



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

VÍTOR PONTES CORREIA

**A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO, OS IMPACTOS DA
INCORPORAÇÃO DE UM NOVO MODELO DE CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE E A VALORIZAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS**

FORTALEZA

2018

VÍTOR PONTES CORREIA

A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO, OS IMPACTOS DA
INCORPORAÇÃO DE UM NOVO MODELO DE CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE E A VALORIZAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Monografia apresentada à Coordenação do
Curso de Graduação em Direito da
Universidade Federal do Ceará, como requisito
parcial para a obtenção de grau de Bacharel
em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dra. Janaína Soares Noletto
Castelo Branco.

FORTALEZA

2018

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária
Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

- C849a Correia, Vítor Pontes.
A abstrativização do controle difuso, os impactos da incorporação de um novo modelo de controle de constitucionalidade e a valorização dos precedentes judiciais / Vítor Pontes Correia. – 2018.
54 f.
- Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2018.
Orientação: Prof.^a Dra. Janaína Soares Noleto Castelo Branco.
1. Controle de constitucionalidade. 2. Modelo brasileiro. 3. Abstrativização do controle difuso. 4. Mutação constitucional. I. Título.

CDD 340

VÍTOR PONTES CORREIA

A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO, OS IMPACTOS DA
INCORPORAÇÃO DE UM NOVO MODELO DE CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE E A VALORIZAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Monografia apresentada à Coordenação do
Curso de Graduação em Direito da
Universidade Federal do Ceará, como requisito
parcial para a obtenção de grau de Bacharel
em Direito.

Aprovada em: ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Dra. Janaína Soares Noleto Castelo Branco (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

B.el Lara Dourado Mapurunga Pereira
Universidade Federal do Ceará (UFC)

B.el Thiago do Vale Cavalcante
Universidade Federal do Ceará (UFC)

A Deus;

Aos meus pais.

AGRADECIMENTOS

A Deus, cujo amor sem limites me fortalece como pessoa humana, pois sem Ele nada disso seria possível.

Aos meus pais amados que sempre apoiam e incentivam a minha progressão acadêmica.

À minha irmã que torce sempre pelo meu crescimento profissional e que sempre manifesta seu carinho por mim.

À minha querida e amada Raíssa que compartilha comigo todos os momentos de desenvolvimento e amadurecimento pessoal e profissional.

À minha orientadora, Prof.^a Dra. Janaína Soares Noleto Castelo Branco, pelo compartilhamento de conhecimento jurídico e pela exemplar atuação acadêmica.

Aos colegas de graduação, por promoverem uma sincera e saudável dialética acadêmica.

À Universidade Federal do Ceará, por me proporcionar uma formação jurídica com alto grau de excelência com professores que possuem o verdadeiro e sincero dom do magistério.

“Posso não concordar com uma só palavra sua,
mas defenderei até a morte o seu direito de
dizê-la.” (Voltaire)

RESUMO

Este trabalho possui o fito de questionar acerca da fundamentação e da possível incorporação no Brasil da tese de abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, que teve como precursor o ministro Gilmar Mendes no julgamento da Reclamação 4335/AC pelo Supremo Tribunal Federal (STF). No julgamento da citada ação, foi discutido se o art. 52, inciso X, da Constituição Federal de 1988, havia sofrido uma mutação constitucional. Foi sustentado no voto do relator que a norma teria perdido o significado, em razão de mudanças legislativas e jurisprudenciais que teriam indicado uma mudança na sistemática nos efeitos do controle difuso. A tese da abstrativização do controle difuso defendida busca dar efeitos *erga omnes* e vinculantes às decisões proferidas pelo STF na via incidental. Este estudo analisa, ainda, os impactos da incorporação dessa nova concepção do controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, demonstrando a valorização contemporânea dos precedentes judiciais com o surgimento de novos mecanismos processuais de uniformização jurisprudencial.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade. Modelo brasileiro. Abstrativização do controle difuso. Mutação constitucional.

ABSTRACT

This work has the purpose of questioning about the rationale and possible incorporation in Brazil of the thesis of abstractivization of the diffuse control of constitutionality that had as its precursor the Minister Gilmar Mendes in the judgment of Complaint 4335/AC by the Federal Supreme Court (STF). In the judgment of said action, it was discussed whether art. 52, item X, of the Federal Constitution of 1988, had undergone a constitutional change. It was supported by the rapporteur's vote that the standard would have lost its meaning due to legislative and jurisprudential changes that would have indicated a change in the systematic effects of diffuse control. The thesis of the abstractivization of the diffused control defended seeks to give *erga omnes* and binding effects to the decisions pronounced by the STF in the incidental route. This study also analyzes the impacts of incorporating this new conception of constitutionality control into the Brazilian legal system, demonstrating the contemporary valuation of judicial precedents with the emergence of new procedural mechanisms of jurisprudential uniformity.

Keywords: Constitutionality control. Brazilian model. Abstractivization of diffuse control. Constitutional mutation.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AC	Acre
ADC	Ação Declaratória de Inconstitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CF	Constituição Federal
CPC	Código de Processo Civil
EC	Emenda Constitucional
HC	<i>Habeas corpus</i>
IRDR	Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas
Rel	Reclamação
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	10
2	O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E SEUS ASPECTOS HISTÓRICOS	12
2.1	Supremacia constitucional frente os modelos e sistemas do controle de constitucionalidade.....	12
2.2	Sistemas americano e austríaco	13
2.3	Evolução do controle híbrido	18
2.4	O modelo misto de 1988.....	20
3	A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO	22
3.1	O contexto da Reclamação 4335/AC	23
3.2	O pronunciamento dos ministros.....	26
3.3	Os impactos da abstrativização	29
3.3.1	<i>Segurança jurídica</i>	29
3.3.2	<i>Função nomofilática e a redução de decisões monocráticas</i>	31
3.3.3	<i>Celeridade e efetividade do judiciário</i>	33
3.3.4	<i>O decisionismo na teoria da abstrativização</i>	34
3.3.5	<i>Violação à separação de poderes</i>	35
4	A VALORIZAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS	38
4.1	Outros mecanismos de expansão de efeitos: o microsistema de gestão e julgamentos de casos repetitivos e o microsistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios.....	38
4.1.1	<i>Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e a suspensão nacional</i>	40
4.1.2	<i>Recursos especiais ou extraordinários repetitivos e assunção de competência</i>	42
4.1.3	<i>Súmula vinculante</i>	44
4.2	Um novo modelo de controle de constitucionalidade no Brasil e o ativismo judicial.....	45
5	CONCLUSÃO	48
	REFERÊNCIAS	50

1 INTRODUÇÃO

Um novo fenômeno tem sido palco de análises e críticas perante os estudiosos do direito. Trata-se da abstrativização do controle difuso. Essa tese procura alterar a concepção clássica dos efeitos comumente observados no controle difuso. Segundo a abstrativização, objeto deste trabalho, as decisões proferidas no controle difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal (STF) passariam a ser dotadas de eficácia contra todos e teriam efeitos vinculantes.

O marco inicial que deu sustentação a essa tese foi a Reclamação (Rcl) 4335/AC. Os ministros Gilmar Mendes e Eros Grau defenderam a possibilidade de aplicação da abstrativização no controle via incidental. A reclamação pleiteava que fosse respeitada a autoridade da decisão do *Habeas corpus* (HC) 82959/SP, em que o STF julgou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei de Crimes Hediondos). Essa decisão foi proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade e, segundo a concepção tradicional ainda adotada pelo Tribunal, para ter eficácia contra todos, seria necessária a suspensão da lei pelo Senado Federal, conforme o art. 52, inciso X, da Constituição Federal de 1988 (CF/88).

Criando uma nova concepção do controle de constitucionalidade na via de exceção, os ministros Gilmar Mendes e Eros Grau defenderam a prescindibilidade do Senado para dar efeitos gerais e vinculantes já que teria havido uma mutação constitucional no art. 52, inciso X, da CF/88. Os ministros, portanto, defendem a redução do Senado Federal a mero órgão de publicidade das decisões proferidas pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário em sede de controle difuso. Desse modo, a abstrativização do controle busca aproximar o controle via de ação do controle via de defesa, concentrando poderes nas atuações do STF. Também é imprescindível entender como funciona o controle de constitucionalidade no Brasil e analisar os impactos que a incorporação de uma nova concepção do controle difuso poderia gerar ao país.

Este trabalho está organizado em cinco seções, das quais a primeira é esta introdução. A segunda seção traça o contexto histórico do controle de constitucionalidade, diferenciado o sistema americano e o sistema europeu, expondo suas influências no Brasil. Dispõe, ainda, sobre a evolução constitucional do modelo brasileiro e as peculiaridades do atual modelo de controle de constitucionalidade. A terceira seção visa a esclarecer a abstrativização do controle difuso, expondo a objetivação do controle difuso, o atual papel do Senado nessa perspectiva e os pronunciamentos dos ministros na Rcl 4335/AC.

Busca-se, ainda, indicar os impactos que a abstrativização poderá gerar no ordenamento nacional, refletindo sobre aspectos como a segurança jurídica, o respeito à separação dos poderes e a questão do decisionismo. A quarta seção mostra a valorização dos precedentes judiciais no ordenamento nacional com a adoção de novos mecanismos de uniformização jurisprudencial, e esclarece o novo modelo de controle de constitucionalidade que seria criado caso fosse adotada a nova tese dos ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, mostrando, de maneira clara, quando o ativismo judicial pode ser utilizado em um sistema jurídico. Por fim, na quinta seção, apresentam-se as considerações acerca deste estudo.

O objeto deste trabalho, portanto, é imprescindível do ponto de vista jurídico, político e social, já que está diretamente relacionado à extensão dos poderes do órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro e ao princípio da separação dos poderes consagrado no ordenamento jurídico brasileiro. Dessa maneira, é indispensável um estudo teórico-jurídico do ativismo judicial para melhor compreensão da progressão jurisprudencial.

2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E SEUS ASPECTOS HISTÓRICOS

Nesta seção, pretende-se realizar uma análise da evolução do controle de constitucionalidade, de maneira a destacar o surgimento dos sistemas norte-americano e europeu de fiscalização constitucional e a influência de ambos para a formação do modelo híbrido de constitucionalidade vigente no Brasil.

2.1 Supremacia constitucional frente os modelos e sistemas do controle de constitucionalidade

Nos Estados constitucionais democráticos, é imprescindível que sejam estabelecidos preceitos para a estabilidade, observância, aplicabilidade e conservação das normas constitucionais. A norma fundamental alberga os valores essenciais de um regime democrático, sendo, dessa maneira, um norte para as condutas sociais e políticas e para o ordenamento jurídico de uma nação.

Os diversos Estados, então, criaram mecanismos para a proteção das normas constitucionais. Dentre esses meios para a proteção da norma fundamental, destaca-se o controle de constitucionalidade que será objeto de análise deste trabalho.

O controle de constitucionalidade como instrumento de garantia dos preceitos constitucionais visa a examinar a adequação de determinado comportamento ao Texto Maior, por meio de uma análise formal e material das peculiaridades constitucionais de modo a garantir a supremacia das constituições. Como bem disserta Miranda (2011, p. 435):

Constitucionalidade e inconstitucionalidade designam conceitos de relação, isto é, a relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – um comportamento – que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível, que cabe ou não no seu sentido.

No decorrer do contexto histórico, foram surgindo, então, distinções entre os institutos de refúgio constitucional. As peculiaridades políticas e sociais de cada Estado, em determinado momento, foram responsáveis pela ramificação dos modelos de controle de constitucionalidade.

Inicialmente, não se pode olvidar a distinção entre modelos e sistemas de controle de constitucionalidade. Os sistemas são as matrizes das quais derivam os diversos modelos. Dentre o rol de modelos, a título ilustrativo, pode-se citar: o francês, o alemão, o espanhol, o

italiano, o português e o brasileiro. No entanto, só existem duas grandes fontes do controle de constitucionalidade: o sistema americano e o austríaco.

Quanto ao sistema norte-americano, o julgamento do caso *Marbury vs. Madison*, em 1803, foi o marco que deu início à fixação da competência do Poder Judiciário para examinar e fiscalizar o fiel cumprimento constitucional. Já o sistema austríaco teve como grande nome Hans Kelsen que em 1920 foi precursor do projeto da nova Constituição da Áustria. A fiscalização incidental na Áustria apenas foi acrescentada pela reforma de 1929 que modificou parcialmente o sistema, conferindo a dois órgãos judiciários ordinários legitimação para instaurar o processo de controle de constitucionalidade perante a Corte Constitucional (BULOS, 2014, p. 193).

É necessário, portanto, fazer uma distinção dos dois sistemas, levando em consideração seus aspectos subjetivos, modal e dos efeitos das decisões para que se possa examinar a peculiaridade de cada um frente o modelo brasileiro de controle de constitucionalidade.

2.2 Sistemas americano e austríaco

O sistema norte-americano surgiu quando a Suprema Corte dos Estados Unidos da América (EUA) se pronunciou acerca da legalidade da investidura de Willian Marbury como juiz de paz. Marbury havia sido nomeado como juiz de paz pelo presidente anterior John Adams. No entanto, ante as novas eleições, o novo presidente Thomas Jefferson recomendou ao seu secretário de Estado James Madison que não desse cumprimento ao ato. Desse modo, Marbury impetrou uma ação judicial perante a Suprema Corte com o objetivo de ter reconhecido o seu direito de assumir o cargo. John Marshall, estadista convertido em juiz, firmou seu legado para o controle de constitucionalidade com a argumentação exposta no julgamento do caso ao esclarecer a competência da Suprema Corte americana (MENDES, 2018, p. 75-77).

Marshall destacou que a Lei Judiciária de 1789, que permitia ao tribunal expedir mandados para sanar atos ilegais do Poder Executivo violava a Constituição americana já que disciplinava a competência originária da Suprema Corte, o que não seria permitido tendo em vista que a referida Constituição disciplinava taxativamente as atribuições da Suprema Corte. Diante da constatação, Marshall indagou a respeito da possibilidade do órgão de cúpula do Poder Judiciário americano deixar de aplicar uma lei ordinária contrária à Constituição, desenvolvendo uma persuasiva argumentação de que, havendo uma discordância entre um ato

do Poder Legislativo e a Constituição, seria competência do Poder Judiciário solver esse conflito. Com base em tal explicação, passou-se a atribuir a guarda da norma fundamental às Cortes de Justiça (BARROSO, 2012, p. 20-24). Senão veja-se:

Ao expor suas razões, Marshall enunciou os três grandes fundamentos que justificam o controle judicial de constitucionalidade. Em primeiro lugar, a supremacia da Constituição: “Todos aqueles que elaboram constituições escritas encaram-na como a lei fundamental e suprema da nação.” Em segundo lugar, e como consequência natural da premissa estabelecida, afirmou a nulidade da lei que contrarie a Constituição: “um ato do Poder Legislativo contrário à Constituição é nulo.” E, por fim, o ponto mais controvertido de sua decisão, ao afirmar que é o Poder Judiciário o intérprete final da Constituição: “enfaticamente da competência do Poder Judiciário dizer o Direito, o sentido das leis.” (BARROSO, 2012, p. 22-23).

Já o sistema austríaco, conforme destacado, teve como grande influenciador Kelsen, e revelou uma inovadora faceta do controle de constitucionalidade, qual seja, a fiscalização abstrata de normas. A Constituição da Áustria, de 1º de outubro de 1920, foi a primeira a consagrar um tribunal constitucional que foi responsável por exercer o controle concentrado de normas. A fiscalização pela via de exceção apenas surgiu no ordenamento austríaco com a reforma realizada em 1929 (BARROSO, 2012, p. 27).

Nesse quadro, é indispensável traçar os aspectos sob os quais esses dois sistemas podem ser examinados: subjetivo, modal e dos efeitos das decisões.

Primeiramente, destaca-se o aspecto subjetivo que diz respeito aos órgãos encarregados da efetivação do controle de constitucionalidade. Essa categorização dá origem a dois sistemas de controle judicial de constitucionalidade de leis, quais sejam: o controle difuso, segundo o qual todos os órgãos judiciários exercem o poder de controle da supremacia constitucional, efetivando esse poder nas causas de sua competência e de forma incidental; e o sistema concentrado, no qual o poder de controle de constitucionalidade das leis é concentrado em um único órgão.

Cappelletti (1999, p. 68) ressaltou que o sistema difuso poderia ser denominado “sistema americano” já que foi posto em prática de forma pioneira nos EUA. Sob outro ângulo, o sistema concentrado também poderia ser denominado “sistema austríaco de controle”, tendo em vista o projeto de Kelsen que inaugurou esse sistema na Constituição austríaca de 1920.

Esses dois sistemas universalizaram-se nos diversos ordenamentos jurídicos, surgindo peculiaridades em diversos países, o que deu origem aos modelos, conforme já lecionado neste trabalho. É notório, então, que o controle incidental é baseado em um argumento de lógica normativa, pelo qual uma Constituição rígida, por deter uma força

normativa, prevalece quando conflitante com leis ordinárias. Com um enfoque diverso, a adoção do controle concentrado por países de *civil law* se justificaria pelos inconvenientes que poderiam ser gerados pela importação do modelo americano às nações que não dispõem do *stare decisis*.

Dentre essas impropriedades, pode-se destacar: atribuir a diversos órgãos do Poder Judiciário o poder de afastar a aplicação de uma lei ao caso concreto, por considerá-la inconstitucional, o que poderia levar ao surgimento de conflitos entre órgãos jurisdicionais, gerando insegurança jurídica; outra impropriedade seria a oriunda da ausência de um mecanismo que promova a todos o benefício da não aplicação de uma lei já declarada inconstitucional por outros magistrados (CAPPELLETTI, 1999, p. 78).

Frente esses inconvenientes do sistema difuso, foi formulado o projeto da Constituição austríaca de 1920. Desse modo, o modelo austríaco nasceu baseado no americano, porém com o fito de adequá-lo às peculiaridades do *civil law* em vigor na Áustria. Tendo em vistas essas impropriedades, os formuladores do projeto da referida Constituição austríaca estabeleceram a criação de um órgão central, com o escopo de decidir acerca da constitucionalidade de leis com eficácia *erga omnes*.

Além disso, deve-se destacar que o controle concentrado depreende uma evidente separação de poderes, posto que a inaplicabilidade de uma lei não pode ser declarada por qualquer juiz, incidentalmente. Os magistrados comuns, nesse sistema, são considerados incompetentes para analisar a validade das leis, inclusive de maneira incidental. Já, no controle difuso, qualquer juiz é considerado competente para rechaçar a aplicação, ao caso concreto, de uma lei considerada inconstitucional. Frente essa característica, alguns doutrinadores afirmam que no sistema de controle concentrado vige uma presunção de validade das leis que apenas não seria aplicável a Suprema Corte que pode refutar essa validade. Já o sistema difuso não possuiria essa presunção, segundo Cappelletti (1999, p. 88), já que os juízes têm de afastar a aplicação de uma lei inconstitucional do caso sub judice. Apesar de todos os magistrados fazerem esse controle, no controle difuso da tradição americana, a decisão sobre a inconstitucionalidade de uma lei pela Suprema Corte vincula as demais instâncias em razão do *stare decisis*.

Ante o exposto, o sistema americano de controle de constitucionalidade possui dentre as suas particularidades, a ausência de um procedimento específico para que as questões cheguem a Suprema Corte, assim como a inexistência de um órgão especial competente para a análise da constitucionalidade das leis, sendo as questões constitucionais decididas incidentalmente.

Indaga-se a respeito da necessidade da criação de Cortes Constitucionais pela Constituição austríaca, já que poderia ter conferido a função de controle e constitucionalidade, ainda que de maneira concentrada e com eficácia *erga omnes*, aos órgãos judiciários superiores já existentes. Para Cappelletti (1999, p. 88), a resposta para o questionamento residiria na peculiar atividade exercida pelo juiz constitucional, ou seja, as normas presentes nas constituições modernas, por indicarem valores fundamentais do Estado e da sociedade deveriam receber um tratamento específico, tendo em vista a dimensão política da atuação do juiz constitucional.

Até o presente momento, foi exposto o aspecto subjetivo sob o qual o sistema austríaco e o americano podem ser visualizados. Além do controle concentrado e do controle difuso, também é possível analisar os sistemas de fiscalização constitucional sob um enfoque diverso: o modal.

A classificação sob o aspecto modal leva em consideração o modo como o questionamento da constitucionalidade das leis é arguido perante os órgãos judiciários que exercem o controle de constitucionalidade, assim como a forma como tais questões são decididas. Segundo o aspecto modal, o sistema norte-americano de controle é exercido pela via incidental, também conhecida como via de exceção. Já o sistema austríaco é exercido pela via principal.

Dessa maneira, pela via de exceção, o questionamento da constitucionalidade de uma lei só pode ocorrer no curso de um processo comum, no qual surja uma indagação acerca da legitimidade constitucional de uma lei essencial para a resolução do caso concreto.

Já o sistema austríaco, em sua concepção inicial, estabeleceu uma Corte especial para o controle de constitucionalidade, estabelecendo que a fiscalização constitucional deveria ser exercida por meio de uma ação especial que teria órgãos políticos como legitimados ativos. A via principal ou de ação, portanto, estaria desvinculada de casos concretos. Apenas com a reforma constitucional de 1929, o sistema austríaco permitiu que dois órgãos judiciários ordinários exercessem o controle de constitucionalidade diante da Corte Constitucional, tornando o sistema híbrido.

Por outro lado, após a análise dos aspectos subjetivo e modal desses dois sistemas, também é imprescindível ressaltar o aspecto dos efeitos da decisão. Desse modo, segundo a concepção tradicional do sistema americano, uma lei seria considerada inconstitucional, pois é divergente de uma norma superior, sendo, dessa forma, nula de pleno direito. O magistrado, portanto, que exerce o controle da supremacia da Constituição no caso concreto, não anula a lei, ocorrendo, na verdade, uma declaração de nulidade da norma. Esse entendimento

foi consagrado por John Marshall no julgamento do caso *Marbury vs. Madison* já destacado no neste trabalho, momento em que a Suprema Corte americana reivindicou para si a competência para analisar a inconstitucionalidade das leis.

É possível, portanto, concluir que a consequência da adoção do entendimento segundo o qual ocorre uma declaração da inconstitucionalidade da lei é considerar que a decisão de inconstitucionalidade possui natureza declaratória, devendo ser reconhecida uma nulidade existente desde o nascimento da lei. Nesse quadro, pode-se observar a atribuição de eficácia retroativa às decisões, ou seja, efeitos *ex tunc*.

De maneira diferente, é o que ocorre no sistema austríaco em que o vício de inconstitucionalidade não é reconhecido desde a promulgação da lei. Ao revés, parte da premissa de que qualquer ato, que é integrado ao ordenamento jurídico na forma de lei, só deixa de ser lei por meio da atuação de um órgão especial, que cassa a lei do ordenamento jurídico. O modelo formulado pela Constituição austríaca de 1920, nesse sentido, visava a uma fiscalização constitucional reservada a um órgão especial, a Corte Constitucional, que detinha a competência de anular leis consideradas inconstitucionais, postergando os feitos da anulação para o futuro, gerando efeitos *ex nunc*. A decisão da Suprema Corte teria um efeito constitutivo e não declaratório, já que estaria atuando como um legislador negativo.

Dessa maneira, Kelsen foi mentor de um sistema de controle que firmou a sujeição dos juízes a lei, já que teriam que obedecer a lei de acordo com o estabelecido pelo legislativo, já que não podiam exercer o controle no caso concreto. Os aplicadores do direito apenas podiam contrariar o estabelecido pelo Poder Legislativo com base em uma decisão de inconstitucionalidade do órgão especial. Kelsen acreditava que não poderia haver a nulidade *ab initio* de um ato que foi revestido de forma legal.

Assim, é necessário sintetizar as ideias quanto ao aspecto dos efeitos das decisões desses dois sistemas. O americano propõe que a declaração de inconstitucionalidade não possui eficácia geral. O magistrado fica restrito a declarar a inconstitucionalidade da lei no caso concreto, decisão que produz efeitos apenas *inter partes*. O controle é exercido pela via incidental, sendo a inconstitucionalidade um pressuposto para a decisão de mérito da demanda. Já no sistema austríaco, é vigente o caráter geral das decisões de inconstitucionalidade. Explica-se: a decisão origina uma anulação, a qual possui eficácia *ex nunc* e *erga omnes*, gerando uma espécie de ab-rogação da lei anterior gerada pela decisão de inconstitucionalidade.

2.3 Evolução do controle híbrido

O modelo jurídico brasileiro atual herdou características tanto do sistema americano como do sistema europeu do controle constitucional de leis. Mendes (2018, p. 1732) conclui:

Finalmente, o controle misto de constitucionalidade congrega os dois sistemas de controle, o de perfil difuso e o de perfil concentrado. Em geral, nos modelos mistos defere-se aos órgãos ordinários do Poder Judiciário o poder-dever de afastar a aplicação da lei nas ações e processos judiciais, mas se reconhece a determinado órgão de cúpula – Tribunal Supremo ou Corte Constitucional – a competência para proferir decisões em determinadas ações de perfil abstrato ou concentrado.

Dessa maneira, é notório que, no modelo brasileiro, vige um sistema misto do controle da legitimidade das leis frente a supremacia da Constituição. No entanto, não foi sempre assim. Ocorreu um processo de amadurecimento do controle brasileiro.

Inicialmente, o modelo de controle constitucional das leis no Brasil abrangia apenas o sistema difuso, tendo como marco normativo o Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890. Segundo esse ato normativo, apenas a magistratura federal poderia atuar no controle na via de exceção (MENDES, 2018, p. 1818-1819).

Posteriormente, a Constituinte de 1891 manteve o controle incidental, estabelecendo, em seu art. 59, § 1º, *a* e *b*, a competência do STF para revisar, em grau recursal, as sentenças proferidas pelas Justiças Estaduais, sempre que estas decisões contestassem a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição e a decisão do Tribunal do Estado considerasse válidos esses atos ou leis impugnadas.

O art. 13, § 10º, da Lei n. 221, de 20 de novembro de 1894, reproduziu que “[...] os juízes e tribunais apreciarão as validades das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição” (BRASIL, 1894).

Frente o exposto, é perceptível que as primeiras constituições brasileiras sofreram forte influência do sistema americano. O controle de exceção, sob a influência de Rui Barbosa, foi consagrado fortemente nas primeiras normas fundamentais (MENDES, 2018, p. 1818).

Apesar de ter mantido o controle difuso, é possível destacar algumas inovações trazidas pela Constituição de 1934. Dentre elas, pode-se ressaltar a necessidade da declaração de inconstitucionalidade ser decidida pela maioria dos membros do tribunal, a expressão “recurso extraordinário” ser inserida pela primeira vez no ordenamento, 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, o que levava a uma eficácia *erga omnes* das decisões proferidas pelo STF, já que no Brasil até hoje não vigora a sistemática do *stare decisis* (MENDES, 2018, p. 1823-1825).

Outro marco essencial trazido em 1934 que representou uma evolução do modelo brasileiro foi a inserção no ordenamento jurídico da representação interventiva. Desse modo, uma lei que decretasse a intervenção federal por violação a um dos princípios constitucionais sensíveis da Constituição deveria ser submetida ao STF, por provocação do Procurador-Geral da República, com o fito de ser declarada sua constitucionalidade. Com a representação interventiva introduzida pela Constituição de 1934 surgiram os primeiros resquícios do controle de constitucionalidade abstrato no Brasil, já que a constitucionalidade da lei que decretava a intervenção federal deveria ser questionada pela via de ação (MENDES, 2018, p. 1823-1825).

A Constituição de 1937 trouxe a possibilidade de o Parlamento rever, por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, uma lei já declarada inconstitucional pelo tribunal, tornando a decisão pré-existente sem efeito, o que representou um retrocesso ao controle difuso já vigente. Isso ocorreu devido à centralização e autoritarismo que regiam o Estado Novo.

Posteriormente, a Constituinte de 1946 suprimiu a possibilidade do reexame parlamentar de leis declaradas inconstitucionais previsto na Constituição de 1937, manteve a competência do Senado Federal para suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo STF, exigiu o quórum de maioria absoluta dos membros do tribunal para a eficácia da decisão declaratória de inconstitucionalidade, manteve a representação interventiva e previu, pela primeira vez, a arguição de inconstitucionalidade perante o STF por meio da Lei n. 2.271, 22 de julho de 1954. Esse novo instrumento processual teve seu cabimento ampliado pela Emenda Constitucional (EC) n. 16, de 26 de novembro de 1965, que atribuiu ao STF a competência para processar e julgar “[...] a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhado pelo Procurador-Geral da República” (BRASIL, 1965). Diante disso, houve uma consolidação do controle abstrato no modelo brasileiro (MENDES, 2018, p. 1828-1834).

Sucessivamente, a Constituição de 1967 manteve o controle difuso já vigente e a ação direta de inconstitucionalidade (ADI). Esse modelo permaneceu inalterado até a Constituinte de 1988.

2.4 O modelo misto de 1988

Diante da evolução do controle de constitucionalidade brasileiro, é notório que o modelo adotado no país agregou elementos do controle na via incidental com forte influência norte-americana desde o ano de 1946 e elementos pertencentes à fiscalização abstrata, tendo como marco principal a EC n. 16/65. Dessa maneira, no Brasil, adota-se um modelo híbrido de controle de constitucionalidade.

No entanto, contemporaneamente, várias modificações no ordenamento jurídico brasileiro têm gerado uma certa tendência de aproximação do modelo brasileiro às características do sistema europeu, sendo imprescindível analisar essas alterações para compreender a dinâmica da hibridez da fiscalização constitucional do Brasil.

Diante disso, é indispensável ressaltar que o objeto do recurso extraordinário (RE) ficou mais restrito. Inicialmente, a competência do STF, como última instância recursal, abrangia tanto matéria federal como constitucional. No entanto, com o surgimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), algumas competências foram transferidas ao novo tribunal como o julgamento de recursos de natureza extraordinária em matéria de direito federal, o que originou o recurso especial (REsp). Em razão dessa ramificação, passou a surgir a figura concreta do STF como guardião da Constituição.

Apesar disso, foi mantida tanto a sistemática do controle difuso com amplas hipóteses de cabimento, conforme o art. 102, inciso III, da CF/88, como a possibilidade de suspensão da lei pelo Senado Federal com previsão no art. 52, inciso X, do mesmo texto constitucional.

Uma das grandes inovações do modelo híbrido brasileiro foi a introdução, no âmbito abstrato, do mecanismo da ADI por omissão e, no âmbito concreto, do mandado de injunção, ambos dedicados à supressão de omissões parlamentares nas respectivas esferas. Houve, também, o surgimento da ADI de lei ou ato normativo estadual ou federal substituindo a antiga representação de constitucionalidade.

Uma das grandes conquistas da Constituição Federal de 1988 foi a ampliação dos legitimados para a propositura da ADI, que não ficou a cargo exclusivo do Procurador Geral da República, conforme o art. 102, inciso I, *a*, da CF/88.

Essa ampliação dos atores sociais legitimados para a propositura da ação é imprescindível para um controle de constitucionalidade mais sólido e eficaz. Essa ampliação representa uma maior proteção à supremacia da Carta de Outubro e indica um modelo brasileiro que, apesar de misto, ficou mais próximo às peculiaridades da tradição europeia.

Além disso, também foi instituída a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) por meio da EC n. 3/1993 que englobou o controle abstrato de lei ou ato normativo federal. O rol de legitimados dessa ação que inicialmente era mais restrito foi ampliado pela EC n. 45, de 30 de dezembro de 2004. A EC n. 3, de 17 de março de 1993 estabeleceu, ainda, que a decisão definitiva de mérito na respectiva ação teria eficácia contra todos e efeito vinculante ao demais órgãos do Judiciário e ao Executivo. Também foi inserida pela referida emenda a competência do STF para julgar a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) que passou a ter legislação específica com a Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999.

A reforma do Judiciário consagrada na EC n. 45/2004 também aplicou a eficácia contra todos e efeito vinculante às decisões proferidas em sede de ADI. Desse modo, houve uma grande alteração na sistemática dos efeitos das decisões já que a suspensão da lei pelo Senado no controle difuso supria apenas o ensejo de se atribuir eficácia geral às decisões proferidas no controle difuso. Com as ECs n. 3/93 e 45/2004, foram desenvolvidos mecanismos que atribuíam eficácia geral e efeito vinculante às decisões proferidas em sede de controle concentrado.

Assim, restou consagrado no sistema brasileiro um modelo híbrido em que são flagrantemente as características do controle difuso, como a impugnação via incidental e os efeitos *inter partes* com a possibilidade de estabelecer efeitos gerais pelo Senado, mostrando a face norte-americana do modelo brasileiro e características do controle concentrado, em que é vigente a via de ação e os efeitos *erga omnes*, indicando a influência europeia.

3 A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO

Conforme o exposto acerca do controle de constitucionalidade, percebe-se que a via abstrata e a via concreta restam dominantes na jurisprudência da Suprema Corte. O STF realiza de forma incidental a guarda da Constituição, assim como protege a Carta de Outubro por meios das ações constitucionais.

Ocorre que o órgão de cúpula do Sistema Judiciário brasileiro, no julgamento da Rcl 4335/AC, apresentou uma nova teoria capaz de alterar o entendimento da Corte no que diz respeito aos efeitos das decisões em sede de controle constitucional. Trata-se do fenômeno da abstrativização do controle difuso.

Antes de demonstrar os contornos que o citado instituto abrange, ressaltam-se algumas considerações. É sabido que, atualmente, a decisão que declara, em sede de controle difuso, uma lei inconstitucional possui efeito *inter partes* e não vinculativos. O STF, quando atua incidentalmente, deverá comunicar a respectiva decisão ao Senado Federal que, discricionariamente, poderá suspender a execução, no todo ou em parte, da regulamentação viciada, conforme o art. 52, inciso X, da CF/88¹.

Dessa maneira, o STF, por meio do recurso extraordinário, realiza o controle de constitucionalidade na via concreta, de modo que a decisão proferida produz efeitos apenas *inter partes*. É possível que essa decisão seja ampliada, estendendo-se a outras partes que não pertencem à relação processual. Assim, com o fito de evitar que o objeto de uma ação já declarado inconstitucional fosse novamente questionado na máquina judiciária, foi outorgado ao Senado a competência de suspender o ato normativo que o STF tenha declarado inconstitucional. Assim, a atuação do Senado seria indispensável para que a decisão da Suprema Corte possuisse efeito *erga omnes* (BULOS, 2014, p. 225-226).

Não se deve olvidar a discursão doutrinária que questiona acerca da discricionariedade ou da vinculação da Câmara Alta para suspender a executoriedade da lei declarada inconstitucional. Apesar do entendimento contrário de alguns autores como Bulos (2014, p. 226-227), a doutrina majoritária posiciona-se no sentido de que o Senado Federal não está obrigado a editar resolução suspensiva de norma declarada inconstitucional. Assim esclarece Brossard (1976, p. 64):

¹ “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: [...]”

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;” (BRASIL, 1988).

[...] tudo está a indicar que o Senado é o juiz exclusivo do momento em que convém exercer a competência, a ele e só a ele atribuída, de suspender lei ou decreto declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. No exercício dessa competência cabe-lhe proceder com equilíbrio e isenção, sobretudo com prudência, como convém à tarefa delicada e relevante, assim para os indivíduos, como para a ordem jurídica.

Diante do posicionamento majoritário sobre o papel do Senado na atribuição de efeitos *erga omnes* nas descrições proferidas pelo STF em controle incidental, é imprescindível destacar que a teoria da abstrativização também conhecida como objetivação do controle difuso vai de encontro a essa vinculação do Poder Judiciário com o Poder Legislativo. O que consiste, portanto, esse novo instituto? A abstrativização do controle difuso corresponde ao estabelecimento de efeitos *erga omnes* e vinculantes às decisões proferidas pela Corte que declarem lei inconstitucional em sede de controle incidental.

O fenômeno em análise, portanto, visa a equiparar os efeitos das decisões proferidas em controle difuso aos do controle concentrado, indicando que o art. 52, inciso X, da CF/88, teria sofrido uma mutação constitucional. A Câmara Alta, segundo essa nova teoria, seria mero órgão de publicitação das decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo STF em controle difuso que teriam efeitos *erga omnes* e vinculantes, independente de resolução do órgão representativo do povo.

Essa concepção moderna de controle de constitucionalidade foi iniciada pela Rcl 4335/AC e, de fato, será responsável por uma nova dinâmica no Poder Judiciário no caso de implementação. O STF, especialmente o ministro Gilmar Mendes, relator da reclamação, e o ministro Eros Grau, mostrou um novo posicionamento na jurisprudência do Tribunal, mas, como pode ser visto a seguir, esse não é um entendimento pacificado na Suprema Corte, e novas análises terão que ser realizadas acerca do tema, levando em consideração os impactos na praxe judiciária.

3.1 O contexto da Reclamação 4335/AC

Bem, é necessário esclarecer a trajetória percorrida pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário responsável pela nova teoria acerca dos efeitos do controle difuso no STF. Em sua redação original, a Lei n. 8.072/90 impunha um dever aos juízes de estabelecer o regime integralmente fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. Dessa maneira, havia entendimento jurisprudencial que vedava a progressão de regimes em delitos dessa magnitude.

Ocorre que, em fevereiro de 2006, foi interposto o HC 82959/SP por um preso, ocasião em que o STF declarou inconstitucional a previsão do art. 2º, § 1º, da Lei de Crimes Hediondos, que vedada a progressão nesses casos, tendo como base dois argumentos principais. Primeiramente, a Corte entendeu que a vedação do dispositivo não permitia a análise das condições pessoais do réu, impedindo o diagnóstico do caso concreto e violando, desse modo, o princípio da individualização da pena, consagrado no art. 5º, inciso XLVI, da CF/88. Além disso, o guardião da Constituição entendeu que a proibição da progressão de regime em crimes hediondos inviabilizava a ressocialização do preso, pois sabe-se que a mudança para regime mais benéfico é uma via de preparação do condenado para a reinserção na sociedade.

No entanto, consoante já destacado, essa decisão foi proferida em um caso concreto. Em razão desse entendimento, houve uma insegurança por parte da doutrina e dos aplicadores do direito. Não restou esclarecido se deveria ser adotada a teoria clássica do STF pela qual as decisões do Tribunal que declaram lei inconstitucional em controle difuso tem efeito *inter partes* e não vinculantes, aplicando-se a vedação do regime inicialmente fechado e a vedação da proibição da progressão de regime em caso de crimes hediondos apenas no caso isolado do HC 82959/SP ou se deveria ser adotada uma concepção moderna dos efeitos do controle de constitucionalidade.

Esse novo modelo é a teoria da abstrativização do controle difuso, o qual permite que uma decisão do plenário do STF declarando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em controle difuso como no caso em análise possua os mesmos efeitos do controle na via abstrata, vinculando os demais juízes e tribunais, gerando efeito *erga omnes*.

Então, por exemplo, caso um juiz de primeiro grau da comarca de Fortaleza negasse a progressão de regime para um condenado por crime hediondo que preenchesse os requisitos subjetivos e objetivos para a concessão do benefício, seria possível ao réu impetrar uma reclamação ao STF invocando o entendimento que proíbe a vedação de progressão de regime em caso de crime hediondo, tendo em vista que a decisão proferida no HC em estudo teria vinculado todo o Poder Judiciário.

Por outro lado, acrescente-se ainda que, segundo a concepção tradicional já destacada, seria necessário que o Senado Federal ampliasse a eficácia dos efeitos da decisão proferida pelo órgão de cúpula em sede de controle difuso de constitucionalidade. Portanto, no exemplo citado, para a teoria clássica, o juiz poderia fundamentar sua decisão que negou a progressão de regime argumentando que o órgão representativo da Câmara Alta não

publicitou a decisão do STF, o que não vincularia a decisão do magistrado à decisão da cúpula do Poder Judiciário, segundo o art. 52, inciso X, da CF/88. Ocorre que para a corrente moderna, o referido inciso teria sofrido mutação constitucional e a função do Senado seria apenas dar publicidade à decisão do STF.

Conforme se pode observar, a questão não é pacífica. Existem divergências entre os próprios ministros do STF. Até o presente momento, foram destacados alguns aspectos das duas interpretações possíveis para o art. 52, inciso X, da Carta Magna. No entanto, como a questão em análise efetivamente chegou à Suprema Corte e qual o entendimento dos ministros? Seria possível alguma alteração no posicionamento dos magistrados?

Nesse quadro, destaca-se o marco que deu ensejo a uma concepção de abstrativização do controle difuso que foi a Rcl 4335/AC, julgada definitivamente em 20/03/2014. De maneira mais precisa, essa progressão teórica teve início quando um juiz de uma vara de execuções de Rio Branco/Acre negou um pedido de progressão de regime para um condenado, preconizando que a decisão proferida pelo STF no HC 82959/SP teria efeitos apenas *inter partes*, já que o Senado Federal não havia determinado a suspensão do art. 2º, § 1º, da lei de Crimes Hediondos que proibia a progressão de regime nos crimes hediondos.

No respectivo remédio constitucional, a Suprema Corte decidiu pela inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, sob o argumento de violação ao princípio da individualização da pena previsto no art. 5º, inciso LXVI, da CF/88. O Senado não editou resolução suspendendo a execução do ato normativo. No entanto, a Defensoria Pública impetrou a reclamação destacada ao alegar que o referido magistrado teria desrespeitado a decisão do STF na via incidental, e, como guardião da Constituição, as suas decisões deviam ser seguidas, independentemente de serem proferidas em controle difuso de constitucionalidade.

A reclamação foi, então, conhecida e provida por maioria dos votos. Percebe-se, portanto, que a controvérsia da Rcl 4335/AC está relacionada com a necessidade de o Senado atuar como órgão competente para suspender a execução de lei declarada inconstitucional no controle incidental. No entanto, deve-se destacar que os fundamentos responsáveis pela procedência da reclamação não necessariamente estão relacionados com o alegado pela defensoria pública, sendo imprescindível a análise das peculiaridades do julgamento.

3.2 O pronunciamento dos ministros

De fato, conforme o exposto, o argumento de que as decisões do STF, independentemente do tipo de controle exercido, devem ser observadas pelo juiz singular e pelos tribunais não foi suficiente para o conhecimento da Rcl 4335/AC.

Um acontecimento que auxiliou na fundamentação dos ministros foi a Súmula Vinculante 26. Primeiramente, foi editada a Lei n. 11.464, de 28 de março de 2007, admitindo a progressão de regime aos condenados por crime hediondo caso cumpridos 2/5 da pena, se primário e 3/5, se reincidente. Em 2009, o referido verbete vinculante, consagrou a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072/90.

Pois bem, passe-se, então, à análise dos votos proferidos na Rcl 4335/AC. Inicialmente, é imprescindível destacar que o ministro Gilmar Mendes e o ex-ministro Eros Grau preconizaram que a referida reclamação deveria ser provida, pois houve ofensa à decisão no HC 82959/SP.

De fato, o ministro Gilmar Mendes foi responsável pela exposição da teoria da abstrativização do controle difuso. Para o magistrado a concepção clássica da necessidade de suspensão pelo Senado da lei declarada inconstitucional trata-se de um ato político e estaria obsoleta. O ministro, em seu voto, destacou que a função do órgão representativo do povo seria de apenas dar publicidade às decisões proferidas pelo STF em controle de constitucionalidade via incidental, e que tais decisões possuíram efeito *erga omnes*, independentemente de qualquer suspensão. Seria necessária, portanto, uma moderna interpretação do controle difuso de constitucionalidade.

Em seu voto, o ministro destacou que o sistema jurídico brasileiro sempre foi baseado no modelo americano ao estabelecer a inexistência de norma considerada inconstitucional. Ocorre que, diversamente do controle de constitucionalidade norte-americano que possui como premissa o *stare decisis* assegurando eficácia geral para a não aplicação de determinado ato normativo, o sistema brasileiro não possuiria comando legal que gerasse os mesmos efeitos.

O Senado teria sido inserido no contexto do controle de constitucionalidade com o escopo de estabelecer efeitos *erga omnes* às decisões proferidas pelo STF. Todavia, Gilmar Mendes alega que essa atuação do órgão legislativo possui discrepâncias jurídicas, especialmente no que diz respeito aos efeitos produzidos pela resolução expedida pelo Senado que declara suspensa a execução do ato normativo.

Seguindo o posicionamento de Lúcio Bittencourt, o ministro defende que o papel do Senado seria apenas dar publicidade às decisões do STF, registrando o projeto que visou a alterar a redação do art. 64 da Constituição de 1946, e que outorgava ao Senado a função de simples órgão publicitário. Ocorre que o referido projeto não foi aprovado. O ministro frisou que a Constituição Federal de 1988 deu uma maior preponderância ao controle concentrado, relatou, ainda, a relevância do papel da Suprema Corte de suspender, liminarmente, uma lei ou ato normativo e acrescentou que o princípio da separação dos poderes não possui mais sua perspectiva inicial. O ministro destacou que a suspensão pelo Senado teria caráter meramente histórico.

O ministro Gilmar Mendes, admitindo a tese da mutação constitucional do art. 52, inciso X, da CF/88, elenca atuações do STF em que é evidente a alteração hermenêutica do dispositivo, destacando que essas situações ocorrem quando o Tribunal estabelece a forma como a norma deve ser interpretada, quando o STF adota uma interpretação conforme a Constituição ou declara a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. Nesses casos, não poderia haver intervenção do Senado, já que não se trata de declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, havendo, na verdade, uma interpretação da norma.

Além disso, no voto do relator da reclamação é ressaltado que a atuação do Senado, prevista no art. 52, inciso X, da CF/88, fere a teoria da nulidade adotada no ordenamento jurídico brasileiro pela qual a inconstitucionalidade seria um vício que surge com a promulgação da lei. O magistrado ilustra, ainda, situações em que a participação da Câmara Alta foi dispensada como decisões de controle de constitucionalidade das ações coletivas, a ação civil pública ou o mandado de segurança coletivo. Nesses casos, a decisão possui efeitos *erga omnes*, ainda que proferidas na via incidental.

Frente o exposto, o ministro Gilmar Mendes defende que o art. 52, inciso X, da CF/88, sofreu mutação constitucional, argumentando, também, que a edição de súmulas vinculantes seria mais um indício de que a interpretação inicial do dispositivo estaria obsoleta.

Assim, considerando que o juiz de primeiro grau reconheceu efeito *inter partes* à decisão proferida pelo STF no HC 82959/SP, o ministro julgou procedente a reclamação.

O ministro Eros Grau também entendeu pela procedência da Rcl 4335/AC, reconhecendo, em consonância com o relator, que o art. 52, inciso X, da CF/88, sofreu mutação constitucional. O ministro, inicialmente, ressalta a vigência de dois polos no sistema jurídico brasileiro. De um lado, estaria a segurança jurídica e a liberdade individual, que tendem a rigidez, já que o texto normativo é capaz de vincular o interprete. Do outro lado,

a segunda força diz respeito à função interpretativa no direito que possui a elasticidade como aspecto relevante, tendo em vista a necessidade de criatividade do intérprete para que as liberdades individuais sejam alcançadas. O magistrado, então, analisa se o ministro Gilmar Mendes teria ultrapassado os limites hermenêuticos conferidos aos intérpretes, excedendo à referida elasticidade. Dessa maneira, o ministro Eros Grau preconiza que a tese defendida pelo relator transcende uma nova interpretação dada ao mesmo texto normativo, esclarecendo que houve uma autêntica mutação constitucional.

Segundo o ministro Eros Grau, o art. 52, inciso X, da CF/88, tornou-se obsoleto, devendo ser visto sob outra perspectiva para enquadrar-se no ordenamento jurídico brasileiro. Adotou, desse modo, a tese pela qual o papel do Senado seria exclusivamente de dar publicidade às decisões proferidas pelo STF, conforme o voto do relator. Assim, o ministro também julgou procedente a reclamação.

No entanto, os demais ministros não seguiram o posicionamento dos magistrados Gilmar Mendes e Eros Grau acerca da mutação do art. 52, inciso X, da CF/88, o que ocasionaria a equiparação dos efeitos do controle de constitucionalidade difuso aos da fiscalização constitucional na via abstrata. A maioria da Corte entendeu que o Senado possui função indispensável para que as decisões proferidas no controle de constitucionalidade incidental sejam dotadas de eficácia *erga omnes*.

Ressalte-se que os ministros Joaquim Barbosa, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Sepúlveda Pertence não reconheceram a reclamação, preconizando que a tese defendida pelo relator seria uma afronta à separação dos poderes e usurparia a competência do Senado. Segundo os notáveis juristas, os efeitos da decisão proferida no HC 82959/SP abrangeriam somente as partes do remédio constitucional.

Acrescente-se que os ministros Celso de Mello, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber e Teori Zavascki foram a favor do conhecimento da reclamação, mas sob diferente argumentação. Os magistrados fundamentaram seu voto, principalmente com base na contrariedade da reclamação à Súmula Vinculante n. 26, tendo em vista que o referido verbete foi editado antes do julgamento da reclamação. Com a edição do enunciado, o STF permitiu a progressão de regimes aos condenados por crime hediondo. Os ministros apesar de conhecer a reclamação, não admitiram a tese da abstrativização do controle difuso.

Cabe destacar que o ministro Teori Zavascki esclareceu que o art. 52, inciso X, da CF/88, não teria sofrido mutação constitucional e que ainda seria necessária a suspensão do Senado da lei ou ato normativo considerado inconstitucional na via incidental. No entanto,

frisou que o STF já proferiu algumas decisões com efeito expansivo, ou seja, que possuíram amplos efeitos mesmo sem nenhuma atuação do Senado.

Por fim, a teoria da abstrativização pode ser visto como um suporte para a segurança do sistema jurídico. Contudo, também será responsável por uma desestabilização do princípio da separação de poderes, gerada por uma questionável mutação constitucional. Dessa maneira, a abstrativização do controle difuso, como novo modelo do controle de constitucionalidade, poderá fortalecer a jurisprudência estabelecida pelo STF como também possibilitará um maior decisionismo pelos ministros na Suprema Corte.

3.3 Os impactos da abstrativização

Neste tópico, serão analisados os principais impactos da equiparação dos efeitos do controle de constitucionalidade incidental aos do controle abstrato. Pretende-se realizar uma análise crítica da incorporação da abstrativização do controle difuso no ordenamento jurídico brasileiro.

3.3.1 Segurança jurídica

O princípio da segurança jurídica está estritamente relacionado com a teoria da abstrativização do controle difuso. Neste tópico, é esclarecido como o referido mandado de otimização pode ser visto à luz da nova concepção do controle difuso.

As doutrinas modernas por meio de diversas teorias visam a realçar o conflito existente entre o princípio da legalidade e as estabilidades das relações jurídicas. É necessário destacar que se por um lado não se pode descartar a observância das condutas e atos em relação ao estabelecido pelo legislador, por outro lado não é viável que as relações jurídicas se mantenham no campo da incerteza.

Segundo Carvalho Filho (2015, p. 38), o princípio da segurança jurídica, no que diz respeito às perspectivas do cidadão, abrange dois vetores. O primeiro diz respeito à perspectiva de certeza, segundo o qual o indivíduo possui um conhecimento mais resguardado em relação ao ordenamento e às atividades jurídicas. O outro comporta a perspectiva de estabilidade na qual é ressaltada a criação e consolidação de mecanismos que permitam uma maior eficácia à proteção dos cidadãos.

Além disso, é imprescindível frisar que a segurança jurídica lato sensu envolve um aspecto objetivo que corresponde à inafastabilidade da estabilização jurídica e abrange seu

aspecto subjetivo, também chamado de princípio da confiança em que se protegem valores como a boa-fé do indivíduo, demonstrando a visão do indivíduo em relação à aparência de legalidade dos atos praticados pelo Estado.

Ocorre que a segurança nas relações jurídicas está estritamente relacionada com a teoria da abstrativização do controle na via de exceção exercido pelo STF. É sabido que o controle de constitucionalidade na via de ação possui um importante papel de uniformização da jurisprudência do STF. Logo, a aproximação dos efeitos das decisões do guardião da Carta Magna em sede de controle concreto com os efeitos das decisões proferidas em sede de controle abstrato possibilitará uma menor discrepância nas decisões do STF.

Desse modo, duas situações podem ser visualizadas caso um indivíduo deseje impetrar uma ação visando ao reconhecimento de um direito. Caso o STF, em controle de exceção, tenha proferido uma decisão relacionada com o direito pleiteado pelo indivíduo conferindo efeitos *erga omnes* e vinculantes, o sujeito terá uma maior estabilidade na sua relação jurídica, assim como o direito adquirido e o ato jurídico perfeito terão uma maior proteção. O impetrante terá, portanto, um maior juízo de certeza em relação ao mérito da sua causa.

No entanto, diferentemente é o que ocorre na concepção tradicional do órgão de cúpula do Poder Judiciário acerca do controle difuso. Nesse caso, como as decisões do STF terão efeitos *inter partes*, o indivíduo terá uma menor estabilidade em sua relação jurídica, pois o direito pleiteado ficará a margem da interpretação do juiz de primeiro grau. Haverá, portanto, uma maior discricionariedade em relação ao objeto da ação o que leva a uma desproteção do direito adquirido. No entanto, essa maior elasticidade hermenêutica permite aos juízes singulares adequar a interpretação constitucional ao caso concreto.

Para esclarecer, cita-se, por exemplo, a decisão do Supremo, em novembro de 2017, que decidiu acerca da proibição da venda e do uso de Amianto na construção civil, já que consiste em uma fibra de origem mineral causadora de doenças respiratórias, câncer, dentre outros malefícios. O plenário do tribunal decidiu incidentalmente pela inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 9.055, de 1º de junho de 1995, que permitia o uso de amianto, conforme o julgamento da ADI 3937. Posteriormente, o Supremo, diversamente da concepção clássica, conferiu efeitos *erga omnes* e vinculantes à decisão proferida em controle incidental, o que ocorreu no julgamento das ADIs 3406 e 3470. Logo, o cidadão que trabalhou com a referida substância terá uma maior segurança quando for pleitear os ressarcimentos dos prejuízos causados pelo amianto, tendo em vista os efeitos conferidos à referida decisão.

Veja-se a ata da sessão:

O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, julgou improcedente a ação, e, incidentalmente, declarou a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 9.055/95, com efeito vinculante e *erga omnes*. Vencidos o Ministro Marco Aurélio, que votou pela procedência do pedido, e, em parte, o Ministro Alexandre de Moraes, que divergia parcialmente para julgar parcialmente procedente o pedido e dar interpretação conforme aos arts. 2º e 3º da Lei 3.579 do Estado do Rio de Janeiro, nos termos de seu voto. Ao final, o Tribunal indeferiu pedido de análise de modulação de efeitos suscitado da tribuna. Impedido o Ministro Roberto Barroso. Ausente, justificadamente, o Ministro Ricardo Lewandowski. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 29.11.2017. (STF, ADI 3406/RJ, Relatora: Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, j. 29/11/2017, DJ 04/12/2017).

Outrossim, acrescente-se ainda que, no campo do direito positivo, existe proteção latente da segurança jurídica. Pode-se citar, a título de exemplo, a previsão expressa nas leis n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, e 9.882/99, nas quais o legislador admite que as decisões proferidas nessas ações possam ter eficácia apenas após o trânsito em julgado, o que permite que sejam mantidos os efeitos pretéritos de lei declarada inconstitucional.

Percebe-se a imprescindibilidade da segurança jurídica e sua íntima relação com a abstrativização do controle difuso. A pretensão maior da certeza e da estabilidade das relações jurídicas é que o cidadão não seja surpreendido ou prejudicado pela mudança inesperada de comportamento do Poder Judiciário, sem o respeito mínimo às situações formadas e consolidadas no passado, mesmo que não tenha havido ainda a conversão em direitos adquiridos. No entanto, por outro lado, a objetivação do controle difuso será responsável por uma menor atuação dos juízes singulares na fiscalização constitucional e uma maior concentração de poderes no STF.

3.3.2 Função nomofilática e a redução de decisões monocráticas

Conforme preceitua o art. 102 da Constituição brasileira, o STF possui a função precípua de guardar, proteger, ou melhor, abrigar os preceitos contidos na Carta Magna.

Essa função protetiva, implicitamente, é imprescindível para a uniformização da jurisprudência nacional no que se refere às normas constitucionais, tendo em vista que representa um norte para as demais instâncias do Poder Judiciário. Permite, portanto, um maior suporte às diversas jurisdições acerca dos limites de interpretação constitucional que devem ser respeitados pelos aplicadores do direito. Esse caráter uniformizador é uma esfera

de destaque no Código de Processo Civil (CPC), Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, em seus arts. 926 e 927².

Ocorre que, nos últimos anos, é perceptível uma verdadeira fuga por parte dos tribunais superiores em relação ao alcance de uma jurisprudência consolidada em determinados temas. Os ministros vêm proferindo diversas decisões monocráticas que não agregam à segurança jurídica necessária no âmbito da sociedade. É notória, inclusive, a criação de pseudoprincípios, ou melhor, a criação de princípios conforme a vontade de cada magistrado. Esse decisionismo é responsável pela existência de decisões contraditórias e é apenas um dos exemplos dos ataques à consolidação jurisprudencial, sendo prejudicial à democracia e comprometendo, inclusive, a separação de poderes (LENZA, 2018, p. 176).

Em razão desses aspectos, deve-se destacar a função nomofilática dos tribunais. Essa expressão teria sido pioneiramente utilizada pelo ministro Teori Zavascki em seu voto-vista na Rcl 4335/AC, conforme destacado a seguir:

Esse entendimento guarda fidelidade absoluta como perfil institucional atribuído ao STF, na seara constitucional, e ao STJ, no domínio do direito federal, que têm entre as suas principais finalidades a de uniformização da jurisprudência, bem como a função, que se poderia denominar nomofilática – entendida a nomofilaquia no sentido que lhe atribuiu Calamandrei, destinada a aclarar e integrar o sistema normativo, propiciando-lhe uma aplicação uniforme –, funções essas com finalidades “que se entrelaçam e se iluminam reciprocamente” (Calamandrei, Piero. *Lacasación civil*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1945. t. II. p. 104) e que têm como pressuposto lógico

² “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.” (BRASIL, 2015).

inafastável a força expansiva ultra partes dos seus precedentes. (STF, Rcl 4335/AC, Relator: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 20/03/2014, DJe 22/10/2014).

Essa função corresponde à missão que os tribunais superiores possuem de zelar pela uniformização da interpretação e aplicação do direito. Ela possui grande relevância no nosso sistema jurídico que vem passando por uma aproximação do sistema do *civil law* para o *common law*. A imprescindibilidade do direito posto com a supervalorização e tendência de aplicação dos precedentes judiciais indica como essa função é indispensável na praxe dos tribunais.

Por fim, a função nomofilática é um modelo de unificação jurisprudencial que deve ser visto com respaldo. Não há o que se discutir no que se refere a sua imprescindibilidade para a isonomia de tratamento jurisprudencial. No entanto, essa função pode apresentar uma falsa percepção de segurança jurídica, caso sejam negligenciadas as peculiaridades do caso concreto. Parece adequada a utilização ponderada desse mecanismo, que, utilizado em conjunto com o convencimento judicial, será responsável pela transposição de diversas barreiras sociais. A razoabilidade e a proporcionalidade parecem ser colunas essenciais para a função nomofilática. O reconhecimento de eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes às decisões proferidas pelo STF em controle difuso poderia buscar respaldo na função nomofilática, desde que as decisões não sejam tomadas com base em pseudoprincípios gerados pelo decisionismo.

3.3.3 Celeridade e efetividade do judiciário

Não é suficiente o mero acesso formal à máquina judiciária. A tutela jurisdicional tempestiva é indispensável para o adequado acesso à justiça. A celeridade constitui um instrumento fundamental para a relação de confiança entre os jurisdicionados e o processo judicial, sendo imprescindível para a pacificação social.

Desse modo, frente a insatisfação social em relação à morosidade da Justiça, foi acrescentado pela EC n. 45/2004 o inciso LXXVIII ao art. 5º, da CF/88, incluindo expressamente o princípio da celeridade processual. O referido princípio, segundo alguns autores, como Bulos (2014, p. 685), já existia implicitamente no ordenamento jurídico na cláusula do *due process of law* (art. 5º, inciso LIV) e no princípio da eficiência acrescentado pela EC n. 19, de 4 de junho de 1998. Também já haveria previsão no direito das gentes como nos arts. 8, § 1º, e 25, § 1º, do Pacto de San José da Costa Rica.

No entanto, apesar de acrescentado formalmente na Carta de Outubro, ainda se observa uma expressiva morosidade no julgamento do mérito das demandas. A prestação jurisdicional é, de tal modo, tardia, que a quantidade de recursos supera a capacidade do Judiciário de reanalisar as relações jurídicas.

Ante o exposto, a abstrativização do controle difuso teria um papel fundamental para atender aos anseios sociais de uma prestação jurisdicional célere e efetiva. A aproximação do controle na via incidental do controle abstrato seria responsável por uma maior vinculação das decisões proferidas pelos magistrados e demais tribunais do Poder Judiciário às decisões do STF proferidas em sede de controle difuso.

Assim, aumentaria a quantidade de ações com o efetivo julgamento do mérito, cujas decisões também estariam de acordo com o entendimento dos tribunais superiores. O jurisdicionado teria uma maior perspectiva da duração efetiva da resolução do litígio. No entanto, seria necessária uma atuação do Poder Legislativo no sentido de dispor acerca dos mecanismos necessários para a aplicação analógica dos casos concretos ao entendimento proferido pelo STF na via de exceção.

3.3.4 O decisionismo na teoria da abstrativização

O processo é intrinsecamente uma institucionalidade garantística que tem como base de formação a Constituição. Como vínculo de diálogo, o processo não pode ser encarado como garantia de poder estatal. A jurisdição já é, em si mesma, símbolo dessa força do Estado. Na verdade, o processo é um utensílio garantístico a serviço dos jurisdicionados. De maneira mais pormenorizada, o processo é a verdadeira garantia de liberdade em todas as suas esferas.

No entanto, é perceptível um ascendente instrumentalismo processual. A busca por mecanismos aparentemente facilitadores do julgamento de mérito, mas que, na verdade, fogem de aspectos essenciais do julgamento, pode gerar uma hipertrofia da jurisdição, podendo gerar um negligenciamento do processo que dever surgir como garantia contra o próprio Estado-Juiz.

É por meio da análise desse descaso com a natureza do processo que surge as desestruturas e malefícios da nova concepção de controle difuso.

Desde o surgimento dos tribunais constitucionais, vem sido desenvolvido nos judiciários de diversos países, uma cultura judiciária patriarcal. Metaforicamente, o analfabetismo social frente a um pai intelectual e soberano é visível. O Estado-Juiz, por meio

de ministros da Suprema Corte, buscam soluções para os litígios por meio de critérios de eficiência que não possuem, muitas vezes um respaldo concreto.

Maus (2000, p. 200) faz referência a alguns desses critérios, como “a aptidão funcional das empresas e do conjunto da economia”, “a capacidade funcional do Exército” ou “a manutenção da capacidade operativa das instituições penais”. A ausência de um ponto de apoio mínimo leva a uma fundamentação defasada por meio da utilização de mecanismos abstratos de julgamento que possuem frequentemente apenas respaldo na personalidade do julgador.

É comum que o decisionismo dos magistrados tenha como respaldo o apego do tribunal as suas próprias decisões proferidas no passado. O fundamento nas precedentes concepções do tribunal pode deixar à margem o escopo da Suprema Corte: a guarda da Constituição. É imprescindível frisar que os preceitos constitucionais devem ser sempre vistos em primeiro plano, sob pena de gerar uma verdadeira marginalização da ordem social.

O ativismo desenfreado e uma estrutura judiciária autoritária podem gerar diversas disfunções sociais, desde a desarmonia na separação dos poderes, historicamente preconizados por Montesquieu, até um desenvolvimento exacerbado de jurisprudência uniforme. Dessa maneira, a falta de controle do decisionismo e a escassa ponderação na utilização da abstrativização do controle difuso podem gerar uma verdadeira “teologia constitucional” (MAUS, 2000, p. 192).

3.3.5 Violação à separação de poderes

É sabido que o princípio da separação dos poderes teve como percursores destacáveis pensadores como Aristóteles (2000), Locke (2003) e Montesquieu (2000).

Segundo Aristóteles (2000, p. 127), tendo como base Platão, existiriam três funções essenciais em um governo: a função deliberativa, responsável pela estipulação dos negócios estatais; a função executiva, que corresponde à aplicação das decisões pelos magistrados; e a função judicial, a qual abrangia os cargos de jurisdição.

Locke (2003, p. 76), levando em consideração que os direitos estão inseridos no Estado de natureza do homem, eleva a imprescindibilidade da função legislativa por ser considerada o meio para o depósito da liberdade natural, destacando, também, a função federativa que possuía um caráter de representatividade e a executiva responsável pelas relações entre Estados.

Surge, então, a teoria clássica da separação dos poderes consagrada por Montesquieu (2000, p. 168), na qual, o Poder Legislativo seria responsável pela criação das leis, o executivo pela faculdade de julgar os conflitos entre particulares e o judiciário teria missão precípua de julgar os conflitos sociais com base no ordenamento em vigor. Montesquieu acreditava que os poderes deviam atuar em conjunto e harmonicamente, mas de forma independente, isso porque a concentração dos três poderes nas mãos de uma só classe ocasionaria um abuso de poder.

O princípio da separação dos poderes, portanto, dispõe acerca da divisão das funções ou competências do Estado entre diferentes órgãos com o fito de dinamizar a organização estatal para se obter uma maior eficiência do mesmo. Esse mandado de otimização está consagrado no ordenamento jurídico brasileiro com previsão nos arts. 2º e 60, § 4º, III, ambos da Constituição Federal. No entanto, o desrespeito ao referido norte pode gerar anomalias no sistema de freios e contrapesos, gerando uma instabilidade jurídica. É, pois, nesse ponto, que está presente a crítica à abstrativização do controle difuso.

Explica-se. É notório que, apesar da grande quantidade das leis brasileiras com pouco suporte qualitativo, ainda existem questões não resolvidas em que a omissão legislativa é flagrante. O legislador, muitas vezes, não cumpre seu papel criacionista, gerando uma lacuna no ordenamento. Desse modo, tendo em vista a facilidade de acesso à jurisdição e a crescente demanda por soluções mais efetivas, o Poder Judiciário parece ser a via mais adequada para a garantia dos direitos fundamentais. É por meio dessa sistemática que nasce o ativismo judicial.

O ativismo judicial surge como uma postura judiciária de sobreposição aos demais poderes, legislativo e executivo, com o desempenho do papel alheio de criação do direito. O Poder Judiciário realiza a função típica do Poder Legislativo, proferindo decisões fundamentadas não em leis específicas, mas com base na interpretação de princípios e teorias modernas que, muitas vezes, apenas exalam a opinião do julgador e não do tribunal em si. Surgem, em razão do decisionismo, interpretações divergentes para demandas análogas, o que gera um caos na ordem social (BRAIDOTTI et al., 2016).

A abstrativização do controle difuso também pode ser vista como uma espécie de ativismo judicial radical ao equiparar os efeitos do controle abstrato aos da via de exceção, pois será responsável por uma proliferação no Poder Judiciário do entendimento da Suprema Corte no que não tiver sido disposto pelo Poder Legislativo, ampliando o poder dos ministros do STF. Na ordem jurídica brasileira, o Supremo já vem influenciando em temas lacunosos, mas a adoção da nova concepção da via de exceção aumentará esse papel do STF como

legislador positivo, o que violaria o princípio da separação de poderes consagrado há séculos.

É visível, frente o exposto, a desarmonia, a atuação em separado dos poderes e uma busca pela supremacia de um poder em relação ao outro. O poder apesar de ser uno, deve prezar pela atuação em separado das suas três esferas de tal modo que a função atípica de um poder não se transforme em sua função típica. Os tribunais devem ser vistos como meios alternativos e não como regra ou única saída para a efetivação dos direitos fundamentais.

4 A VALORIZAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

É imprescindível ressaltar que vem ocorrendo uma valorização dos precedentes nos tribunais superiores. O ministro Teori Zavascki destacou esse fato no voto da Rcl 4335/AC, acrescentando que o Brasil aproxima-se da cultura dos países de *common law*.

Além disso, o ministro explica que o controle de constitucionalidade nacional, apesar de inicialmente baseado no sistema norte-americano, não consagrou o modelo do *stare decisis*, de modo que os efeitos da decisão possuíam efeitos *inter partes*. Dessa maneira, originariamente, a competência do Senado para ampliar os efeitos das decisões no controle difuso mostrou-se viável. No entanto, o magistrado, inclusive, frisou que a atuação do Senado não é mais a única forma de ampliar os efeitos da fiscalização constitucional, destacando novos mecanismos que dilatam esses efeitos como a súmula vinculante e o instituto da repercussão geral nos recursos extraordinários, provenientes da EC n. 45/2004.

Destacou, ainda, que a eficácia expansiva é diversa da eficácia *erga omnes*. Acredita que as decisões dotadas de força expansiva proferidas no controle difuso não ensejariam o cabimento da reclamação, já que converteria o Supremo em órgão de controle dos atos executivos de seus próprios cidadãos. Segundo o magistrado, o cabimento da reclamação estaria restrito às partes da relação processual, caso a decisão fosse proferida em controle difuso, mesmo que a eficácia fosse expansiva. O ministro, no entanto, julgou procedente a reclamação em razão da edição da Súmula Vinculante 26 já destacada.

Ante o exposto, o entendimento do ministro Teori, apesar de destacar uma inovadora eficácia das decisões, aproxima-se do posicionamento seguido pelos ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, já que destaca mecanismos que permitem uma equiparação entre os dois modelos de controle de constitucionalidade, indicando, ainda, a valorização dos precedentes judiciais frente as alterações contemporâneas do ordenamento jurídico brasileiro.

4.1 Outros mecanismos de expansão de efeitos: o microssistema de gestão e julgamentos de casos repetitivos e o microssistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios

O estudo da abstrativização do controle difuso deve ser acompanhado da análise da sua adequação e necessidade. Um instituto quando é introduzido em um ordenamento jurídico deve ser averiguado à luz dos demais mecanismos que já vem sendo utilizados no sistema sob pena da introdução de um instrumento ineficaz. O Incidente de Resolução de

Demandas Repetitivas (IRDR), os recursos especiais ou extraordinários repetitivos, as súmulas vinculantes e o incidente de assunção de competência consagram a valorização dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro e indicam que a abstrativização do controle difuso pode representar um mecanismo desnecessário frente a dinâmica desses institutos.

Inicialmente, o estudo do direito processual tencionava analisar as demandas individuais. Destarte, a legislação processual visava à retratação de um litígio específico entre dois indivíduos. A concepção de um processo coletivo, com uma litigância em massa surgiu com a experiência norte-americana do *class actions*, na qual foram desenvolvidos estudos que evidenciaram a relevância da tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos (DIDIER JR.; CUNHA, 2016, p. 583-584).

No Brasil, a identificação de situações jurídicas homogêneas foi responsável pela edição de leis que suprissem essa necessidade. Surgiram, então, a lei da ação popular (Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965), a Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, que regulamenta a ação civil pública, sobressaindo, ainda, a ação de improbidade administrativa (Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992) e o mandado de segurança coletivo. É perceptível, portanto, a coexistência de dois regimes processuais, quais sejam: a tutela de interesses individuais e a tutela de interesses coletivos.

Apesar dessas inovadoras regulamentações legislativas e a inserção de um regime específico para causas coletivas, ainda perduraram demandas repetitivas, tendo em vista a complexidade das relações jurídicas. As ações coletivas não foram suficientes para abranger todas as situações repetitivas.

Diante da necessidade do desenvolvimento de uma técnica processual com força de precedente obrigatório para solucionar alguma questão com repetição demasiada na jurisdição, seja de natureza material ou processual surgiu o instrumento do “julgamento de casos repetitivos” com previsão no art. 928, parágrafo único, do CPC³.

É imprescindível destacar que o IRDR e os recursos repetitivos pertencem ao microsistema de gestão e julgamento de casos repetitivos (não abrange o incidente de assunção de competência) e ao microsistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios. Esses institutos que pertencem à técnica do “julgamento de casos repetitivos” visam a regular e definir os casos repetitivos, assim como formar precedentes obrigatórios.

³ “Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em:

I - incidente de resolução de demandas repetitivas;

II - recursos especial e extraordinário repetitivos.

Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual.” (BRASIL, 2015).

Ressalte-se, ainda, que existem dois sistemas para a resolução de causas repetitivas. O primeiro é a causa-piloto, no qual o órgão jurisdicional seleciona o caso a ser julgado, fixando a tese a ser adotada pelos demais. O outro sistema é o da causa-modelo em que não há a escolha de uma causa a ser julgada, ocorrendo, apenas, a instauração de um incidente para a fixação da tese jurídica a ser seguida. O ordenamento jurídico brasileiro conforme o art. 1036 do CPC, em regra, adotou o sistema da causa-piloto. No entanto, excepcionalmente, quando ocorre a desistência das causas paradigmas, adota-se o sistema da causa-modelo.

No microssistema de julgamento de casos repetitivos, destacam-se algumas normas peculiares. Dentre elas, pode-se ressaltar a suspensão dos processos em que a questão a ser decidida se repete, por meio de uma conexão por afinidade, o exercício do direito de distinção entre o caso concreto e o incidente de julgamento de casos repetitivos, o estímulo à desistência das ações sobrestadas, a comunicação a órgãos prestadores de serviços públicos que devam obedecer ao incidente e a aplicação da *ratio decidende* definida no julgamento dos casos repetitivos ao julgamento dos processos pendentes.

Já o microssistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios abrange diversos procedimentos de formação de precedentes como a edição de súmulas vinculantes, o incidente de arguição de inconstitucionalidade pelo tribunal, o incidente de assunção de competência e o julgamento de casos repetitivos. Destaque-se, pois, que esse sistema possui algumas peculiaridades como a ampliação da publicidade, a qualificação do debate, a expansão da cognição e o alargamento da publicidade.

Ante o exposto, é necessário demonstrar como é funcionamento dos principais mecanismos que integram o microssistema de gestão de julgamento de casos repetitivos e o microssistema de formação concentradas de precedentes obrigatórios para que seja possível a análise crítica acerca da necessidade e efetividade da abstrativização de controle difuso.

4.1.1 Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e a suspensão nacional

O IRDR é instaurado em um processo de competência originária ou em grau de recurso. Os requisitos para a instauração do incidente possuem previsão no art. 976 do CPC, sendo cabível quando houver uma efetiva repetição de processos e risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, não sendo cabível para análise de questões fáticas.

Ressalte-se ainda que mesmo em casos heterogêneos é possível haver o IRDR para a definição de uma questão jurídica a diversos processos. Não é necessária a discussão

acerca de um direito individual homogêneo, e também não é preciso uma grande quantidade de processos, basta que haja uma efetiva repetição de demandas. Diferentemente, é o caso da litispendência entre demandas coletivas em que ocorre uma reprodução de ações coletivas que tratam de equivalentes direitos difusos ou coletivos. Não é, portanto, qualquer repetitividade de processos que permite a instauração do IRDR. Além disso, conforme destacado, deve haver risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, ou seja, o incidente só é cabível se existirem decisões antagônicas sobre determinada questão. A controvérsia é, portanto, imprescindível.

Ademais, é necessário que haja uma causa pendente no tribunal. Essa demanda pode ser tanto um processo originário como um recurso, inclusive a remessa necessária. No entanto, se já tiver ocorrido o encerramento do julgamento, não é mais possível a instauração do incidente.

Pode-se ressaltar, também, um requisito negativo para o IRDR, que seria o seu não cabimento no caso de haver recurso representativo da controvérsia já afetado nos tribunais superiores para a definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva. Também não é possível a instauração do IRDR quando os tribunais superiores já tiverem fixado alguma tese com base em recurso paradigma no caso de procedimento repetitivo ou quando for instaurado IRDR nos tribunais superiores, não se devendo admitir o IRDR nas demais instâncias quando versar sobre o mesmo assunto. O entendimento majoritário, portanto, é que o IRDR não é cabível apenas nos tribunais de justiça e tribunais regionais federais, mas também nos tribunais superiores tendo em vista a ausência de vedação legal.

No tocante à legitimidade para a instauração do IRDR, deve haver pertinência subjetiva da parte com a tese a ser adotada pelo tribunal. Para requerer a instauração do incidente, é indispensável ser parte em uma demanda que litigue sobre um assunto que tenha repercussão em diversas outras causas repetitivas. Comprovada a pertinência subjetiva, o incidente pode ser requerido por quaisquer das partes da causa pendente, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, assim como pode ser suscitado, de ofício, pelo juiz de uma das causas repetitivas ou pelo relator do processo que se encontra no tribunal.

É possível a suscitação do IRDR em qualquer processo, sendo cabível, portanto, para fixar tese de questão jurídica material ou processual, em processo de conhecimento ou em processo de execução, tanto em procedimento comum como especial. É importante frisar que não há prazo no IRDR, devendo ser suscitado antes que sejam proferidos os votos na causa pendente. Não se deve olvidar que apesar de não existir previsão de prazo para suscitar

o IRDR, a suspensão dos processos repetitivos possui a duração de um ano. Após o decurso desse período, a suspensão cessa automaticamente.

É imprescindível frisar que existe a possibilidade de requerimento aos tribunais superiores postulando a suspensão de todos os processos individuais e coletivos pendentes no território nacional que digam respeito à questão objeto do incidente ainda que sejam diversos os limites territoriais do tribunal que instaurou o incidente. Desse modo, mesmo que o IRDR seja instaurado em um tribunal de justiça é possível que a parte de qualquer demanda que tramite na área de abrangência do respectivo tribunal de justiça e que o tema discutido seja equivalente ao do incidente, requeira aos tribunais superiores a extensão da suspensão a todos os processos no território nacional,

Percebe-se, portanto, a estrita congruência do incidente descrito com o controle de constitucionalidade. No IRDR é possível que haja a suspensão em território nacional de processos que versem sobre o mesmo tema discutido no incidente. É possível que haja a suspensão nacional, independente dos limites territoriais da competência do tribunal em que foi suscitado o incidente. Neste caso, após o julgamento do IRDR, a tese fixada vincula a todos os tribunais que versem sobre o mesmo assunto. Não se deve olvidar que a adoção da abstrativização do controle difuso teria como escopo a inserção dos efeitos *erga omnes* e vinculantes ao controle incidental. O IRDR, portanto, permite efeitos expansivos e indica que a introdução da abstrativização do controle difuso pode ser desnecessária no ordenamento jurídico brasileiro.

4.1.2 Recursos especiais ou extraordinários repetitivos e assunção de competência

O incidente para julgamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos é outro mecanismo que pertence ao microssistema de gestão e julgamento de causas repetitivas e ao microssistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios, devendo, portanto, respeitar as mesmas regras aplicáveis ao IRDR. No entanto, deve ser ressaltada a peculiaridade desse instrumento.

O incidente em análise, diferentemente do IRDR, ocorre quando o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem (Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal) seleciona dois ou mais recursos representativos de uma controvérsia em recursos repetitivos e o relator no tribunal superior é responsável pela análise da afetação de recursos especiais ou extraordinários repetitivos. Inclusive, nada impede que o relator, no tribunal superior, selecione os recursos e afete-os.

A peculiaridade desse instrumento é seu efeito de retratação. Explica-se. O órgão que proferiu a decisão recorrida pode reconsiderar sua decisão, adequando seu entendimento ao firmado pelo tribunal superior. Esse efeito decorre da competência dos tribunais superiores de dar a palavra final sobre determinada questão de direito.

Já a assunção de competência é outro mecanismo que pertence ao microsistema de formação e aplicação de precedentes obrigatórios. Desse modo, devem ser aplicadas ao incidente de assunção de competência todas as normas que integram o microsistema destacado como a possibilidade de participação do *amici curiae*, a designação de audiências públicas, a fundamentação reforçada com aspectos favoráveis e desfavoráveis à tese firmada, a intervenção do Ministério Público, tendo em vista que o incidente de assunção de competência trata de uma relevante questão de direito. Todas as regras que visam à ampliação da cognição e da publicidade, com a qualificação do debate, a utilização de uma fundamentação ampliada e a execução de precedentes são aplicáveis ao incidente de assunção de competência.

Para melhor compreensão do instituto, é necessário esclarecer suas hipóteses de cabimento. Segundo o art. 947 do CPC, o incidente de assunção de competência é admitido no julgamento de recurso, remessa necessária ou de processo de competência originária que envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos. Analisando a admissibilidade do incidente, é perceptível que o mesmo não integra o microsistema de gestão e julgamento de casos repetitivos, não se aplicando, por exemplo, a regra da paralisação de demandas.

O objetivo do incidente é permitir que um caso relevante seja julgado por um órgão colegiado de maior composição, havendo um deslocamento de competência, assim como visa a prevenir ou compor divergência interna no tribunal e, por fim, formar precedente obrigatório que vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão da tese.

É relevante destacar que o incidente de assunção de competência pode ser instaurado em qualquer tribunal, inclusive nos tribunais superiores, e é nesse ponto que se deve fazer a análise do incidente à luz da abstrativização do controle difuso. O STF também tem competência para a instauração do incidente de assunção de competência, basta que haja uma relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem que haja repetição em múltiplos processos. Desse modo, no julgamento do incidente haverá a formação de um precedente obrigatório que conforme já exposto vincula o próprio tribunal, seus órgãos e os juízos a ele subordinados. Ora, os juízos subordinados ao STF abrangem todo o Poder

Judiciário. Assim, o incidente de assunção de competência julgado no STF possui efeitos semelhantes aos que o controle incidental possuiria caso seus efeitos fossem “abstrativizados”.

Esse é um dos motivos pelos quais a nova concepção de controle difuso poderia se mostrar como um instrumento desnecessário no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista a presença de outros instrumentos essenciais para a aplicação de questões jurídicas relevantes em território nacional e com efeitos vinculantes.

4.1.3 Súmula vinculante

Uma inovação imprescindível no ordenamento jurídico brasileiro foi o instituto da súmula vinculante. O art. 103-A da Constituição Federal foi acrescentado pela EC n. 45/2004, autorizando o STF, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, a aprovar enunciado sumular com efeito vinculativo em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, no âmbito federal, estadual e municipal. Além do referido dispositivo constitucional, a Lei n. 11.417, de 19 de dezembro de 2006, dispõe acerca do regime jurídico do respectivo instituto.

Dessa maneira, a característica fundamental do mecanismo em análise é o seu efeito vinculante em relação ao próprio STF, aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública. Isso não quer dizer que o enunciado estabelecido é imutável. É possível que a Suprema Corte proceda à superação/cancelamento (*overruling*) ou à revogação parcial/revisão (*overriding*) da súmula vinculante, conforme o art. 5º da Lei n. 11.417/2006. Ressalte-se, inclusive, que a revisão ou o cancelamento da súmula vai possuir o mesmo efeito de repercussão nacional que a edição do enunciado, já que tanto a edição como o cancelamento exigem o mesmo quórum para serem efetivados, qual seja, 2/3 dos votos (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 509-510).

Quanto ao objeto do referido mecanismo, é necessário destacar que é admissível a edição de súmula vinculante que tenha como designo a interpretação ou a verificação da validade ou da eficácia de normas determinadas, acerca das quais não haja entendimento pacificado entre os órgãos do Poder Judiciário, ou entre esses e a administração pública, ocasionando diversas demandas sobre questão idêntica e insegurança no ordenamento jurídico brasileiro.

Além disso, o procedimento para a edição da súmula pode ter início de ofício ou por provocação, tendo como legitimados os mesmos sujeitos para a proposição da ADI. O

procedimento de edição, revisão ou cancelamento do enunciado sumular possui previsão nas resoluções 381/2008 e 388/2008, ambas do STF. No referido procedimento é possível a manifestações de interessados no julgamento no enunciado, o que é imprescindível frente a repercussão da súmula vinculante. Lembrando que apenas o STF tem competência para editar as súmulas vinculantes propriamente ditas.

Em caso de descumprimento da súmula vinculante, é possível que haja reclamação ao STF contra o ato administrativo ou a decisão judicial que contrariar o enunciado. Deve-se ressaltar que o uso da reclamação só é possível após o esgotamento das vias administrativas conforme preceitua o art. 7º, § 2º, da Lei n. 11.417/2006. Em caso de procedência no julgamento da reclamação, a Suprema Corte deve anular o ato administrativo ou cassar a decisão judicial reclamada, ordenando que outra decisão seja proferida de acordo com a súmula.

Frente o exposto, de maneira semelhante aos demais institutos analisados, é possível observar que a súmula vinculante possui os mesmos efeitos vinculativos e *erga omnes* do controle abstrato. Ao vincular os demais órgãos do Poder Judiciário e a administração pública direta e indireta, no âmbito federal, estadual e municipal, os efeitos do enunciado sumular aproximam-se dos efeitos da abstrativização do controle difuso. A súmula vinculante, desse modo, nos traz, portanto, uma reflexão acerca da necessidade de mais um mecanismo com efeitos gerais.

4.2 Um novo modelo de controle de constitucionalidade no Brasil e o ativismo judicial

A equiparação dos efeitos do controle difuso ao controle concentrado busca, portanto, justificar um novo modelo de constitucionalidade no Brasil. Uma nova concepção que busca quebrar a consolidação histórica de um controle difuso sob uma égide mais concreta.

O novo modelo da abstrativização do controle difuso permite ao órgão supremo do Poder Judiciário invocar competências cada vez mais amplas. O guardião da Carta de Outubro é formado por 11 ministros, nomeados pelo Presidente da República, com aprovação no Senado Federal, sendo indiscutivelmente responsáveis pela proteção da integridade constitucional. No entanto, em nenhum momento esses aplicadores do direito passaram pelo crivo popular, não havendo controle externo as suas atuações. Outrossim, em razão da indicação presidencial, existe a possibilidade de que suas decisões monocráticas ou colegiadas

estejam em consonância aos interesses do Governo. Deve-se refletir sobre a legitimidade do consentimento de poderes extraordinários a esse órgão do Poder Judiciário.

O STF, em especial o ministro Gilmar Mendes, com o novo modelo, busca controlar o risco de dissenso que é inerente às sociedades complexas que vigem atualmente. No entanto, o risco é essencial para que a democracia não fique apenas nos textos normativos. O regime democrático deve vigor de forma efetiva, sob pena de regresso a regimes autoritários. A verdade é que o risco é visto como uma condição estrutural do sistema, conforme preceitua Luhmann (1983, p. 140): “[...] nem todas as possibilidades podem ser congruentemente generalizadas, ou seja, normatizadas, institucionalizadas e identificadas em um contexto fatural”.

Frente essas circunstâncias, não se deve olvidar a maior virtude do controle difuso clássico que é a possibilidade conferida a cada órgão jurisdicional de afastar uma lei considerada constitucional do caso concreto. Essa peculiaridade essencial dessa forma de controle é responsável por uma abertura interpretativa, pois permite um árduo debate entre os atores sociais envolvidos no processo. Essa maior ampliação do diálogo também permite a análise da constitucionalidade sob dimensões espaço-temporais distintas, já que o controle difuso tradicional possui efeito *inter partes*. Levando em consideração, conforme o exposto, que o risco é inerente à democracia, não há que se falar em insegurança jurídica, sob pena de torna o ordenamento jurídico imutável. Ora, o direito, além de ser dinâmico, alberga os diversos tipos de litígio com diferentes enfoques.

No entanto, não é raro o STF, com o fito de controlar os riscos dos fenômenos sociais, reproduzir as diretrizes da segurança jurídica e da adequação social. É o que ocorre, a título ilustrativo, no voto do Ministro Gilmar Mendes na Rcl 4335/AC. Essa forma interpretativa acaba encarretando o atrofiamento das discussões em massa, reduzindo drasticamente o debate e reduzindo a força das instâncias ordinárias. Esse contexto vai de encontro à transição de uma sociedade fechada dos interpretes da Constituição para uma sociedade aberta proposta por Häberle (1997, p. 13): “[...] os critérios de interpretação constitucional hão de ser mais abertos quando mais pluralista for a sociedade”.

Inestimáveis são os preceitos de Hesse (1998, p. 40) acerca da Constituição aberta:

[...] deve a Constituição, enfim, ficar imperfeita e incompleta, porque a vida que ela quer ordenar, é a vida histórica e, por causa disso, está sujeita a alterações históricas. Essa alterabilidade caracteriza, em medida especial as condições de vida reguladas pela Constituição.

É imprescindível destacar que o processo de interpretação constitucional deve ser construído sob uma conjugação entre o real e o normativo, enfatizando os valores do ambiente sociocultural da comunidade. Devem ser preteridas do ordenamento jurídico decisões em que haja um ativismo inconstitucional, como mutações inconstitucionais em que o STF atue como legislador positivo como foi o caso do art. 52, inciso X, da CF/88. A interligação entre a força normativa da Constituição e seus atores sociais é essencial para que haja legitimidade no processo de interpretação da Carta de Outubro.

Desse modo, percebe-se que a abstrativização do controle difuso é uma espécie de ativismo judicial inconstitucional. Não se pode negar que o ativismo judicial não deve ser descartado já que os magistrados nutrem um vínculo orgânico com a Carta de Outubro. As constituições possuem suas imperfeições, não prevendo todas as situações em que deverão incidir, razão pela qual surgem lacunas e vácuos a serem preenchidos. É nesse momento que os juízes podem agir com “criatividade”, ou seja, quando ocorrem silêncios normativos, com o fito de suprir as deficiências do ordenamento jurídico, não podendo atuar dessa forma de qualquer maneira, sob pena de violação do princípio da separação dos poderes consagrado como cláusula pétrea no art. 60, § 4º, da Constituição Federal.

Frente o exposto, a abstrativização do controle difuso vem sendo considerado um possível modelo a ser adotado pelo STF. Apesar de o referido modelo ter sido apresentado pelos ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, entende-se que a Suprema Corte ainda adota o controle difuso tradicional, ainda vigente no ordenamento jurídico brasileiro. Apesar da suposta segurança jurídica e da celeridade que o novo modelo traria para o ordenamento jurídico, a abstrativização do controle difuso parece se distanciar um pouco do regime democrático, já que concentra nas mãos de poucas pessoas um poder imenso, sem dar margem de discussão aos atores sociais envolvidos e levando a uma uniformização descabida segundo o entendimento pessoal dos detentores da última palavra do Poder Judiciário.

5 CONCLUSÃO

Este estudo é conclusivo no sentido de que, antes de uma suposta incorporação da abstrativização do controle difuso no Brasil, é indispensável que sejam analisados os fundamentos de sua aplicação, sob pena de prejudicar o clássico modelo de constitucionalidade brasileiro.

Nesse quadro, é verdade que houve alterações legislativas responsáveis pela ampliação dos instrumentos de controle concentrado, o que aproxima o modelo brasileiro de controle de constitucionalidade da tradição europeia. No entanto, isso não implica uma tendência do ordenamento jurídico brasileiro de anular o controle difuso como sugere o relator da Rcl 4335/AC. É imprescindível destacar que o grande diferencial do modelo brasileiro é a convivência dos dois institutos de fiscalização constitucional.

Ressalte-se, ainda, que o reconhecimento de uma eficácia geral automática às decisões proferidas pelo STF em controle difuso de constitucionalidade, sem a atuação do Senado Federal, vai de encontro à concepção de sociedade aberta dos interpretes da Constituição, segundo a qual quanto mais plural uma sociedade mais aberta serão seus mecanismos de interpretação. Acrescente-se, ainda, que, caso seja adotada a abstrativização do controle difuso, será extinta a distinção dos efeitos do controle concentrado do controle difuso. Desse modo, qualquer decisão de inconstitucionalidade proferida pelo STF vinculará aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Executivo, independentemente de qualquer discussão da questão constitucional nas instâncias ordinárias e sem uma ampla participação de diversos atores sociais.

Além disso, destaca-se que a ausência de suspensão da lei pelo Senado Federal não inviabiliza que os juízes das demais instâncias acolham, quando forem provocados, o entendimento do STF em controle difuso de constitucionalidade. O magistrado, ao seguir o posicionamento da cúpula do Judiciário, estará no exercício do controle de constitucionalidade, avaliando a legitimidade constitucional de lei ou ato normativo à luz do caso concreto e exercendo uma autonomia interpretativa essencial para a democracia.

De maneira diferente, é a adoção de efeitos *erga omnes* automática nas decisões do STF em sede de controle difuso, já que, nesse caso, ocorre uma subversão do papel da Corte, que é a guarda da Constituição, conferindo a ela a competência para emitir discursos de justificação, o que transfigura o Tribunal em um Poder Legislativo disfarçado.

Esse quadro mostra as distorções que o modelo democrático vem sofrendo ante a atuação na Corte brasileira de pessoas que não passaram por uma aprovação do povo e

que não se submetem a nenhum tipo de controle. Além disso, não se pode falar que a abstrativização do controle difuso possui legitimidade constitucional, já que não há norma expressa que autoriza essa interpretação, sendo que a tese de mutação do art. 52, inciso X, da CF/88, não condiz com a sistemática da CF/88.

No Brasil, apesar da valorização dos precedentes judiciais, não se deve permitir um enfraquecimento maior da Carta de Outubro. O atual modelo híbrido de controle constitucional é consagrado na história brasileira, já que permite uma maior participação do Poder Judiciário como um todo. É de suma importância afirmar que a supremacia constitucional deve prevalecer sobre qualquer medida que vá de encontro à Constituinte.

REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BRAIDOTTI, Leticia et al. O ativismo judicial e a separação de poderes: estudo de caso. **Jusbrasil**, [s. l.], 8 set. 2016. Disponível em: <<https://leticiabraidotti.jusbrasil.com.br/artigos/381888053/o-ativismo-judicial-e-a-separacao-de-poderes-estudo-de-caso>>. Acesso em: 16 out. 2018.
- BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ, 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 16 out. 2018.
- _____. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ, 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 16 out. 2018.
- _____. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ, 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 16 out. 2018.
- _____. Constituição (1981). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ, 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 16 out. 2018.
- _____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 16 out. 2018.
- _____. Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890. Organiza a Justiça Federal. **Coleção de Leis do Brasil**, Rio de Janeiro, RJ, 1890, p. 2744, v. Fasc. X. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-848-11-outubro-1890-499488-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 21 out. 2018.
- _____. Emenda Constitucional n. 3, de 17 de março de 1993. Altera os arts. 40, 42, 102, 103, 155, 156, 160, 167 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 18 mar. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc03.htm>. Acesso em: 21 out. 2018.
- _____. Emenda Constitucional n. 16, de 26 de novembro de 1965. Altera dispositivos constitucionais referentes ao Poder Judiciário. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 6 dez. 1965a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc16-65.htm>. Acesso em: 21 out. 2018.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 jun. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm>. Acesso em: 21 out. 2018.

_____. Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 dez. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 21 out. 2018.

_____. Lei n. 221, de 20 de novembro de 1894. Completa a organização da Justiça Federal da Republica. **Coleção de Leis do Brasil**, Rio de Janeiro, 1894, p. 16, v. 1, pt I. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1824-1899/lei-221-20-novembro-1894-540367-publicacaooriginal-40560-pl.html>>. Acesso em: 21 out. 2018.

_____. Lei n. 2.271, de 22 de julho de 1954. Provê sôbre a argüição de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 29 jul. 1954. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L2271impressao.htm>. Acesso em: 21 out. 2018.

_____. Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 jul. 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm>. Acesso em: 21 out. 2018.

_____. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 25 jul. 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm>. Acesso em: 21 out. 2018.

_____. Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 26 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072compilada.htm>. Acesso em: 21 out. 2018.

_____. Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, RJ, 3 jun. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm>. Acesso em: 21 out. 2018.

_____. Lei n. 9.055, de 1º de junho de 1995. Disciplina a extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto e dos produtos que o contenham, bem como das fibras naturais e artificiais, de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 2 jun. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9055.htm>. Acesso em: 21 out. 2018.

BRASIL. Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 nov. 1999a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm>. Acesso em: 21 out. 2018.

_____. Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 6 dez. 1999b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm>. Acesso em: 21 out. 2018.

_____. Lei n. 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 20 dez. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11417.htm>. Acesso em: 21 out. 2018.

_____. Lei n. 11.464, de 28 de março de 2007. Dá nova redação ao art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 29 mar. 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/11464.htm>. Acesso em: 21 out. 2018.

_____. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 21 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 3406/RJ, Relatora: Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, j. 29/11/2017, **DJ** 04/12/2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=4452875&ext=RTF>>. Acesso em: 16 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 82959/SP, Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. 23/02/2006, **DJ** 01/09/2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>>. Acesso em: 16 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Rcl 4335/AC, Relator: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 20/03/2014, **DJe** 22/10/2014. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=630101>>. Acesso em: 16 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Resolução n. 381, de 29 de outubro de 2008. Estabelece procedimentos para a edição, a revisão e o cancelamento de súmulas vinculantes. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 31 out. 2008a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/norma/resolucao381-2008.pdf>>. Acesso em: 16 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Resolução n. 388, de 5 de dezembro de 2008. Disciplina o processamento de proposta de edição, revisão e cancelamento de súmulas e dá providências correlatas. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 10 dez. 2008b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/norma/resolucao388-2008.pdf>>. Acesso em: 16 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante 26**. Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000000762&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 16 out. 2018.

BROSSARD, Paulo. O Senado e as leis inconstitucionais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 13, n. 50, p. 55-64, abr./jun. 1976.

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

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 2.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais** 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 3.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2003.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**. Tradução de Gustavo Baye. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. v. 1.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “Sociedade Órfã”. **Novos Estudos – CEBRAP**, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Cap. 10. Não paginado.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tradução de João Baptista Machado. 9. ed. Coimbra: Coimbra, 2011.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Tradução de: L'Esprit des lois.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”)**. San José, Costa Rica: OEA, 1969. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/b-32.htm>>. Acesso em: 18 out. 2018.