesmo de normas individuais e concretas, como podem ser, por exemplo, alguns atos expedidos pela administração pública.

Entretanto, há um caso específico de norma individual e concreta que merece destaque: as decisões judiciais.

No sistema jurídico brasileiro, a admissão de controle sobre atos judiciais pode ser atípica em sede de controle concentrado⁶⁵, mas deve ser invidiosa quando se trata de controle difuso, ante a previsão explícita do art. 102, III, alínea *a*, da CF/88, em estabelecer,

⁶³Ibid., p. 174.

⁶⁴Ibid., p. 175-176. Para Bobbio, contudo, a abstração garante a certeza.

⁶⁵Em princípio, não deve haver óbices para o ajuizamento de ADPF, cabível, como se sabe, contra “atos do Poder Público”, gênero do qual as decisões judiciais certamente fazem parte. Contudo, é preciso atentar para o requisito da subsidiariedade, não podendo a ação servir como sucedâneo recursal. Cf.: ADPF n. 101, julgada em 11/03/2009, Rel. Min. Cármen Lúcia.

como hipótese de recurso extraordinário, a impugnação de “decisão que contrariar dispositivo desta Constituição”.

Lúcio Bittencourt, em análise sobre o artigo que lhe correspondia à época, destacava que a regra praticamente deferiu ao Supremo o conhecimento de todas as controvérsias constitucionais⁶⁶.

A hipótese é, de fato, emblemática, pois, ao prever que decisões judiciais podem ser contrárias à Constituição independentemente de eventuais declarações de constitucionalidade ou inconstitucionalidade contidas em seu corpo – hipóteses que estão abarcadas nos outros incisos do mesmo artigo –, a Constituição admite que uma decisão fundada exclusivamente em normas constitucionais pode ser, ela mesma, inconstitucional.

O posicionamento da Carta brasileira é acertado, pois se mostra afinado com os princípios da *nomogênese*, na justa medida em que a norma decisória deriva da aplicação de outras normas preexistentes e que lhe determinam, parcialmente, o conteúdo, mas com elas não se confunde.

Desse modo, é possível que a aplicação descontextualizada de normas válidas possa resultar em decisões incompatíveis com a Constituição, independentemente de ter havido, no processo, discussões sobre a constitucionalidade de dispositivos específicos, pois a norma decisória consubstancia uma realidade normativa própria, independente daquelas que lhe antecederam.

Assim, se tribunal condena estado-membro à construção de complexo escolar, pouco importa se houve, no acórdão, declaração de inconstitucionalidade da lei “x” ou “y”: o acórdão poderá ser questionado, por si mesmo, frente à Constituição.

Em casos como esse, onde a própria decisão judicial figura como objeto de controle, há de se notar o seguinte: como o conteúdo da norma decisória é extremamente personalizado, pois dirigido a sujeitos e condutas específicas, sua constitucionalidade torna-se sensível às singularidades pessoais e circunstanciais que singularizam aquele comando.

É que, nessas situações, o conteúdo mesmo da norma objeto, isto é, a decisão judicial, contém elementos subjetivos próprios, cuja variabilidade tornará contingente a relação de adequação normativa para com a Constituição.

⁶⁶BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 35.

Assim, a decisão de juízo de execução que decreta a penhora de cão-guia poderá ser inconstitucional no caso de José, cego, pobre, morador de periferia, mas constitucional no caso de João, adestrador de cães, classe média, detentor de cinco cachorros desse tipo⁶⁷.

Por isso mesmo, a impugnação de normas individuais e concretas constitui, em nosso ver, a única hipótese em que a exigência de repercussão geral pode ser justificada em termos técnicos, para além de qualquer retórica forense⁶⁸.

Aqui, ao contrário das hipóteses em que se argui a inconstitucionalidade de leis e atos normativos de conteúdo abstrato e genérico, cuja transindividualidade é evidente, o recorrente deverá demonstrar, de fato, por que a questão jurídica que lhe pertine é capaz de transcender aos limites subjetivos do caso.

2.5.4 Controle de atos não normativos

É possível, ainda, que a fiscalização tenha como objeto algo rigorosamente distinto da norma jurídica existente e integrante do ordenamento, pois, como dito, embora se dê, via de regra, entre a norma constitucional e outra que lhe é inferior, a inconstitucionalidade também pode restar configurada ante a execução de atos desprovidos de natureza normativa, a exemplo de condutas e outros atos materiais, que podem ser cometidos comissiva ou omissivamente por órgãos e agentes públicos.

Nesses casos, o intérprete não analisa normas acabadas e prontas, mas sim fatos jurídicos outros, que podem ou não estar associados à edição de lei ou ato normativo.

O caso do mandado de injunção e das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão é exemplo conhecido da possibilidade de se controlar a inércia do Legislativo – ou da Administração Pública – em regulamentar normas constitucionais de eficácia limitada. O que se fiscaliza, aí, não é a norma (regulamentadora), mas o fato pelo qual esta não existe.

Nessa hipótese, o vínculo de inadequação estabelece-se entre a norma constitucional e um fato do mundo concreto, consubstanciado pelo efetivo descumprimento do dever de legislar por parte das autoridades públicas.

Com a perspicácia que lhe é própria, Neves nota que esse tipo de situação – desconformidade entre dever ser normativo e ser fático – também é típico das

⁶⁷Cf.: DIDIER, JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandre. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 5. Salvador: Jus Podivum, 2014, p. 548.

⁶⁸Assim como Ivo Dantas, destacamos a natureza política desta exigência, dentre cujos objetivos principais está a simples filtragem numérica dos recursos. In: DANTAS, Ivo. **Novo processo constitucional brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 251 e seguintes.

inconstitucionalidades formais, nas quais, rigorosamente, a inconstitucionalidade não reside na lei, mas na sequência de fatos concretos que compõe o procedimento que lhe deu origem:

A inconstitucionalidade formal não resulta de contradição ou contrariedade, no sentido lógico dos termos, entre lei e Constituição. A incompatibilidade normativa, nesta hipótese, decorre da inadequação ou desconformidade do procedimento efetivo de elaboração legislativa (plano do ser) ao conteúdo de norma constitucional prescritiva do processo legislativo (plano do dever ser)⁶⁹.

Assim, para decidir sobre a validade formal da lei, o juiz deverá conhecer questões bastante específicas, tais como saber se o quórum foi atingido, se estava presente o número suficiente de parlamentares na sessão, se o projeto foi submetido à apreciação de comissões ou outros ritos específicos, se parlamentares foram ou não corrompidos para a aprovação do projeto etc.

Há, ainda, como dito logo acima, hipóteses em que se fiscaliza a constitucionalidade de fatos jurídicos completamente dissociados do processo de produção normativa.

Nas arguições de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), permite-se o controle de qualquer ato do Poder Público, seja ele normativo ou não. O texto da Lei n. 9.882/99, intencionalmente genérico, consiste em verdadeira “carta branca”, autorizando os legitimados ativos do controle direto a impugnarem praticamente tudo aquilo que lhes parecer contrário a Constituição. Esta é, aliás, a razão pragmática de sua formulação: preencher possíveis lacunas do controle concentrado⁷⁰.

Nas ações interventivas, de igual modo, é possível impugnar atos materiais, a exemplo da prática reiterada, por parte de governo estadual, de atos de repressão contra a população, em atentado explícito aos direitos humanos (art. 34, VII, CF/88) ou, ainda, quando se recusa a cumprir lei federal (art. 36, III, CF/88).

O famoso caso do dito “estado de coisas inconstitucional” também é outro exemplo da impugnação de fatos jurídicos não normativos.

Note-se que, em todas essas hipóteses, a análise interpretativa sobre a constitucionalidade não recai sobre o plano do *dever ser* a ser extraído de um texto legal qualquer, mas sim sobre fatos concretos bastante específicos, podendo o juiz valer-se dos meios probatórios gerais para melhor julgar a questão constitucional.

⁶⁹NEVES, op. cit., p. 74.

⁷⁰MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1214.

2.6 TIPOLOGIA E UNIDADE DAS INCONSTITUCIONALIDADES

Na literatura jurídica constitucional, costuma-se dividir o fenômeno da inconstitucionalidade em tipos. Aqui, far-se-á uma breve análise dessas classificações para, em seguida, ser realizada uma conclusão em torno de sua unidade semântica.

A mais comum e complexa dessas subdivisões é a classificação material-formal, que tem por critério distintivo a natureza do vício que macula o ato: se configurado em função do desrespeito ao conteúdo de regras e princípios constitucionais, haverá inconstitucionalidade dita “material”; se, por outro lado, originado pelo descumprimento do procedimento constitucional previsto para formação de novas normas, haverá inconstitucionalidade dita “formal”⁷¹.

Destaque-se que, a rigor, a formalidade ou a materialidade refere-se ao vício que dá origem a inconstitucionalidade. São os chamados vícios *nomoestáticos* e *nomodinâmicos*. No entanto, como a inconstitucionalidade pode ser concebida como o próprio defeito que incompatibiliza a norma e a Constituição, e não apenas o resultado desse defeito, a classificação é admissível sob os termos de uma conceituação eclética da inconstitucionalidade.

Outra divisão é a que tem por base sua forma de cometimento, que pode ser comissiva ou omissiva, falando-se, então, em inconstitucionalidade *por ação* ou *omissão*, respectivamente. A ideia é demonstrar que a inconstitucionalidade pode derivar de uma ação positiva, mas também do descumprimento de um fazer específico imposto pela Constituição, isto é, um *non facere* constitucionalmente qualificado.

Geralmente, os exemplos citados referem-se à figura do legislador, que fica constitucionalmente obrigado legislar sobre determinados assuntos, tais como, por exemplo, a fixação de critérios diferenciados de aposentadoria para servidores que exerçam atividade de risco (art. 40, parágrafo quarto, CF/88). Se não cumprido o dever, formada a omissão legislativa, caberá ao particular perquirir seu direito via mandado de injunção ou, às autoridades, ajuizar ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a ADO.

Todavia, é possível haver inconstitucionalidade por omissão não legislativa. Veja-se, por exemplo, a postura omissiva de governo de Estado-membro em não cumprir comando

⁷¹A inconstitucionalidade formal, também chamada de extrínseca ou instrumental, pode ser subdividida em orgânica, quando se tratar de vício de competência e ritualística, quando o vício for relativo ao procedimento legislativo propriamente dito.

contido em lei federal (art. 36, VI, CF/88), caso em que caberá a propositura de ação direta interventiva pelo Procurador-Geral da República. Nesse caso, conforme visto, a fiscalização da constitucionalidade terá por objeto algo diverso de seu objeto típico, que é a norma jurídica.

Quanto à extensão, dividem-se em totais e parciais. *Total* é a inconstitucionalidade que abrange todo o ato normativo e *parcial* é a que compreende apenas parte dele. As inconstitucionalidades formais, via de regra, dão ensejo a inconstitucionalidades totais; as materiais, o contrário.

Mas nem sempre será assim. Existe inconstitucionalidade formal parcial, por exemplo, quando uma lei ordinária foi regularmente votada e sancionada, mas um de seus artigos dispôs sobre matéria reservada à lei complementar⁷², ou mesmo quando um projeto de lei sofre emenda formalmente inconstitucional⁷³; existe inconstitucionalidade material total quando uma lei contiver um único dispositivo ou quando, havendo mais de um, entre eles houver dependência lógica ou teleológica⁷⁴.

No caso de omissão legislativa, a inconstitucionalidade total faz referência ao total descumprimento do dever de legislar e a parcial refere-se à situação em que a lei regulamenta norma constitucional de modo insuficiente ou não isonômica.

Quanto ao momento de sua configuração, dividem-se em originárias e supervenientes. Quando, no momento de sua promulgação, o ato é tido como contrário a norma constitucional já em vigor, tem-se inconstitucionalidade *originária*; quando, embora a princípio compatível com a Constituição, torna-se inválido pelo advento de norma constitucional posterior, tem-se inconstitucionalidade *superveniente*.

A doutrina e os tribunais brasileiros rechaçam a figura da inconstitucionalidade superveniente, em franca corrente majoritária, sob o argumento de tratar-se, em verdade, de revogação. A discussão não é de índole meramente teórica, possuindo importantes repercussões práticas, tanto sobre a definição da competência jurisdicional para conhecer e solver essa antinomia⁷⁵, como para fixar a (in)existência de efeito repristinatório tácito.

⁷²BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 154.

⁷³NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 124.

⁷⁴Ibid., p. 121.

⁷⁵MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1021.

Quanto à forma de se manifestar, dividem-se em diretas e indiretas⁷⁶, também chamadas, respectivamente, de expressas ou implícitas. Inconstitucionalidade *direta* é aquela que resulta da violação de princípio ou regra escritos na Constituição; a *indireta*, a que decorre da violação de normas constitucionais implícitas.

A distinção em “explícitas” e “implícitas”, conforme lembra Neves, é semanticamente imprecisa, podendo dar margem a interpretações equivocadas, como a de que a violação ao “espírito” da Constituição seria um tipo admissível de inconstitucionalidade ou a de que, ao contrário, no outro extremo, só há inconstitucionalidade ante conflito normativo textual⁷⁷.

Quanto à sua origem estar ou não ligada à inconstitucionalidade de outras normas, podem ser antecedentes ou consequentes. Inconstitucionalidade *consequente*, também chamada de derivada ou acessória, é aquela que resulta da declaração de inconstitucionalidade da norma que lhe serve de fundamento. Exemplo clássico é o de ato normativo editado por pessoa cujos poderes para fazê-lo decorrem de ato inconstitucional⁷⁸, como uma resolução legislativa que autoriza a edição pelo Presidente da República de lei delegada sobre matéria reservada à lei complementar (art. 68, parágrafos primeiro e segundo, CF/88). A inconstitucionalidade *antecedente* é aquela da qual deriva a *consequente*.

Tradicionalmente, essas são as classificações relativas à inconstitucionalidade.

Note-se, então, que a divisão em “tipos” é feita em função de explicitar aspectos de um mesmo problema: sua origem, sua extensão, seu grau de explicitude, o momento de sua ocorrência, as repercussões que dele derivam etc.

Com exceção da classificação material-formal, na qual a inconstitucionalidade é concebida como o próprio vício que macula o ato – e, portanto, a diferenciação de suas naturezas é, antes, a diferenciação dos vícios que a ensejam –, não há que se falar em diferentes ontologias para o fenômeno da inconstitucionalidade.

Em todas as classificações, o substrato semântico básico da inconstitucionalidade permanece inalterado, em referência a um problema universal dos Estados Constitucionais de

⁷⁶A denominada inconstitucionalidade indireta também pode referir-se à inconstitucionalidade “reflexa” ou “mediata”, construída pela jurisprudência do STF para designar os casos em que o ato normativo ofende diretamente alguma lei e apenas indiretamente a Constituição. Nessas hipóteses, entende-se que a questão é de mera ilegalidade e não inconstitucionalidade, devendo o recurso extraordinário ser remetido ao STJ e convertido em especial, conforme prescreve o art. 1033, CPC/2015.

⁷⁷NEVES, op. cit., p. 124-126.

⁷⁸FAIDIGA, Daniel Bijos. **Efeito vinculante e declaração incidental de inconstitucionalidade**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 49.

Direito, cujos sistemas jurídicos devem ser, na medida do possível, coerentes e, portanto, não antinômicos.

Destaque-se, também, que essas classificações não pertencem a determinado sistema ou modelo de fiscalização jurisdicional da constitucionalidade. Em determinados modelos, poderá haver pequenas nuances, que excluam um ou outro aspecto do fenômeno – no Brasil, por exemplo, como dito, não se admite, via de regra, a figura da inconstitucionalidade superveniente – mas o problema a ser enfrentado continua a ser essencialmente o mesmo.

Desse modo, é preciso notar que a inconstitucionalidade em si não é algo diferente no sistema americano, no sistema austríaco ou em qualquer outro. Não existe um tipo de inconstitucionalidade próprio de cada sistema ou modelo de controle – trata-se, como visto, de conceito lógico-jurídico.

O que pode ser diferente são fatores outros, tais como a escolha política dos órgãos competentes para o exercício do controle, dos mecanismos processuais de impugnação, ou mesmo de quais atos serão passíveis de controle, o que variará de acordo com diversos fatores culturais, históricos, políticos e sociais.

Portanto, em qualquer dos sistemas, difuso ou concentrado, a natureza da inconstitucionalidade permanece igualmente pluridimensional e complexa, envolvendo a conjugação de fatores fáticos, normativos e valorativos, para além de qualquer monismo⁷⁹.

⁷⁹O aspecto multidimensional das inconstitucionalidades será estudado em tópico próprio, o 3.4.1.

3 A ABSTRATIVIZAÇÃO E SEU DUPLO ESPECTRO

3.1 ABSTRATIVIZAÇÃO COMO FATO

3.1.1 Conceito

A abstrativização é, antes de tudo, um fato ou um conjunto de fatos transformadores da realidade jurídico-forense brasileira – e até mesmo mundial – quanto ao controle jurisdicional de constitucionalidade.

Sobre o tema, é possível encontrar, na doutrina, embora de modo ainda tímido, alguns esboços conceituais, todos eles relativos ao espectro fenomenológico da abstrativização⁸⁰.

De modo sintético, mas não menos preciso, pode-se dizer que a abstrativização brasileira consiste no processo de similarização entre os sistemas de controle de constitucionalidade através da incorporação, por parte do controle difuso, de elementos típicos ou característicos do controle concentrado, feito em sede de ações diretas.

Dito de outra forma: o controle difuso vem tornando-se mais próximo do controle concentrado, que, no Brasil, é abstrato, pois feito apenas em sede de processo objetivo. Por isso mesmo, fala-se, também, em “objetivação” ou “dessubjetivação” do controle difuso ou concreto⁸¹.

A aproximação entre os sistemas de controle dá-se por meio da positivação (via legislativa) ou do reconhecimento (via judicial) da aplicabilidade de institutos antes previstos tão somente para o controle concentrado – são os chamados elementos aproximativos, que serão estudados, com mais profundidade, no tópico subsequente.

Um exemplo elucidativo pode ser verificado na extensão da possibilidade de modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, faculdade esta explicitamente prevista apenas para o controle direto das ações constitucionais e que, agora, com o processo abstrativista, passa a ser admitida também em sede de controle incidental.

A cada nova assimilação de institutos, o controle difuso torna-se mais assemelhado ao controle abstrato, passando os órgãos judiciais – inclusive o juiz singular – a contar com a

⁸⁰Cf.: PRADO, João Carlos Navarro de Almeida. Sincretismo no Controle de Constitucionalidade. Parte II: Abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. Revista Jurídica Consulex. Ano XI, n.242, fev/2007b, p. 62; CRUZ, Álvaro Ricardo; MEYER, Emílio Peluso; RODRIGUES, Elder Bomfim. A “abstrativização” da via difusa. In: Desafios contemporâneos do controle de constitucionalidade no Brasil. Vol 2. __ (coords.). Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 129; MORAIS, Fausto Santos de.; CORREIO, Bruno Ortigara. Modulação e abstrativização do efeito difuso: estudo de caso. Revista do Direito Público, v.10, n. 3, set./dez., 2015, p. 172.

⁸¹ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: RT, 2017, p. 53.

disponibilidade de um maior número de instrumentos jurídicos para resolver a questão constitucional.

Embora muito se fale em abstrativização enquanto fenômeno recente e brasileiro, quando concebida como sucessão de eventos aproximativos entre os sistemas de controle, a abstrativização ganha contornos bastante amplos – daí poder-se falar, também, em abstrativização *lato sensu* –, nela se enquadrando realidades outras que não a brasileira.

Dois casos paradigmáticos são a reforma constitucional da Suíça de 1971 e a positivação do artigo 281, nº 3 por parte da constituinte portuguesa de 1976, pelos quais ambos os países passaram a prever efeitos amplos às decisões incidentais de inconstitucionalidade proferidas por suas cortes constitucionais⁸².

Curioso notar, também, que o fenômeno aproximativo entre sistemas pode ser verificado na direção inversa, isto é, o sistema europeu (controle abstrato), em dados momentos da história, também incorporou elementos tradicionalmente empregados no controle concreto.

Dentre essas aproximações, Cappelletti destaca uma das mais “notáveis”: aquela inspirada na Novelle de 1929 à Constituição austríaca de 1920, pela qual as constituições da Itália de 1948 e da Alemanha de 1949 passaram a prever que todos os juízes comuns, mesmo os inferiores, embora incompetentes para declarar a inconstitucionalidade de leis, seriam competentes para submeter a questão de constitucionalidade – revelada em meio ao caso concreto – à Corte Constitucional, aumentando a participação dos juízos ordinários na resolução de questões dessa natureza⁸³.

Há, portanto, uma forma de sincretismo, derivado da influência da realidade concreta no controle abstrato e da abstrativização do controle difuso⁸⁴, de modo que os contornos que os dividem passam a ser menos nítidos.

Poder-se-ia falar, então, em “concretização do controle concentrado” como o processo equivalente, mas diametralmente oposto à abstrativização. A nomenclatura, no entanto, não

⁸²FAIDIGA, Daniel Bijos. **Efeito vinculante & declaração incidental de inconstitucionalidade**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 81-82.

⁸³CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992, p. 105-110.

⁸⁴PRADO, João Carlos Navarro de Almeida. Sincretismo no Controle de Constitucionalidade. Parte II: Abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. In: **Revista Jurídica Consulex**. Ano XI, n.242, fev/2007b, p. 62-64.

encontra ressonância na doutrina, servindo-a, aqui, apenas para efeitos comparativos e de elucidação.

Sobre a questão conceitual e terminológica, duas observações ainda merecem destaque.

A primeira é a de que, para alguns, o mais correto seria o uso da expressão “abstratividade” do controle difuso, no sentido de que, ao evoluir da doutrina, percebe-se que há um elemento de abstração ínsito ao controle difuso⁸⁵.

A segunda é que a dita “objetivação do recurso extraordinário”, por vezes equiparada ao fenômeno abstrativista, constitui, em verdade, manifestação específica deste. Afinal, o controle concreto não se resume à análise de arguições de inconstitucionalidade em sede apenas de recursos extraordinários, podendo as mudanças ensejadas pela abstrativização ser percebidas no julgamento de processos outros, a exemplo de mandados de segurança, habeas corpus etc.

3.1.2 Elementos aproximativos e sua classificação

O processo abstrativista ganha forma e existência a partir da assimilação de elementos típicos ou característicos do controle concentrado. A sistematização desses elementos, de acordo com sua propriedade conceitual, natureza jurídica, e gênese mostra-se útil para a demonstração da complexidade e amplitude do fenômeno da abstrativização no Brasil.

Um primeiro modo de diferenciá-los e, assim, melhor compreendê-los, é identificar sua adequação ao conceito de abstrativização tendo como critério específico o fato de se fazerem ou não presentes no controle concentrado.

Os elementos aproximativos próprios ou diretos são elementos expressos ou tradicionais já *presentes* no controle concentrado e que, ao serem previstos para o controle difuso, tornam-no, de modo explícito e direito, tal como aquele – ao menos quanto ao aspecto assimilado. Encaixam-se, com perfeição, ao conceito de abstrativização sugerido no subtópico anterior.

Um exemplo é a já citada modulação dos efeitos, prevista, em princípio, para o controle concentrado (art. 27 da Lei nº 9868/99), e que, ao ser expressamente admitida também em controle incidental, passou a permitir que órgãos judiciais ordinários pudessem

⁸⁵É o caso dos abstrativistas adeptos da tese ontológica. Cf.: FAIDIGA, op. cit., p. 94.

dela se valer exatamente como feito pelo Supremo quando em controle abstrato, sem qualquer distinção.

Há, contudo, elementos que não possuem correspondência no controle concentrado de normas, mas que, não obstante, ao serem criados, acabam resultando em efeito equivalente, aproximando o controle difuso do concentrado, ainda que de modo indireto ou insuficiente para equipará-los quanto ao aspecto assimilado. São os chamados elementos impróprios ou indiretos.

Assim, a rigor, qualquer inovação jurídica que acabe por aproximar o controle difuso do concentrado poderá ser considerada como parte da abstrativização, independentemente de ela originariamente já estar prevista para o controle abstrato ou não.

É o caso, por exemplo, da repercussão geral, criada como requisito específico de admissibilidade dos recursos extraordinários, inexistente nas ações de controle direto, mas que, ao ser prevista e regulamentada, acabou por fortalecer, segundo muitos, o caráter objetivo desses recursos.

Por constituírem novidades legislativas e jurisprudenciais sem equivalência no controle concentrado e cuja repercussão sobre o controle difuso é reflexa ou implícita, os elementos aproximativos impróprios dependem de atividade interpretativa para serem reconhecidos como tais.

É que, neles, a similarização entre os controles surge como consequência de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, da qual caberá, certamente, divergência.

Assim, embora sua existência seja inequívoca – a exigência de repercussão é um fato –, o efeito aproximativo entre os controles que dela decorre – fortalecimento do caráter objetivo dos recursos extraordinários – não é um dado pacífico, incontroverso, muito menos suficiente para equivaler a objetividade do julgamento desses recursos àquela da jurisdição concentrada.

Quanto à natureza jurídica, os elementos aproximativos dividem-se em formais e materiais. Formais são aqueles de aspecto processualístico, que dizem respeito ao procedimento e às relações processuais firmadas no curso do controle difuso, tornando-o mais próximo da dinâmica das ações abstratas. São exemplos: a possibilidade de realização de audiências públicas e a convocação de *amicus curiae*.

Materiais, por sua vez, são aqueles referentes à eficácia das decisões incidentais de inconstitucionalidade, cuja amplitude subjetiva e flexibilidade temporal torna-se cada vez

mais assemelhada àquelas do controle abstrato. Compõem, aliás, a maior parte dos elementos aproximativos.

Quanto à gênese, os elementos aproximativos podem ser criados a partir de uma construção jurisprudencial específica, por meio do reconhecimento da aplicabilidade de certos institutos ou características do controle abstrato, ou a partir da atividade legislativa em sentido amplo, como decorrência da edição de leis ordinárias, emendas e até mesmo novas constituições.

Em razão de sua simplicidade e objetividade, o critério da gênese foi o escolhido para a análise, em espécie, de cada um desses elementos de similarização. É o que se fará em seguida.

3.1.3 Reformas legislativas abstrativizantes

3.1.3.1 Constituição de 1934

A Carta de 1934 trouxe ao controle jurisdicional brasileiro três importantes novidades: exigência de maioria absoluta para a declaração de inconstitucionalidade nos tribunais (art. 179), criação da representação interventiva (art. 12, parágrafo segundo) e atribuição, ao Senado Federal, da competência para suspender a execução de leis declaradas inconstitucionais pelo Judiciário (art. 91, IV).

A primeira delas foi inspirada no *full bench* americano, que consistia na orientação segundo a qual o julgamento das controvérsias constitucionais deveria ser tomado com o preenchimento de todos os assentos, isto é, na presença da totalidade de membros do tribunal⁸⁶.

No Brasil, o princípio foi transformado em regra, com a atenuante de que, para a declaração de inconstitucionalidade, não seria necessária a presença de todos, mas apenas da maioria absoluta de seus membros ou do órgão especial, conforme atualmente se prevê no art. 97, CF/88.

Alguns autores enquadram a medida como elemento abstrativizante, por introduzir hipótese de controle difuso “*abstrato*”⁸⁷, consubstanciado no julgamento do incidente de inconstitucionalidade pelo plenário ou órgão especial, formado a partir da cisão funcional de

⁸⁶BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 44.

⁸⁷Cf.: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de direito processual civil. Vol. 3. Salvador: Jus Podivum, 2016, p. 675.

competência entre a câmara ou turma, competente para julgar o caso mas incompetente para declarar a inconstitucionalidade, e o plenário ou órgão especial, competente unicamente para julgar o incidente.

Com a nova regra, ter-se-ia admitida a cisão entre questões materiais específicas do caso e a fiscalização da constitucionalidade do ato, que seria avaliado separadamente pelo órgão especial, tal como se estivesse em sede de processo concentrado de controle.

Para os adeptos da tese ontológica, contudo, é preciso destacar que a dissociação entre as especificidades do caso e o juízo de constitucionalidade não se dá *em função* da regra de reserva de plenário, mas em razão da natureza mesma de todo controle de constitucionalidade; tudo o que a regra faz, portanto, seria tornar explícito ou evidenciar a natureza objetiva de todo controle judicial, seja ele qual for⁸⁸.

A segunda delas, a ação interventiva, pode ser considerada como o nascimento do controle concentrado de constitucionalidade no Brasil. A rigor, tratava-se de uma fórmula peculiar de resolução dos conflitos federativos, pela qual condicionava-se a eficácia da lei interventiva, de iniciativa do Senado, à declaração de sua constitucionalidade pelo Supremo⁸⁹.

Como em uma espécie de sucedâneo do direito de veto, o Supremo detinha o poder para, com base em exame puramente jurídico, declarar a constitucionalidade da lei interventiva e, *ipso facto*, afirmar a inconstitucionalidade da lei ou ato estadual – ou, inversamente, declarar a inconstitucionalidade da primeira e a constitucionalidade da segunda⁹⁰.

Ainda que de modo extremamente incipiente e restrito, a medida antecipou aquilo que mais tarde seria introduzido pela Emenda n.º 16/1965: a possibilidade de o tribunal declarar, com eficácia *erga omnes*, a constitucionalidade das leis, independentemente de anuência legislativa.

Por ser extremamente limitado, contudo, a medida não repercutiu significativamente sobre o controle difuso, razão pela qual, não deve ser considerada como elemento abstrativizante.

⁸⁸Cf.: FAIDIGA, op. cit., p. 156. Nesse sentido, a medida não poderá ser enquadrada enquanto elemento abstrativizante, pois faz referência a um elemento já presente, de modo integral, no controle difuso.

⁸⁹MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 176.

⁹⁰Ibid., p. 178.

A regra da suspensão da execução pelo Senado, por outro lado, constitui, sem dúvida, um importante elemento da abstrativização brasileira, tendo sido repetido por todas as constituições a partir de 1946, embora com algumas modificações.

Com o novo dispositivo constitucional, os efeitos das decisões de inconstitucionalidade, antes necessariamente restrito às partes, passaram a ser passíveis de ampliação *erga omnes*, tal como já acontecia, de modo automático, no modelo concentrado, aparentemente mais compatível com os países de tradição *civil law* justamente pelo fato de suas decisões serem reconhecidas como dotadas de força de lei, o que diminuiria os riscos de insegurança quanto a matérias de constitucionalidade.

A análise da regra será feita em tópico próprio, mais adiante estudado.

3.1.3.2 *Emenda Constitucional nº 16/65*

O sistema concentrado de controle de normas foi propriamente introduzido no Brasil ainda sob a vigência da Constituição de 1946, quando, por meio da Emenda Constitucional nº 16, de 1965, acrescentou-se às atribuições do Supremo Tribunal Federal a competência para julgar representações de inconstitucionalidade, propostas pelo Procurador-Geral da República, contra atos de natureza normativa federais e estaduais.

A partir de então, o modelo brasileiro, tradicionalmente difuso, tornou-se misto, admitindo, para além da arguição incidental, a impugnação direta dos atos inconstitucionais, via a propositura de uma ação própria, específica para o propósito de declarar a inconstitucionalidade.

Embora a Emenda Constitucional nº 16/1965 dissesse respeito tão somente ao controle concentrado, não trazendo, em seu corpo, qualquer dispositivo relativo ao controle difuso, para muitos, a reforma constitucional acabou por repercutir na dinâmica deste, influenciando, de modo determinante, para a restrição interpretativa do então art. 64 (atual art. 52, X, CF/88), feita pelo STF alguns anos depois⁹¹.

Portanto, por não trazer modificações diretas e explícitas ao controle difuso, a referida emenda somente pode ser concebida como parte do processo abstrativista enquanto elemento aproximativo impróprio.

⁹¹O tema será tratado mais à frente, quando abordado o art. 52, X, CF/88. Cf.: tópico 2.3.5. “processo de ressignificação prática”.

3.1.3.3 Constituição de 1988 e fortalecimento do controle concentrado

O sistema concentrado brasileiro instaurado pela Emenda Constitucional nº 16/1965 sofria de algumas deficiências, dentre as quais se destacou a restritividade do rol de legitimados ativos à propositura da representação de inconstitucionalidade, e também dos objetos passíveis de impugnação por esse meio – atos municipais, por exemplo, estavam excluídos.

Assim, com a Constituição de 1988, tentou-se corrigir essas lacunas tanto pelo acréscimo de novos legitimados ativos (art. 103, CF/88), como pela previsão de novas ações diretas, a de inconstitucionalidade por omissão (ADO) e a de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) – a ação a declaratória de constitucionalidade (ADC) viria um pouco depois, em 1993, com a Emenda Constitucional nº 3.

O constituinte originário de 1988 não previu, textualmente, qualquer alteração para o controle difuso.

Contudo, valendo-se de interpretações holísticas da Constituição, alguns autores concluem que a maior amplitude dada ao controle abstrato acabou por influir no reconhecimento de maior força aos julgados do controle difuso, sob pena de incoerência sistemática, já que praticamente todo ato passou a ser passível de impugnação direta⁹².

Nesse sentido, é possível que a Constituição de 1988 possa ser considerada como elemento aproximativo da abstrativização, mas apenas enquanto elemento impróprio.

3.1.3.4 Reformas processuais pós 1988 e novo Código de Processo Civil

É durante a vigência da Constituição de 1988 que se inicia a abstrativização em âmbito infraconstitucional, através, especialmente, das modificações no então Código de Processo Civil de 1973 – todas elas repetidas pelo novo código de 2015.

A primeira delas foi Lei nº 9.756/1998, por meio da qual, pelo acréscimo de um parágrafo único ao artigo 481 do CPC/73, permitiu-se aos órgãos fracionários de tribunal a dispensa da remessa do incidente de inconstitucionalidade ao respectivo plenário, quando já houvesse pronunciamento deste ou do plenário do Supremo sobre a mesma questão⁹³.

⁹²MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de informação legislativa**, v. 41, n. 162, abr./jun., 2004, p. 155.

⁹³Artigo hoje correspondente ao 949 do CPC/15.

O dispositivo adicionou força normativa aos julgados de inconstitucionalidade proferidos pelo Supremo em controle difuso, tornando-a mais próxima daquela decorrente dos acórdãos em ações diretas.

Nesse mesmo sentido, ao regular o cumprimento de sentença contra a fazenda pública, o novo código processual de 2015, em seu artigo 535, §5º, foi expresso ao fixar a inexigibilidade de obrigação reconhecida em título judicial fundado em lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo em controle concentrado ou difuso.

A referência explícita ao controle difuso complementou o que previa o antigo código, fortalecendo ainda mais a eficácia das declarações incidentais de inconstitucionalidade feitas pelo Supremo.

Outro elemento aproximativo foi a possibilidade de convocação de *amicus curiae* para a resolução de questões constitucionais suscitadas em meio a processos subjetivos tal como admitido em controle concentrado, o que foi previsto originariamente pela própria Lei n 9.868/99 e depois ampliado com as Leis 11.417/2006 e 11.418/2006, nas quais se previu, respectivamente, a manifestação do amigo da corte nos processos de edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante e na análise de repercussão geral dos recursos extraordinários.

Recentemente, a medida legislativa mais relevante à abstrativização foi, sem dúvida, o Código de Processo Civil de 2015.

O novo diploma processual – além de, conforme dito, repetir e aperfeiçoar alguns dispositivos abstrativizantes do código de 1973 – deu continuidade ao processo de similarização entre os controles ao estabelecer um sistema de precedentes obrigatórios em seu artigo 927.

Neste dispositivo, fixou-se não uma mera faculdade, mas autêntico dever⁹⁴, por parte dos órgãos judiciais, em observar os entendimentos firmados nas hipóteses ali elencadas, exemplificadamente⁹⁵.

Trata-se de um importante passo rumo à doutrina do *stare decisis*, pela qual se reconhece a dupla função de toda decisão judicial, qual seja, a de, em primeiro lugar, resolver

⁹⁴A obrigatoriedade do precedente pode ser atestada pela leitura de outros artigos do novo código. Cf.: arts. 332, 1040, 489, parágrafo 1º, VI, e 311, II.

⁹⁵Sobre não exaustividade do rol contido no art. 927, Cf.: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil. Vol. 2. Salvador: Juspodivum, 2016, p. 474.

a controvérsia e, em segundo, a depender da fundamentação empregada, servir de parâmetro para decisões judiciais futuras⁹⁶.

As repercussões da medida legislativa impactam diretamente o controle difuso, já que, nele, a resolução da questão constitucional encontra-se na fundamentação, e, enquanto questão prejudicial relevante ao julgamento, a matéria da inconstitucionalidade passa a integrar a *ratio decidendi*, fazendo parte da parcela obrigatória do precedente⁹⁷.

Assim, no julgamento de um recurso extraordinário repetitivo, por exemplo, a solução do caso valerá somente para as partes, mas a tese jurídica firmada em torno da inconstitucionalidade terá eficácia *erga omnes* e vinculará todo o Judiciário⁹⁸, autorizando, inclusive, o ajuizamento de reclamação constitucional em caso de desrespeito.

Quanto à instituição do sistema de precedentes obrigatórios e sua repercussão sobre a eficácia das declarações incidentais, o novo código processual deve ser enquadrado como parte da abstrativização enquanto elemento aproximativo indireto ou impróprio, pois os efeitos de similarização que dele decorrem não são suficientes para equivaler a eficácia das decisões incidentais àquelas proferidas em controle abstrato de constitucionalidade.

É que o efeito vinculante advindo do código de processo civil (lei ordinária) difere, quanto aos limites subjetivos, daquele fixado em norma de *status* constitucional, onde, por expressa determinação textual, para além do Judiciário, estão abrangidas as administrações públicas direta e indireta, federal, estadual e municipal (art. 102, parágrafo 2º, CF/88).

Assim, ainda que se reconheça que os precedentes firmados pelo plenário do STF sobre matéria constitucional vinculam todos os tribunais e juízes brasileiros⁹⁹, quando tais razões de decidir forem extraídas de julgamentos concretos, sua observância será adstrita ao Judiciário, não obrigando as demais esferas de poder.

⁹⁶RE, Edward Domenic. *Stare decisis*. **Revista de informação legislativa**, a. 31, n. 122, mai./jul., 1994, p. 282.

⁹⁷BURIL, Lucas. Duas notas sobre o art. 52, X, da Constituição Federal e sua pretensa mutação constitucional. **Revista dos Tribunais – Revista de Processo**, v. 38, n. 215, jan/2013.

⁹⁸DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil. Vol. 3**. Salvador: Jus Podivum, 2016, p. 376.

⁹⁹DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. op. cit., p. 480. No mesmo sentido, Cf.: ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: RT, 2017, p. 54.

3.1.3.5 Emenda Constitucional nº 45/2004

A chamada “Reforma do Judiciário” trouxe para o controle jurisdicional de constitucionalidade importantes novidades. Destacaremos, aqui, duas delas: as súmulas vinculantes e a exigência de repercussão geral para os recursos extraordinários.

A instituição das súmulas vinculantes possibilitou ao Supremo conferir efeitos vinculatórios sobre a administração pública e demais órgãos judiciais quanto a questões de constitucionalidade decididas em controle difuso, o que, até então, estava previsto expressamente apenas para o controle concentrado.

A repercussão geral, enquanto requisito específico de admissibilidade do recurso extraordinário, também é apontada como elemento de aproximação entre os controles, na medida em que parte do pressuposto de que os efeitos das decisões de inconstitucionalidade nesses recursos são transcendentais ao processo, possuindo aptidão para repercutir significativamente no campo social, econômico e/ou político.

A exigência de repercussão geral e a possibilidade de edição de súmulas vinculantes sobre decisões do controle difuso constituem elementos aproximativos impróprios da abstrativização, seja porque não estão previstas para o controle abstrato, seja porque o efeito assimilativo é imperfeito, sendo insuficiente para a exata equiparação ao controle abstrato¹⁰⁰.

3.1.4 Jurisprudência abstrativizante

3.1.4.1 Modulação dos efeitos

Embora as medidas legislativas sejam predominantes, o processo abstrativista também se concretiza pela via judicial, através da admissão da aplicabilidade de alguns institutos do controle concentrado ou do reconhecimento de características próprias desse controle.

O exemplo mais emblemático foi a construção do entendimento de que a faculdade para modular os efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade, prevista pelo art. 27 da Lei nº 9868/1999, também se estende ao julgamento incidental das questões constitucionais.

Tradicionalmente, entende-se que, no sistema difuso, a lei é tida como nula e a sentença que assim a define, como declaratória de efeitos retroativos (*ex tunc*); no controle

¹⁰⁰No controle concentrado, os efeitos vinculantes são automáticos e incondicionados aos requisitos formulados para a edição de súmula vinculante, tais como a exigência de “reiteradas decisões” sobre a mesma matéria.

concentrado, por outro lado, o ato é tido como anulável e a decisão, como de caráter constitutivo e efeitos prospectivos (*ex nunc*).

No Brasil, o princípio vigente sempre foi – e continua sendo – o da nulidade das leis inconstitucionais. Contudo, a partir do reconhecimento da aplicabilidade do art. 27 da Lei nº 9.868/1999 ao controle difuso, concretizou-se o poder de os tribunais – e mesmo os juízes singulares – atribuírem efeitos *pro futuro* às suas decisões, desde que por razões de “segurança jurídica” e “excepcional interesse social”.

Embora criticada por alguns¹⁰¹, é preciso consignar que a relativização dos sistemas de nulidade/anulabilidade é tendência mundial, verificada em diversos modelos de controle jurisdicional da constitucionalidade.

A própria Áustria, já na *Novelle* de 1929, passou a admitir efeitos retroativos à decisão de inconstitucionalidade, assim como, mais tarde, também o fizeram a Alemanha e a Itália – só que estes, em postura ainda mais radical, passaram a adotar o sistema da anulabilidade como regra, mesmo sendo países de controle exclusivamente concentrado¹⁰².

De igual modo, também nos Estados Unidos, desde a década de 1960, passou-se admitir expressamente a possibilidade de conferir efeitos prospectivos à decisão de inconstitucionalidade. No caso *Linkletter v. Walker* (1965), chegou a ficar consignado que “a Constituição nem reclama nem proíbe o efeito retroativo” e, no caso *Stovall v. Denno* (1967), que a retroatividade ou irretroatividade da desconstituição judicial é uma “questão política”

¹⁰³.

Na mesma linha de análise, Zavascki aponta que a modulação dos efeitos das sentenças declaratórias de inconstitucionalidade representa um significativo ponto de aproximação entre os sistemas de controle em todo o mundo, podendo ser verificado no modelo alemão, italiano, espanhol, português e americano¹⁰⁴.

¹⁰¹Por não haver regramento exposto e mais aprofundado sobre os requisitos da modulação no controle difuso, alguns enxergam sua permissão naquele sistema como uma abertura para ativismos. Elival da Silva Ramos, por exemplo, chega a classificá-la como “temerária”. Cf: RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 243

¹⁰²CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992, p. 119-120.

¹⁰³FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O valor do ato inconstitucional em face do direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, n. 230, out./dez., 2002, p. 220.

¹⁰⁴ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: RT, 2017, p. 71-72.

O estudo deste elemento aproximativo, portanto, indica que a abstrativização constitui apenas a face de um fenômeno mais amplo de aproximação entre os sistemas de controle e que sua ocorrência não se restringe à realidade brasileira.

3.1.4.2 Teoria concretista geral do mandado de injunção

No Brasil, o controle das omissões inconstitucionais pode dar-se abstratamente, via ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO), ou concretamente, via mandado de injunção.

Neste último, o controle dá-se em sede de processo comum, no qual pleiteia-se tutela de natureza subjetiva, de índole individual, mas cuja procedência perpassa pela análise da ocorrência do descumprimento do dever constitucional de legislar – ou de regulamentar, no caso de autoridade administrativa.

A omissão constitucional surge, portanto, dentro do contexto de uma certa demanda, como impeditivo ao exercício ou gozo de direitos fundamentais do autor.

Não há, no direito comparado, nenhum instrumento equivalente ao mandado de injunção, criado pelo constituinte brasileiro em 1988¹⁰⁵.

Acontece, todavia, que o entusiasmo democrático que inspirou sua criação contra a “fossilização” dos preceitos constitucionais não foi acompanhado de regulamentação específica, capaz de conferir-lhe efetividade e regramento técnico processual adequado.

O erro da não regulamentação, aliás, foi repetido pelas constituições estaduais, que se mantiveram silentes quanto à natureza e aos efeitos dessas decisões: deve a Corte simplesmente comunicar ao parlamento sobre a omissão? Deve ordenar que legisle, conferindo-lhe um prazo? Deve ela mesma elaborar a norma faltante para aquele caso ou criar, com eficácia *erga omnes*, as condições materiais para o exercício do direito¹⁰⁶?

O resultado desse silêncio pode ser percebido no histórico jurisprudencial do Supremo, que oscilou entre as mais variadas teses, desde as mais tímidas às mais ousadas.

Em princípio, a Corte adotou a tese chamada de não concretista, assim chamada em razão de a decisão se limitar ao reconhecimento da mora e à notificação do Poder Legislativo. Com o tempo, porém, em alguns julgados, o tribunal passou a estabelecer a norma

¹⁰⁵Sobre a nebulosa origem do mandado de injunção e o equívoco de associá-la às *injunctions* inglesas e americanas, Cf.: ROSA, André Vicente Pires. Las omisiones legislativas y su control constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 305-307.

¹⁰⁶ROSA, André Vicente Pires, op. cit., p. 322 e 324.

regulamentar para o caso (teoria concretista individual) e, em outros, chegou a estipulá-la com eficácia para todos (teoria concretista geral).

É nesse sentido que Álvaro Cruz elenca o desenvolvimento da corrente concretista geral como um dos exemplos do fenômeno da abstrativização¹⁰⁷.

Recentemente, a Lei nº 13.300/2016 deu continuidade a essa tendência, estipulando em seu art. 9º, parágrafo primeiro, ainda que como hipótese excepcional, a possibilidade de eficácia subjetiva *ultra partes* ou *erga omnes*.

3.2 ABSTRATIVIZAÇÃO COMO DOUTRINA

3.2.1 Conceito

Por detrás da abstrativização, há aqueles que a defendem e a estimulam, dissipados num movimento doutrinário ainda recente e pouco homogêneo. Aqui, portanto, fala-se em abstrativização não mais como processo, mas enquanto movimento doutrinário pertencente à dogmática jurídica constitucional e que enxerga, na aproximação entre os controles concreto e abstrato, o aperfeiçoamento do sistema misto brasileiro.

Enquanto doutrina, a abstrativização dirige-se ao passado, em defesa dos institutos aproximativos já implementados, mas também ao futuro, no estímulo ao mais relevante e controverso elemento de similarização entre os controles no Brasil, a saber: a concessão de efeito vinculante e eficácia *erga omnes* a decisões definitivas de constitucionalidade proferidas pelo plenário do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso.

É preciso ressaltar, contudo, que, para alguns abstrativistas, mesmo este elemento aproximativo, mais contestável e duvidoso, encontra-se atualmente aperfeiçoado pelo sistema jurídico nacional¹⁰⁸.

No mesmo sentido, embora tomado em sede de ação direta, o recente julgado das ADIs nº 3406/RJ e 3470/RJ reforçou a tese de que decisões incidentais de inconstitucionalidade transcendem aos processos em que são proferidas.

¹⁰⁷CRUZ, Álvaro Ricardo; MEYER, Emílio Peluso; RODRIGUES, Elder Bomfim. A “abstrativização” da via difusa. In: _____. (coords.) **Desafios contemporâneos do controle de constitucionalidade no Brasil**. Vol. 2. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 129.

¹⁰⁸Este é um problema metodológico típico da ciência jurídica: a confusão entre *ser* e *dever ser* provocada pelo posicionamento antiparadigmático (não conservador) que alguns de seus intérpretes autênticos podem ter. Repare: o fato de a tradição constitucional ser no sentido de que os efeitos dessas decisões *são* restritos às partes não impede que juristas, inclusive ministros do Supremo, eventualmente entendam de modo contrário e, em entendendo de modo diverso, façam valer aquilo que pensam *deveria ser*. Em outras palavras, o *ser inter partes* passa a ser substituído pelo *ser erga omnes*, pois o próprio sistema garante, via interpretação autêntica do Supremo, a autoridade daquele *dever ser* transformado em ato.

No entanto, por tratar-se de pauta não pacífica – especialmente em seus termos mais específicos – e de grande repercussão prática, optou-se, aqui, por separá-la das demais, enquadrando-a como elemento aproximativo ainda não consolidado, mas em processo de discussão.

Desse modo, para efeitos doutrinários e linguísticos, parece ser útil a formulação de uma acepção ainda mais estrita da abstrativização, mesmo em seu sentido doutrinário, capaz de realçar sua proposição mais ousada e controversa.

Assim, por abstrativização *stricto sensu*, entenda-se a corrente teórico dogmática que busca atribuir ou o reconhecer eficácia *erga omnes* e efeito vinculante automáticos às decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, independentemente do processo em que sejam tomadas – se objetivo ou subjetivo – ou de qualquer anuência por parte de entidade outra que não o próprio Supremo.

Segundo os abstrativistas, o que importa, para fins de generalização dos efeitos, é que o plenário da Corte Suprema tenha expressamente se pronunciado sobre a arguição constitucional, tendo cada um dos membros votado pelo seu acolhimento ou desacolhimento e, desde que, ao final, tenha sido atingido o quórum de maioria absoluta, exigido pela cláusula contida no artigo 97 da Magna Carta.

Portanto, a questão central posta pela abstrativização é justamente essa: a de saber se, nessas condições específicas, os efeitos das decisões de inconstitucionalidade devem ou não se estender para além do processo em que a questão constitucional – enquanto questão prejudicial – é resolvida.

Embora a doutrina abstrativista seja unânime em apregoar a extensão desses efeitos nessas circunstâncias, há pouca homogeneidade e clareza na apresentação dos fundamentos dessa maior amplitude eficaz.

Diante desse cenário, nas próximas páginas, buscou-se identificar e sistematizar a abstrativização de acordo com os argumentos que comumente lhe servem de sustentação, dividindo-a em quatro subespécies: a mutacionista, a expansionista, a pragmática e, por fim, a ontológica.

Destaque-se que, entre as subespécies mencionadas, não há interdependência, mas autonomia, de modo que a adesão a uma delas não implica o acatamento de outra, podendo a abstrativização ser embasada, isoladamente, por qualquer dos argumentos nelas contidos.

O destaque ganha relevância na medida em que, não raramente, confusões terminológicas são cometidas no sentido de reduzir a abstrativização à tese sustentada por Gilmar Ferreira Mendes, para quem, tal como mais adiante se demonstrará, a abstrativização se explica pela mutação constitucional do artigo 52, X da Constituição de 1988.

Trata-se de um reducionismo simplista e perigoso o qual acaba por confundir os profissionais do direito quanto ao posicionamento a ser tomado em (des)favor da abstrativização, como se aderir à tese abstrativista implicasse a defesa da mutação constitucional do artigo 52, X da Constituição de 1988¹⁰⁹.

Do mesmo modo, ressalve-se, também, que não há concorrência excludente entre tais subespécies. Isto é: a adoção de uma delas não significa, necessariamente, a rejeição de outra. É possível a compatibilização de dois ou mais argumentos, o que, aliás, é comumente feito em relação à abstrativização pragmática, pelos motivos mais adiante elucidados.

3.2.2 O argumento mutacionista

Dentre as subespécies da abstrativização, a tese mutacionista foi a de maior repercussão acadêmica, ao ponto de alguns a confundirem com a própria ideia de abstrativização, conforme elucidado anteriormente.

Seu maior expoente encontra-se na figura do ministro Gilmar Ferreira Mendes e recebe designação “mutacionista” em virtude de ter como principal argumento teórico a ocorrência de “autêntica” mutação constitucional do artigo 52, X, da Constituição de 1988, pelo qual, tradicionalmente, ficava a cargo do Senado Federal decidir pela concessão de efeitos genéricos à decisão definitiva de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo em controle difuso.

Para a compreensão do argumento mutacionista é preciso, antes, fixar a premissa de que texto normativo é diferente de norma jurídica, sendo esta uma resultante da interpretação do primeiro. Dessa forma, as disposições literais transformam-se em normas jurídicas quando objeto de atividade interpretativa¹¹⁰.

¹⁰⁹Cf.: CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Comentários ao informativo nº 886 do STF. Disponível em: <https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2017/12/info-886-stf.pdf>; DONIZETTI, Elpidio. Curso didático de direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2018, p. 1277-1278; GOMES, Ricardo Anderson. Crítica à tese da abstrativização do controle concreto ou difuso de constitucionalidade. Revista da AGU, ano 11, n. 31, jan./mar., 2012. LENZA, Pedro. A abstrativização do controle difuso? O Senado transformou-se em um mero “menino de recado”? O STF reconheceu a mutação constitucional do art. 52, X?. Carta Forense, Colunas, 2 de junho de 2014.

Nesse sentido, a mutação constitucional não incide sobre o texto – este permanece intacto, tal como positivado –, mas, sim, sobre a norma jurídica que dele se extrai. Nas palavras de Eduardo Ribeiro, trata-se de um processo informal (mas nem por isso ilegítimo) de modificação das normas constitucionais, com a função de atualizá-las no tempo e na sociedade¹¹¹.

O processo de alteração de significado e alcance do preceito constitucional operado pela mutação via modificação de costumes, leis e até mesmo interpretações judiciais, dá-se lentamente, só se tornando perceptível quando se compara o entendimento dado às cláusulas constitucionais em momentos diferentes, cronologicamente afastados um do outro¹¹².

Assim, segundo os mutacionistas, o artigo 52 da Constituição brasileira teria sofrido mutação em seu inciso X, cuja atual redação é clara ao estabelecer como uma das competências privativas do Senado a tarefa de “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

Grosso modo, pretendem que a expressão “suspender a execução no todo ou em parte” passe a ser lida como dever de publicidade, isto é: compete ao Senado tão somente “fazer publicar” a decisão definitiva do Supremo que declara a inconstitucionalidade de uma lei, não lhe cabendo fazer qualquer juízo discricionário sobre a matéria.

Com isso, a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante, antes somente alcançados após a remessa e confirmação pelo Senado, estariam, desde já, garantidos pela força mesma do acórdão proferido pelo plenário da Corte.

A mudança de sentido teria sido ensejada pela transformação gradual do ordenamento jurídico brasileiro a partir da Emenda Constitucional nº 16/65, com a consequente e reconhecida redução teleológica do dispositivo em 1977, sucedida, em 1988, pela nova amplitude conferida ao controle concentrado e o fim do monopólio do Procurador-Geral da República para a propositura dessas ações¹¹³.

Na visão de Gilmar Mendes, tais fatos foram capazes de abalar o significado normativo originário da regra de suspensão, já que praticamente todas as questões de

¹¹⁰GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 27.

¹¹¹MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Teoria da Reforma Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 96-97.

¹¹²FERRAZ, Ana Candida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**. Osasco: EdIFIEO, 2015, p. 9.

¹¹³MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. Brasília: **Revista de Informação Legislativa**, v. 41, n. 162, 2004, p. 155-156.

constitucionalidade passaram a ser impugnáveis via controle concentrado, sem haver, portanto, participação do Senado.

Com isso, tornou-se ilógico que uma mesma questão submetida a processo subjetivo tenha eficácia diversa de quando apreciada em controle concentrado:

Se o STF pode, em ADI, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de uma Emenda Constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucional, proferida no controle incidental, valer tão somente para as partes? A única resposta plausível nos leva a crer que o instituto da suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão de índole exclusivamente histórica¹¹⁴.

Segundo Mendes, a partir da vigência da Constituição de 1988, as próprias alterações no código de processo civil já indicavam um novo marco evolutivo na compreensão do sistema de controle brasileiro, pois, ao reconhecerem novos efeitos práticos às decisões proferidas no controle difuso, estava-se admitindo, como pressuposto, a quase perfeita equivalência entre os sistemas¹¹⁵.

Diante de todas essas modificações, conclui Gilmar Mendes que a mudança substancial de sentido sobre o art. 52, X da CF/88 consiste, ainda que não se quisesse, em um fato de efeitos já operados.

A teoria mutacionista, no entanto, não foi bem recepcionada por parte considerável da doutrina nacional. Isso porque, para muitos, o artigo 52, X não constitui uma cláusula aberta, não permitindo seu conteúdo a incidência do fenômeno da mutação, sob pena de violação de um dos limites básicos ao seu reconhecimento: a literalidade do texto¹¹⁶.

Em linha semelhante, Lenio Streck destaca que o que propõem os mutacionistas não é mutação constitucional (atribuição de uma nova norma ao texto constitucional), mas sim substituição de um texto por outro, pura e simplesmente¹¹⁷.

3.2.3 O argumento expansionista

Denominamos de “expansionista” o argumento que justifica a abstrativização *stricto sensu* segundo a valorização do sistema de precedentes ocorrida no Brasil, mais especificamente nos termos defendidos pelo ex-ministro Teori Zavascki em seu voto na

¹¹⁴Ibid., p. 155.

¹¹⁵Ibid., p. 157.

¹¹⁶DANTAS, Ivo. **O novo processo constitucional brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 203.

¹¹⁷STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Cattoni. A nova perspectiva do STF sobre controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Revista Gestão e Controle**, Ano 1, n. 2, jul./dez. 2013, p. 98.

Reclamação nº 4.335/AC, com alguns acréscimos, naquilo que lhe for compatível, de seus escritos em “Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional”.

O voto de Zavascki ganhou notoriedade à época do julgamento daquele paradigmático caso, em 2014, quando divergiu do então relator, ministro Gilmar Mendes, para firmar tese mais moderada, centrada não mais na ocorrência (ou não) da mutação constitucional, mas, sim, no significado último de todas aquelas reformas legislativas e jurisprudenciais: o fortalecimento do sistema de precedentes.

Segundo Zavascki, a tradição de que as decisões incidentais de constitucionalidade possuem força vinculativa apenas em relação às partes envolvidas no litígio não é mais compatível com o atual sistema normativo¹¹⁸.

Para defender sua tese, Zavascki aponta, primeiramente, para a parcial e deficiente adoção do modelo difuso de controle, feita em 1891, quando se importou o sistema norte-americano sem se ter cultura do *stare decisis*, de modo a ficar em aberto a questão da eficácia dessas decisões em relação a terceiros.

Essa lacuna, ao permitir a possibilidade de haver decisões divergentes, umas reconhecendo e outras rejeitando a inconstitucionalidade de um mesmo preceito normativo, foi motivo de graves inconvenientes no controle difuso, colocando em risco os princípios da isonomia e da segurança jurídica¹¹⁹.

Nesse sentido, Zavascki invoca doutrinadores de renome que, desde muito, atentos a esse aspecto negativo, já teriam alertado para a necessidade de reconhecer eficácia *erga omnes* às decisões do Supremo, ainda que tomadas em via incidental. Dentre eles, Lúcio Bittencourt, Castro Nunes e o próprio Rui Barbosa, mentor intelectual da Constituição de 1891, para quem:

Ante a sentença nulificativa, o ato legislativo, imediatamente, perde a sua sanção moral e expira em virtude da lei anterior com que colidia. E se o julgamento foi pronunciado pelo mais alto tribunal de recurso, a todos os cidadãos se estende¹²⁰.

Assim, decisões de inconstitucionalidade, mesmo quando proferidas em processos subjetivos, seriam dotadas de uma “vocação expansiva natural”, uma vez que, quando ditadas pelo Supremo, representam a última palavra sobre a legitimidade de um preceito genérico, apto a incidir sobre número indefinido de situações análogas¹²¹.

¹¹⁸ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: RT, 2017, p. 35.

¹¹⁹Ibid., p. 34.

¹²⁰Voto na Rcl. 4335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes. DJ 25/08/2006. Texto original In: BARBOSA, Rui. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. Vol. 4. São Paulo: Saraiva, 1933, p. 268.

¹²¹ZAVASCKI, op. cit., p. 53.

O insucesso dessa doutrina, no entanto, deveu-se à inexistência de uma cultura valorativa da força obrigatória dos precedentes judiciais, que, agora, especialmente ante o novo código processual, parece estar consolidada.

É que, com o tempo, explica o ex-ministro, várias e importantes modificações foram introduzidas no modelo brasileiro, todas elas com a indisfarçável finalidade de ampliar a eficácia dessas decisões, a começar pela própria regra de suspensão pelo Senado, introduzida em 1934 e prevista atualmente no art. 52, X, CF/88¹²².

Além dessa, Zavascki elenca outras das reformas que aqui foram denominadas de abstrativizantes, inclusive a possibilidade de modulação dos efeitos feita incidentalmente, sobre a qual afirma o seguinte:

Certamente contaminado e sensibilizado por essa clara e enfática mensagem imposta pelo sistema normativo, quanto ao caráter expansivo de que devem se revestir as suas decisões, o Supremo Tribunal Federal, em vários precedentes importantes, tomados em casos concretos, passou, ele próprio, a enunciar o que depois se convencionou chamar de modulação de efeitos, que outra coisa não é senão dispor sobre a repercussão daquela específica decisão a outros casos análogos (...). Ora, ao estabelecer formas e limites a serem observados na repercussão de suas decisões – tomadas, enfatize-se, também em casos concretos –, o Tribunal está, implícita mas inquestionavelmente, reconhecendo e atribuindo-lhes força expansiva e universalizante¹²³.

Segundo o ex-ministro, o resultado dessas modificações é que as decisões de constitucionalidade tomadas pelo Supremo passaram a possuir eficácia 1) *reflexa*, por transmitirem seus efeitos para além do caso julgado, com consequências, ainda que indiretas, em outras esferas jurídicas e em relação a outras pessoas não vinculadas à relação processual originária, e 2) *anexa*, por ser automática, independente de provocação ou de manifestação expressa da Corte sobre ela¹²⁴.

A força expansiva “natural” desses julgados teria, então, finalmente se tornado *obrigatória*, em função do fortalecimento do sistema de precedentes, que tornou vinculativa, para os tribunais, as decisões do Supremo sobre matérias constitucionais.

Mas tal eficácia (reflexa e anexa) seria suficiente para garantir efeitos vinculantes sobre a administração pública e garantir o manejo de reclamações constitucionais? Estaria ela presente em toda e qualquer decisão incidental de inconstitucionalidade preferida pelo Supremo? Se sim, qual o significado do atual art. 52, X da CF/88?

¹²²Ibid., p. 35.

¹²³Voto na Rcl. 4335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes. DJ 25/08/2006.

¹²⁴Op. cit., p. 36.

É, neste ponto, que o raciocínio de Zavascki torna-se nebuloso e até mesmo contraditório, a depender da leitura que se dê ao seu voto e a sua obra.

Em ambos, Zavascki defende que, ante as reformas abstrativizantes, o art. 52, X da CF/88 permanece válido e vigente, embora com seu significado prático reduzido¹²⁵. A diferença entre seus posicionamentos reside na identificação de qual seria, exatamente, a utilidade prática restante daquela regra.

Em trecho específico de seu livro, destoando até mesmo do tom ponderado e cauteloso com que elenca algumas poucas hipóteses de dispensa da remessa ao Senado¹²⁶, Zavascki chega a afirmar que o âmbito de aplicabilidade do artigo é praticamente nulo, esvaziando por completo a ideia por ele mesmo defendida, de que a regra continua válida e vigente, mas com seu significado *reduzido*. Ora seria, então, “reduzido” ao ponto de ter se tornado insignificante?

Em suas palavras:

Assim, considerando o atual quadro normativo, fruto de uma constante e progressiva escalada constitucional e infraconstitucional em direção à ‘dessubjetivação’ ou à ‘objetivação’ das decisões do STF, inclusive no controle incidental de constitucionalidade, é inquestionável a constatação de que, embora persista, na Constituição (art. 52, X, da CF/88), a competência do Senado Federal para suspender a execução de lei declarada inconstitucional, o seu exercício foi paulatinamente perdendo a importância e o sentido que tinha originalmente, sendo, hoje, inexpressivas, ressaltado o efeito de publicidade, as consequências práticas que dele podem decorrer¹²⁷.

Neste trecho, além de mostrar-se simpático à teoria mutacionista de Gilmar, Zavascki faz parecer ser adepto da tese de que *todas* as decisões incidentais de inconstitucionalidade seriam dotadas daquilo que, mais cedo, chamou de eficácia reflexa e anexa, sendo autossuficientes em todos os sentidos, inclusive para produção de efeitos vinculantes.

Esse não foi, contudo, seu posicionamento quando em análise a Reclamação nº 4335/AC.

Na ocasião daquele julgamento, Zavascki entendeu que a decisão incidental anterior, tomada em sede de habeas corpus, não teria sido capaz de produzir aquilo que chamou de “efeito vinculante *erga omnes*” e, com base na ausência desse efeito, defendeu que a reclamação somente fosse conhecida em razão do advento da Súmula Vinculante nº 26.

¹²⁵Ibid., p. 48.

¹²⁶De modo expreso, Zavascki reconhece a dispensa do Senado apenas nos casos de recursos extraordinários de repercussão geral admitida In: Ibid., p. 49

¹²⁷Ibid., p. 53.

É que, para ele, ainda que em um contexto de precedentes como o atual, a *força expansiva* naturalmente ínsita a toda e qualquer decisão de inconstitucionalidade não pode ser confundida com o efeito vinculante *erga omnes*, pois somente este último seria capaz de autorizar o manejo das reclamações constitucionais¹²⁸; o contrário, isto é, torná-los sinônimos, seria transformar o Supremo em mera “Corte Executiva”¹²⁹.

Nessa linha, o art. 52, X da CF/88 poderia, com efeito, desempenhar função complementar à declaração incidental feita pelo Supremo, restando-lhe, portanto, alguma prestabilidade, ainda que reduzida.

Não à toa, na Reclamação nº 4335/AC, embora afirmasse que o debate sobre a suposta ocorrência de mutação não era relevante para o julgamento, Zavascki posicionou-se contrariamente aos votos de Gilmar Mendes e Eros Grau, afirmando “ter razão” os votos dissidentes quanto à manutenção da funcionalidade do artigo¹³⁰.

Por parecer-nos o raciocínio teoricamente mais independente, descolado da tese mutacionista de Gilmar Mendes, e o mais coerente com próprias suas premissas, tomaremos este como sendo o argumento representativo da tese expansionista, que, assim, em suma, poderá ser reduzida aos seguintes pontos:

- 1) Decisões sobre a constitucionalidade de preceitos normativos possuem *força expansiva natural*, com aptidão para regular um número indefinido de casos análogos.
- 2) Embora preconizada por muitos e importantes doutrinadores do passado, a obrigatoriedade dessa força não logrou êxito em função da inexistência, no Brasil, de uma cultura de *valorização dos precedentes judiciais*, que, hoje, após as reformas abstrativizantes, faz-se presente.
- 3) Em consequência da adoção do sistema de precedentes, a força vinculativa das decisões incidentais de inconstitucionalidade – quaisquer que sejam – tornou-se obrigatória para os demais tribunais e órgãos judiciários, independentemente da edição de resolução legislativa por parte do Senado¹³¹.

¹²⁸Esse raciocínio tornou-se desatualizado em função do novo código de processo civil, razão pela qual, em seu livro, o próprio Zavascki defende a aptidão de toda decisão incidental para produzir efeito vinculante sobre o Judiciário, o que, então, à época do julgamento, garantiria o conhecimento da Reclamação nº 4335/AC, independentemente da Súmula nº 26. É que, nessa interpretação, antes do CPC/15, falar em efeito vinculante seria o mesmo que falar em efeito vinculante *erga omnes*. Depois do código, contudo, a distinção torna-se útil, visto que, para alguns, o efeito vinculante garantido pelo novo diploma processual seria mais restrito que aquele previsto no texto constitucional.

¹²⁹Voto na Rcl. 4335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes. DJ 25/08/2006.

¹³⁰Voto na Rcl. 4335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes. DJ 25/08/2006.

¹³¹Cf.: Ibid., p.54, item “F”.

4) Em algumas situações, o efeito vinculante das declarações incidentais poderá ser *erga omnes*, ultrapassando os limites do Judiciário e tornando-se de observação obrigatória para a administração pública em geral – tal como acontece nas ações de controle concentrado –, como é caso das declarações feitas em repercussão geral e daquelas posteriormente confirmadas em súmulas vinculantes¹³².

5) O art. 52, X da CF/88 não sofreu alteração em sua semântica, mas, sim, em seu significado prático, de modo que sua aplicabilidade, embora reduzida, permanece existente, podendo ser utilizada para tornar *erga omnes* os efeitos vinculantes advindos de declarações incidentais destituídas dessa amplitude eficaz, como aquelas feitas em sede de habeas corpus e mandados de segurança.

Note-se que, em ambas as teses, mutacionista e expansionista, o fundamento para a abstrativização reside nas reformas legislativas e jurisprudenciais ocorridas no Brasil.

Para Gilmar Mendes, tais modificações foram capazes de operar mutação constitucional sobre o art. 52, X da CF/88 e fazer com que a eficácia *erga omnes* e os efeitos vinculantes se fizessem presentes em todo e qualquer julgamento incidental pelo Supremo.

Para Zavascki, a consequência fundamental das reformas foi a valorização dos precedentes, tornando vinculantes aquelas decisões para o Judiciário e, em alguns casos, equiparando-as àquelas proferidas em controle concentrado, o que, em todo caso, acabou por diminuir – mas não eliminar – a utilidade da regra de suspensão pelo Senado, que, assim, embora com seu significado prático reduzido, permanece válida e vigente.

3.2.4 O argumento pragmático

A tese pragmática destaca um dos impactos práticos mais relevantes da abstrativização, qual seja: a diminuição de processos no Judiciário brasileiro, em especial no Supremo Tribunal Federal.

Para os pragmáticos, no controle difuso, a concessão (ou o reconhecimento) de efeitos que extrapolem os limites da lide é providência bem-vinda, na medida em que significa maior economia processual, segurança jurídica, celeridade e, ao fim, menor número de ações sobre a mesma matéria.

¹³²Cf.: Ibid., p. 54, item “h”.

Assim, segundo a tese pragmática, a racionalização dos processos e o desafogamento do Judiciário são motivos que, por si mesmos, justificam a aproximação entre os sistemas de constitucionalidade.

A preocupação quantitativa é frequentemente encontrada nos discursos sobre a necessidade de similarização entre os sistemas de controle de constitucionalidade. Veja-se o que afirmou a ministra Ellen Grace em um de seus votos sobre o elemento aproximativo da repercussão geral:

Em face do preocupante crescimento do já desumano volume de recursos extraordinários interpostos, a EC nº 45/2004 trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro um novo requisito para a admissibilidade desses instrumentos recursais. Para que esta Corte não fosse mais obrigada a se manifestar centenas de vezes sobre uma mesma matéria ¹³³.

Embora relevante, destaque-se que o viés *exclusivamente* utilitarista parece-nos ser o mais evidentemente inapropriado para embasar a abstrativização.

Isso porque um dos principais argumentos contra a concessão de efeitos amplos às decisões *in concreto* de constitucionalidade é o de que haveria enrijecimento do sistema de controle, pois deixar-se-ia de analisar a constitucionalidade segundo as singularidades fáticas contidas em cada processo. É como critica Rosmar Alencar:

A mistura de tendências e o esquecimento das particularidades que tendem a automatizar a aplicação do direito são fenômenos que vêm se tornando cada vez mais aceitáveis no Brasil. A justificativa maior para o acatamento dessa postura é a multiplicação das ações e a necessidade de julgamento célere (...). Busca-se salvar o funcionamento do Poder Judiciário com mecanismos paliativos, tal como a ampliação do efeito vinculante conducente a reduzir o número de processos das prateleiras, não importando muito se o ‘plano social da realidade’ ficará satisfeito ¹³⁴.

Trata-se de uma objeção pertinente, contra a qual o uso do argumento puramente pragmático pode estimular, com facilidade, a formação de interpretações falsamente dicotômicas, como se o valor da justiça e da atenção às especificidades do caso estivesse, de fato, contraposto à abstrativização.

Veja-se, por exemplo, como responde Marcus Caldeira às objeções feitas ao movimento abstrativista:

Ora, ou se é a favor da solução caso a caso, buscando-se privilegiar a ‘riqueza do caso concreto’, porém assumindo-se o ônus do volume (quase) invencível de processos, ou se busca um sistema mais nacionalizador, pautado por soluções gerais, no nosso caso, por meio de pronunciamentos do STF, em sede de recursos

¹³³GRACE, Ellen. Voto proferido no recurso extraordinário nº 584.608 –RG/SP, Rel. Min. Ellen Grace, DJ 12/03/2009.

¹³⁴ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Efeito Vinculante e Concretização do Direito**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2009, p. 159-160.

extraordinários, que servirão de balizamento para os demais órgãos do Poder Judiciário¹³⁵.

Atento a esse déficit argumentativo, Faidiga ressalva que, mesmo se empiricamente comprovada, a efetiva redução de processos não pode servir de fundamento à ampliação do efeito vinculante¹³⁶.

3.2.5 O argumento ontológico

A tese ontológica busca justificar a ampliação dos efeitos do controle difuso por meio de fundamentos gerais do direito, mais especificamente a partir da teoria da inconstitucionalidade e seu controle.

A ideia básica é que não há diferença essencial entre uma inconstitucionalidade reconhecida em um processo subjetivo e outra em ação direta e, em assim sendo, não há que se diferenciar os efeitos daí decorrentes¹³⁷.

Esse raciocínio não constitui, a rigor, qualquer novidade na doutrina brasileira, podendo ser encontrado em textos de diversos autores, inclusive clássicos¹³⁸.

A abordagem do tema, contudo, nem sempre goza da explicitude e da profundidade necessárias à desconstrução de certos dogmas que, enraizados no imaginário jurídico nacional, embasam a já tradicional noção brasileira em diferenciar a natureza dos sistemas de controle e, assim, justificar a diferenciação de efeitos em cada um deles.

A apresentação, sistematização e aprofundamento dos argumentos que compõem a tese ontológica será realizada em tópico próprio, o terceiro desta dissertação.

3.3 A REGRA DA SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO PELO SENADO (ART. 52, X, CF/88)

3.3.1 Ambiguidade em face da abstrativização

O artigo 52, X, da CF/88 apresenta relação dúplice diante do que se pode chamar de abstrativização.

¹³⁵CALDEIRA, Marcus Flávio Horta. A “objetivação” do recurso extraordinário. In: MENDES, Gilmar Ferreira (organizador). **Jurisdição Constitucional**. Brasília: IDP, 2012, p. 58.

¹³⁶FAIDIGA, Daniel Bijos. **Efeito vinculante & declaração incidental de inconstitucionalidade**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 126.

¹³⁷Ibid., p. 150.

¹³⁸Entre os autores mais recentes, destacamos os seguintes: Gilmar Ferreira Mendes, João Bosco Marcial de Castro, Eduardo Appio, João Carlos Navarro de Almeida Prado e Daniel Bijos Faidiga, merecendo menção, ainda, o trabalho de Thiago Silva Artioli, Cf.: Revista jurídica UNIGRAN. Dourados, MS, v. 11, n. 22, jul./del., 2009.

Sob a perspectiva histórica, objetiva, a regra representa um dos elementos de direito positivo mais importantes na aproximação entre os sistemas de controle de constitucionalidade no Brasil.

Conquanto o controle abstrato à época de sua formulação fosse demasiadamente incipiente e restrito às ações interventivas, o fato é que a medida deu nova roupagem e força ao controle jurisdicional difuso brasileiro, tornando-o mais assemelhado à prática constitucional europeia, ao trazer a possibilidade de extensão dos efeitos para além dos limites subjetivos de uma lide específica.

Os efeitos das decisões judiciais de inconstitucionalidade, antes necessariamente restritos às partes, passaram a ser passíveis de ampliação *erga omnes*, ainda que indiretamente, via remessa a outro órgão não integrante do Judiciário.

Nesse sentido, não há dúvida de que a regra é harmônica à abstrativização, pois fez parte do processo abstrativista por que passou o ordenamento constitucional brasileiro ao longo dos anos.

Contudo, é imprescindível apontar que, embora, historicamente, a regra da suspensão da execução de lei pelo Senado tenha, de fato, representado importante elemento aproximativo entre o modelo difuso brasileiro e o modelo continental europeu, hoje, a referida regra consiste no principal óbice legislativo ao aperfeiçoamento da abstrativização, uma vez que impede a concessão *automática* de efeitos genéricos, fazendo-a depender da anuência legislativa.

É que existe uma contradição entre a imediatidade dos efeitos vinculantes *erga omnes*, pregada por parte da doutrina, e a teleologia histórica do dispositivo, que a faz depender da anuência do Senado.

Pois, se, por um lado, a regra trouxe a possibilidade de extensão dos efeitos, ao mesmo tempo, condicionou-a à apreciação do Senado – conforme defende corrente majoritária.

E é precisamente contra tal exigência que muitos, hoje, se insurgem. Desde doutrinadores mais modernos, como Uadi Lammêgo Bulos, para quem o artigo 52, X, CF/88 já “passou da hora de ser excluído da normativa constitucional pátria”, uma vez que os vereditos do Supremo Tribunal Federal “independentemente de quaisquer chancelas, devem lograr eficácia contra todos e efeito vinculante tanto na via de ação como na de exceção”¹³⁹, aos mais tradicionais, como José Afonso, que assim se refere ao mesmo artigo:

¹³⁹BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. Saraiva: São Paulo, 2009, p. 148.

Essa regra não tem mais sentido de existir (...). Seria mais prático e expedito se se desse à decisão definitiva do STF efeito *erga omnes* a contar de sua publicação, também no recurso extraordinário, que é o ponto final da apreciação de inconstitucionalidade *incidenter tantum*¹⁴⁰.

O pensamento teórico desses autores é tipicamente abstrativista, na justa medida em que pretende conceder às decisões incidentais do Supremo os mesmos efeitos daquelas tomadas em controle concentrado.

O fundamento para justificar tal pretensão poderá variar conforme o autor, mas, mais que isso, quando se trata de compatibilizá-la com o atual art. 52, X da CF/88, o movimento abstrativista mais uma vez se divide.

Haverá aqueles, mais moderados, que, em tom propositivo (*lege ferenda*), defendem a modificação ou revogação do artigo¹⁴¹; outros, que a regra deverá ser contornada via edição de súmulas vinculantes¹⁴²; outros, que a norma que dali se extrai sofreu mudança de sentido (mutação) e portanto não mais prescreve o que antes prescrevia¹⁴³ e, por fim, aqueles que lhe reconhecem um restrito – mas cada vez menor – âmbito de aplicação¹⁴⁴.

De todo modo, o que deve ser destacado é que, sob a ótica da abstrativização enquanto movimento teórico, isto é, de parte da doutrina que pretende intensificar ainda mais a proximidade, no Brasil, entre os sistemas difuso e concentrado, a regra constitui verdadeiro entreve à continuidade do processo abstrativista.

3.3.2 Histórico constitucional da norma

A regra jurídica contida no atual art. 52, X da CF/88 é tradicional na história constitucional brasileira, constituindo elemento dogmático genuinamente nacional, sem precedentes ou paralelos nos ordenamentos estrangeiros¹⁴⁵.

¹⁴⁰SILVA, José Afonso. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 6ª Edição, 2009, p. 415.

¹⁴¹É como parecem defender, por exemplo, José Afonso e Uadi Lammêgo Bulos, nos trechos anteriormente citados.

¹⁴²É como defende o ministro Alexandre de Moraes: “Não mais será necessária a aplicação do artigo 52, X da Constituição Federal – cuja efetividade, até hoje, sempre foi reduzidíssima –, pois, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, o próprio Supremo Tribunal Federal poderá editar Súmula sobre a validade, a interpretação e a eficácia dessas normas, evitando que a questão controversa continue a acarretar insegurança jurídica e multiplicidade de processos sobre questão idêntica”. In: MORAIS, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2015, p.750. Também nesse sentido, Ivo Dantas: “o caminho para transformar estes efeitos em efeitos *erga omnes*, a própria Constituição oferece o caminho, qual seja, a edição de súmulas vinculantes”. In: DANTAS, Ivo. **Novo processo constitucional brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 205.

¹⁴³É como faz o ministro Gilmar Mendes, conforme demonstrado ao longo do subtópico “o argumento mutacionista”.

¹⁴⁴À semelhança do que outrora defendeu Zavaski, é como nos posicionamos.

Introduzida pioneiramente pela Constituição de 1934, a regra encontrava-se disposta no Título primeiro, capítulo quinto, concernente à coordenação dos Poderes, no qual ficava fixada a competência do Senado Federal para “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário” (art. 91, IV)¹⁴⁶.

Com exceção da Constituição de 1937, todas as demais constituições brasileiras reproduziram a mencionada competência senatorial, embora com algumas modificações.

Nas de 1946 (art. 64), 1967 (art. 45, IV) e 1969 (art. 42, VII), a redação previa explicitamente tratar-se de competência *privativa* e restrita às hipóteses de decisões *definitivas* de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal – e não mais ao Poder Judiciário, como genericamente se previa.

Outra modificação textual introduzida em 1946 e repetida daí em diante foi a substituição dos termos “lei” e “ato” (1934) por “lei” e “decreto”. A alteração, contudo, não implicou mudança no entendimento quanto à amplitude do objeto de controle, que, assim, tal como hoje, abrangia todos os atos normativos *lato sensu*, desde as leis em sentido amplo aos atos normativos expedidos pelo Executivo¹⁴⁷.

Assim, nos termos daquelas constituições, cabia privativamente ao Senado Federal: “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

Atualmente, a atribuição encontra-se disciplinada no art. 52, X, elencada entre as competências privativas do Senado Federal – a ser exercida, portanto, via resolução legislativa –, e está expressa sob a seguinte redação: “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

¹⁴⁵Ana Candida Ferraz nota, contudo, que, a princípio, a Constituição portuguesa originária de 1976 chegou a instituir mecanismo análogo ao brasileiro ao atribuir a órgão não jurisdicional, a Comissão Constitucional, a competência para proferir a decisão definitiva de constitucionalidade em casos concretos. Hoje, entretanto, após reformas constitucionais, tal dinâmica encontra-se superada. In: FERRAZ, Ana Candida da Cunha. Comentário ao art. 52, X. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1061.

¹⁴⁶A referência espacial quanto ao posicionamento da regra na Constituição de 1934, especificamente situada no capítulo da “coordenação dos Poderes”, não deve passar despercebida. A observação se presta a indicar um desenho do modelo tripartido hoje substancialmente reformulado.

¹⁴⁷ALENCAR, Ana Valdez Ayres Neves de. A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais. **Revista de informação legislativa**, v. 15, n. 57, jan./mar., 1978, p. 304-305.

O regramento infraconstitucional da regra é escasso¹⁴⁸, havendo apenas dois diplomas legais que a ela fazem referência: o RISTF e o RISF. No primeiro, o tema está disciplinado no art. 178 e, no segundo, entre os artigos 386 e 388.

3.3.3 Escopo originário

O mecanismo de remessa ao Senado foi a forma escolhida pelo constituinte brasileiro, em 1934, para emprestar eficácia *erga omnes* às decisões de inconstitucionalidade, conferindo àquela Casa Legislativa, o condão de ampliar o alcance normativo dos julgados proferidos pela Excelsa Corte¹⁴⁹.

Esse é, precisamente, o sentido específico de atribuir ao Senado Federal a competência para “suspender a execução” da lei declarada inconstitucional: conferir efeitos genéricos à declaração de inconstitucionalidade feita pelo Judiciário.

É que, quando implementado no Brasil por meio do Decreto nº 848, de 1890, e, mesmo em seguida, quando incorporado pela Constituição de 1891 e reafirmado pela Lei nº 221/1894, o controle brasileiro não contava com a possibilidade de concessão de efeitos *erga omnes*, valendo a declaração de inconstitucionalidade tão somente para os sujeitos que naquele processo litigavam.

Portanto, no julgamento de um caso qualquer, caso se entendesse pela invalidade de determinada norma relevante ao deslinde do litígio, a decisão judicial de inconstitucionalidade possuía eficácia restrita àquele processo, de modo que, para terceiros, o dispositivo legal permanecia incólume e, para outros demandantes que ingressassem no Judiciário com intuito de resolver a mesma controvérsia, o resultado poderia ser diverso daquele entendimento.

O modelo brasileiro de controle jurisdicional afastava-se, assim, do quadro institucional norte-americano, no qual foi inspirado e pensado, possuindo, em razão dos limites *inter partes* das decisões, efeitos perversos inexistentes naquele sistema: multiplicação de processos fundados na arguição da inconstitucionalidade de um mesmo ato, disparidade de decisões e morosidade no Judiciário.

¹⁴⁸Para alguns, a pormenorização da regra de suspensão não é necessária. Brossard, ao dissertar sobre o exercício da competência, afirma que “não há regras escritas a respeito e não há porque escrevê-las”, sendo conveniente “deixar o problema entregue à presumida sabedoria e senso de responsabilidade da Câmara dos Estados”. In: BROSSARD, Paulo. O Senado e as leis inconstitucionais. **Revista Legislativa**, v. 13, n. 50 abr./jun., 1976.

¹⁴⁹MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista Legislativa**, v. 41, n. 162, abr./jun., 2004, p. 149-150.

Conforme anota João Bosco Marcial de Castro, o sistema de controle de constitucionalidade adotado pelo Brasil em 1891 acolheu os parâmetros norte-americanos, mas, por tê-lo feito de forma tímida e mitigada, sem o estabelecimento do princípio do *stare decisis*, viu-se compelido, em 1934, a buscar no Senado o veículo legislativo para conferir força vinculante e *erga omnes* à decisão declaratória de inconstitucionalidade¹⁵⁰.

Paralelamente à percepção da incompletude e deficiências do modelo misto brasileiro, do outro lado do mundo, na Europa continental, surgiam os primeiros modelos concentrados de controle, com previsão de Cortes Constitucionais aptas a proferirem decisões com força de lei, capazes de invalidar a lei mesma, com efeitos *erga omnes*, sistema que se mostrava muito mais afinado com a realidade dos países de tradição *civil law*¹⁵¹.

A menção ao então recém-criado sistema europeu e suas vantagens era pauta constante entre os constituintes de 1933, tanto nos discursos como nas justificações a projetos de emenda, como naquela feita por Godofredo Viana¹⁵², onde foram reverenciados os modelos austríaco e tcheco. Alguns, inclusive, chegaram a propor a criação de uma Corte Constitucional, como o fez Nilo Alvarenga¹⁵³.

A regra da suspensão pelo Senado consistiu, assim, no meio genuinamente brasileiro, de inspiração eminentemente prática, encontrado pelos constituintes de 1934 para assemelhar a Carta Magna brasileira a outras constituições modernas (europeias)¹⁵⁴ e, simultaneamente, reaproximá-la da dinâmica norte-americana, originalmente inspiradora do controle jurisdicional difuso brasileiro¹⁵⁵.

A preocupação com a insegurança jurídica em matéria de constitucionalidade e a tentativa de contorná-la de um modo pragmático foi explicitamente mencionada em discursos da constituinte de 1934, inclusive por seu mentor intelectual, o então deputado Prado Kelly,

¹⁵⁰CASTRO, João Bosco Marcial de. **O controle de constitucionalidade das leis e a intervenção do Senado Federal**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008, p. 54.

¹⁵¹Os inconvenientes práticos da adoção do sistema americano em sistemas de destituídos da tradição do *common law* também eram sentidos em países como Japão e Suíça. In: CAPPELLETTI, Mauro. op. cit., p. 78-79.

¹⁵²ALENCAR, op. cit., p. 235-236.

¹⁵³Ibid., p. 237.

¹⁵⁴FERRAZ, Ana Candida da Cunha. Comentário ao art. 52, X. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1065.

¹⁵⁵A verdade é que a jurisdição constitucional é inseparável da vinculação, seja na forma do *stare decisis*, seja na forma da decisão com força de lei. In: GIORGI JR., Romulo Ponticelli. **Jurisdição constitucional e código de processo civil: sincronia, racionalidade, interpretação e segurança jurídica**. São Paulo: RT, 2017.

que assim se manifestou quanto à posição de seus colegas contrários à introdução da norma ao projeto de Constituição:

Na sistemática preferida pelo nobre deputado, Sr. Levi Carneiro, o Supremo Tribunal decretaria a inconstitucionalidade de uma lei, e os efeitos da decisão se limitariam às partes em litígio. Todos os demais cidadãos, que estivessem na mesma situação da que foi tutelada num processo próprio, estariam ao desamparo da lei. Ocorreria, assim, que a Constituição teria sido defendida na hipótese que permitiu o exame do Judiciário, e esquecida, anulada, postergada em todos os outros casos¹⁵⁶.

Mais tarde, agora como ministro do Supremo Tribunal Federal, Prado Kelly voltou a versar sobre as origens do dispositivo:

A jurisprudência pacífica do STF negava a extensão a outros interessados dos efeitos de suas decisões. O julgado estava, como é de *communis opinio*, adstrito à questão focalizada perante a Corte. (...) Então, acudia naturalmente aos estudiosos dos fatos jurídicos a conveniência de instituir-se meio adequado à pronta suspensão dos efeitos, para terceiros, das leis ou regulamentos declarados inconstitucionais pela Suprema Corte. Foi uma inspiração de ordem prática¹⁵⁷.

Quando discutido o Anteprojeto da Carta de 1946, outros parlamentares destacaram o mesmo propósito, como o fez Ferreira de Sousa:

Trata-se da restauração de disposição da Constituição de 1934, disposição grandemente justa e que atendeu à economia nos litígios judiciais. Se o Poder Judiciário, examinando a matéria em particular, declara a inconstitucionalidade de uma lei ou regulamento (...), não é justo que cada cidadão, para fazer valer seu direito, suporte as delongas de uma demanda judiciária até o final¹⁵⁸.

Após análise minuciosa das atas e documentos relativos à Constituinte de 1934, Ana Valderez Alencar é conclusiva ao afirmar que dois foram os fatores determinantes à inclusão da aludida competência entre as atribuições do Senado: 1) necessidade de emprestar força vinculativa *erga omnes* às decisões de inconstitucionalidade e 2) intuito de fazê-lo de modo equilibrado, em prestígio à Separação de Poderes¹⁵⁹.

3.3.4 Suspensão obrigatória X facultativa

A análise da competência atribuída ao Senado Federal perpassa por controvérsias variadas. Entretanto, tendo em vista a discussão específica sobre a força normativa das decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo, há um debate, contudo, que se destaca.

Trata-se de saber se o exercício dessa competência é discricionário ou vinculado, isto é: “declarado inconstitucional um preceito, por decisão irrecorrível do STF, e comunicada esta

¹⁵⁶ ALENCAR, op. cit., p. 260.

¹⁵⁷ Trecho de voto extraído da Reclamação nº 691-SP, Rel. Min. Carlos Medeiros Silva, RTJ 38/68-69.

¹⁵⁸ ALENCAR, op. cit., p. 265.

¹⁵⁹ Ibid., p. 264.

ao Senado, deve ele suspendê-lo? Em outras palavras, o Senado é obrigado a suspender o preceito fulminado de inconstitucionalidade ou tem o poder de fazê-lo?”¹⁶⁰.

Posicionar-se no sentido de que a regra estipula um *comando* dirigido ao Senado, cujo pressuposto fático é a existência de decisão definitiva de inconstitucionalidade proferida pelo STF, significa, em última análise, reconhecer maior força normativa às decisões daquela Corte e fazer da atribuição do Senado etapa de natureza burocrática e formal.

Se a norma, contudo, estabelece um *poder* a ser exercido discricionariamente, significa que aquilo para o qual foi feita – generalização dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade – somente será atingido a partir da apreciação efetiva e substancial do ato pelo Senado, de modo que, até lá, a eficácia da decisão proferida pelo STF permanecerá restrita ao processo em foi prolatada.

Durante décadas, Lúcio Bittencourt sustentou quase que isoladamente a tese de haver, ali, verdadeira obrigação por parte do Senado em suspender o ato inconstitucional. Segundo ele, a resolução legislativa não seria optativa, devendo ser baixada sempre que se verificasse a hipótese de fato prevista na Constituição consubstanciada na prolação da decisão definitiva pelo STF¹⁶¹.

Nessa linha, o pronunciamento da Casa representante dos Estados seria prescindível à eficácia geral da sentença declaratória de inconstitucionalidade, que, assim, valeria para todos quando proferida pela mais alta corte do país, independentemente de qualquer chancela.

É que, para Bittencourt, embora a coisa julgada estivesse restrita às partes, tornando-lhes imutáveis e indiscutíveis os efeitos da decisão (qualidade dos efeitos), os efeitos mesmos da declaração de inconstitucionalidade seriam sempre amplos e genéricos.

Segundo o autor, independentemente de terem sido ou não parte no processo, a eficácia “natural” da decisão de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal atua em relação a *todos* e atinge em cheio o ato impugnado, de modo que é a coisa julgada que só vale entre as partes¹⁶². E continua seu raciocínio:

Toda a dúvida repousaria no saber se o Judiciário pode ou não apreciar a compatibilidade da lei com a Constituição (...) Mas, aceito o princípio, reconhecida a legitimidade desse poder, admitida a jurisdição, o resultado inelutável é que o entendimento fixado pelo Judiciário é final e conclusivo. É o raciocínio de Charles

¹⁶⁰BROSSARD, Paulo. O Senado e as leis inconstitucionais. **Revista Legislativa**, v. 13, n. 50 abr./jun., 1976, p. 55.

¹⁶¹BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 145.

¹⁶²Ibid., p. 142.

Evans Hughes, a cuja lógica não é possível fugir: *if the judicial power extended to such cases, the determination of the Supreme Court must be final*¹⁶³.

A conclusão a que chega o mestre mineiro sobre a competência do Senado é que esta só poderia ter, assim, finalidade formal, no sentido específico de dar oficialidade e publicidade ao julgado. Nas palavras do autor:

Se o Senado não agir, nem por isso ficará afetada a eficácia da decisão, a qual continuará a produzir todos os seus efeitos regulares, que, de fato, independem da colaboração de qualquer dos outros poderes. O objetivo do art. 45, IV da Constituição é apenas tornar pública a decisão do tribunal, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos¹⁶⁴.

De outro lado, em franca corrente majoritária, agrupavam-se aqueles em favor da discricionariedade do ato do Senado¹⁶⁵.

Para esses, a ideia da vinculatividade consistia em interpretação incompatível com o princípio fundamental da Separação de Poderes e transformava o Senado em mero autômato, pois, na prática, significava atribuir-lhe função notoriamente subalterna e, mais que isso, desprovida de qualquer utilidade¹⁶⁶.

Brossard, em tom jocoso, referindo-se à posição de Bittencourt, chega a dizer que a função de dar publicidade ao julgado poderia ser desempenhada com muito mais proficiência e vantagem, por qualquer funcionário da secretaria do Supremo Tribunal Federal, pois não haveria sentido em uma decisão do Supremo tornar-se pública tanto pela publicação do acórdão no Diário da Justiça quanto pela publicação da resolução senatorial no Diário do Congresso¹⁶⁷.

Para além da objeção política, de desequilíbrio entre os Poderes da República, havia, ainda, argumentos específicos, referentes a supostas deficiências de se ter um controle definitivo e genérico oriundo de uma decisão *judiciária* e não legislativa.

Entre essas objeções estava a de que haveria uma distinção entre a cognição judicial e a legislativa, sendo a primeira mais restrita que a segunda. E, se são diferentes, os efeitos das

¹⁶³Ibid., p. 142.

¹⁶⁴Ibid., p. 145.

¹⁶⁵Ana Candida Ferraz divide esses entre aqueles que admitiam o exame da decisão do Supremo apenas quanto ao aspecto formal e aqueles defendiam a possibilidade de revisão meritória da decisão. In: FERRAZ, Ana Candida da Cunha. op. cit., p. 1066. A distinção, contudo, pode mostrar-se problemática na medida em que há divergências relevantes, de autor para autor, quanto ao que seria precisamente o controle formal. Buzaid, por exemplo, chegava a considerar como formal a análise do tipo fiscalização feita pelo Supremo. Para Brossard, por outro lado, a análise formal seria apenas processualística e, por isso mesmo, considerava que sua observância cabia às partes perante o STF e não ao Senado. Cf.: BROSSARD, op. cit., p. 57-58.

¹⁶⁶BROSSARD, op. cit., p. 62.

¹⁶⁷Ibid., p. 62.

decisões devem corresponder à amplitude cognitiva dentro da qual cada Poder está autorizado a conhecer e a decidir a questão da constitucionalidade.

É como criticou Josaphat Marinho: “de regra, pois, a decisão judiciária não examina a lei ou o decreto no conjunto de suas motivações e de seus fins. Aprecia-os em um ou em alguns de seus aspectos, circunscrita, quase sempre, às linhas marcantes da demanda, além da qual não produz efeitos”¹⁶⁸.

Brossard, no mesmo sentido, afirma que quando o Judiciário enfrenta o problema da inconstitucionalidade, não considera a sabedoria, a utilidade ou a oportunidade da lei em questão, mas apenas “a sua legitimidade, quer dizer, a sua compatibilidade em face da Lei Maior” e conclui: “os efeitos do julgado são jurídicos e particulares; os da decisão do Senado são políticos e genéricos”¹⁶⁹.

Alegava-se, também, que a atividade judicial está permanentemente inspirada na mutação das circunstâncias históricas e no influxo de novas ideias e que, portanto, a regra da suspensão pelo Senado cumpriria justamente a função de permitir a continuidade desse papel criativo do Judiciário, evitando a imobilização da jurisprudência¹⁷⁰.

Nessa linha, defendiam que o Judiciário decide sempre circunstancialmente e, por isso, mesmo na hipótese de decisões reiteradas em favor da inconstitucionalidade, poderia ser conveniente sobrestar a suspensão da execução da norma¹⁷¹.

Todavia, se, no meio doutrinário, a tese da facultatividade encontrava poucos adeptos, na prática, estava longe de ser uma unanimidade.

Durante a vigência da Constituição de 1946, quando o dispositivo passou a integrar efetivamente a dinâmica institucional do Senado, o argumento da vinculatividade foi invocado diversas vezes na Comissão de Constituição e Justiça em relatórios que aprovavam projetos de resolução favoráveis à suspensão de atos, conforme demonstra Ana Valderez de Alencar, em seu estudo¹⁷².

Em um desses pareceres, de 1957, os Senadores valeram-se da opinião de Seara Fagundes, para defenderem o seguinte:

¹⁶⁸MARINHO, Josaphat. O art. 64 da Constituição eu papel do Senado Federal. **Revista de informação legislativa**, v. 1, n. 2, jun., 1964, p. 10.

¹⁶⁹BROSSARD, op. cit., 61.

¹⁷⁰MARINHO, op. cit., p. 6-7.

¹⁷¹BROSSARD, op. cit., p. 64.

¹⁷²ALENCAR, op. cit., p. 316-328.

Pretender que o Senado recuse suspender a execução da lei (...) nos afigura indefensável. Juridicamente e politicamente. Juridicamente porque, no sistema da nossa Constituição, o Supremo é o árbitro final da constitucionalidade das leis, não cabendo ao Senado, nem de longe, rever os seus critérios. Se o admitíssemos, estaríamos tornando ao malsinado e infelicíssimo sistema do art. 96 da Carta de 1937¹⁷³, segundo o qual o contencioso da constitucionalidade das leis tinha sua palavra final não juízo jurídico dos tribunais, porém no critério político do Parlamento. (...) O que pode o Senado, no exercício dessa atribuição política, é retardar a suspensão do ato inconstitucional, atendendo a certas conveniências, nunca, no entanto, como se tem insinuado, por considerar o julgado errôneo juridicamente, ou mal inspirado. Menos ainda por tê-lo como atentatório à missão legiferante do Congresso, pois quando o Supremo Tribunal diz que o Poder Legislativo exorbitou está exercendo função que lhe foi confiada pela Lei Suprema¹⁷⁴.

O apoio à tese de Bittencourt mostrou-se vivo ainda alguns anos depois, quando o Projeto de Emenda Constitucional que resultou na Emenda nº 16/1965 revelou em sua exposição de motivos o intuito de “tornar explícito” o efeito *erga omnes* das decisões do Supremo, chegando a prever que o art. 64 da CF/46 passaria a ter a seguinte redação: “Incumbe ao Presidente do Senado Federal, perdida a eficácia da lei ou do ato de natureza normativa, fazer publicar no Diário Oficial e na Coleção das leis, a conclusão do julgado que lhe for comunicado”. A proposta de alteração foi, porém, rejeitada¹⁷⁵.

O debate, então, continuaria por décadas, como até hoje, de fato, permanece vivo na academia.

3.3.5 Processo de ressignificação prática

Ao longo de sua já longa história, a regra da suspensão pelo Senado passou por diversos contextos normativos e ideológicos, que moldaram seu significado e uso.

Desde a criação do Supremo, no final do século XIX, até o constitucionalismo contemporâneo, as concepções políticas sobre a tripartição de poder e, mais especificamente, sobre a função jurisdicional mudaram substancialmente.

O reflexo dessas mudanças ideológicas deu-se no direito por meio da positivação de regras que ampliaram e intensificaram a força das decisões judiciais, deixando de lado aquela suspeição que outrora havia sobre a faculdade de o Judiciário exercer controle sobre atos do Legislativo.

¹⁷³O artigo em comento, em seu parágrafo único, estipulava que, a juízo do Presidente da República, uma lei declarada inconstitucional pelo Supremo poderia ser reexaminada pelo Parlamento.

¹⁷⁴Ibid., p. 324-325.

¹⁷⁵MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista Legislativa*, v. 41, n. 162, abr./jun., 2004, p. 154.

Assim, no Brasil, com a introdução do controle concentrado pela Emenda nº 16/1965, conferiu-se ao Supremo Tribunal Federal aquilo que, até então, na linha dos mais conservadores, só poderia ser feito pelo Senado: a possibilidade de reconhecer, de modo amplo e genérico, a inconstitucionalidade de uma lei.

O entendimento foi consolidado em 1977, quando o Supremo decidiu que a comunicação ao Senado só seria necessária para as declarações feitas em controle difuso, devendo ser dispensada nos casos de controle concentrado via representação de inconstitucionalidade.

A dúvida havia surgido em função da omissão do texto constitucional e do regimento interno daquele tribunal que, à época, por terem sido escritos quando o modelo brasileiro era exclusivamente difuso, não especificavam em quais tipos de procedimento seria necessária a remessa¹⁷⁶.

Com a chegada do controle concentrado, ficava, então a dúvida: as decisões de inconstitucionalidade proferidas nas representações também deveriam ser comunicadas ao Senado para fins de suspensão da execução?

Em 18 de abril de 1977, a Mesa de Matéria Constitucional do STF, no processo administrativo nº 4.477-72, definiu que a intervenção do Senado seria cabível somente quando “por ser a inconstitucionalidade proferida no julgamento de um caso concreto, a decisão judicial não possa exercer seus efeitos fora da demanda em que proferida”, hipótese em que, “a manifestação do Senado Federal é indispensável para dar eficácia geral ao julgamento da inconstitucionalidade”¹⁷⁷.

Em 1980, esse entendimento chegou a ser positivado no art. 178 do novo RISTF, cuja redação, até hoje, prevê explicitamente a comunicação ao Senado apenas nas hipóteses de controle incidental, e que se manteve inalterado ainda após a promulgação da Constituição de 1988¹⁷⁸.

Ora, partir daí, a natureza do controle jurisdicional de constitucionalidade permaneceu mista, mas a participação do agente político, o Senado, tornou-se reduzida em razão de uma

¹⁷⁶O art. 52, X, da CF/88, aliás, continua omissa, sem referir-se especificamente ao controle concentrado ou difuso.

¹⁷⁷Processo Administrativo nº 4.477-72, publicado no Diário da Justiça em 16 de maio de 1977.

¹⁷⁸NOBRE JR., Edilson. Coisa julgada *versus* fiscalização de constitucionalidade: apontamentos para compreensão dos artigos 475-L, II, parágrafo 1º, e 741, II, parágrafo único do CPC. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 12, n. 47, jan./mar., 2012, p. 158.

interpretação restritiva do então art. 42, VII, CF/69, o que, para alguns, significou verdadeira mutação constitucional da norma¹⁷⁹.

Começava, então, o processo de redução do âmbito de aplicabilidade daquele dispositivo, que, mais tarde, seria intensificado pelas reformas abstrativizantes subsequentes, desde o robustecimento do controle abstrato com a Constituição de 1988 às reformas constitucionais e processuais, todas elas tendentes ao aumento da força normativa das decisões do Supremo, independentemente de qualquer chancela por parte do Legislativo.

Note-se que se o fim específico da norma de remessa ao Senado era conferir efeitos amplos às decisões de inconstitucionalidade, à medida que este mesmo fim é alcançado por outros mecanismos, reduz-se, inevitavelmente, o significado prático do primeiro.

Pode-se questionar, com pertinência, a constitucionalidade desses mecanismos, o que, em última análise, significa afirmar a *taxatividade* da resolução legislativa senatorial como sendo o único mecanismo apto a conferir efeitos amplos às declarações de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo.

A objeção, contudo, demonstra fragilidades.

Primeiro porque grande parte das reformas abstrativizantes foram introduzidas com *status* constitucional, com destaque para as Emendas Constitucionais nº 16/1965 e nº 45/2004, que permitiram, respectivamente – via representação de inconstitucionalidade e súmula vinculante – a concessão de efeitos genéricos tanto em sede de controle abstrato quanto em sede de controle concreto.

Segundo porque a restrição das hipóteses de remessa ao Senado deriva de interpretação do próprio Supremo Tribunal Federal, que, desde 1977, vem reconhecendo a dispensabilidade da regra em um número cada vez maior de hipóteses.

Não nos parece, portanto, que a mudança do contexto normativo tenha alterado o conteúdo semântico do texto constitucional, fazendo-o prescrever comando outrora inexistente.

A ressignificação do art. 52, X, CF/88 consubstancia-se em sua realidade prática, enquanto meio – não exclusivo – para atingir determinado fim.

Não se trata de mutação, mas de um processo histórico e gradual de diminuição das hipóteses de aplicabilidade de um artigo, que, com o tempo, em função do protagonismo

¹⁷⁹João Bosco Marcial de. **O controle de constitucionalidade das leis e a intervenção do Senado Federal**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008, p. 30.

tomado pelo Judiciário no controle da constitucionalidade, mostrou-se de uso cada vez mais prescindível.

Tal processo não se dá em descumprimento ao princípio da Separação de Poderes, mas precisamente em função dele, como decorrência pura e simples do reconhecimento, em definitivo, do Supremo Tribunal Federal enquanto detentor da última palavra sobre a constitucionalidade das leis.

O paradigma político específico que inspirou a norma da suspensão senatorial será estudado adiante, ao longo do tópico 3.1.2., contudo, tendo em vista à evidenciação de sua transitoriedade no tempo, destaque-se que, desde o início de sua vigência, a regra aparenta ter tido pouca aplicabilidade prática.

É o que mostra o Parecer nº 563 publicado no Diário do Congresso Nacional em 2 de julho de 1957, no qual parlamentares obtiveram, junto ao então Procurador-Geral da República, a informação de que, entre 1950 e 1956, houve noventa e cinco declarações de inconstitucionalidade feitas pelo Supremo Tribunal, mas que apenas uma fração mínima delas teria sido comunicada ao Senado. A conclusão a que chegam é a seguinte:

Considerando-se que ao Senado não chegou, por qualquer forma, o conhecimento de quase totalidade dessas decisões, que ficaram no silêncio dos autos e nas publicações, tão retardadas e pouco lidas do Diário de Justiça, praticamente, o art. 64 da Constituição Federal, pela pouca aplicação, quase se torna letra morta¹⁸⁰.

Recentemente, o estudo empírico de Maristela Dourado¹⁸¹ confirma a continuidade da pouca aplicação da regra, agora sob a égide da Constituição de 1988.

Segundo sua monografia, de outubro de 1988 a outubro de 2008, foram comunicadas ao Senado 184 declarações de inconstitucionalidade. Dessas, 164 foram efetivamente analisadas e deliberadas, resultando em 124 resoluções senatoriais e 43 arquivamentos, dos quais 42 por motivos de inoportunidade da manifestação legislativa¹⁸².

Nos primeiros 20 anos de vigência da Constituição de 1988, apenas em um único caso o Senado Federal decidiu não suspender a execução de lei cuja inconstitucionalidade lhe foi comunicada¹⁸³ e, quando assim o fez, o Supremo, mais tarde, agora em sede de ADI, reiteraria o juízo que havia proferido, sepultando, em definitivo, a necessidade de oitiva da Câmara Alta do Legislativo.

¹⁸⁰ALENCAR, op. cit., p. 323.

¹⁸¹DOURADO, Maristela Seixas. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade**. Brasília: trabalho de conclusão de curso em direito legislativo, UNILEGIS, 2008.

¹⁸²Ibid., p. 61.

¹⁸³Ibid., p. 63. Trata-se do RE 150.764/PE, 12.06.92, no qual foi declarada a inconstitucionalidade do art. 9º da Lei n. 7868/99. Posteriormente, a mesma matéria foi objeto da ADI 15/DF.

Qual seria, então, o âmbito *atual* de aplicabilidade da regra de suspensão pelo Senado?

De modo genérico, pode-se dizer que a regra terá serventia nas hipóteses em que a decisão incidental de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo não se revestir de eficácia e efeitos vinculantes *erga omnes*.

A pormenorização desses casos, todavia, dependerá da interpretação dada pelo Supremo acerca da autossuficiência eficaz de suas declarações incidentais, o que ainda é pouco claro, conforme se demonstrará no tópico seguinte¹⁸⁴.

Mas é preciso destacar o seguinte: reconhecer que o art. 52, X, CF/88 ainda possui alguma aplicabilidade não significa defender a manutenção dessa mesma aplicabilidade.

Nosso posicionamento é o de que, respeitada a cláusula de reserva de plenário (art. 97, CF/88), discutida a questão da constitucionalidade e obtido o pronunciamento de cada membro acerca da matéria, não cabe distinção de eficácia com base no tipo de procedimento em que a declaração foi feita.

3.4 ABSTRATIVIZAÇÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA BREVE ANÁLISE

3.4.1 O posicionamento da Corte Suprema

Não raramente, diz-se que o STF adotou ou rejeitou a abstrativização do controle difuso¹⁸⁵.

A afirmação é imprecisa.

Em primeiro lugar, porque, como visto, a abstrativização (*lato sensu*) pode ser entendida como o conjunto de fatos que aproximaram os sistemas de controle de constitucionalidade no Brasil pelo incorporamento de elementos do controle abstrato pelo concreto.

Nessa linha, tudo o que se pode dizer é que: 1) o processo abstrativista dá-se pela via da posituação de mecanismos de constitucionalidade ratificada pelo tribunal e 2) alguns elementos aproximativos são criações jurisprudenciais dele próprio, o Supremo, tais como a admissão de efeitos modulados em controle difuso.

¹⁸⁴Nosso posicionamento específico sobre o tema compatibiliza-se com aquele defendido por Zavascki, já demonstrado ao final do tópico “o argumento expansionista”.

¹⁸⁵Recentemente, em parecer relativo à ADI 3406/RJ, a Procuradoria-Geral da República afirmou que a declaração incidental proferida naquela ação demonstra “acolhimento da ‘abstrativização do controle difuso’, inclusive em relação aos efeitos da decisão de inconstitucionalidade”. Parecer disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15338807936&ext=.pdf>

Portanto, nesse sentido, mais adequado que se falar em adoção ou rejeição, é simplesmente consignar que a jurisprudência da Corte faz parte, ela mesma, do processo histórico abstrativista brasileiro, integrando a cadeia sucessiva de eventos responsável pela lenta, gradual e complexa aproximação entre os sistemas de controle no país.

Em segundo lugar, e mais importante, porque, quando reduzida a abstrativização (*stricto sensu*) à discussão sobre a amplitude e força eficaz das declarações incidentais de inconstitucionalidade, constituindo-se, agora sim, em doutrina passível de ser adotada ou rejeitada, não há posicionamento explícito da Corte quanto a aspectos específicos, fundamentais para o enquadramento teórico da tese e, mais ainda, para definição, em detalhes, das repercussões práticas que daí advirão.

Não há entendimento consolidado, entre os membros favoráveis à pauta abstrativista, sobre quais seriam os fundamentos que justificariam a extensão de efeitos das declarações incidentais e, intimamente ligado a isto, sobre qual seria o grau exato de aproximação entre essas decisões e aquelas proferidas em controle concentrado.

Assim, permanecem indefinidas questões como as de saber se, para o tribunal, existe ou não *perfeita* equivalência eficaz entre as declarações principais e incidentais de inconstitucionalidade; se os efeitos vinculantes das últimas atinge apenas o Judiciário ou, para além dele, abrange também a administração pública em geral; se os efeitos genéricos adviriam de toda e qualquer decisão incidental ou apenas daquelas proferidas em procedimentos de índole transindividual, tais como em ações diretas, recursos repetitivos, ações coletivas, recursos extraordinários de repercussão geral admitida etc.

Não se sabe, tampouco, sob que termos, precisamente, a Corte compatibiliza tal entendimento com a vigência do atual art. 52, X, da CF/88, tendo sido poucos os ministros que se manifestaram expressamente sobre o tema e, menos ainda, aqueles que se posicionaram favoravelmente ao reconhecimento de sua suposta mutação¹⁸⁶.

Entretanto, apesar de o debate jurisprudencial, nesses aspectos, ainda ser bastante precário, pode-se identificar, sem dúvida, uma clara tendência, por parte do Supremo, em reconhecer maior amplitude e força às declarações incidentais, aumentando-se cada vez mais as hipóteses de negação da mera eficácia *inter partes*, conforme tradicionalmente se estipulava.

¹⁸⁶Nesse sentido, manifestaram-se, de modo expresso, o ministro Gilmar Mendes, o ex-ministro Eros Grau e, recentemente, o ministro Celso de Mello, no julgamento conjunto das ADIs nºs 3406 e 3470, mais à frente comentado.

Em seguida, far-se-á, uma apresentação dos principais julgados em que o tema da abstrativização foi discutido, aqueles geralmente citados pela doutrina.

Contudo, destaque-se que estes, obviamente, não são os únicos casos em que o tema da eficácia das declarações incidentais foi – ou ao menos deveria ter sido – debatido pelo Supremo.

Apenas para exemplificar a necessidade de um estudo mais aprofundado e demonstrar a pouca homogeneidade na jurisprudência do tribunal, faremos menção, aqui, a dois casos pouco referidos pela doutrina.

Em 2007, o STF julgou procedente a ADI-15/DF para emprestar eficácia *erga omnes* à decisão incidental anterior, feita em sede de recurso extraordinário ante a negação do Senado Federal em suspender a execução da lei ali declarada inconstitucional – tratou-se, conforme visto no tópico 2.3.5., do único caso, nos primeiros vinte anos de vigência da Constituição de 1988, em que aquela casa legislativa decidiu divergir da Corte¹⁸⁷.

Não muito tempo depois, em 2009, o mesmo tribunal rejeitou a admissão da ADI 4071, considerando-a manifestamente improcedente por ter como objeto lei cuja constitucionalidade havia sido expressamente declarada pelo plenário em sede de recurso extraordinário¹⁸⁸.

A contradição era explícita: afinal, a eficácia das declarações incidentais feitas em recurso extraordinário possui amplitude *inter partes*, necessitando ser confirmada pelo Senado ou pelo próprio STF em ADI, ou seria ela autossuficiente por si mesma?

Não obstante a evidente mudança de posicionamento, ao longo do julgamento do agravo regimental interposto contra a decisão que indeferiu a ADI 4071, nada se comentou a respeito da alegação feita pelo legitimado ativo de que um dos motivos da propositura da ação seria “a formação de uma orientação jurisprudencial vinculante e *erga omnes*”¹⁸⁹.

O silêncio da Corte e a pouca explicitude sobre os motivos exatos da extensão dos efeitos das declarações incidentais repetem-se nos julgamentos seguintes, em maior ou menor grau, dificultando, assim, a identificação de uma jurisprudência clara sobre o tema, a qual, até o presente momento, por isso mesmo, parece não existir.

¹⁸⁷Acórdão disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484298>

¹⁸⁸Acórdão disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=604046>

¹⁸⁹Peça eletrônica disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2611967>

3.4.2 Apresentação de casos

3.4.2.1 Reclamação 4335/AC e Habeas Corpus 82.959/SP (crimes hediondos)

O julgamento da reclamação constitucional nº 4335 constitui, talvez, o mais conhecido caso em que o tema da abstrativização tenha sido discutido.

A referida reclamação teve como objeto a cassação de decisão de juiz de direito da Vara de Execuções Penais de Rio Branco na qual restou indeferida a possibilidade de progressão de regime em favor de dez presos condenados por crimes hediondos.

Na condição de reclamante, a Defensoria Pública da União alegou ter havido descumprimento da decisão proferida pelo STF no *habeas corpus* nº 82.959, processo em que foi declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º da Lei nº 8.072/90, que veda, expressamente, a progressão de regime em caso de crimes hediondos¹⁹⁰.

Cientes da transcendência das razões que determinaram a declaração de inconstitucionalidade e, antevendo as consequências jurídicas em desfavor do Estado – tais como ações indenizatórias por erro Judiciário –, os ministros resolveram, de modo excepcional, modular os efeitos da decisão para projetá-los para o futuro (efeitos *ex nunc*), tal como explicitado no teor final do acórdão¹⁹¹.

Em fevereiro de 2007, a Reclamação Constitucional nº 4335 foi conhecida e julgada procedente pelo relator, o ministro Gilmar Mendes, em que foi acompanhado pelo ministro Eros Grau, inclusive sobre os fundamentos de ter havido uma “autêntica” mutação constitucional no artigo 52, X da Constituição Federal¹⁹².

Ao longo do processo, entre os pedidos de vista requeridos pelos ministros, um fato jurídico de absoluta relevância para o desfecho da reclamação veio à tona: a edição da Súmula Vinculante nº 26 de dezembro de 2009, pela qual foi reafirmada, agora com força vinculatória, a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º da Lei nº 8.072/90.

A mudança introduzida pela Súmula Vinculante nº 26 mudou substancialmente a análise da Reclamação nº 4335: o ministro Zavascki, embora tenha reconhecido que a ação constitucional, a princípio, não deveria ter sido conhecida, acabou por conhecê-la e julgá-la procedente em razão dos efeitos vinculatórios supervenientes, tendo sido seguido pelos

¹⁹⁰No acórdão proferido pelo plenário da Corte, em 2006, foi explicitado acolhimento da arguição de inconstitucionalidade do referido dispositivo legal, nos termos do relator, ministro Marco Aurélio, ficando vencidos os votos dos ministros Carlos Veloso, Joaquim Barbosa, Ellen Grace, Celso de Mello e Nelson Jobim, então presidente.

¹⁹¹Acórdão disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/195_HC%2082959.pdf

¹⁹²Acórdão disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>

ministros Luís Roberto Barroso, Rosa Weber e Celso de Mello, garantindo, ao final, a procedência do pedido.

Contudo, destaque-se que poucos foram os ministros que dissertaram sobre a eficácia das declarações incidentais em geral, a exemplo dos ministros Zavascki e Barroso¹⁹³, os quais demonstraram simpatia pela atribuição de eficácia *erga omnes* às decisões do controle difuso, tendo, no entanto, demonstrado respeito à opção do constituinte em manter a regra contida no atual artigo 52, X.

3.4.2.2 Recurso Extraordinário n 197.917/SP (Mira Estrela)

O julgamento do RE 197.917/SP mostra-se relevante à temática da abstrativização pelo fato de constituir importante *leading case* em favor da admissibilidade de modulação de efeitos no controle difuso, mas, principalmente, por conter declaração incidental de inconstitucionalidade cujos fundamentos foram reconhecidamente tidos como transcendentais.

Tratava-se, originariamente, de ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra a Câmara Municipal de Mira Estrela, na qual pleiteava-se redução do número de vereadores, de onze para nove, extinção de dois mandatos legislativos e devolução dos valores recebidos por parte dos candidatos eleitos além do limite de nove vereadores, tudo sob a alegação de que o parágrafo único do art. 6º da Lei Orgânica do município não obedecia a proporção estabelecida pelo art. 29, IV, alínea *a*, da CF/88¹⁹⁴.

A alegação de inconstitucionalidade, contudo, restou improvida em segunda instância, levando o Ministério Público à interposição do recurso extraordinário, que, em 24 de março de 2004, foi julgado parcialmente procedente pelo Supremo para, com base no reconhecimento *incidenter tantum* da lei local, determinar à Câmara Municipal a adoção das medidas necessárias à readequação de sua composição, respeitando-se os mandatos em curso.

As repercussões práticas do julgado sobre outras municipalidades era conhecida no momento decisório do recurso, o que justificou, inclusive, a atribuição dos efeitos *ex nunc*, sob os termos de evitar “grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente”.

Com base no emblemático julgado, o Tribunal Superior Eleitoral editou, então, a resolução nº 21.702/04, cuja redação definia que “a competência das Câmaras de Vereadores para fixar o número de suas cadeiras nos termos do art. 29, IV, da Constituição” deveria

¹⁹³Cf.: p. 182 e seguintes do acórdão.

¹⁹⁴MORAIS, Fausto Santos de.; CORREIO, Bruno Ortigara. Modulação e abstrativização do efeito difuso: estudo de caso. **Revista do Direito Público**, v.10, n. 3, set./dez., 2015, p. 173.

“orientar-se segundo a interpretação que lhe foi dada pelo STF, a quem compete precipuamente sua guarda”

A resolução foi contestada justamente por generalizar regra fixada em recurso extraordinário, sendo objeto de inúmeras ações diretas de inconstitucionalidade, todas elas julgadas improcedentes ou inadmitidas¹⁹⁵.

A importância do caso Mira Estrela, como nota Faidiga, está no reconhecimento, pelo tribunal, de que, a partir de um julgamento concreto, foi possível a criação de uma norma geral e abstrata de conduta, de modo que o efeito vinculante não partiu do controle concentrado para atingir o difuso, mas do concreto para definir o abstrato¹⁹⁶.

3.4.2.3 ADIs nos 3406/RJ e 3470RJ (amianto)

O julgamento conjunto das ADIs relativas à comercialização do amianto constitui, dentre os três casos destacados neste tópico, aquele em que o tema geral da eficácia das declarações incidentais foi debatido, de modo explícito, por um maior número de ministros.

Ainda assim, é preciso destacar, como observou o ministro Alexandre de Moraes¹⁹⁷, que a matéria da eficácia das decisões de controle difuso e de uma possível reinterpretação do art. 52, X, CF/88 não havia sequer sido colocada como questão de ordem, de modo que o debate sobre o assunto permaneceu, de fato, pouquíssimo aprofundado ao longo de todo julgamento.

O tema da eficácia das decisões incidentais somente tornou-se objeto de discussão por intervenção do ministro Gilmar Mendes, que mencionou a necessidade de “equalizar” os efeitos das decisões de controle abstrato e aquelas e em controle difuso¹⁹⁸.

Sobre o assunto, o ministro Luiz Fux¹⁹⁹ demonstrou concordância, afirmando que, em havendo o cumprimento do quórum constitucional, a eficácia deve ser *erga omnes* e que “não há mais diferença entre controle principal e incidental”.

No mesmo sentido, o ministro Dias Toffoli²⁰⁰ afirmou “subscrever” o que havia sido levantado pelo ministro Gilmar Mendes, e complementou que não haveria sentido em atribuir diferentes consequências para as decisões de controle abstrato e concreto, pois o art. 52,

¹⁹⁵Cf.: ADIs nºs 3.345, 3.365 e 3214.

¹⁹⁶FAIDIGA, Daniel Bijos. **Efeito vinculante & declaração incidental de inconstitucionalidade**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 166.

¹⁹⁷Ver: 1h:41min:40s.

¹⁹⁸Ver: 48 min.

¹⁹⁹Ver: 51min.

²⁰⁰Ver: 1h:38 min.

X/CF88 teria sido feito para “uma época em que as decisões do judiciário não eram publicadas em diários oficiais”.

O tema foi enfrentado, ainda, pelo ministro Celso de Mello²⁰¹, que se posicionou no sentido de que a eficácia vinculante deriva da própria decisão judicial, assim como de que teria ocorrido mutação constitucional sobre a regra de suspensão do Senado.

A ministra Cármen Lúcia²⁰² manifestou-se no sentido de que está-se caminhando para o reconhecimento da possibilidade de declaração da inconstitucionalidade não de normas específicas, mas de “matérias”.

O ministro Edson Fachin²⁰³ mostrou-se simpático ao termo “equalizar” mencionado pelo ministro Gilmar Mendes e afirmou que, com isso, evita-se uma discussão “semicircular” e “sem fim” sobre a constitucionalidade.

O ministro Marco Aurélio²⁰⁴ rejeitou expressamente a tese da mutação constitucional e, com igual vigor, a da equivalência eficaz entre as decisões principais e incidentais de inconstitucionalidade.

O ministro Alexandre de Moraes²⁰⁵ rejeitou expressamente a tese da mutação constitucional, afirmando que, sua admissão, equivaleria “aniquilar” completamente o art. 52, X, CF/88; sobre a equivalência das eficácias, porém, foi pouco explícito, tendo, todavia, afirmado a prescindibilidade de remessa ao Senado nos casos de repercussão geral.

Não houve maiores aprofundamentos.

²⁰¹Ver: 1h:55 min.

²⁰²Ver: 2h:19 min.

²⁰³Ver: 1h:35 min.

²⁰⁴Ver: 1h: 48 min.

²⁰⁵Ver: 2h:35 min.

4 FUNDAMENTOS DA ABSTRATIVIZAÇÃO ONTOLÓGICA EXTRAÍDOS A PARTIR DE QUESTÕES DA TEORIA DA INCONSTITUCIONALIDADE

4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

4.1.1 Um argumento necessário

O debate em torno da abstrativização tem como questão nevrálgica a discussão sobre qual deve ser a extensão dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade quando proferida pelo Supremo Tribunal Federal em processo subjetivo.

De um lado, favoráveis ao reconhecimento de maior amplitude e força à eficácia desses julgados, os abstrativistas propõem a desconstrução da tradicional lição segundo a qual os efeitos dessas declarações, ainda quando ditadas pelo Supremo, seriam restritos às partes litigantes (*inter partes*), diferentemente do controle concentrado, via ação direta, quando possuiriam extensão vinculativa *erga omnes*.

Como cerne argumentativo, os abstrativistas invocam as mudanças legislativas e jurisprudenciais ocorridas no direito brasileiro, que teriam ensejado, ainda que indiretamente, o redimensionamento da força normativa das declarações incidentais.

Do outro lado, contudo, argumenta-se que a atribuição de efeitos amplos às decisões do controle difuso acabaria por cristalizar entendimentos em prejuízo da abertura cognitiva que se deve ter e, portanto, da constante atualização do sentido das normas, o que, em última instância, resulta na diminuição das possibilidades de se fazer justiça diante de situações concretas²⁰⁶.

Nessa linha, Lenio Streck e Marcelo Cattoni são peremptórios:

Atribuir eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às decisões do STF em sede de controle difuso é ferir os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, pois assim se pretende atingir aqueles que não tiveram garantido o seu direito constitucional de participação nos processos de tomada de decisão que os afetará (...). Eis, portanto, um problema central: a lesão a direitos fundamentais²⁰⁷.

A abstrativização, para esses, significa uma alternativa juridicamente equivocada ao problema do abarrotamento de processos vivido pelo Poder Judiciário, na medida em que sacrifica o valor concreto do justo em nome de uma suposta e necessária jurisdição de massas.

²⁰⁶CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. **Efeito vinculante e concentração da jurisdição constitucional no Brasil**. Brasília: Consulex, 2012, p. 252.

²⁰⁷STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Cattoni. A nova perspectiva do STF sobre controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Revista Gestão e Controle**, Ano 1, n. 2, jul./dez. 2013, p. 105.

A objeção básica é que a admissão de efeitos transcendentais às declarações incidentais seria contra a própria natureza do controle difuso, onde se analisa a inconstitucionalidade segundo os fatos e interesses específicos de um dado litígio, e não de modo abstrato, como se faz no controle concentrado, quando a norma é considerada de modo objetivo, “em tese”, como dizem.

A atividade jurisdicional, necessariamente valorativa e criativa, estaria, assim, tornando-se automática, cognitivamente mais limitada e alheia às singularidades fáticas de cada caso.

Note-se, portanto, que a crítica fundamental contra a abstrativização tem como objeto a própria legislação e a jurisprudência, que estariam subvertendo o propósito básico da fiscalização incidental, a saber, a proteção, *in concreto*, dos direitos e interesses subjetivos das partes.

Para definir a procedência ou não desses argumentos, não basta, evidentemente, invocar as reformas ou as decisões judiciais tendentes à expansão dos efeitos dessas declarações, pois aqueles que se contrapõem ao processo abstrativista, assim o fazem, tendo por objeção essas mesmas legislações e jurisprudências.

Desse modo, para fundamentar, no mérito, a abstrativização, torna-se imprescindível analisar sua procedência segundo o próprio direito, mais especificamente a partir da teoria da inconstitucionalidade e seu controle.

A tese ontológica recebe tal designação justamente por tentar se desprender de eventuais políticas legislativas e jurisprudenciais e buscar validar-se segundo o ponto de vista da natureza do objeto conhecido, ainda que este seja um objeto cultural, imaterial, passível de interpretações e juízos de valor, como quase tudo no direito.

Daí, aliás, a importância de ressaltar que, embora o destaque seja relativo ao ser da inconstitucionalidade e seu controle, toda ontologia, especialmente no direito, talvez mais que em qualquer outro ramo do conhecimento humano, requer uma gnoseologia que indague os fatores de cognoscibilidade a partir do sujeito²⁰⁸ – um deles, a politicidade, será visto logo no tópico seguinte.

A tese ontológica da abstrativização, assim, o procura dar-lhe fundamentos mais objetivos, extraídos a partir de questões conceituais básicas do controle de constitucionalidade.

²⁰⁸REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 29-30.

4.1.2 O problema dos efeitos na jurisdição constitucional brasileira: politicidade e juridicidade

O ordenamento jurídico é composto fundamentalmente por normas de direito positivo, derivadas da vontade razoável do legislador, que as formula dentro de um vasto campo de liberdade política.

O conteúdo dessas normas poderá variar em função da cultura, do contexto econômico vivido pelo país, do seu quadro social, suas peculiaridades geográficas, geopolíticas, e tantos outros elementos humanísticos contingentes.

Ora, o microssistema normativo que define a amplitude e a força das declarações de inconstitucionalidade feitas pelo Judiciário enquadra-se, sem dúvida, em tal categoria.

A formulação de suas normas perpassa, inexoravelmente, pelo influxo das concepções políticas de Estado e de como devem ser exercidas suas funções primárias – jurisdicional, executiva e legislativa –, não havendo que se falar em um conteúdo apriorístico, invariável no tempo e espaço, como se um só fosse o modelo possível.

Nesse sentido, neste subtópico, pretendemos demonstrar que a tradição dogmática brasileira em não reconhecer eficácia *erga omnes* às decisões de inconstitucionalidade do Supremo assenta-se em bases políticas, muito mais que propriamente jurídicas.

Mais que isso: deriva de um paradigma político específico, fundado no receio à “ditadura dos juízes”, incompatível com a concepção contemporânea de tripartição de poderes e do reconhecimento, em definitivo, do caráter criativo e inovador que é próprio da função jurisdicional.

Marcelo Casseb aponta que, durante a Constituinte de 1890-91, os opositores ao projeto republicano do governo revolucionário preocupavam-se com os poderes conferidos ao STF, de modo que, com efeito, naqueles anos, diversos constituintes manifestaram contrariedade ao fortalecimento institucional daquela corte²⁰⁹.

Não à toa, a cláusula que introduzia o princípio do *stare decisis* no sistema constitucional brasileiro, acrescentada ao Projeto de Constituição por ninguém menos que Rui Barbosa, acabou sendo rejeitada pela Comissão Especial dos 21, fruto, portanto, não de um

²⁰⁹CASSEB, Marcelo. O que resta ao Senado no controle difuso da constitucionalidade das leis?. Artigo publicado pela **Revista Consultor Jurídico**, em 11/10/2014.

mero esquecimento ou erro dos constituintes, mas, antes, de uma consciente decisão política de não atribuir tão ampla margem de poder ao recém-criado STF²¹⁰.

Esse sentimento refratário à maior envergadura institucional do Supremo far-se-ia presente ainda na década de 1920 e 1930, estimulado, inclusive, por decisões proferidas contrariamente ao interesse dos revolucionários²¹¹.

O destaque feito por Casseb em relação ao medo da “juristocracia” encontra respaldo histórico na doutrina de Rui Barbosa, que, em 1914, em conferência de posse como Presidente do Instituto dos Advogados do Brasil, chegou a denunciar, com vigor, o medo à “ditadura dos tribunais” e a tentativa de subordinar a eficácia das declarações de inconstitucionalidade à apreciação do Senado, o que, mais tarde, em 1934, não muito depois de sua morte, acabaria, de fato, por se concretizar.

Em suas palavras:

Aqueles faziam da justiça roda-mestra do regimen, a grande alavanca da sua defesa, o fiel da balança constitucional. Estes, se lograssem o que intentam, reduziriam o Supremo Tribunal Federal a uma colônia do Senado. Em vez de ser o Supremo Tribunal Federal, qual a nossa constituição o declarou, o derradeiro arbítrio da constitucionalidade dos atos do Congresso, uma das Câmaras do Congresso passaria a ser instância de correição para as sentenças do Supremo Tribunal Federal. Aqui está, senhores, como nos arraiaas da ordem se pratica o espírito conservador. Aqui está como os ortodoxos cultivam a verdade constitucional. Aqui está como as Vestais da tradição histórica alimentam a chama sacra da virgindade republicana. A investida reacionária da nulificação da justiça, que se esboça no grandioso projeto de castração do Supremo Tribunal Federal, tem por grito de guerra, conclamado em brados trovejantes, a necessidade, cuja impressão abrasa os peitos à generosa corte, de pôr trancas ao edificio republicano contra a ditadura judiciária. É a ditadura dos tribunais a que enfia de terror as boas almas dos nossos puritanos. Santa gente! Que afinado que lhes vai nos lábios, onde se tem achado escusas para todas as ditaduras da força, esse escarcéu contra a ditadura da justiça!²¹²

Clèmerson Clève, em linha semelhante, destaca que o temor ao “governo dos juízes” permanecia presente nos tempos da Constituinte de 1934, de modo que a fórmula correspondente ao atual art. 52, X da CF/88 resultou de uma tentativa de se buscar as

²¹⁰Ibid.

²¹¹Ibid.

²¹²BARBOSA, Rui. Trabalhos jurídicos. In: **Obras completas de Rui Barbosa. Vol. XLI, tom. IV.** Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1989, p. 231.

vantagens da jurisdição concentrada (eficácia *erga omnes*), sem, todavia, amesquinhar o Legislativo²¹³. No mesmo sentido, corrobora João Bosco de Castro²¹⁴.

A consideração do componente político, assim, parece-nos fundamental para a compreensão do posicionamento doutrinário dos gênios de Rui Barbosa e Lúcio Bittencourt, que, mesmo diante da rejeição do *stare decisis*, em 1890, e da implementação da regra de suspensão do Senado, em 1934, defenderam, cada qual ao seu tempo, que a declaração de inconstitucionalidade, quando proferida pelo Supremo, a todos atingia²¹⁵.

A possibilidade de que o debate meritório da constitucionalidade coubesse, em última instância, ao Senado, ou mesmo que este ficasse encarregado de ampliar a eficácia dessas decisões parecia-lhes, então, ilógico.

A premissa de que partiam, portanto, diferia radicalmente daquela defendida por muitos dos constituintes de 1890 e 1933 que se mostravam ainda receosos quanto à crescente força do controle jurisdicional e da consequente perda de prestígio do Legislativo.

Ora, se a regra da suspensão senatorial foi introduzida justamente para, sob a anuência do Senado, *dar* eficácia *erga omnes* às decisões do Judiciário, conforme demonstram explicitamente os debates constituintes, como defender, então, a ideia, aparentemente sem sentido, de que a declaração de inconstitucionalidade já seria provida de tal eficácia e que o ato suspensivo do Senado teria, assim, meros fins burocráticos de publicidade?

A resposta reside, exatamente, na dissonância entre os paradigmas políticos concebidos: de um lado, aqueles que almejavam preservar algum controle do Legislativo sobre os próprios atos e, de outro, os que transferiam tal competência, irrestritamente, ao Judiciário.

Claramente adiantado em relação ao seu tempo, Bittencourt defendia que as decisões judiciais de inconstitucionalidade, mais que quaisquer outras, seriam plenamente obrigatórias e, embora adepto da tese de que leis só se revogam por leis e que, portanto, o ato declarado

²¹³CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: RT, 1995, p. 97.

²¹⁴CASTRO, João Bosco Marcial de. **O controle de constitucionalidade das leis e a intervenção do Senado Federal**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008, p. 57.

²¹⁵BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 142; BARBOSA, Rui. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**, coligidos por Homero Pires. Vol. IV, p. 268. A posição de Rui Barbosa é demonstrada pelo próprio Bittencourt e, ainda hoje, é lembrada por muitos. Cf.: ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: RT, 2017. p. 34.

inconstitucional permanecia no quadro de leis como se estivesse em vigor, quando proferidas pelo Supremo, tais decisões teriam, segundo ele “caráter de lei”²¹⁶.

Rui Barbosa não chegou a viver para testemunhar a Constituição de 1934 e o erguimento, por ela feito, do Senado ao posto de coordenador dos Poderes (art. 88) – regra, aliás, jamais repetida pela história constitucional brasileira²¹⁷.

Se tivesse vivido, porém, não parece difícil deduzir qual seria seu posicionamento sobre a tese de que pudesse caber ao Senado reavaliar as decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo:

Realmente, nunca se chafeou assim o senso comum. Vejamos o argumento. Supondo que esse tribunal, ao declarar a inconstitucional um ato do Poder Legislativo (cinjamo-nos a estes), exorbite da sua competência, qual é a competência que ele exorbitou? A competência de sentenciar que, perpetrando esse ato, o Poder Legislativo era incompetente.

Tem o Supremo Tribunal Federal autoridade semelhante? Ninguém o poderá negar, visto como o art. 59 da nossa carta republicana, obriga esse tribunal a negar validade às leis federais quando contrárias à Constituição (...).

Logo, se o exercício desta função judiciária consiste, precisamente, em aquilatar e declarar, na suprema instância, que os atos do Congresso Nacional, isto é, os atos nos quais colaboram a Câmara e o Senado juntos, lhes ultrapassam a competência constitucional (...), como admitir que da competência do Supremo Tribunal Federal, nessa decisão, possa vir a ser árbitro, ulterior, o Senado, isto é, nem mais nem menos, uma das duas Câmaras do Congresso?

É o superlativo da irrisão, o *nec plus ultra* do absurdo. Atentai bem. Da competência constitucional da Câmara e do Senado, reunidos em Congresso, o último juiz é o Supremo Tribunal Federal. Mas, se, pronunciada por ele a sentença que nega a competência constitucional do Congresso, não estiver este por ela, da competência desse tribunal em julgar da competência do Congresso o último juiz, o árbitro final, então, vem a ser, única e somente, o Senado.

De sorte que, pela Constituição, o Supremo Tribunal Federal anula as leis do Congresso. Mas o Senado anula a sentença que as anular, fulminando o tribunal que a proferir. Decerto essa Constituição endoideceu²¹⁸.

A contradição exposta por Rui Barbosa revela, no fundo, a dialética de seu tempo, marcada pelo desgaste, no início do século XX, do positivismo científico exacerbado, da rejeição da metafísica e da busca pela certeza e palpabilidade, que refletiam, no direito, em noções fixistas das fontes do direito e da tripartição de poder, incompatíveis com o então emergente controle jurisdicional.

A consideração do paradigma político conservador representado pelo medo à “ditadura” dos juízes e tribunais e a sua superação, no tempo, podem explicar, inclusive, a

²¹⁶BITTENCOURT, op. cit., p. 143-145.

²¹⁷Há de se notar, ainda, o art. 68, pelo qual ficava estabelecido que “é vedado ao Poder Judiciário conhecer das questões exclusivamente políticas”.

²¹⁸BARBOSA, Rui. Trabalhos jurídicos. In: **Obras completas de Rui Barbosa. Vol. XLI, tom. IV.** Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1989, p. 237.

baixa aplicabilidade prática que a regra de suspensão do Senado aparenta sempre ter tido, mesmo em momentos iniciais de sua vigência.

Portanto, sob a ótica da política – a “arte do possível”, à qual o direito encontra-se essencialmente vinculado, é verdade –, deve-se admitir, então, que o problema dos efeitos na jurisdição constitucional torna-se eminentemente contingente, variável às reais motivações que inspiram a positivação ou rejeição de determinadas regras e princípios.

A justificativa para a suposta ausência de eficácia genérica às decisões de inconstitucionalidade pode, assim, ser atribuída à politicidade inerente a questões dessa natureza e, de igual modo, poderá ser contestada dentro desse mesmo campo.

Assentado, porém, que, atualmente, de modo majoritário, não mais se tem os receios de outrora quanto ao reconhecimento da função jurisdicional como última instância para discussão sobre a constitucionalidade, como justificar, juridicamente, a diferenciação de efeitos existente, no Brasil, entre uma decisão tomada em controle difuso e outra em controle concentrado?

Sob a ótica da juridicidade pura e simples, isto é, dos conceitos basilares que compõem o sistema de controle, pensamos não haver justificativas para tal distinção, cuja permanência no sistema jurídico brasileiro torna-o ilógico e contraditório.

Para chegar-se à tal conclusão, é imprescindível o enfrentamento de alguns questionamentos teóricos sobre o controle da constitucionalidade, cujas respostas, assim, serão indicativas da necessidade em se conferir perfeita equivalência entre os efeitos das declarações de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

Vamos a eles.

4.2 NORMA INCONSTITUCIONAL: INEXISTENTE, INVÁLIDA OU INEFICAZ?

4.2.1 Inconstitucionalidade como inexistência

Sob forte influência do pensamento positivista exegético e da rígida separação de poderes pensada por Montesquieu, durante o século XIX e início do século XX – e, para alguns, até hoje – a ideia de que o Poder Judiciário pudesse anular ou revogar normas editadas pelo Legislativo era extremamente problemática.

Como explica Francisco Campos, os tribunais e juízes, ao declararem inconstitucional ato da legislatura, estariam usando uma prerrogativa de veto ou anulação sobre atos de um

Poder independente, que não lhe está subordinado, o que atentaria à separação de poderes e faria surgir a noção de supremacia de um Poder sobre outro²¹⁹.

Rui Barbosa, embora não tivesse os receios, típicos da época, quanto ao emergente controle jurisdicional, era claro ao defender que, tal como julgados só podem se anulados por outros julgados, leis só poderiam, a rigor, serem revogadas ou anuladas por outras leis:

Um julgado se destrói, cancela, rescinde, cassa ou revoga, por outro. Só julgados se anulam por julgados. Ab-rogar, rescindir, cassar, destruir uma lei, é, rigorosamente, legislar. As leis, logo, não se anulam, tecnicamente, senão por outras leis²²⁰.

Nesse contexto, defendeu-se, então, que o problema da nulidade das leis inconstitucionais equivaleria ao de sua inexistência, de modo que a questão da “invalidade da lei” seria meramente aparente, isto é, há algo, no mundo sensível, postulado como “lei”, mas que, em verdade, no sentido técnico-jurídico, não existe²²¹. Haveria, aí, uma confusão entre existência de fato e existência de direito.

As decisões judiciais que reconhecessem a inconstitucionalidade das leis teriam, assim, caráter declaratório e efeitos retroativos, pois, embora em termos práticos estivessem negando a opção política feita pelo Legislativo, em tese, para o direito, é como se essa opção nunca houvesse existido, de modo que o Judiciário não as anula propriamente, mas apenas declara seu *não ser*.

Nessa linha, a expressão “lei inconstitucional” é uma *contradictio in adjecto*, pois a lei inconstitucional não é lei, nem antes, nem depois da declaração feita pelo Judiciário²²².

Essa é a posição teórica que embasou o surgimento do sistema difuso americano e que, até hoje, conta com adeptos de peso. No Brasil, destacaram-se Rui Barbosa²²³, Alfredo Buzaid, Ronaldo Poletti²²⁴, Lúcio Bittencourt²²⁵, Francisco Campos²²⁶, dentre outros.

Para Kelsen, mentor intelectual do sistema europeu de controle, a afirmação de que uma “lei” pode ser “inconstitucional” também consiste em contradição de termos, uma vez que, segundo ele, leis não podem existir juridicamente e, ao mesmo tempo, serem inválidas.

²¹⁹CAMPOS, Francisco. **Direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1942, p. 57-58.

²²⁰BARBOSA, RUI. **O direito do Amazonas ao Acre Setentrional**. Vol. I. Rio de Janeiro: Typ. Do Jornal do Commercio de Rodrigues & C, 1910, p. 103.

²²¹CAMPOS, Francisco. op. cit. p. 49.

²²²Ibid., p. 61.

²²³BARBOSA, Rui. **Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo**. Rio de Janeiro: Companhia Impressora, 1893, p. 222.

²²⁴A posição de Buzaid é mostrada pelo próprio Poletti. In: POLETTI, Ronaldo. **Controle da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 41.

²²⁵BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 38.

²²⁶CAMPOS, Francisco. op. cit. p. 52-53.

Essa sobreposição do plano da validade ao da existência fica evidente no raciocínio do mestre austríaco no seguinte trecho:

De uma lei inválida não se pode, porém, afirmar que ela é contrária à Constituição, pois uma lei inválida não é sequer uma lei, porque não é juridicamente existente e, portanto, não é possível acerca dela qualquer afirmação jurídica²²⁷.

Note-se, portanto, que em ambos os modelos teóricos ora apresentados, não há que se falar, rigorosamente, em antinomias, pois, a inconstitucionalidade reduz o ato ao nada jurídico, mantendo-se intacta a perfeita compatibilidade vertical entre as normas componentes do ordenamento jurídico²²⁸.

Kelsen, no entanto, defendia que as decisões judiciais sobre a constitucionalidade são de caráter constitutivo, de modo que é por meio delas que efetivamente se *anulam* as leis.

A ideia, que a princípio pode parecer contraditória – isto é, o ato inconstitucional não existe, mas a decisão que assim o reconhece não possui natureza declaratória –, pode ser explicada a partir das premissas teóricas específicas de Kelsen, extremamente ligadas ao neokantismo.

Para ele, não existe, rigorosamente, conflito objetivo entre normas, isto é, das normas em si e para consigo mesmas: o que existe é somente um problema subjetivo e de percepção do sujeito cognoscente²²⁹. A contradição não está na norma em si, mas no juízo formulado pelo intérprete ante a arguição de inconstitucionalidade.

4.2.2 Inconstitucionalidade como invalidade

Na doutrina jurídica nacional, parece vencedora a tese de que o problema da inconstitucionalidade situa-se no plano da validade das normas jurídicas. Essa é a posição majoritária, encontrada, sem dificuldades, nos manuais de direito constitucional, especialmente entre os mais modernos, talvez por mostrar-se apta à resolução de um maior leque de problemas da realidade jurídica atual²³⁰.

²²⁷KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 300.

²²⁸NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 77. Neves, com perspicácia, anota que muitos autores, embora kelsenianos, não seguem o mesmo rigor lógico do mestre austríaco e defendem a possibilidade de o sistema jurídico tolerar antinomias. É o caso de Bobbio e Lourival Vilanova. In: NEVES, Ibid., p. 40. A mesma falha é apontada por Francisco Campos que, atento às consequências lógicas de se ter a inconstitucionalidade como a negação da existência jurídica de um dado ato, corrige o raciocínio do juiz Marshall em tê-la como um conflito normativo. In: CAMPOS, op. cit. p., 55-56.

²²⁹NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 73.

²³⁰PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento jurídico brasileiro: aspectos constitucionais e processuais**. São Paulo: Malheiros, 2010.

Nas constituições estrangeiras, ao dispor-se sobre o controle de constitucionalidade, o vocábulo “validade” aparece explícito em muitas delas, como é o caso da portuguesa²³¹ e da alemã²³².

O próprio sentido dogmático de validade, entendida como a qualidade da norma que designa sua pertinência a um ordenamento jurídico por terem sido obedecidos seus requisitos formais e materiais de produção²³³, parece coincidir com o conceito de constitucionalidade formal e material, embora, a rigor, com ele não se identifique completamente²³⁴.

A tese adotada neste trabalho dissertativo é a de que a inconstitucionalidade constitui problema de validade da lei e dos atos normativos, não devendo ser confundida com inexistência jurídica.

É que, por razões semânticas e pragmáticas, a distinção entre o ato formal emanado de órgão oficial que atendeu às regras de pertinência (ato válido), aquele que as cumpriu de modo parcial (ato inválido) e aquele que não as cumpriu minimamente ou que sequer foi emanado (“ato” inexistente) parece ser a mais útil e coerente com as práticas atuais de controle.

Conforme anota Neves, a inconstitucionalidade deriva de o suporte fático da norma de produção legislativa ser preenchido de modo *suficiente* mas *deficiente*, pois não cumpre à totalidade das regras de admissão contidas na Constituição²³⁵.

Se, nos modelos teóricos iniciais americano e austríaco, o ordenamento jurídico era concebido como rigorosamente desprovido de antinomias – pois o ato inconstitucional no fundo não existe juridicamente – aqui, ao contrário, admite-se que pode haver, nele, contradições reais, sem que isso lhe retire a natureza sistêmica.

Isto é, embora pretenda ser integralmente coerente mas nunca o seja por completo, o sistema jurídico continua sendo sistema e mesmo as normas aparentemente inconstitucionais, justamente por pertencerem a ele – e, portanto, terem existência jurídica –, deverão ser obedecidas até que assim sejam oficialmente reputadas pelo Judiciário.

²³¹Art. 3º, I: “A validade das leis e dos demais atos do Estado, das regiões autônomas, do poder local e de quaisquer outras entidades públicas depende da sua conformidade com a Constituição”.

²³²Art. 100, I: “Quando um tribunal considerar uma lei, de cuja validade dependa a decisão, como inconstitucional, ele terá de suspender o processo e submeter a questão à decisão do tribunal estadual competente em assuntos constitucionais”.

²³³FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 203.

²³⁴O problema da invalidade das normas é mais amplo que o de sua constitucionalidade, podendo referir-se, também, a questões de legalidade ou mesmo infralegalidade. In: NEVES, op. cit., p. 73.

²³⁵Ibid., p. 81.

A inegável eficácia da norma inconstitucional é justamente o que leva muitos autores a adotarem a tese da validade jurídica, pois, como nota Pimenta, se a hipótese fosse de lei inexistente, não haveria como se explicar os efeitos produzidos pelas normas inconstitucionais, porque, do ato inexistente, efeitos jurídicos não podem ser gerados²³⁶.

Dizer, portanto, que uma norma jurídica é inconstitucional significa, em suma, exprimir o juízo de que há, nela, vício de validade que a torna nula ou anulável (a depender regime de nulidade adotado), mas que, embora defeituosa, dotada de erro de forma ou conteúdo, a norma existe juridicamente e deve ser cumprida até que seja fiscalizada judicialmente ou revogada²³⁷.

4.2.3 Inconstitucionalidade como ineficácia (inaplicabilidade)

Apresentados, em linhas gerais, os principais modelos teóricos a respeito da inconstitucionalidade e sua natureza jurídica, resta saber se sua configuração pode constituir um problema pura e simplesmente eficaz.

Ao tratar especificamente do controle difuso de constitucionalidade, parte da doutrina brasileira entende que o ato inconstitucional não é nem inexistente, nem inválido, mas ineficaz.

Observe, nesse sentido, o que afirma Paulo Luiz Neto Lobo:

O julgamento incidental de inconstitucionalidade no caso concreto atinge o plano de eficácia, isto é, nega-se eficácia jurídica ao ato normativo, nega-se aplicabilidade, o que não pode ser confundido com inexistência ou invalidade (nulidade ou anulabilidade). O ato normativo continua a existir no ordenamento; não é revogado. Os tribunais só revogam sentenças dos tribunais. Por esta razão é que o Poder Legislativo (Senado Federal) é o único competente a suspender a execução da lei (art. 52, X, da CF) com eficácia *erga omnes*²³⁸.

O raciocínio ora exposto, contudo, merecer ser refutado, na justa medida em que equipara a inconstitucionalidade ao efeito prático de seu reconhecimento incidental, qual seja, a ineficácia (inaplicabilidade) da norma.

²³⁶PIMENTA, op. cit., p. 28. Daí alguns autores notarem que a tese da inexistência jurídica do ato inconstitucional é incompatível com alguns institutos que vigoram no ordenamento brasileiro, como o da suspensão da execução do ato inconstitucional pelo Senado (art. 52, X, da CF/88), pois, como observa Edilson Nobre, “o que é inexistente não pode ter sua exequibilidade suspensa”. In: NOBRE JR., Edilson. Coisa julgada *versus* fiscalização de constitucionalidade: apontamentos para compreensão dos artigos 475-L, II, parágrafo 1º, e 741, II, parágrafo único do CPC. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 12, n. 47, jan./mar., 2012, p. 158.

²³⁷NEVES, op. cit., p. 85.

²³⁸LOBO, Paulo Luiz Neto. O controle da constitucionalidade das leis e o direito adquirido. **Revista de informação legislativa**, v. 27, n. 106, abr./jun. 1990, p. 42.

Ora, a inconstitucionalidade refere-se, invariavelmente, ao plano da validade, seja no controle difuso, feito por juízes singulares e tribunais, seja no controle concentrado, feito pelo STF em sede de ações diretas, pois a inconstitucionalidade não possui diferentes acepções, uma para cada tipo de controle, mas uma só, a de incompatibilidade internormativa intra-sistemática, de conteúdo ou de forma, entre uma norma constitucional e outra que lhe é hierarquicamente inferior.

O juiz singular que, em controle difuso de constitucionalidade, declara a inconstitucionalidade de decreto estadual que aumenta alíquota de IPVA, não o faz por enxergar, nela, problema de ineficácia, mas de invalidade por vício de forma; se um tribunal afasta a incidência de lei que prevê pena de castração química a estuprador por desconformidade ao art. 5º, XLVII, alínea *e* (vedação a penas cruéis), não o faz por julgá-la meramente não aplicável, mas por tê-la como inválida por vício de conteúdo.

O vício de invalidade é mais grave que o da mera inaplicabilidade, pois indica que o ato normativo sob apreciação judicial é incompatível com a Constituição e que, justamente por faltar-lhe fundamento, não deve ser aplicado em *caso algum*.

Mesmo se adotada a respeitável e tradicional tese de que atos inconstitucionais são juridicamente inexistentes, então estes deverão ser reputados *igualmente* inexistentes tanto quando forem objeto de controle feito por tribunais quanto quando forem objeto de controle exercido por juiz singular.

O que se denuncia aqui é tratar o problema da inconstitucionalidade como sendo de uma dada natureza (invalidade ou inexistência) e, ao lidar com o controle difuso, afirmar tratar-se de questão de natureza diversa (ineficácia) apenas porque o efeito prático de seu reconhecimento incidental equivale, em termos pragmáticos, à inaplicabilidade.

Ora, não há dúvida de que, no controle difuso, a norma tida por inconstitucional acaba, de fato, não sendo aplicada ao caso concreto.

Contudo, é preciso perceber que a não aplicação do ato é decorrência de um juízo prévio que se faz a respeito de sua validade – ou inexistência, conforme a doutrina adotada.

Dizer que, portanto, que, no controle difuso, a norma reputada inconstitucional “deixa de ser aplicada” ou tem sua “incidência afastada” não constitui, a rigor, qualquer equívoco²³⁹.

²³⁹ Assim, autores adeptos da tese da inexistência jurídica do ato inconstitucional poderão falar em invalidade ou ineficácia da norma – pois não há como se reconhecer a validade ou a eficácia daquilo que não existe juridicamente –, tal como autores adeptos da tese da inconstitucionalidade como invalidade jurídica poderão falar, sem contradição, em inaplicabilidade, pois, da declaração de inconstitucionalidade, determina-se a ineficácia da norma, de modo retroativo ou prospectivo.

Mas se trata apenas de um raciocínio metonímico, pelo qual se troca a causa (invalidade) pelo efeito (não aplicação).

A permanência do ato normativo no ordenamento jurídico como ato válido e vigente não elimina o fato de que o juízo sobre a constitucionalidade, no controle difuso, continua sendo um juízo de validade que por, razões pragmáticas, quando proferido por órgão distinto do STF, não pode ter o condão de retirar a norma do ordenamento jurídico.

4.3 O QUE SIGNIFICA DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE?

4.3.1 O imbróglio semântico no direito brasileiro

A expressão “declaração de inconstitucionalidade” não possui significado preciso²⁴⁰. A confusão semântica decorre de duas indefinições: 1) natureza sancionatória da decisão judicial que reputa o ato inconstitucional em controle difuso, se nulificativa ou meramente não aplicativa, e 2) natureza da regra fixada no art. 97, CF/88²⁴¹, se competencial, excluindo outros órgãos judiciais de proferirem essas declarações, ou instrumental, regulando apenas o *modus operandi* do controle difuso nos tribunais.

Entenda-se melhor.

Parte da doutrina entende que a nomenclatura “declaração de inconstitucionalidade” deve ser reservada às decisões que tenham como efeito a nulidade do ato mesmo, com eficácia, portanto, *erga omnes*, sendo inapropriado seu uso para além desses casos.

Nesse sentido, alguns, mais radicais, chegam a defender que a expressão é equívoca em todas as modalidades de controle, incidental ou concentrado, pois a decisão judicial, em qualquer delas, seria incapaz de retirar o ato do ordenamento jurídico. É como defende Paulo Luiz Lobo, para quem o mais adequado seria falar-se tão somente em inaplicabilidade ou ineficácia da lei²⁴².

Outros, mais ponderadamente, afirmam que, a rigor, seu uso deveria se restringir à declaração feita pelo STF em controle concentrado, onde o próprio objeto da petição inicial consiste no pedido de declaração da (in)constitucionalidade do ato²⁴³.

²⁴⁰ LOBO, Paulo Luiz Neto. O controle da constitucionalidade das leis e o direito adquirido. **Revista de informação legislativa**, v. 27, n. 106, abr./jun. 1990, p. 42

²⁴¹ “Art. 97. 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”.

²⁴² Ibid., p. 42.

²⁴³ É como defende Poletti. In: POLETTI, Ronaldo. **Controle da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 200.

Ocorre que tais posicionamentos esbarram na textualidade da Constituição, que prevê, expressamente, em seu art. 97, a possibilidade de tribunais – quaisquer que sejam – declararem a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo emanados do Poder Público por meio de maioria absoluta do plenário ou órgão especial. Trata-se da chamada cláusula de reserva de plenário, inspirada no *full bench* norte-americano e já estudada ao longo do tópico 2.1.3.1.

Assim, ante a literalidade do texto constitucional, admite-se de modo razoavelmente pacífico, que *tribunais* podem proceder a declarações de inconstitucionalidade, mesmo sabendo-se, de modo igualmente pacífico, que, nesses casos, a eficácia da decisão fica restringida ao processo em que é proferida.

Contudo, no caso dos juízes singulares de primeira instância, a controvérsia semântica em torno da expressão permanece existindo, já que, para eles, não há previsão expressa no sentido de que possam proceder a essas manifestações.

A discussão é agravada, ademais, por uma possível interpretação restritiva do art. 97, pela qual apenas os tribunais seriam os órgãos judiciais competentes para a proferirem essas declarações, restando vedado a juízes de primeiro grau fazê-las – ou mesmo turmas recursais, nos juizados especiais.

Para ilustrar esse debate em torno do controle de constitucionalidade no primeiro grau da jurisdição, veja-se o que afirma Lenio Streck, para quem o juiz singular, no controle difuso, “não declara a inconstitucionalidade da lei”, mas “apenas deixa de aplicá-la”²⁴⁴.

Ivo Dantas, em linha semelhante, defende o seguinte:

Neste caso, cabe observar um detalhe: não é correto dizer-se que o magistrado (=juiz singular) declara a inconstitucionalidade. Tal só ocorrerá em decisões colegiadas, onde a decisão terá efeitos *erga omnes* em razão do julgamento que identificou a inconstitucionalidade do ato (...). Note-se mais claramente: a lei deixa de ser aplicada no caso concreto sob apreciação judicial, entretanto, continua no arsenal da legislação em vigor²⁴⁵.

4.3.2 Uma distinção necessária: conteúdo e efeitos da declaração

Demonstrada, em linhas gerais, a discussão acadêmica sobre o tema, passa-se, agora, a uma tentativa de elucidar, em algum grau, o debate.

²⁴⁴STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 456.

²⁴⁵DANTAS, Ivo. **Novo processo constitucional brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 152-153.

No imbróglio semântico ora estudado, parece-nos fundamental distinguir o *significado* da declaração de inconstitucionalidade dos *efeitos* que dela decorrem.

A permanência (ou não) do ato reputado inconstitucional no ordenamento jurídico parece não ser relevante para a determinação do que é a declaração ela mesma, pois, se daí decorrerá simples não aplicação ou efetiva invalidação *erga omnes* da norma, a discussão situa-se no plano dos efeitos da decisão e não de seu significado mesmo.

Não há que se buscar diferentes sentidos para a declaração de inconstitucionalidade quando a distinção entre suas espécies reside apenas nas consequências que dela derivam – distinção feita, aliás, pela razão pragmática de não se admitir que órgãos judiciais ordinários possam retirar, com validade para todos, a vigência de atos normativos genéricos, editados por poderes democráticos, restringindo-se essa competência a um único órgão especial, a Corte Suprema do país.

Note-se que a diferença, a rigor, não está sequer na natureza da consequência jurídica que advém da declaração, pois, no controle difuso, a norma jurídica também é reputada inconstitucional por vício de forma ou conteúdo, sendo igualmente reconhecida como nula, tal como no controle feito pelo STF, de modo que distinção fica restrita meramente ao plano da amplitude dos efeitos: *inter partes* no primeiro caso, *erga omnes* no segundo.

A declaração feita pelos juízes de primeiro grau são também *nulificantes* do ato, só que com repercussões restritas ao caso em que é proferida²⁴⁶. A própria literalidade do art. 97 da CF/88, conforme visto no subtópico anterior, parece deixar claro que a nulificação genérica não integra o conceito da expressão, ao prever a possibilidade de tribunais ordinários procederem a declarações de inconstitucionalidade.

Sendo assim, de fato, no controle difuso, a nulificação *inter partes* decorrente da declaração incidental equivale, em termos pragmáticos, à não aplicação da lei, mas, do ponto de vista conceitual e teórico, equipará-la à mera inaplicabilidade da norma pode ser problemático. Isso porque, conforme mais adiante se verá, existem casos em que a não aplicação justifica-se por razões outras, alheias aos critérios constitucionais de validade.

O art. 97 da CF/88, ademais, não pode ser interpretado em sentido excludente, como se fixasse uma regra de competência e apenas os tribunais fossem os únicos órgãos judiciais autorizados a proceder ao controle da constitucionalidade das leis, pois, nos sistemas difusos,

²⁴⁶KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 263-264.

como historicamente é o brasileiro, essa competência decorre do próprio exercício da função jurisdicional²⁴⁷, desde os juízes singulares à Corte Suprema.

A regra da reserva de plenário, nesse contexto, tal como no modelo americano, deve ser entendida como norma de natureza instrumental e regulatória por meio da qual é fixado o processamento dos incidentes de inconstitucionalidade nos tribunais, nada tendo que ver com a competência dos juízes de primeira instância ou com a dos juizados especiais²⁴⁸.

Portanto, em suma, defende-se, aqui, que a declaração da inconstitucionalidade é apenas o ato pelo qual o juiz profere, nos autos, seu entendimento acerca da constitucionalidade da norma. Trata-se da prolação formal do juízo de constitucionalidade a que chegou o órgão jurisdicional, seja ele o STF ou o juiz de primeiro grau.

A declaração não necessariamente deverá ser expressa nos termos “declara-se inconstitucional a norma X”, mas certamente consubstanciará o ato decisório (e, portanto fundamentado) do juiz sobre a postulação de inconstitucionalidade que lhe foi feita.

A eficácia desse ato declaratório variará 1) no espaço, podendo recair apenas sobre as partes litigantes do processo, ou se estender, genericamente, a todos os jurisdicionados, e 2) no tempo, podendo retroagir ao passado, tal como é de regra no Brasil, ou valer tão somente para o futuro, mas, em todo caso, assim o será enquanto efeito, consequência, repercussão do ato decisório que lhe deu causa.

Bem pensadas as coisas, uma vez definido o que precisamente é a inconstitucionalidade, não há motivos para extrair diferentes sentidos do que seja a sua “declaração” feita pelos tribunais, pois declarar é apenas isto: pronunciar, manifestar, explicitar, tornar expresso alguma coisa.

Conforme anota Rui Barbosa, “declarar nula uma lei é simplesmente consignar sua impossibilidade com a Constituição, lei primária e Suprema”²⁴⁹.

Não há que se diferenciar, assim, o conteúdo da declaração feita pelos órgãos ordinários daquela feita pelo STF, pois seu significado, como bem explica José Afonso, é o mesmo:

²⁴⁷POLETTI, Ronaldo. **Controle da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 198-199.

²⁴⁸Sobre a possibilidade de um terceiro sentido à cláusula de reserva de plenário, para além das já mencionadas hipóteses de natureza instrumental e competencial, destaque-se, ainda a posição de Lúcio Bittencourt, para quem a regra constitui condição específica de eficácia da declaração de inconstitucionalidade. In: BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 45-47.

²⁴⁹BARBOSA, RUI. **O direito do Amazonas ao Acre Septentrional**. Vol. I. Rio de Janeiro: Typ. Do Jornal do Commercio de Rodrigues & C, 1910, p. 103.

Declarar a inconstitucionalidade significa estabelecer por decisão judicial que uma lei ou ato normativo do Poder Público é desconforme com a Constituição, seja quanto ao processo de sua formação, seja quanto ao conteúdo de alguma de suas normas ou princípios. Isso tanto se aplica à declaração de inconstitucionalidade por ação direta como por via incidental²⁵⁰

No mesmo sentido, Poletti destaca que “a declaração de inconstitucionalidade, quer pelo juiz singular, pelos tribunais, ou pelo Supremo Tribunal Federal, tem a mesma natureza e decorre de idêntica fundamentação. As eficácias de cada uma delas é que são diferentes”²⁵¹.

Portanto, na jurisdição constitucional, independentemente do sistema adotado, a declaração de inconstitucionalidade significa, do primeiro ao último grau, uma só coisa: convicção prolatada nos autos sobre a existência de incompatibilidade jurídica entre a Constituição e outra norma que lhe é inferior.

4.4 QUAL A RELAÇÃO ENTRE INCONSTITUCIONALIDADE E O MUNDO DOS FATOS?

4.4.1 Inconstitucionalidade: fenômeno jurídico pluridimensional

As constituições consistem em complexos dinâmicos multidimensionais, passíveis das mais diversas posturas metodológicas, desde as filosóficas àquelas da Ciência Política, da Sociologia e do Direito.

Pois o objeto ao qual as constituições fazem referência (estruturação básica do poder, gênese estatal, regulação das relações entre Estado e sociedade etc.), dada sua complexidade e amplitude significativa, pode e deve ser estudado sob os mais variados ângulos do saber humano – como de fato o é.

Note-se, porém, que multiplicidade dimensional das constituições não se refere apenas a possíveis métodos interdisciplinares do sujeito cognoscente em relação a elas, como se fosse resultante de uma combinação extrínseca de perspectivas, como faz o tridimensionalismo genérico²⁵², pois, antes disso, significa o reconhecimento mesmo de seu *ser* complexo, estruturado por relações implicacionais necessárias entre os elementos primordiais do direito: fato, valor e norma²⁵³.

Se se pudesse materializar a Constituição em uma esfera maciça, palpável e divisível, a perspectiva tridimensional genérica seria a de uma bola estratificada, decomponível em

²⁵⁰SILVA, José Afonso. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 6ª Edição, 2009, p.517.

²⁵¹POLETTI, Ronaldo. **Controle da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 198.

²⁵²REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 517.

²⁵³Ibid., p. 495.

camadas independentes entre si, cada qual com suas peculiaridades e passíveis de estudos próprios; na visão tridimensional específica ou concreta, aqui adotada, ter-se-ia uma esfera heterogênea em absoluto, mixada em seus elementos constitutivos até sua última fração e, insuscetível, portanto, a análises unilateralistas.

É precisamente nesse sentido que Marcelo Neves afirma serem as constituições fenômenos pluridimensionais complexos, compostos em três dimensões básicas *inseparáveis*: a fático-social ou sociológica *lato sensu*, a normativo-jurídica e a ideológica ou axiológica²⁵⁴.

Os erros e o conseqüente fracasso das concepções monistas são apontados pelo autor: a sociológica, desconhece a relativa autonomia que têm as constituições em relação aos fatores reais de poder, que condiciona-os em certo grau; a normativista, em seu purismo metodológico ou abstracionismo epistemológico, ignora o forte condicionamento fático-social e ideológico na fixação do sentido das normas constitucionais e a ideológica, por fim, nega a relatividade e historicidade dinâmica dos valores ditos constitucionais²⁵⁵.

Portanto, mesmo quando entendidas em seu sentido jurídico-normativo – Constituição enquanto sistema específico de normas, componente do ordenamento jurídico em seu escalão máximo²⁵⁶ –, as constituições não são pura norma, nem sequer a soma dos fatores norma, fato e valor, mas, sim, norma em conexão permanente com a realidade social, que lhe dá conteúdo fático e sentido axiológico²⁵⁷.

É nesse contexto que surge o problema da inconstitucionalidade.

Só se pode dizer que algo é contrário à Constituição se se entender esta como dotada de conteúdo prescricional, razão pela qual não se discute a questão da inconstitucionalidade em si para além do plano *jurídico*, que, além de prescritivo, é coercitivo – daí, aliás, sua controlabilidade via mecanismos oficiais.

Pois, se adotada a concepção meramente factual ou sociológica da Constituição, não há sentido em falar de incompatibilidade constitucional pois entre sistemas empíricos não há, a rigor, contrariedade²⁵⁸. O mesmo vale para a Constituição enquanto puro valor, do qual não decorra um *dever-ser* objetivamente exigível, obrigatório, enfim, jurídico.

²⁵⁴NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 59.

²⁵⁵Ibid., p. 60-61.

²⁵⁶Clève bem destaca que o reconhecimento do escalonamento hierárquico da ordem normativa não implica a adesão aos postulados formalistas kelsenianos. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: RT., 1995, p. 20.

²⁵⁷SILVA, José Afonso da. **Teoria do conhecimento constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 172.

²⁵⁸Cf.: VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 117.

Desse modo, embora sua existência não esteja restrita ao mundo das normas – pois existe a possibilidade de classificar fatos e condutas como inconstitucionais, conforme visto²⁵⁹ –, a inconstitucionalidade surge como problema eminentemente *normativo*, isto é, como questão do direito enquanto sistema jurídico escalonado, complexo, passível de contradições normativas internas, mas igualmente dotado de mecanismos formais de controle²⁶⁰.

No entanto, afirmar o caráter jurídico-normativo da inconstitucionalidade, não significa torná-la questão menos complexa, como se fosse redutível à contradição formal entre duas proposições jurídicas, resolvida por meio de silogismos e juízos de subsunção. Trata-se apenas de definir seu âmbito contextual básico, o do direito, dentro do qual adquire aplicabilidade específica e funcionalidade.

Por ser conceito derivativo e estar em íntima conexão com o da Constituição, que lhe dá existência e sentido, a inconstitucionalidade adquire natureza jurídico-normativa sem deixar de incorporar todas aquelas complexidades tipicamente atribuídas ao fenômeno constitucional.

Assim, no plano das ideias, mais abstrato, uma inconstitucionalidade poderá ser vista como contradição específica entre comandos ou disposições do direito (sentido normativo puro) tanto como um conflito de valores diante do injusto ou do antiético, tendo-se por base axiológica a Constituição (sentido ideológico).

Poderá ser compreendida, de igual modo, agora sob ângulo mais empírico, como embate entre forças, agentes e grupos sociais em torno de interesses específicos, ainda que de titularidade difusa (sentido fático-social)²⁶¹, ou, ainda, como impasse político entre órgãos oficiais representantes de vontades políticas antagônicas (sentido fático-político).

Todas essas são dimensões de uma mesma realidade. Qualquer perspectiva exclusivamente unitária será insuficiente à compreensão holística da dinâmica inerente à postulação de inconstitucionalidade.

A norma é apenas a *forma* pela qual a inconstitucionalidade adquire existência específica, tornando-se, então, juridicamente cognoscível.

²⁵⁹Sobre o tema, ver o tópico “O objeto do controle de constitucionalidade”.

²⁶⁰Daí Ivo Dantas destacar a importância do conceito de sistema jurídico para a compreensão da ideia de suprallegalidade das constituições e do controle que dela decorre. In: DANTAS, Ivo. **O valor da constituição**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 51.

²⁶¹A perspectiva fático-social é de especial relevância para a desconstrução da tese de que, no controle concentrado de normas, não há litígio ou partes, por tratar-se de análise meramente “em tese” do ato.

O juízo a seu respeito, todavia, confirmativo ou negativo, perpassará, de modo quase inexorável, pela análise de valores, fatos e, mais uma vez, normas que possam vir a compor o sentido daquela que é objeto do controle ou daquela que lhe serve de parâmetro.

Para ilustrar o que aqui se diz, tome-se o exemplo da lei do Estado do Ceará recentemente declarada inconstitucional por ter regulamentado a prática da vaquejada, atividade tida pelo Supremo como “cruel”.

Para além do debate em torno da compatibilidade normativa entre a Lei nº 15.299/13/CE e o art. 225, parágrafo primeiro, inciso VIII, da CF/88, permeado pela interpretação sistemática de dispositivos outros, existe, também, evidente conflito ideológico entre diferentes visões de mundo: uma mais simpática ao valor do meio ambiente equilibrado e outra mais afinada com o valor da cultura e da preservação de suas tradições.

E como oposição de valores não deixa de ser oposição entre indivíduos – é “luta”, como diz Serejo²⁶² –, em defesa de cada uma dessas posições, haverá gente, pessoas comuns, movidas, muitas vezes, por interesses bastante concretos, como o de assistir, participar ou organizar uma vaquejada.

Não há como dissociar, portanto, o conflito axiológico do sociológico, nem estes com o das normas, pois a inconstitucionalidade consubstancia em uma só ideia, realidades dialéticas sobrepostas. A multidimensionalidade é traço inerente à questão constitucional, das arguições mais singelas as mais polêmicas.

4.4.2 Contingencialidade como fator inescapável

Neste trabalho dissertativo, importa desenvolver mais aprofundadamente a importância do elemento fático na determinação da constitucionalidade das normas jurídicas. É o que se fará neste subtópico e também no subsequente.

Se o direito não é pura norma, mas a síntese da tensão entre norma e realidade, não se pode separar a normatividade da normalidade²⁶³.

E, em assim sendo, a formulação de um juízo a respeito de relações internormativas não pode deixar de conter, como uma de suas etapas fundamentais, a análise do mundo concreto em que se coloca a pessoa do intérprete.

²⁶²SEREJO, Paulo. Conceito de inconstitucionalidade: fundamento de uma teoria concreta do controle de constitucionalidade. **Revista Jurídica Virtual**: Brasília, vol. 2, n. 19, dez. 2000, p. 5.

²⁶³SILVA, José Afonso da. **Teoria do conhecimento constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 168-169.

A dimensão fática da inconstitucionalidade deriva, em última instância, da percepção mesma de que direito nasce *dos* fatos, é compreendido *pelos* fatos e *voltado* aos fatos e que, de modo mais específico, a norma do direito, objeto do controle, também assim o é.

Inspirada e criada pelo Legislativo ou pelo Executivo, a norma jurídica é interpretada e aplicada pelo Judiciário segundo o mundo concreto que lhe subjaz e ao qual, ao fim, se volta, solucionando, com mais ou menos efetividade, os problemas práticos e reais para os quais foi pensada.

É que, ao mesmo tempo em que controlam e dirigem o mundo dos fatos, as normas jurídicas são condicionadas pelo contexto fático não apenas nos atos de sua produção, mas também nos seus momentos de interpretação e aplicação²⁶⁴.

Ao julgar a constitucionalidade de lei federal que conceda benefícios assistenciais a estrangeiros residentes no país, é preciso que o juiz realize questionamentos como os seguintes: quantos estrangeiros há no Brasil? Quantos estão em condições de requerer o benefício? Diante do cenário político internacional, há expectativa de aumento do movimento migratório? Qual a repercussão financeira no orçamento da União? Como anda o orçamento da seguridade social e, mais especificamente, o da assistência?

Para decidir a constitucionalidade de temas polêmicos, tais como legalização de drogas, descriminalização do aborto, financiamento privado de campanha etc., do mesmo modo, deve-se estudar experiências estrangeiras, conhecer a literatura científica sobre o tema, analisar e comparar dados e estatísticas, estabelecer possíveis nexos de causalidade etc. – tudo isso acompanhado de juízos axiológicos ponderativos, inseparáveis, conforme visto, da análise fática.

Portanto, se para avaliar a relação entre normas jurídicas e a Constituição, o intérprete deve atentar para o contexto fático pertinente à postulação de inconstitucionalidade, mudanças nesse mesmo contexto devem ser reconhecidas como aptas a ensejar modificações na compatibilidade entre as primeiras e a segunda.

Assim, na formulação de um juízo sobre a constitucionalidade, normas tidas, a princípio, como constitucionais podem deixar de sê-lo a medida em que muda a conjuntura fático-social, ou vice-versa: normas inicialmente reputadas inconstitucionais podem passar a

²⁶⁴NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 16 e 20.

ser consideradas harmônicas com a Constituição – a última hipótese, aliás, conquanto possível, é mais rara²⁶⁵.

Há, aí, uma aptidão para a contingência. Toda inconstitucionalidade é, de modo inescapável, passível de ser revertida diante de um novo contexto empírico.

Com efeito, o Supremo vem reconhecendo a possibilidade de mudança de entendimento a respeito da constitucionalidade de normas jurídicas decorrente da transformação da realidade social, já o tendo feito ao menos duas vezes, conforme demonstra Barroso:

Em mais de uma situação, o STF reconheceu a influência da realidade na determinação da compatibilidade de uma norma infraconstitucional com a Constituição. E, *a contrario sensu*, admitiu que a mudança na situação de fato pode conduzir à inconstitucionalidade de norma anteriormente válida. Citam-se a seguir dois precedentes. A Corte entendeu que a regra legal que assegura aos defensores públicos a contagem em dobro dos prazos processuais deve ser considerada constitucional até que as Defensorias Públicas dos Estados venham a alcançar o nível de organização do Ministério Público. Em outra hipótese, o STF considerou que o art. 68 do CPP ainda era constitucional (...), até que a Defensoria Pública viesse a ser instalada em cada Estado²⁶⁶.

O único caso em que se admite inconstitucionalidade progressiva – a qual, conforme visto no tópico 1.4, é, via de regra, inadmitida pelos tribunais brasileiros – é justamente a hipótese de modificação das relações fáticas, que podem ensejar processo de *inconstitucionalização* de dispositivos anteriormente tidos como válidos²⁶⁷. É o caso do art. 68 do CPP²⁶⁸.

De modo ainda mais excepcional, é possível que um dispositivo tido, a princípio como inconstitucional, torne-se constitucional diante de um novo contexto fático. Até agora, talvez o mais emblemático precedente seja aquele em que o Supremo decidiu pela constitucionalidade das leis estaduais que criaram municípios sem a existência da lei complementar federal prevista no art. 18, parágrafo quarto da CF/88, as quais, de início, por

²⁶⁵ A justificativa é que, ao avaliar a validade de uma proposição, juízos de certeza negativa, que repudiam a higidez da norma, tendem a ser mais precisos que os de certeza positiva, pois, nos primeiros, muitas vezes, basta a configuração de um único vício, de forma ou de conteúdo, para que toda a norma seja reputada inválida; nos segundos, por sua vez, faz-se uso de raciocínios indutivos nunca exaurientes, sempre passíveis de contradição a partir do advento de dado futuro ainda não conhecido. A dificuldade de reconhecer a constitucionalidade superveniente é agravada, ademais, pela razão de que, para muitos, o ato inconstitucional não existe juridicamente e, por isso, não poderia ser convalidado.

²⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 160-161.

²⁶⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1027 e 1029.

²⁶⁸ Cf.: RE 341717 Rel. Min. Celso de Mello (DJ e 05/03/2010) e RE 147.776 Rel. Min. Sepúlveda Pertence (DJ e 19/05/1998).

isso mesmo, seriam inconstitucionais; contudo ante a consolidação e instalação dos novos entes federativos, passaram a ser reputadas como conformes à Constituição justamente pela força normativa atribuída àqueles fatos²⁶⁹.

Além disso, a própria concepção de mutação constitucional pressupõe a aptidão do mundo dos fatos em alterar o sentido da Constituição sem mudança no texto normativo. Por meio dela, reconhece-se a alteração da norma parâmetro, o que poderá modificar suas relações de compatibilidade com atos infraconstitucionais e, assim, dar lugar, por exemplo, a inconstitucionalidades supervenientes²⁷⁰.

4.4.3 Contingência rarefeita

Viu-se que a inconstitucionalidade é passível de alteração pela via dos fatos e que, de igual modo, os juízos a seu respeito podem variar conforme muda-se o contexto.

A questão que se põe, agora, é a de identificar qual a natureza desses fatos jurídicos, capazes de modificar a relação de compatibilidade entre uma norma jurídica e a Constituição.

O vínculo entre o juízo de constitucionalidade e o mundo concreto já foi estabelecido diversas vezes por tribunais de todo o mundo como forma de justificar mudanças de entendimento sobre a constitucionalidade de leis e demais atos normativos que compõem o ordenamento jurídico.

Contudo, a experiência mostra que, embora toda inconstitucionalidade seja de contingencialidade ínsita e, desse modo, seja, em princípio, sempre capaz de ser contingente, a contingência efetiva, concreta, levada a efeito e reconhecida pelos tribunais é, por assim dizer, incomum²⁷¹.

Os casos em que tribunais efetivamente modificam seus entendimentos a respeito da validade de determinada norma jurídica, entendendo-a constitucional quando antes a tinham expressamente definido como inconstitucional, ou, ao contrário, entendendo-a inconstitucional quando antes já haviam se pronunciado por sua constitucionalidade, são pouco frequentes.

²⁶⁹Esse foi o entendimento fixado na ADI 2240, julgada em 09/05/2007, Rel. Min. Eros Grau, assim como na ADO 3682, julgada na mesma data, Rel. Min. Gilmar Mendes.

²⁷⁰CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: RT., 1995, p. 44.

²⁷¹No caso brasileiro, um dos fatores que justificam a baixa ocorrência do fenômeno da mutação constitucional é a pouca duração de nossas Cartas Magnas. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Teoria da Reforma Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 93.

Daí, aliás, não raramente, serem importantes marcos jurisprudenciais, autênticos julgados paradigmáticos na história do país quando em análise questões de maior repercussão social, como o famoso caso da segregação racial em escolas públicas americanas, admitida pela Suprema Corte em 1896 (*Plessy v. Ferguson*) e rechaçada, mais tarde, em 1954 (*Brown v. Board of Education*).

A constatação, notória, indica que nem todo fato é apto a alterar a validade de leis, de modo a ser fundamental a distinção entre os fatos juridicamente capazes fazê-lo e aqueles que não o são.

Gilmar Mendes, com base na doutrina alemã, ao tratar da relação entre a constitucionalidade e o mundo empírico, afirma que são mudanças *significativas e profundas* nas relações fáticas que podem provocar processos de inconstitucionalização e, na mesma linha, cita Karl Larenz, para quem:

Uma vez que a lei, dado que pretende ter também validade para uma multiplicidade de casos futuros, procura também garantir uma certa constância nas relações inter-humanas, a qual é, por seu lado, pressuposto de muitas disposições orientadas para o futuro, nem toda modificação de relações acarreta por si só, de imediato, uma alteração do conteúdo da norma.

Em outro de seus escritos, dessa vez com base em Hans Brox, o ministro do STF destaca, de modo mais preciso, que situações legitimam a admissão de uma nova aferição da constitucionalidade:

Tem-se tal situação se, após a publicação da decisão, se verificar uma mudança de conteúdo da Constituição ou da norma objeto do controle, de modo a permitir supor que outra poderá ser a conclusão do processo de subsunção. Uma mudança substancial das relações fáticas ou da concepção jurídica geral pode levar a essa alteração²⁷².

Ora, a revisão do juízo de constitucionalidade, tal como a de outros juízos sobre outras matérias de direito, nos quais teses jurídicas são firmadas, poderá ser feita nas seguintes hipóteses:

1) Ampliação da cognição judicial. Ocorre quando o juiz conhece novo fundamento juridicamente relevante à decisão sobre a constitucionalidade. Poderá ser provocada, quando os demais sujeitos partícipes do processo suscitam o novo argumento ao juiz, ou espontânea, caso em que o juiz deverá submeter a matéria à apreciação das partes. Quanto mais amplo e

²⁷²BROX, Hans. Zur Zulässigkeit der erneuten Überprüfung einer Norm durch das Bundesverfassungsgericht. Apud MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lenio. Comentário ao art. 102, parágrafo 2º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1398.

aprofundado for o contraditório em torno da questão constitucional, maior tende a ser a estabilidade do julgado.

2) Mudanças das concepções jurídicas. Nesse caso, altera-se o conteúdo semântico de conceito jurídico presente na norma parâmetro ou na norma objeto, conceitos tais como “crime hediondo”, “improbidade administrativa”, “cargo público”, “estabilidade”, “sigilo telefônico”, “pessoa idosa” etc. A alteração de sentido poderá ser feita normativamente, via legislação superveniente, ou judicialmente, pela interpretação evolutiva feita pelos tribunais.

3) Mudança do contexto sociológico, econômico ou cultural. O constante processo de transformação do mundo exige do direito permanente atualização de sentido, sem a qual o ordenamento propositivo de que é composto torna-se incompleto e assistemático. As alterações são permitidas pelo direito justamente para fazê-lo subsistir.

4) Mudança na composição do órgão. Aplicável a entendimentos coletivos, firmados em órgãos colegiados, é de ocorrência mais frequente quando revisadas decisões prolatadas em votação acirrada²⁷³.

Todos esses são fatos ou situações capazes de ensejar modificações de entendimento quanto à constitucionalidade de determinado ato normativo.

Atentemo-nos, contudo, às hipóteses de número dois e três.

Para exemplificá-las, imagine o leitor o complexo processo cognitivo e ponderativo pelo qual deve passar um juiz para concluir pela constitucionalidade ou não de uma norma específica como aquela contida no artigo 2º, §1º da Lei nº 8072/90, que proíbe, expressamente, a progressão de regime para os crimes hediondos. O que dizer de sua constitucionalidade?

Trata-se de difícil tarefa, ao final da qual, possivelmente, chegarão diferentes intérpretes a respostas divergentes – tal como, de fato, aconteceu no julgamento do caso concreto, no qual, em votação apertada por seis votos a cinco, decidiu o plenário do Supremo pela inconstitucionalidade do dispositivo²⁷⁴.

Mas, para além da variabilidade intersubjetiva, mesmo quando individualmente formada a convicção sobre a constitucionalidade, o juízo ainda poderá ser revisto.

²⁷³A recente saída de Anthony M. Kennedy da Suprema Corte americana e a consequente reversão do quadro ideológico entre liberais e conservadores naquele órgão jurisdicional é um bom exemplo de como a alteração compositiva pode ser um importante fator na revisão de teses jurídicas.

²⁷⁴Sobre o tema, ver tópico destinado à apresentação do *habeas corpus* nº 82.959/06.

Na hipótese de o Estado brasileiro, ao longo dos próximos anos, implementar uma reforma carcerária capaz de dispensar aos presos em estabelecimento de segurança média e máxima (regime fechado) tratamento adequado e digno, por meio de celas apropriadas e disponibilização de atividades educativas e laborais, um juiz que, inicialmente, tenha entendido pela inconstitucionalidade do dispositivo pode, agora, ciente dos benefícios e especialidades do regime fechado, passar a tê-lo como o regime mais apropriado à execução de penas.

Essa sem dúvida seria uma transformação fática substantiva, capaz de alterar o próprio sentido da norma objeto de controle e, assim, justificar a compatibilização jurídica entre ela e a Constituição que lhe dá fundamento.

A revisão do juízo também seria cabível caso houvesse mudança dos conceitos jurídicos utilizados nas normas que compõem a relação antinômica, a exemplo de haver uma redefinição dos crimes hediondos, nos quais poderiam ser enquadradas condutas mais ou menos gravosas, ou, ainda, na hipótese de ser modificado o que hoje se entende por regime fechado.

Por outro lado, note-se o seguinte: fatores de ordem subjetiva, relativos aos litigantes e suas características pessoais, ou mesmo aqueles que expressam circunstâncias fáticas específicas de um caso qualquer, não podem servir para justificar a alteração da constitucionalidade, na medida em que não dizem respeito à validade de uma norma jurídica abstrata e genérica como aquela contida no artigo 2º, §1º da Lei nº 8072/90.

Ora, para saber se a vedação à progressão de regimes é regra jurídica compatível com a Constituição, não é relevante ao intérprete conhecer, por exemplo, quem foi a pessoa do criminoso, se é rica ou pobre, casada ou solteira, saudável ou doente, assim como não importa saber se o crime de genocídio foi executado por meio de uma explosão ou de um gás venenoso, se matou 200 ou 300 pessoas, pois a validade do dispositivo não diz respeito a esses elementos eventualmente trazidos pelo litígio onde se discute a constitucionalidade²⁷⁵.

O mesmo vale para outras questões constitucionais já citadas ao logo deste trabalho dissertativo: para decidir sobre a constitucionalidade de leis que regulamentem a vaquejada, o aborto, o uso das drogas, o financiamento de campanha, a alíquota de determinado imposto, a

²⁷⁵Elementos fáticos mais específicos como esses serão relevantes a decisões sobre outras matérias, distintas da inconstitucionalidade, mas igualmente importantes para o julgamento final do caso concreto. Assim, conhecer quem é o criminoso, qual sua história e suas motivações, é imprescindível para saber se houve genocídio ou não. Contudo, não é relevante para decidir se tipificação do genocídio como crime hediondo é constitucional ou se a lei que impede a progressão para os criminosos que o cometerem assim o é.

atenuação ou o agravamento de determinada pena etc., saber quem é o vaqueiro, a gestante, o político, o drogado, o contribuinte ou o criminoso parece não ser da menor relevância – como de fato não o é.

Responde-se à questão constitucional sem se precisar recorrer a esses elementos pessoais justamente porque a constitucionalidade, por ser relação internormativa, não depende deles.

Ainda quando adotada posição doutrinária de viés mais concretista, há que se reconhecer, como faz Friedrich Müller ao introduzir sua teoria estruturante, que, ao menos quando se está no campo constitucional, a influência dos fatos na determinação do sentido e do conteúdo das normas não perpassa pelas “peculiaridades efetivas do caso concreto por resolver, senão dos elementos materiais da própria norma jurídica”²⁷⁶.

O problema da inconstitucionalidade, assim, deve ser entendido como questão de direito por excelência e, como tal, dotado de transcendência e impessoalidade, não podendo ser decidido circunstancialmente sob o pretexto de dados fáticos quaisquer, embora a conexão com o mundo concreto, conforme demonstrado, lhe seja essencial.

Se determinado juiz entendeu pela existência de antinomia jurídica entre o dispositivo legal e a Constituição – e que, portanto, aquele deve ser excluído do ordenamento jurídico, pois não lhe é conforme – o mesmo deverá se repetir em outros casos quando submetido a mesma arguição, salvo, evidentemente, se configurada outra das demais hipóteses modificativas.

Portanto, defende-se, aqui, que não são quaisquer fatos ou mudanças no mundo concreto que podem alterar a constitucionalidade de preceitos normativos. Apenas mudanças macroestruturais podem fazê-lo. É o que se chama, neste trabalho, de contingência rarefeita, com o intuito de pôr em evidência que as relações de (in)compatibilidade normativa são contingentes, mas não o são de modo ordinário, não devendo ser justificadas segundo fatores eminentemente pessoais, revelados no âmbito de um contexto litigioso específico, pois este não é apto a interferir na validade de um preceito normativo genérico e abstrato.

²⁷⁶MULLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes**. São Paulo: RT, 2007, p. 17-18.

4.5 CONTROLE *IN CONCRETO* E *IN ABSTRACTO*: QUAL A DIFERENÇA, AFINAL?

4.5.1 A imprecisão e a equivocidade dos termos “concreto” e “abstrato”

A doutrina constitucional brasileira, inspirando-se na dogmática estrangeira, em especial a alemã, utiliza-se, com frequência, da nomenclatura “abstrato” e “concreto” para diferenciar os sistemas de controle jurisdicional da constitucionalidade.

A denominação ganhou visibilidade a partir da década de 1920 por meio das obras de Friesenhahn, Jellinek e Flad, após o advento da Constituição austríaca do início daquela década, quando se inaugurava o sistema concentrado de controle²⁷⁷.

Utilizada até os dias de hoje por doutrinadores de países diversos, inclusive em países que adotam exclusivamente o sistema difuso, como a Argentina²⁷⁸, a nomenclatura “*in abstracto*” e “*in concreto*” não consta nos textos legais brasileiros, mas, não obstante, é de uso constante nos manuais nacionais.

Os termos abstrato e concreto são, todavia, imprecisos, o que favorece a formação de interpretações equivocadas a respeito da natureza desses sistemas de controle. Neste tópico, busca-se desconstruir essas noções para, ao fim, precisar qual o sentido originário desses termos.

Frequentemente, diz-se que o controle concentrado é abstrato porque, nele, a lei é considerada de modo objetivo, “em tese”, estando dissociado da análise de direitos e interesses subjetivos e da apreciação de fatos concretos, como se seu exercício, enfim, estivesse reduzido à simples comparação de textos legais²⁷⁹.

Posicionamentos doutrinários como esse poderão não gozar de tal explicitude, mas, de fato, são frequentes as afirmações teóricas construídas no sentido de emprestar certo grau de pureza e objetividade ao controle concentrado, como se a forma pela qual o juiz nele decidisse fosse substancialmente diferente daquela feita em controle difuso.

Segundo Paulo Pimenta, na fiscalização objetiva, a norma é “considerada no plano abstrato e não no plano dos fatos”, não levando em consideração circunstâncias como a

²⁷⁷CRUZ, Álvaro Ricardo; MEYER, Emílio Peluso; RODRIGUES, Elder Bomfim (coords.). O processo de controle concentrado de constitucionalidade é um processo abstrato?. In: _____. (coords.). **Desafios contemporâneos do controle de constitucionalidade no Brasil**. Vol. 2. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 61.

²⁷⁸Ibid., p. 59.

²⁷⁹Ibid., p. 62.

violação ou ameaça de lesão a direito subjetivo ou interesse legítimo sobre a esfera jurídica de particulares, pois, nessa modalidade de controle, visa-se à tutela direta da Constituição²⁸⁰.

Formulações teóricas como essa, porém, parecem-nos extremamente questionáveis à luz da teoria da inconstitucionalidade.

Ora, em qualquer modalidade de fiscalização, inclusive a dita abstrata, a análise do plano dos fatos é fundamental para fixação do veredicto sobre a inconstitucionalidade.

Em um primeiro nível, podemos dizer que todo juízo de constitucionalidade forma-se a partir da interpretação de fatos do mundo concreto que se mostram relevantes, direta ou indiretamente, à determinação do significado e do alcance das normas jurídicas componentes da relação antinômica.

Trata-se de uma operação mental inescapável, dada a própria natureza pluridimensional do direito e da norma jurídica postulada como contrária a Constituição, objeto do controle. É justamente por meio desse vínculo, entre a norma e o mundo dos fatos, que se reconhecem as mutações constitucionais e os casos de inconstitucionalidade progressiva.

Em um segundo nível, podemos dizer que a convicção sobre a constitucionalidade depende da análise de dados fáticos específicos, aptos a serem demonstrados via mecanismos probatórios, sem nenhuma restrição, inclusive.

E isso tanto vale para as inconstitucionalidades formais, quando se fiscaliza a higidez de um procedimento específico, ocorrido no tempo e no espaço, como para as inconstitucionalidades materiais, quando a ponderação dos preceitos normativos se mostrar dependente de pormenores fáticos ou científicos.

Nesse sentido, André Ramos Tavares lembra que a desmistificação da concepção tradicional de que a inconstitucionalidade representa matéria de natureza exclusivamente normativa remonta aos julgados norte-americanos do início do século XX, como em *Müller v. Oregon* (1908), caso cujo memorial de inconstitucionalidade continha duas páginas dedicadas a questões jurídicas e outras noventa e cinco destinadas a discriminar os efeitos (reais) da longa jornada de trabalho sobre a mulher²⁸¹.

Em última instância, por fim, é possível que o próprio controle da constitucionalidade tenha por objeto fatos jurídicos de natureza material, completamente dissociados da edição de

²⁸⁰PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento jurídico brasileiro: aspectos constitucionais e processuais**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 34.

²⁸¹TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 303.

uma norma, como se admite nas ações de descumprimento de preceito fundamental e nas ações interventivas, hipóteses em que a fiscalização poderá recair não mais sobre leis ou omissões normativas, mas sobre fatos e condutas concretas, ocorridas no espaço e no tempo.

Ademais, para além da importância dos fatos no controle abstrato, a consideração de interesses e direitos subjetivos nesse sistema é igualmente fundamental e necessária.

Se o direito é técnica de que a humanidade se vale em benefício próprio, não pode haver, nele, nada de valor intrínseco, digno de proteção por si mesmo, em detrimento do interesse de toda a sociedade.

Não existe, portanto, tutela “objetiva” ou “direta” da Constituição, porque nada, no direito, possui valia desconexa do oferecimento ou da retirada de bens e gozos em benefício ou prejuízo a determinadas pessoas ou grupos de pessoas.

Por detrás da arguição da invalidade da lei, sempre haverá interesses concretos bastante específicos, pois é da norma que deriva o direito subjetivo e, ao questionar-se a validade daquela, o que está sendo colocado em jogo é a própria legitimidade deste.

De modo análogo, não raramente, diz-se que, no controle difuso, ao resolver a questão constitucional que lhe é posta, o juiz deve proceder a uma fiscalização dita “subjetiva”, que leve em consideração o interesse juridicamente protegido de uma das partes “e não propriamente em defesa da Constituição objetivamente considerada”²⁸².

Nesses casos, o erro consiste em ignorar que o controle de constitucionalidade, seja qual for, tem por objeto precípuo a aferição da validade de leis e atos normativos, que, via de regra, são dotados de generalidade e abstração e que, portanto, juízos a respeito de sua compatibilidade material ou formal com a Constituição devem ser, necessariamente, *impessoais*.

Se levados às últimas consequências, raciocínios como esse autorizariam a mudança de posicionamento por parte de juiz que, em sede de controle abstrato, reputa determinada lei como inconstitucional e, no dia seguinte, ao julgar caso concreto, diante dos mesmos argumentos, passa a tê-la como constitucional sob a justificativa de estar, agora, em processo subjetivo e ter se valido de fiscalização não objetiva, mas “concreta”.

²⁸²CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: RT, 1995, p. 62.

Porque a ideia central que permeia e fundamenta esses entendimentos é a de que cada tipo de controle representaria um método distinto de aferição da inconstitucionalidade, de modo que o resultado que deles advém poderá ser igualmente e legitimamente distinto.

Os termos “abstrato” e “concreto”, nessa linha, fazem referência a possíveis e distintas posturas gnoseológicas do órgão jurisdicional em relação à forma como a arguição de inconstitucionalidade é *resolvida*: uma objetiva e impessoal, outra subjetiva e particularizada ao contexto da lide.

4.5.2 Uma discussão oculta

Dada a imprecisão e a equivocidade dos termos “concreto” e “abstrato”, o debate em torno de seus significados específicos permanece tímido e nebuloso.

É que, como não há, no Brasil, correntes teóricas bem definidas e contrapostas sobre o sentido dessas expressões, o uso delas pode constituir premissa argumentativa de *questionabilidade desconhecida*, fazendo com que alguns autores a invoquem sem saberem, contudo, que o motivo último da divergência reside ali mesmo, no sentido específico que lhe foi dado.

Um exemplo do que aqui se diz pode ser encontrado no texto de Nelson Nery Jr., quando, ao contrapor-se à posição abstrativista de Gilmar Mendes e Barroso, em defesa do art. 52, X, da CF/88, o autor afirma, sinteticamente, que não há que se atribuir o mesmo alcance às decisões de controle difuso e concentrado, “porque existem dois sistemas que são diferentes” e “o que é diferente não pode ter o mesmo tratamento jurídico”²⁸³.

Ora, quando Gilmar Mendes, em artigo sobre o mesmo tema, indaga, expressamente, sobre qual o sentido de se atribuir efeitos restritos ao controle difuso, quando a mesma lei pode ser atacada via controle concentrado e, aí, ter efeitos genéricos²⁸⁴, o que está se questionando é justamente quais os fundamentos dessa distinção utilizada por Nelson Nery. Não basta, portanto, invocá-la, pois é ela mesma, em última análise, o objeto da controvérsia.

²⁸³NERY JR., Nelson. O Senado Federal e o controle concreto de constitucionalidade das leis e de atos normativos: Separação de Poderes, Poder Legislativo e interpretação do art. 52, X. **Revista de informação legislativa**, v. 47, n. 187, jul./set., 2010, p. 196.

²⁸⁴No texto, o ministro destaca a amplitude conferida ao controle abstrato pela CF/88, que teria tornado ilógica a distinção de efeitos entre: “se o STF pode, em ADI, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de uma Emenda Constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucional, proferida no controle incidental, valer tão somente para as partes?” In: MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. Brasília: **Revista de Informação Legislativa**, v. 41, n. 162, 2004, p. 155-156.

Geralmente descrita em poucas linhas, a distinção entre o controle *in concreto* e *in abstracto* pode ser obscura dentro do raciocínio de um mesmo autor.

Lenio Streck e Marcelo Cattoni chegam a criticar a ideia de um controle “em tese”, dissociado da realidade, mas logo, então, se veem em um dilema:

Observemos: tanto no controle concentrado como no difuso o Supremo Tribunal Federal decide através de *full bench*. A diferença é que, na primeira hipótese, o controle é “objetivo” (é “em tese”, como diz a doutrina, embora saibamos que não há decisões *in abstracto*); no segundo caso, o julgamento representa uma questão prejudicial de um determinado “caso jurídico”. Mas, então, há que se perguntar: se em ambos os casos o julgamento é feito em *full bench* e o quorum é o mesmo (mínimo de seis votos), o que realmente diferencia as decisões? Mas, se são iguais, porque são diferentes?²⁸⁵

Diante da hipótese de terem de refutar a própria premissa, os autores, que, no texto, posicionam-se fortemente contrários à abstrativização, dão ao próprio questionamento uma resposta formal: é que as decisões do controle difuso “não possuem autonomia, pois dependem do ‘socorro’ do poder legislativo para adquirir força vinculante *erga omnes*. É uma questão de cumprimento do princípio democrático e do princípio do devido processo legal”²⁸⁶.

Ora, mas a objeção dos abstrativistas é justamente a necessidade de ser feita essa remessa ao Senado dentro de um contexto normativo em que o STF é o guardião último da Constituição e somente pode reconhecer a inconstitucionalidade de uma norma por meio de seu plenário, que é o mesmo, seja em sede de controle concentrado ou difuso²⁸⁷.

Permanece, então, a dúvida: qual a diferença específica que torna o controle *in concreto* diferente daquele feito *in abstracto*?

4.5.3 As duas formas fundamentais de conhecer a inconstitucionalidade

O significado dessas expressões é bem mais modesto do que o que frequentemente se lhe tenta atribuir e está relacionado, intimamente, com a própria gênese do controle concentrado.

Ao formular o sistema austríaco de controle, debruçado sob a experiência norte-americana, Kelsen buscou suprir aquilo que, no seu entender, seria uma deficiência daquele

²⁸⁵STRECK, Lenio; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de.; LIMA, Martonio Mont' Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *Revista Gestão e Controle*, ano I, n. 2, jul./dez., 2013, p. 109-110.

²⁸⁶Ibid., p. 110.

²⁸⁷FAIDIGA, Daniel Bijos. *Efeito vinculante & declaração incidental de inconstitucionalidade*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 155.

sistema: a necessidade de haver uma demanda concreta para que houvesse pronunciamento judicial a respeito da constitucionalidade das leis.

A exigência seria desvantajosa por implicar uma possível morosidade por parte do Judiciário em solucionar as questões constitucionais e fazer com que a discussão dessas matérias ocorresse no curso de um procedimento que serve prioritariamente a outro propósito, de cunho particular²⁸⁸.

É, assim, que o mestre austríaco descreve aquela que, na sua visão, seria a maior das diferenças entre a recém-criada Constituição austríaca e a americana:

De acordo com a Constituição dos Estados Unidos, a revisão judicial da legislação só é possível dentro de um processo cujo objetivo principal não é estabelecer se uma lei é ou não constitucional. Essa questão só pode surgir apenas incidentalmente, quando uma das partes sustentar que a aplicação de uma lei num caso concreto viola de modo ilegal seus interesses (...). Assim, em princípio, apenas a violação de um interesse de uma parte pode colocar em movimento o procedimento de revisão judicial da legislação. O interesse na constitucionalidade da legislação, contudo, é um interesse público que não necessariamente coincide com o interesse privado das partes envolvidas; trata-se de um interesse público que merece ser protegido por um processo especial²⁸⁹.

Ora, naqueles tempos, nos Estados Unidos, em consequência exatamente dessa limitação, advogados americanos viram-se, muitas vezes, forçados a forjar demandas fictícias, simulando fatos inexistentes, para compelir os tribunais a se manifestarem antecipadamente sobre a constitucionalidade de leis²⁹⁰.

Afinal, no controle concreto, feito incidentalmente no curso de um processo comum, para que o juiz decida sobre a constitucionalidade do ato não basta a existência de um caso ou controvérsia em que se faça tal pedido: é preciso que a lei cuja constitucionalidade se discute seja *relevante* para a decisão daquele mesmo caso concreto²⁹¹. Se não o for, independentemente de sua gravidade, não terá existência para o Judiciário.

Com o tempo, porém, como nota Bittencourt, o entendimento da imprescindibilidade do “caso” ou “controvérsia” como pressuposto para que se fizesse o controle da constitucionalidade passou a ser relativizado pela própria jurisprudência e legislação dos Estados Unidos na década de 1930²⁹².

²⁸⁸KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 312-313.

²⁸⁹Ibid., p. 311.

²⁹⁰BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 24.

²⁹¹CAPPELLETTI, Mauro. **O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992, p.103.

²⁹²BITTENCOURT, op. cit., p. 25.

Esse problema prático vivido pelos americanos era conhecido por Kelsen, que chegou a classificar expressamente como “insuficiente” a tentativa americana de contorná-lo por meio da edição da lei de 24 de agosto de 1937, que autorizava a interposição de “apelos direitos” à Suprema Corte daquele país, mas ainda de modo restrito²⁹³.

O controle concentrado, seria, então, abstrato, não para abarcar um novo tipo de inconstitucionalidade, mas para fazer com que a análise da matéria não mais dependesse da provocação de um litígio específico e para cujo desfecho aquela questão se mostrasse necessária.

É nesse sentido que Gilmar Mendes, ao tratar da equivocidade dos termos “concreto” e “abstrato”, lembra que, nos modelos concentrados, de onde se originaram, a diferenciação entre essas formas de controle assenta-se, basicamente, nos *pressupostos de admissibilidade* do controle²⁹⁴ ou, como diz em outros de seus escritos, em sua *causa*²⁹⁵.

É que, no controle abstrato, ao contrário do concreto, a configuração de um interesse jurídico específico, não constitui pressuposto para a instauração do processo, cuja admissibilidade fica vinculada apenas a um interesse público de esclarecimento ou a uma necessidade pública de controle²⁹⁶.

Além disso, explica o autor que “o controle concreto de normas tem origem em uma relação processual concreta” ao passo que o controle abstrato “não está vinculado a uma situação subjetiva ou a qualquer evento do cotidiano”, de forma que:

A característica fundamental do controle concreto ou incidental de normas parece ser o seu desenvolvimento inicial no curso de um processo, no qual a questão constitucional configura antecedente lógico e necessário à declaração judicial que há de versar sobre a existência ou inexistência de relação jurídica²⁹⁷.

No mesmo sentido, a Lei Fundamental alemã, em seu artigo 100, I, denomina de *concreto* o controle feito pela Corte Constitucional sobre incidente de inconstitucionalidade originado de litígio concreto, cujo julgamento meritório fica suspenso, no órgão de origem, até que o Tribunal Constitucional decida especificamente sobre a questão prejudicial que lhe foi submetida.

²⁹³KELSEN, op. cit., p. 312.

²⁹⁴MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1066.

²⁹⁵MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 156.

²⁹⁶MENDES, Gilmar. Os pressupostos de admissibilidade do controle abstrato de normas perante o *Bundesverfassungsgericht*. **Cadernos de direito constitucional e Ciência Política**, v.3, n. 12, jul./set., 1995, p. 16.

²⁹⁷MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op. cit., p. 1066

Nesse caso, conforme aponta doutrina alemã, “o conflito jurídico concreto é somente o motivo da apresentação” de modo que o objeto da questão prejudicial submetida ao Tribunal Constitucional continua sendo “exclusivamente a questão da constitucionalidade da lei”²⁹⁸.

Note-se, assim, que a própria literalidade do texto constitucional alemão indica a desvinculação entre a concretude do controle e a suposta necessidade de observância das singularidades pessoais do caso, matéria esta alheia ao julgamento feito pelo Tribunal Constitucional.

Portanto, em síntese, tem-se que o controle é *in concreto* porque:

- 1) A arguição de inconstitucionalidade origina-se de um caso concreto, sendo suscitada, incidentalmente, no curso de um processo ordinário, de modo que é *dentro* de um litígio específico e *por meio* dele que o magistrado passa a estar autorizado a conhecer, juridicamente, a questão da constitucionalidade (requisito objetivo).
- 2) O julgamento efetivo da arguição fica condicionado à demonstração de interesse jurídico específico e pessoal da parte litigante cujo pedido se mostrar prejudicado pela inconstitucionalidade. Se a análise da validade do preceito normativo não se mostrar relevante ao deslinde do litígio, não deverá ser admitida (requisito subjetivo)²⁹⁹.

No controle *in abstracto*, por outro lado, a matéria da constitucionalidade é suscitada e conhecida diretamente pelo Judiciário através de processo especial, sem o intermédio de um litígio concreto que verse sobre a mesma questão de direito e sem a necessidade de demonstração de sua pertinência para o desfecho daquele caso.

Desse modo, note-se o seguinte: uma vez suscitada a questão da inconstitucionalidade – seja como matéria prejudicial (controle concreto), seja como pedido principal da demanda (controle abstrato) –, a formulação do juízo a seu respeito envolverá, certamente, os mesmos esforços intelectivos e valorativos.

Se entendeu o magistrado pela inconstitucionalidade de determinado dispositivo legal em processo objetivo – e, claro, se mantidas as mesmas circunstâncias fático-jurídicas acerca dos elementos conceituais que compõem as normas da relação antinômica – não há razão para que decida de modo diferente em processo subjetivo ou vice-versa.

²⁹⁸MAURER, Hartmut. A revisão jurídico-constitucional das leis pelo Tribunal Constitucional Federal. Trad. Luís Afonso Heck. In: **Fundamentos do Estado de Direito: estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva**. Humberto Ávila (org.). São Paulo: Malheiros, 2005, p. 187.

²⁹⁹Gilmar Mendes denomina de requisito “objetivo” aquilo que classificamos como requisito “subjetivo”. Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 204.

Para Prado, inclusive, a mudança de posicionamento baseada unicamente na alegação de estar-se em sede de processo objetivo ou subjetivo consiste em autêntica violação ao *venire contra factum proprium*³⁰⁰.

Portanto, é preciso deixar claro: a concretude e a abstração de um controle não se referem ao modo pelo qual o juiz *resolve* ou *decide* a questão da constitucionalidade, mas apenas ao contexto básico de onde se origina a arguição, condicionando apenas a forma pela qual o magistrado dela toma conhecimento e, assim, torna-se juridicamente autorizado a julgá-la.

Quando se diz que, no controle concentrado, a análise da lei é feita “*in abstracto*” e, no controle difuso, “*in concreto*”, não se quer, com isso, afirmar a existência de métodos distintos e próprios de cada controle, como se, no primeiro, a lei fosse analisada apenas em teoria ou “em tese”, de modo apartado da realidade, e, no segundo, vista sob as perspectivas das peculiaridades fáticas e dos interesses das partes.

Nem um, nem outro.

Em todo controle, direitos e interesses subjetivos estão em jogo, assim como também é possível análise de fatos concretos específicos, mas, em nenhum deles, pode-se dizer que a decisão sobre a constitucionalidade depende ou deve ser aferida *segundo* as particularidades subjetivas de um dado caso.

Afirmações nesse sentido podem fazer do prognóstico de inconstitucionalidade mero casuísmo decisionista, quando, no fundo, trata-se de convicção de variabilidade escassa, dada a natureza mesma de uma relação antinômica.

Se de fato existissem dois métodos de aferição da inconstitucionalidade, seria correta a afirmação de que os sistemas exclusivamente concretos e os exclusivamente abstratos são, em verdade, sistemas incompletos, pois cada um seria incapaz de abarcar uma das faces da inconstitucionalidade e, assim, apenas nos sistemas mistos seria possível conhecer a inconstitucionalidade sob os vieses do fato e da norma, protegendo-se, assim, tanto os direitos e interesses subjetivos quanto a Constituição “objetivamente considerada”.

Bem pensadas as coisas, a análise da inconstitucionalidade da lei é sempre feita em abstrato, no sentido de que deve ser *impessoal*, e não há como ser diferente, pois é exatamente esse o significado da inconstitucionalidade: inadequação entre *normas*. O contexto fático

³⁰⁰PRADO, João Carlos Navarro de Almeida. Sincretismo no Controle de Constitucionalidade. Parte II: Abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. In: **Revista Jurídica Consulex**. Ano XI, n.242, fev/2007b, p. 62.

trazido pela lide só se torna relevante na medida em que se mostra capaz de modificar os conceitos que integram as normas da relação de constitucionalidade.

O fato de a arguição constitucional poder ser suscitada dentro de um litígio entre pessoas específicas não significa que sua resolução deve ter em consideração as características e singularidades fáticas do caso, pois a arguição continua tendo por objeto a validade ou a invalidade de um ato genérico e abstrato que compõe o ordenamento jurídico.

É nesse sentido que Eduardo Appio, com precisão, destaca que nem mesmo quando verificada a constitucionalidade material de uma lei o controle jurisdicional – abstrato ou concreto – terá por objeto a análise de circunstâncias específicas de um dado caso, pois, em ambos os sistemas, a atividade interpretativa judicial é essencialmente idêntica e não considera o plano da aplicação concreta da lei³⁰¹.

Mas o que dizer, então, desses elementos fáticos que marcam e tornam único cada litígio? Seriam eles irrelevantes para o deslinde da demanda subjetiva? Certamente não. A discussão sobre eles, todavia, não integra o campo da constitucionalidade. É o que se verá, com mais detalhes, no tópico seguinte.

4.6 A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PODE SER UTILIZADA COMO MEIO DE EQUIDADE?

4.6.1 Apresentação do problema

Neste tópico, busca-se desconstruir a concepção segundo a qual, durante um processo subjetivo qualquer, ao se deparar com norma jurídica rigorosamente válida mas cuja aplicação ao caso concreto ensejará a prolação de uma decisão judicial injusta, o juiz deve declarar sua inconstitucionalidade, retirando-lhe a eficácia e negando-lhe, ao fim, aplicação.

Esse tipo de raciocínio pode ser encontrando de modo menos explícito, como em Ana Paula de Barcellos³⁰², quando afirma que “não é de se estranhar que determinadas normas possam ser inconstitucionais em função de seu contexto particular, a despeito da validade geral do enunciado do qual derivam”, ou mais explícito, como fazem Fredie Didier, Leonardo da Cunha, Paula Braga e Rafael Oliveira:

É preciso deixar claro que o órgão jurisdicional deve fazer o controle de constitucionalidade *in concreto* da aplicação das regras de impenhorabilidade, e, se

³⁰¹APPIO, Eduardo. A teoria da inconstitucionalidade induzida. **Revista jurídica da UniFil**, ano II, n. 2, p. 41-42.

³⁰²BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 232.

sua aplicação revelar-se inconstitucional, porque não razoável ou desproporcional, deve afastá-la, construindo a solução devida para o caso concreto. Neste momento, é imprescindível rememorar que o órgão jurisdicional deve observar as normas garantidoras de direitos fundamentais (dimensão objetiva dos direitos fundamentais) e proceder ao controle de constitucionalidade das leis, que podem ser constitucionais em tese, mas, *in concreto*, podem revelar-se inconstitucionais³⁰³.

O propósito – louvável – de posicionamentos doutrinários como esse é o de evitar o proferimento de decisões judiciais desproporcionais derivadas da incidência de normas constitucionalmente válidas, mas de aplicação problemática ante as singularidades pessoais trazidas pelo caso.

Como fundamento, alega-se que a *constitucionalidade* pode variar conforme o advento de peculiaridades fáticas reveladas no litígio concretamente submetido ao crivo judicial, cuja especialidade pode justificar o afastamento de norma jurídica cuja aplicação, naquele caso específico, mostre-se desrazoável ou desproporcional.

Nesse sentido, a constitucionalidade assume natureza marcadamente circunstancial, pois aferida segundo o contexto de uma demanda específica, única e irrepetível, devendo o juiz observar e ponderar essas peculiaridades antes de determinar a configuração (ou não) da incompatibilidade normativa entre o dispositivo legal e a Constituição.

Fala-se, então, em um tipo especial de inconstitucionalidade, a *in concreto*, que pode ser revelada no controle difuso ante as particularidades trazidas pela lide, as quais devem ser medidas e ponderadas, a fim de que se obtenha a resposta jurisdicional mais adequada e justa.

O raciocínio ora exposto, contudo, merece ser refutado, na medida em que traz para o campo da constitucionalidade elementos alheios à aferição da validade da norma, referentes, isso sim, à verificação da produção concreta dos efeitos estipulados genérica e abstratamente no dispositivo normativo, campo tipicamente da eficácia jurídica.

Viu-se, no tópico 3.2.3., que alguns doutrinadores equiparam a nulificação *inter partes* feita no controle difuso à ineficácia da norma jurídica, posicionamento doutrinário este já oportunamente criticado.

Dessa vez, o que se busca denunciar é a mesma confusão entre constitucionalidade e eficácia, só que, agora, no sentido inverso, isto é, quando se tenta fazer da ineficácia um problema de constitucionalidade, deslocando os requisitos de aplicabilidade da norma para o

³⁰³DIDIER, JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandre. **Curso de Direito Processual Civil. Vol. 5.** Salvador: Jus Podivum, 2014, p. 547.

campo do “controle da constitucionalidade”, em uma espécie de indução artificial da declaração de inconstitucionalidade³⁰⁴.

Primeiramente, deve ficar claro que não há dúvida de que a norma jurídica concreta a ser formada no dispositivo da decisão judicial deve levar em conta os dados pessoais trazidos pela demanda que particularizam cada litígio.

Defende-se, aqui, apenas que a declaração incidental de inconstitucionalidade não constitui meio adequado para a mera rejeição da aplicação de normas, sendo mais apropriada a declaração de sua *não incidência* ou *inaplicabilidade* – a última, aliás, parece-nos a mais correta.

Para tanto, porém, é preciso, desde logo, verificar uma importante premissa teórica de onde parecem partir muitos dos que defendem a tese, aqui criticada, de que a inconstitucionalidade pode ser subjetivamente variável conforme o contexto litigioso.

Trata-se de saber se pode o juiz rejeitar a eficácia de uma norma jurídica, negando-lhe aplicação ao caso, quando ele próprio a reputa constitucional. Em outras palavras: ao reputar a norma constitucional e, portanto, válida, o órgão judicial está obrigado a aplicá-la ou não?

Veja-se o que dizem Didier e Cunha sobre o tema:

A aplicação da lei vigente somente pode deixar de ser feita pelo Judiciário em razão de sua inconstitucionalidade ou incompatibilidade com o texto constitucional vigente. Significa que o Judiciário somente se abstém de aplicar uma norma legal em vigor quando reconhece algum vício de inconstitucionalidade ou caso ela não tenha sido recepcionada pela Constituição atual³⁰⁵.

No mesmo sentido, Hermes Zaneti Jr., afirma que, confirmada a constitucionalidade material e formal, “aos juízes não resta outra alternativa juridicamente válida a não ser aplicar a lei”³⁰⁶.

Note-se o seguinte: se a inaplicabilidade de um ato normativo qualquer somente pode ser feita sob a alegação de sua inconformidade com a Constituição, então toda questão de inaplicabilidade é questão de constitucionalidade.

Tudo o que supostamente constituir requisito para a aplicação de uma norma, passa, assim, para o plano da *constitucionalidade* e, conseqüentemente, seu descumprimento poderá ser prolatado pela via da declaração de inconstitucionalidade.

³⁰⁴APPIO, Eduardo. A teoria da inconstitucionalidade induzida. **Revista jurídica da UniFil**, ano II, n. 2, p. 46.

³⁰⁵DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil. Vol. 3**. Salvador: Jus Podivum, 2016, p. 678.

³⁰⁶ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. Salvador: Jus Podivum, 2017, p. 322.

De tal modo que o controle concreto seria justamente este: aquele que tem por objeto o afastamento de normas cuja aplicação *in concreto* mostre-se desproporcional.

O raciocínio ora exposto parece fazer todo o sentido quando analisada, inclusive, a Súmula Vinculante nº 10 do STF, cujo conteúdo equipara o afastamento da incidência de normas a uma questão de inconstitucionalidade: “viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

4.6.2 Os dois tipos de questão constitucional e seus respectivos planos normativos

Ora, embora relacionadas, inconstitucionalidade e ineficácia designam situações distintas e, por isso mesmo, os casos em que se configuram não são coincidentes por completo.

Uma norma reconhecida judicialmente como inconstitucional fatalmente perderá sua capacidade de produção de efeitos – ao menos para aquele caso, como ocorre no controle difuso –, mas uma norma reputada constitucional nem sempre deverá ser tida como automaticamente eficaz ou de aplicação necessária.

A eficácia de uma norma, em sentido dogmático, significa sua qualidade relativa à aptidão para a produção concreta de seus efeitos, porque estão presentes as condições fáticas exigíveis para sua observância³⁰⁷. E, se assim o é, daí mesmo se segue que não há – ou não deve haver – implicação lógica entre constitucionalidade e aplicabilidade.

Se, em determinados contextos, inaplicabilidade e inconstitucionalidade podem ser equiparadas, faz-se isso por razões pragmáticas, no intuito de ser obtida maior segurança jurídica, como se faz na Súmula Vinculante nº 10, por meio da qual se busca identificar possíveis burlas a regra da reserva de plenário estipulada no art. 97 da CF/88³⁰⁸.

³⁰⁷ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 203.

³⁰⁸ Se a declaração de inconstitucionalidade da norma e o afastamento de sua incidência são, de fato, coisas distintas, como explicar, então, o teor da Súmula Vinculante nº 10? É preciso distinguir duas situações: 1) o juiz ataca direta ou indiretamente a lei, sem declará-la inconstitucional; 2) o juiz não ataca a lei, seu conteúdo ou sua forma, mas esclarece, fundamentadamente, que sua aplicação àquele caso concreto resultaria em violação de direitos fundamentais das partes. Na primeira hipótese, a lei é inconstitucional e o juiz sob o rótulo de “afastar” sua “incidência”, acaba burlando a cláusula de reserva de plenário. Tem-se, aí, uma postura condenável por parte do magistrado, e daí a razão de ser da equiparação feita pela súmula. Na segunda hipótese, contudo, é a aplicação da lei ao caso concreto que ensejará a prolação de um acórdão desconforme com a Carta Magna, e o juiz, antevendo a formação de uma norma jurídica individual transgressora de direitos e garantias fundamentais – que é a própria decisão judicial –, afasta a incidência do dispositivo legal. Nessa hipótese, tem-se uma prática

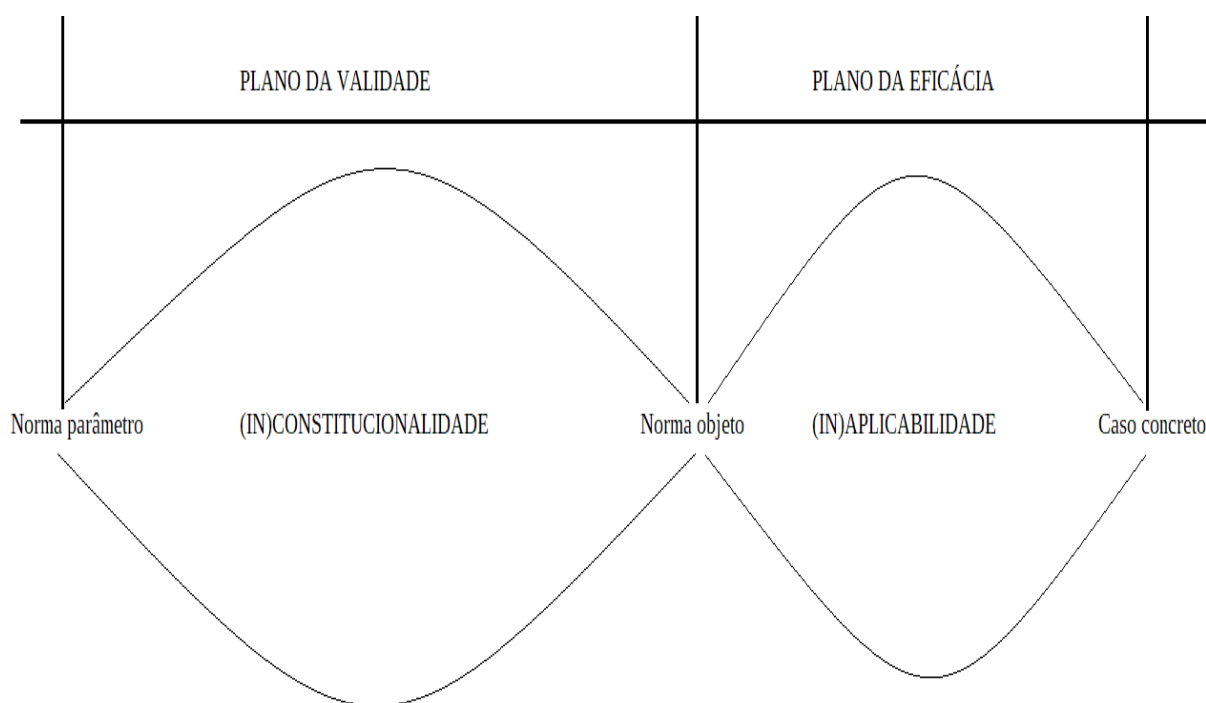
Contudo, o campo da constitucionalidade (validade) permanece possuindo natureza diversa daquele da eficácia (aplicabilidade). O primeiro refere-se à conformidade entre a Constituição e normas jurídicas que lhes são inferiores, de acordo com os critérios de forma e conteúdo; o segundo, por sua vez, trata da conformidade entre essas normas e o caso concreto posto sob apreciação judicial.

No plano da eficácia, busca-se saber se os efeitos genéricos e abstratos previstos na norma devem ou não incidir concretamente sobre aquele caso. Para tanto, o intérprete deve atentar para as particularidades subjetivas e contextuais do caso, ponderando-as minuciosamente e questionando-se, ao fim, se a aplicação da norma àquele caso específico resultará em decisão desrazoável, injusta, desproporcional etc.

O defeito de validade, por ser um vício de *fundamento*, torna a norma inaplicável para todo e qualquer caso, justificando, inclusive, sua retirada do ordenamento jurídico na hipótese de ser declarado em ações concentradas; o de eficácia, por ser vício de *incidência*, formado em bases empíricas contingentes, torna-a inaplicável para um caso específico.

No plano da constitucionalidade, o debate em torno da norma situa-se em sua dimensão política e coletiva, diferentemente do plano da aplicação, onde faz-se uso da racionalidade prática para consideração de singularidades e, assim, justificar determinada solução específica para o caso³⁰⁹.

De modo figurativo, pode-se representar a norma objeto e seus respectivos planos da seguinte maneira:



Portanto, quando leis e atos normativos válidos, editados conforme os ditames materiais e formais contidos na Constituição, revelam-se de aplicação problemática ante a possível quadro fático mostrado em juízo, o caso será de inaplicabilidade, devendo o juiz, assim, declarar não sua inconstitucionalidade, mas, sim, sua não incidência ante o caso.

Nesse ponto, é imprescindível notar o seguinte: a norma cuja validade ou eficácia se discute é aquela que antecedeu o caso concreto, talvez sendo, inclusive, sua causa, e que agora é objeto de contraditório, não podendo ser confundida com a norma individual que está para ser formada, a decisão judicial, a qual, a rigor, no momento decisório, sequer existe³¹⁰.

A admissão de tal identidade implicaria um realismo jurídico sem fim, onde o ordenamento jurídico seria composto tão somente de normas judiciais de existência instantânea, reconhecidas no momento decisório de um dado caso – único e irrepetível – e para além do qual nada mais significariam.

Há que se destacar, nessa hora, que as próprias decisões judiciais são passíveis de controle de constitucionalidade, conforme visto no tópico 1.5.3., e que, portanto, sua compatibilidade em face da Constituição não pode ser confundida com a da norma que lhe serviu de fundamento, pois ambas constituem comandos jurídicos distintos, embora relacionados entre si.

A aplicação de uma norma válida a um caso não a torna inconstitucional, pois, se sua incidência revelar-se desproporcional diante de contexto específico, o que será inconstitucional é a norma jurídica *resultante* dessa aplicação, a saber, a decisão judicial.

A norma decisória, assim, deverá ter sua constitucionalidade aferida segundo seu próprio conteúdo, que é individual e concreto, diferentemente daquele, abstrato e genérico, contido na norma jurídica que antecedeu o julgamento.

No já formulado exemplo da penhora de cão guia – ver tópico 1.5.3. –, se o juiz, no caso de José, fundamenta sua decisão com base nas normas N1 “bens móveis são penhoráveis” e N2: “cães são bens móveis” e, assim, decreta, a apreensão do cachorro, é preciso reconhecer que a constitucionalidade das mencionadas normas mantém-se inalterada diante do quadro fático, pois seu conteúdo é precisamente o mesmo, antes e depois do caso.

Por outro lado, a decisão judicial D1 “penhore-se o cão de José” poderá certamente ter sua constitucionalidade questionada ante a violação de direitos fundamentais básicos do executado. Nesse caso, justamente por conter conteúdo individual e concreto, a norma jurídica

³¹⁰Daí, aliás, não haver, na imagem acima, a representação figurativa da decisão judicial.

terá sua constitucionalidade tornada sensível às singularidades do caso, pois não se trata de um comando dirigido a qualquer pessoa, mas a José, não se trata de qualquer cão, mas do cão-guia de José etc.

Márcio Puggina nota, com precisão, que, em casos como esse, onde se pretende auferir a equidade em um caso concreto, a contradição não está na norma jurídica, mas em sua potencial aplicação ao caso, devendo, o juiz, então, declarar sua não incidência:

Ou o direito serve à ética e à justiça, ou a nada serve. Se a aplicação de uma norma jurídica possibilitar a concreção de um direito injusto ou antiético é porque não houve a coincidência entre norma e fato na dimensão valorativa, vale dizer, não se aplica a norma que aparentemente incide porque faltou-lhe um dos pressupostos de incidência. Por derradeiro, a declaração de não-incidência de norma jurídica pode ocorrer por antinomia gerada por aplicação de norma (eficácia de vida), com os princípios gerais de direito; com os princípios éticos universais e com os fundamentos e objetivos do Estado Democrático de Direito³¹¹.

Portanto, julga-se, aqui, ser perfeitamente possível, além de juridicamente permitido, que juízes e tribunais ordinários afastem a incidência de norma considerada por eles mesmos como constitucional, pois a inaplicabilidade pode ser justificada dentro do campo mesmo da eficácia, sem que, para tanto, seja necessária a postulação da inconstitucionalidade do dispositivo.

Essa postura é a que nos parece ser tecnicamente a mais correta, na justa medida em que trata problemas distintos, dotados de naturezas distintas, sob denominações igualmente diferentes: inconstitucionalidade e inaplicabilidade normativas.

Há que se reconhecer, porém, que o afastamento da incidência de normas jurídicas válidas não deixa de ser um fato judicial não ordinário onde se discutem a interpretação da Constituição e a potencial violação de direitos fundamentais, razão pela qual Teori Zavascki, reconhece-lhe o status de questão constitucional, sem o enquadrar como ato típico de controle de constitucionalidade.

Segundo o ministro, ao dissertar sobre o tema da eficácia das sentenças na jurisdição constitucional, é preciso distinguir duas espécies de *questões constitucionais*: a) as referentes à *constitucionalidade* de determinado preceito normativo, e b) as que envolvem *aplicação* direta da norma constitucional ao caso concreto³¹².

Continuando sua análise, Zavascki destaca que as primeiras ganham contornos jurídicos diferenciados quanto à eficácia, uma vez que, para decidi-las, o julgador faz juízo –

³¹¹PUGGINA, Márcio Oliveira. A hermenêutica e a justiça do caso concreto. In: JÚNIOR, José Geraldo de Sousa; DINIS, Melillo; SAMPAIO, Plínio de Arruda (organizadores). **Ética, justiça e direito: reflexões sobre a reforma do Judiciário**. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 175.

³¹²ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: RT, 2017, p. 31.

positivo ou negativo – sobre a validade de uma norma, de modo que, quando se questiona a legitimidade do preceito, ainda que no julgamento de um caso concreto, o que se faz é por em xeque também a sua aptidão para incidir em outros casos³¹³.

A distinção entre a questão constitucional da constitucionalidade de uma dada norma genérica e abstrata e a questão constitucional de sua aplicação – enquanto norma constitucional e, portanto, válida – a um dado caso concreto está no caráter transcendente da primeira e contingente, ou eventualmente transcendente, da segunda.

Note-se: a decisão de inaplicabilidade, a depender da fundamentação empregada, poderá constituir importante precedente judicial, apto a regular um sem número de casos análogos. Sua transcendência, enquanto norma jurídica que nega a incidência de outra norma a um dado caso, não é impossível, mas dependerá da delimitação minuciosa dos fatos e circunstâncias jurídicas que inspiraram sua criação.

A decisão de inconstitucionalidade, por sua vez, ao ter como objeto norma genérica e abstrata, será, por definição, sempre e necessariamente transcendente, pois a invalidade da norma deverá ser afirmada nos mesmos termos, genéricos e abstratos, de seu conteúdo.

Os motivos que levaram o tribunal a decretar a inconstitucionalidade poderão não ser vinculantes – talvez por não serem discerníveis, como acontece, frequentemente, em julgamentos colegiados –, mas a parte dispositiva da declaração, seja ela principal ou incidental, deverá sempre ter eficácia *erga omnes*.

De modo que se o Supremo Tribunal Federal reconhece que o art. “x” da lei “y” é inconstitucional, ainda que não identificável uma *ratio decidendi* que possa servir de base para leis futuras de conteúdo análogo, uma coisa está certa: o art. “x” da lei “y” é incompatível com a Constituição e, por carecer de fundamento constitucional, não poderá ser aplicado em caso algum, ao menos prospectivamente, conforme admitida a modulação dos efeitos.

A declaração de constitucionalidade, por fim, justamente por dizer respeito tão somente a validade de um conteúdo abstrato e genérico, não privará os juízos inferiores de avaliarem a incidência particular da norma sobre determinado litígio e, assim, de evitarem a formação de decisões judiciais desproporcionais ou injustas, caso em que elas mesmas, as normas decisórias, deverão ser reputadas como inconstitucionais e atacadas pela via cabível, conforme permite o art. 102, III, alínea a, da CF/88.

³¹³Ibid., p. 31-32.

5 CONCLUSÃO

Lúcio Bittencourt, ainda à luz da Constituição de 1946, destacava que a doutrina brasileira sempre falhou na procura pelo argumento técnico, razoavelmente aceitável, que justificasse a ampliação dos efeitos do controle de constitucionalidade – à época exclusivamente difuso – e, logo, em seguida, tentava, então, ele mesmo, fornecer fundamentos para tanto³¹⁴.

Guardadas as devidas proporções, o propósito básico deste trabalho foi exatamente este: o de apresentar a historicidade, complexidade e abrangência do fenômeno abstrativista, mas, acima disso, contribuir para o aperfeiçoamento do debate.

Inspirados na metodologia maiêutica socrática, pretendemos ter deixado evidente que, nessa discussão, mais que respostas, é preciso atentar para perguntas.

Por meio delas, através de um método crítico, devemos investigar o grau de coincidência acerca de premissas teóricas fundamentais, o que, no mínimo, servirá para a identificação dos lugares específicos de divergência.

Assim, mais importante que a formulação sistematizada da tese ontológica, cuja síntese conclusiva será feita logo adiante, é o caminho percorrido para se chegar a ela, cujo estudo, esperamos, sirva para o refinamento do saber jurídico constitucional.

Antes da dita síntese, porém, devemos evidenciar algumas deficiências e fragilidades da pesquisa que aqui foi realizada.

Algumas delas, de natureza prática, dentre as quais destacamos a investigação dos dados jurisprudenciais, que, muitas vezes, mostraram-se inacessíveis ou, ainda, dotados de conteúdo teórico pouco relevante, e, também, dos dados históricos, como aqueles relativos aos primeiros momentos de aplicação da regra de suspensão do Senado³¹⁵.

Outras, de natureza metodológica. A mais importante delas já foi mencionada³¹⁶: está relacionada com a própria natureza – imaterial e cultural – do objeto da “eficácia jurídica” das declarações de inconstitucionalidade e merece, aqui, uma última consideração.

³¹⁴BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 140 e seguintes.

³¹⁵Sobre esse assunto, valemo-nos de um parecer senatorial de 1957, contido nos estudos de Ana Valderez, e do estudo realizado por Maristela Dourado – sobre o tema, ver tópico 2.3.5. Ainda assim, o embasamento empírico para a confirmação de que a regra “sempre deteve pouquíssima efetividade”, como afirma o ministro Alexandre de Moraes, pareceu-nos indicativo, mas não suficiente para atestar faticidade da ausência de aplicação da regra. Cf: MORAIS, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2015, p.750

³¹⁶Ver subtópico 2.2.1.

É que, como destacou Zavascki, ao lembrar dos ensinamentos de René David, a questão da força vinculativa dessas decisões está intimamente ligada a uma certa “psicologia jurídica”³¹⁷, a qual, por sua vez, conforme tentamos demonstrar, não deixa de estar atrelada a juízos políticos e conjecturas históricas do tempo.

Assim, diante do baixo nível histórico da aplicação do art. 52, X, CF/88 e de afirmações – corroborativas – como a de Gilmar Mendes “na prática nós já fazemos isso um pouco: não esperamos o Senado”³¹⁸, tivemos o receio, ao longo do trabalho, de estarmos lidando com um problema espantoso, isto é, será que a eficácia das declarações incidentais não só não são *inter partes* como jamais o foram de fato³¹⁹?

Houve, ainda, lacunas argumentativas em relação a aspectos propositivos da dissertação, cujos mecanismos de viabilidade não foram explicitados, a exemplo de saber como deve dar-se, exatamente, a superação do art. 52, X, CF/88.

Sim, pois, enquanto vigente estiver, alguma prestabilidade prática e efetiva – e não meramente simbólica – deve-lhe ser reconhecida.

A compatibilização da abstrativização *stricto sensu* com a vigência do mencionado artigo é, portanto, fundamental e deverá ser feita, com cuidado, em atenção e prestígio à separação de poderes.

Por fim, ainda quanto aos apontamentos das lacunas argumentativas, cite-se, também, a objeção, aqui não enfrentada, sobre a obsolescência das súmulas vinculantes a qual, supostamente, decorreria da equalização eficaz entre as declarações principais e incidentais de inconstitucionalidade³²⁰.

Feitas essas considerações, passemos, então, à síntese da teoria ontológica da abstrativização, cujos argumentos podem ser condensados nos seguintes:

³¹⁷ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: RT, 2017, p. 35.

³¹⁸A fala foi dita no julgamento conjunto das ADIs relativas à comercialização do amianto. No link do vídeo já transcrito, pode ser encontrada ao longo do minuto 48.

³¹⁹Com o tempo, porém, nossa conclusão foi a de que esses dados, talvez, acabem por corroborar a concepção intuitiva de leigos e profissionais do direito quanto à transcendência desses julgados, independentemente do que prevem artigos ou jurisprudências específicas. No fundo, é do que se trata a tese ontológica.

³²⁰Trata-se de crítica frequente à pauta abstrativista. Nesse sentido, veja-se, por exemplo, NOBRE JR., Edilson. Coisa julgada *versus* fiscalização de constitucionalidade: apontamentos para compreensão dos artigos 475-L, II, parágrafo 1º, e 741, II, parágrafo único do CPC. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 12, n. 47, jan./mar., 2012, p. 163.

1) Indistinção gnoseológica entre o controle abstrato e o controle concreto quanto ao modo de decidir a questão da inconstitucionalidade

A inconstitucionalidade é conceito lógico-jurídico que exprime problema universal dos ordenamentos jurídicos modernos, pretensamente coesos e harmônicos.

Trata-se de relação normativa antinômica intrassistemática de alta complexidade, cuja resolução envolve a interpretação conjugada de fatos, valores e normas, independentemente do sistema jurisdicional de controle adotado, difuso ou concentrado.

Para decidir sobre a constitucionalidade ou não da norma, em qualquer que seja o controle, o intérprete deve apurar fatos do mundo concreto, além de ponderar direitos e interesses, sem deixar de formular, ao fim, um juízo impessoal.

O uso corriqueiro e superficial das expressões “concreto” e “abstrato” pode sugerir a falsa percepção de que, no primeiro caso, a lei é analisada apenas em teoria, abstraindo-se da realidade concreta, ao passo que, no controle difuso, a dimensão fática deve, ao contrário, ser considerada na formação do juízo de (in)constitucionalidade pelo magistrado³²¹.

Contudo, não existe análise “concreta” no sentido de que a constitucionalidade possa variar conforme são alterados os sujeitos litigantes, assim como não há fiscalização “em tese”, dissociada da ponderação de direitos e interesses, pois nem mesmo sob a lógica normativista kelseniana, há que se falar em controle desvinculado da análise dos fatos e dos direitos subjetivos conexos à norma em questão³²².

A postura gnoseológica do sujeito cognoscente em relação à postulação de inconstitucionalidade dá-se, de modo igualmente complexo, no sistema difuso ou concentrado, seja ele “abstrato” ou “concreto”.

Os termos mencionados, quando utilizados para caracterizar sistemas judiciais de controle, fazem referência apenas ao contexto em que a arguição constitucional é suscitada e resolvida, explicitando, assim, a forma pela qual o Judiciário conhece a questão da constitucionalidade: concreta, quando oriunda de um litígio específico, e abstrata, quando originada da instauração de processo especial, sem a mediação de um caso concreto qualquer.

³²¹PRADO, João Carlos Navarro de Almeida. Sincretismo no Controle de Constitucionalidade. Parte I: Consideração da realidade concreta no controle abstrato. In: **Revista Jurídica Consulex**. Ano XI, n.241, jan/2007a, p. 58.

³²²CRUZ, Álvaro Ricardo; MEYER, Emílio Peluso; RODRIGUES, Elder Bomfim (coords.). O processo de controle concentrado de constitucionalidade é um processo abstrato?. In: _____. **Desafios contemporâneos do controle de constitucionalidade no Brasil**. Vol. 2. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 75-76.

2) *Validade de normas jurídicas genéricas e abstratas como objeto de controle.*

O que está em jogo, ao se discutir a constitucionalidade de uma norma, é sua validade material e formal³²³, isto é, se foram observadas as normas de competência e produção legislativa e se seu conteúdo é ou não conforme com a Constituição.

Não se trata de saber se a aplicação da norma a um caso concreto ensejará a prolação de uma decisão judicial injusta ou desproporcional, pois esta questão integra o plano concreto da eficácia jurídica e, como tal, deverá ser resolvida nos termos de inaplicabilidade.

A inconstitucionalidade pode manifestar-se em inaplicabilidade, mas apenas enquanto consequência de um juízo prévio que se faz a respeito da validade da norma, jamais podendo constituir-se em um problema puramente eficaz.

Desse modo, embora um dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade seja a ineficácia da norma, o juízo sobre a constitucionalidade continua sendo um juízo sobre a validade da norma, que, assim, é igualmente reconhecida como *nula* pelo juiz de primeiro grau ou pelo STF, com a diferença de que, neste, a decisão ultrapassa os limites subjetivos do processo e, naquele, não.

É assim que Faidiga, ao analisar a natureza do controle concreto, ressalta que, mesmo diante de um caso particular, o que está em debate é a validade da lei, cuja incidência geral deve, assim, conduzir a uma declaração de efeitos igualmente genéricos³²⁴.

Maurício Martins Reis, no mesmo sentido, aponta que a declaração de inconstitucionalidade, mesmo que proferida pelo juiz de primeiro grau ao longo da fundamentação de sua decisão, não significa apenas a recusa da aplicabilidade da lei, mas sim recusa da própria lei, uma vez que tem por objeto abstrato vício objetivo que a integra³²⁵.

3) *Conteúdo único da declaração de inconstitucionalidade e manutenção da possibilidade de controle da incidência de normas sobre casos concretos*

Se a inconstitucionalidade significa uma só coisa, o conteúdo de sua declaração deverá ser, de igual modo, único.

³²³PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento jurídico brasileiro: aspectos constitucionais e processuais**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 18.

³²⁴FAIDIGA, Daniel Bijos. **Efeito vinculante & declaração incidental de inconstitucionalidade**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 150.

³²⁵REIS, Maurício Martins. A decisão de inconstitucionalidade: módulo crítico para um tratamento autônomo e homogêneo. In: FAYET, Paulo; JOBIM, Geraldo; JOBIM, Marco Félix (Organizadores.). **Controvérsias Constitucionais Atuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 209.

A declaração da inconstitucionalidade consiste no ato decisório pelo qual o juiz manifesta sua convicção a respeito da existência de contradição entre uma dada norma e a Constituição.

Trata-se apenas da explicitação de um juízo que se faz acerca da validade da norma, nada se referindo a sua incidência particular sobre um litígio específico.

Desse modo, a concessão de efeitos genéricos às decisões tomadas pelo Supremo não significa furtar os magistrados de sua função criativa, mas, sim, retirar-lhes a discricionariedade sobre a controvérsia específica da constitucionalidade em si, matéria esta que, em última instância, compete ao Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião da Constituição.

Em caso de declaração da constitucionalidade do ato, portanto, juízos inferiores continuarão autorizados a controlar a incidência particularizada da norma, podendo-lhes negar aplicabilidade por razões circunstanciais, verificadas caso a caso. Nesse caso, porém, o afastamento da norma deverá ser auferido pela declaração de sua não aplicabilidade.

4) *Contingência rarefeita*

Consequência direta da própria natureza normativa em que geralmente se consubstancia a inconstitucionalidade, significa que nem todo fato jurídico é capaz de alterar o estado de conformidade entre uma norma genérica e abstrata e a Constituição que lhe dá fundamento.

A excepcionalidade das inconstitucionalidades supervenientes e da ocorrência de mutações constitucionais efetivamente reconhecidas pelos tribunais são evidências que apontam para o caráter não ordinário de uma modificação desse tipo.

Se a norma objeto, integrante da relação de inconstitucionalidade, se destina a um grupo indeterminado de pessoas e busca regular fatos e atos futuros por meio de tipificação abstrata, sua validade deve ser aferida segundo esses mesmos termos e aqueles estipulados na Constituição.

Desse modo, apenas mudanças significativas na sociedade mostram-se capazes de alterar um juízo de constitucionalidade previamente estabelecido, dada a aptidão que têm para alterar o conteúdo mesmo dessas normas.

Na medida do possível, a leitura da Constituição, mais que a de qualquer outro documento do direito, deve ser segura, estável e previsível, uma vez que a ânsia da humanidade em criar ou descobrir uma hierarquia das leis, bem como de garanti-la por meio

de um sistema de rigoroso de controle, não deixou de ser, como nota Poletti, o desejo de sair do contingente e vencer o destino humano da perene transformação: que mudem as leis, mas que permaneça a Constituição³²⁶.

³²⁶POLETTI, Ronaldo. **Controle da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 4.

REFERÊNCIAS

- ALENCAR, Ana Valderez Ayres Neves de. A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais. **Revista de informação legislativa**, v. 15, n. 57, jan./mar., 1978.
- ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Efeito Vinculante e concretização do Direito**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2009.
- ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 2005.
- APPIO, Eduardo. A teoria da inconstitucionalidade induzida. **Revista jurídica da UniFil**, ano II, n. 2.
- BARBOSA, Rui. **Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo**. Rio de Janeiro: Companhia Impressora, 1893.
- BARBOSA, RUI. **O direito do Amazonas ao Acre Setentrional. Vol. I**. Rio de Janeiro: Typ. Do Jornal do Commercio de Rodrigues & C, 1910.
- BARBOSA, Rui. Trabalhos jurídicos. In: **Obras completas de Rui Barbosa. Vol. XLI, tom. IV**. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1989.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- BORGES, José Souto Maior. **Lançamento tributário**. São Paulo: Malheiros, 1999.
- BROSSARD, Paulo. O Senado e as leis inconstitucionais. **Revista Legislativa**, v. 13, n. 50 abr./jun., 1976.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017.
- BURIL, Lucas. Duas notas sobre o art. 52, X, da Constituição Federal e sua pretensa mutação constitucional. **Revista dos Tribunais – Revista de Processo**, v. 38, n. 215, jan/2013.
- CALDEIRA, Marcus Flávio Horta. A “objetivação” do recurso extraordinário. In: MENDES, Gilmar Ferreira (organizador). **Jurisdição Constitucional**. Brasília: IDP, 2012.
- CAMPOS, Francisco. **Direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1942.
- CAPPELLETTI, Mauro. **O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. **Efeito vinculante e concentração da jurisdição constitucional no Brasil**. Brasília: Consulex, 2012.

CASSEB, Marcelo. O que resta ao Senado no controle difuso da constitucionalidade das leis?. Artigo publicado pela **Revista Consultor Jurídico**, em 11/10/2014.

CASTRO, João Bosco Marcial de. **O controle de constitucionalidade das leis e a intervenção do Senado Federal**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: RT., 1995.

COLLARES, Marco Antonio Correa. O Senado romano diante do poder augustal: funções, prerrogativas e organização. Rio de Janeiro: **Revista Phoínix**, n. 16-1, p. 63-83, 2010.

CORREIO, Bruno Ortigara. Modulação e abstrativização do efeito difuso: estudo de caso. **Revista do Direito Público**, v.10, n. 3, set./dez., 2015.

CRUZ, Álvaro Ricardo; MEYER, Emílio Peluso; RODRIGUES, Elder Bomfim. A “abstrativização” da via difusa. In: **Desafios contemporâneos do controle de constitucionalidade no Brasil. Vol. 2.** __ (coords.) Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

CRUZ, Álvaro Ricardo; MEYER, Emílio Peluso; RODRIGUES, Elder Bomfim (coords.). O processo de controle concentrado de constitucionalidade é um processo abstrato?. In: **Desafios contemporâneos do controle de constitucionalidade no Brasil. Vol. 2.** __ (coords.). Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

DANTAS, Ivo. **Instituições de direito constitucional brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2014.

_____. **O valor da constituição**. Curitiba: Juruá, 2010.

_____. **Novo processo constitucional brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2010.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil. Vol. 3**. Salvador: Jus Podivum, 2016.

_____; _____. BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandre. **Curso de Direito Processual Civil. Vol. 5**. Salvador: Jus Podivum, 2014.

DOURADO, Maristela Seixas. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade**. Brasília: trabalho de conclusão de curso em direito legislativo, UNILEGIS, 2008.

FAIDIGA, Daniel Bijos. **Efeito vinculante & declaração incidental de inconstitucionalidade**. Curitiba: Juruá, 2010.

FERRAZ, Ana Candida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**. Osasco: EdIFIEO, 2015.

_____. Comentário ao art. 52, X. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O valor do ato inconstitucional em face do direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, n. 230, out./dez., 2002.

GIORGI JR., Romulo Ponticelli. **Jurisdição constitucional e código de processo civil: sincronia, racionalidade, interpretação e segurança jurídica**. São Paulo: RT, 2017.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2006.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LOBO, Paulo Luiz Neto. O controle da constitucionalidade das leis e o direito adquirido. **Revista de informação legislativa**, v. 27, n. 106, abr./jun. 1990.

MARINHO, Josaphat. O art. 64 da Constituição eu papel do Senado Federal. **Revista de informação legislativa**, v. 1, n. 2, jun., 1964.

MAURER, Hartmut. A revisão jurídico-constitucional das leis pelo Tribunal Constitucional Federal. Trad. Luís Afonso Heck. In: **Fundamentos do Estado de Direito: estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva**. Humberto Ávila (org.). São Paulo: Malheiros, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____; STRECK, Lenio. Comentário ao art. 102, parágrafo 2º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; _____ (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

_____. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal no controle abstrato de normas. **Revista jurídica virtual**, v.1, n. 4, ago., 1999.

_____. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de informação legislativa**, v. 41, n. 162, abr./jun., 2004.

_____. Os pressupostos de admissibilidade do controle abstrato de normas perante o *Bundesverfassungsgericht*. **Cadernos de direito constitucional e Ciência Política**, v.3, n. 12, jul./set., 1995.

_____; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2014.

MORAIS, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2015.

MORAIS, Fausto Santos de.; CORREIO, Bruno Ortigara. Modulação e abstrativização do efeito difuso: estudo de caso. **Revista do Direito Público**, v.10, n. 3, set./dez., 2015.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Teoria da Reforma Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MULLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes**. São Paulo: RT, 2007.

NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988.

NERY JR., Nelson. O Senado Federal e o controle concreto de constitucionalidade das leis e de atos normativos: Separação de Poderes, Poder Legislativo e interpretação do art. 52, X. **Revista de informação legislativa**, v. 47, n. 187, jul./set., 2010.

NOBRE JR., Edilson Pereira. **Jurisdição constitucional: aspectos controvertidos**. Curitiba: Juruá, 2011.

_____. Coisa julgada *versus* fiscalização de constitucionalidade: apontamentos para compreensão dos artigos 475-L, II, parágrafo 1º, e 741, II, parágrafo único do CPC. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 12, n. 47, jan./mar., 2012.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PRADO, João Carlos Navarro de Almeida. Sincretismo no controle de constitucionalidade. Parte I: Consideração da realidade concreta no controle abstrato. In: **Revista Jurídica Consulex**. Ano XI, n.241, jan/2007a.

_____. Sincretismo no controle de constitucionalidade. Parte II: Abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. In: **Revista Jurídica Consulex**. Ano XI, n.242, fev/2007b.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento jurídico brasileiro: aspectos constitucionais e processuais**. São Paulo: Malheiros, 2010.

POLETTI, Ronaldo. **Controle da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PUGGINA, Márcio Oliveira. A hermenêutica e a justiça do caso concreto. In: JÚNIOR, José Geraldo de Sousa; DINIS, Melillo; SAMPAIO, Plínio de Arruda (organizadores). **Ética, justiça e direito: reflexões sobre a reforma do Judiciário**. Petrópolis: Vozes, 1997.

RE, Edward Domenic. *Stare decisis*. **Revista de informação legislativa**, a. 31, n. 122, mai./jul., 1994.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

REIS, Maurício Martins. A decisão de inconstitucionalidade: módulo crítico para um tratamento autônomo e homogêneo. In: FAYET, Paulo; JOBIM, Geraldo; JOBIM, Marco Félix (Organizadores.). **Controvérsias Constitucionais Atuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

ROSA, André Vicente Pires. **Las omisiones legislativas y su control constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SEREJO, Paulo. Conceito de inconstitucionalidade: fundamento de uma teoria concreta do controle de constitucionalidade. **Revista Jurídica Virtual**: Brasília, vol. 2, n. 19, dez. 2000.

SILVA, José Afonso da. **Teoria do conhecimento constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. **Um pouco de direito constitucional comparado**. São Paulo: Malheiros, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

_____; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont' Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Revista Gestão e Controle**, ano I, n. 2, jul./dez., 2013.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2018.

ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. Salvador: Jus Podivum, 2017.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: RT, 2017.