

# 1 Introdução

Tendência que vem se ampliando cada vez mais na jurisprudência da corte constitucional brasileira, a abstração dos efeitos<sup>1</sup> do controle concreto de constitucionalidade tem se feito presente nos mais importantes julgamentos recentes do Supremo Tribunal Federal, já encontrando reflexos na legislação, razão pela qual se torna importante analisar sucintamente seus contornos principais. Inicialmente defendido pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, esse movimento busca aproximar o sistema de controle constitucional concreto ao abstrato, conferindo características típicas do último ao primeiro.

Nesse quadro teórico, na atualidade, o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade passa por inúmeras transformações. Indubitavelmente, uma das inovações mais controvertidas é a influência do processo objetivo do controle abstrato sobre o procedimento subjetivo do controle concreto, especialmente ao expandir os efeitos de suas decisões para além das partes envolvidas no litígio, independente da participação do Senado Federal. Nossa sistemática nacional passou, assim, por um claro processo de modificação em sede de jurisdição constitucional. Diante de uma nova perspectiva assumida pelo Poder Judiciário e, em especial, pelo Supremo Tribunal Federal, observa-se uma tendência de ruptura com a tradição pátria, baseada na regra de que as decisões judiciais declaratórias de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, na via difusa, produziram apenas efeitos *inter partes*.

Nesse sentido, o modelo concreto ou difuso de controle de constitucionalidade caracteriza-se pelo julgamento de maneira incidental, realizado por qualquer órgão do Poder Judiciário, alcançando os tribunais superiores por força dos recursos. Suas decisões, via de regra, operam efeitos *inter partes* e, nos termos do inciso X do art. 52 da atual Constituição, caberia ao Senado Federal

---

<sup>1</sup> Também denominada abstrativização, abstratização, objetivização, objetização etc.

suspender a execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Igualmente conhecido, o modelo abstrato concentra a competência de processos de caráter objetivo envolvendo matérias de natureza constitucional no Supremo Tribunal Federal. Este poderá ser provocado por integrantes do restrito rol constitucional de legitimados, tendo suas decisões, via de regra, eficácia *erga omnes* e efeitos *ex tunc*, passíveis de modulação temporal.

Assim sendo, discute-se a possibilidade de extensão da eficácia *erga omnes* e do efeito vinculante das decisões de inconstitucionalidade proferidas pela Corte Suprema Brasileira, característicos do modelo concentrado de controle, para as decisões proferidas no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, demonstrando-se, assim, o fenômeno conhecido comumente por “abstrativização ou objetivização do controle difuso de constitucionalidade”.

Nessa trajetória, parcela de doutrinadores favoráveis a tal propensão jurisprudencial considera contraditório admitir que decisões no controle abstrato de constitucionalidade sejam dotadas de eficácia *erga omnes*, enquanto julgados prolatados no bojo do controle difuso, mais moroso em virtude da naturalmente longa tramitação nas instâncias inferiores, possuam mera eficácia *inter partes*, afirmando como imperiosa a adequação do sistema no plano de direito positivo. Todavia, doutrinadores defendem que em especial a tese da mutação constitucional do art. 52, X desvirtua o sistema de jurisdição constitucional, transformando o STF em um poder constituinte permanente.

Ademais, a referida prática jurisprudencial pode ser evidenciada, inclusive, através de alguns institutos específicos, assim como por decisões pontuais e entendimentos adotados por membros do próprio Supremo Tribunal Federal. Desta feita, podem ser citados como elementos que enfatizam tal tendência, apenas a título exemplificativo: o advento da “súmula vinculante” em matéria constitucional, delimitada no art. 103-A da CF/1988; a exigência de demonstração de repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, nos termos do art. 102, § 3º da CF/1988 e da Lei nº 11.418/2006; a aplicação da denominada teoria da transcendência dos motivos determinantes; o julgamento por amostragem dos recursos extraordinários repetitivos, conforme disposto no art. 543-B, §1º do CPC e, em especial, a teoria que desenvolveu na argumentação desenvolvida na Reclamação nº 4335/AC, caso paradigmático da tendência, segundo a qual o art. 52, X da CF/1988 teria passado por um processo de mutação

constitucional, de modo a não mais caber ao Senado Federal suspender a eficácia de lei declarada inconstitucional na via difusa após decisão definitiva de mérito pelo STF, e sim apenas dar publicidade à referida decisão tomada pelo Pretório Excelso.

Nesse cenário de intensificação do controle concentrado também assume relevância a análise da discussão acerca da coisa julgada inconstitucional, a qual pode ser afirmada existente quando uma decisão judicial que transitou em julgado afrontar princípio ou norma constitucional. É o que ocorre quando a sentença se baseia em norma que é considerada posteriormente inconstitucional ou quando afirma erroneamente a inconstitucionalidade de uma norma, posteriormente declarada constitucional pelo STF, surgindo questionamentos acerca da possibilidade de sua rescisão.

Sob o objetivo geral de se abordar de forma clara e crítica os fundamentos e principais institutos que norteiam a inegável tendência objetivadora da via difusa do controle de constitucionalidade, traz-se à baila os possíveis reflexos já existentes e os que possam surgir com seu advento e aprofundamento. Do mesmo modo, pretende-se desenvolver uma análise do controle de constitucionalidade atualmente presente em nosso ordenamento jurídico, demonstrando seu atual processo de abstrativização e oferecer uma análise crítica sob perspectivas democráticas e minimalistas aos argumentos que fundamentam o mesmo. Deste modo, fica delimitada a problemática concernente ao tema objeto do trabalho a ser produzido.

Com efeito, verifica-se a influência das matrizes históricas do direito norte-americano e o influxo do sistema austríaco-kelseniano, os quais contribuíram em especial com novas categorias constitucionais e formas de representação do mundo social, torna-se visível o reflexo direto sobre a evolução da jurisdição constitucional brasileira. Torna-se salutar, ademais, salientar a concepção de Konrad Hesse que, ao reforçar argumentos de Heller, dá particular destaque ao que denomina vontade de constituição a fim de assegurar sua força normativa, explicitando inovador método hermenêutico de cunho concreto - em muito derivado do método integrativo de Rudolf Smend - o qual podemos atrelar à sistemática de autores como Heller, Häberle e, num outro plano, de Habermas, a fim de extrair as contribuições que foram oferecidas ao desenvolvimento da hermenêutica constitucional no contexto brasileiro.

Sob essa ótica, é premente postular que Habermas delineia uma concepção procedimentalista de jurisdição constitucional como guardião da democracia deliberativa, a qual pode ser remontada no debate da jurisdição constitucional brasileira. Para o autor alemão, o direito é expressão de um processo de autolegislação. Habermas resgata a ideia de “comunidade aberta de intérpretes”, desenvolvida por Häberle, para demonstrar que os diferentes grupos sociais devem, não apenas inserir-se em mecanismos discursivos de formação política da vontade, mas também participar de métodos dialógicos de interpretação constitucional.

Propugnamos investigar, com base nas concepções habermasianas de discurso de justificação e de aplicação, bem como na ideia de “comunidade aberta de intérpretes”, os limites democráticos do fenômeno da abstrativização. Como pretendemos demonstrar, Habermas assume uma postura procedimentalista que, ao contrapor-se a métodos de ponderação principiológica, estabelece uma distinção entre discursos de justificação e de aplicação. Sob esse prisma, tomando como pano de fundo o procedimentalismo, questiona-se: a) se é legítima a exclusão do Senado Federal da fiscalização de constitucionalidade difusa; b) qual a extensão da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, à luz do procedimentalismo habermasiano, na anulação dos discursos de aplicação; c) de que modo a participação do *amicus curiae* e das audiências públicas pode contribuir para legitimidade da abstrativização do controle; d) se seria legítima a tese da defesa da coisa julgada inconstitucional e se seria admissível utilizar o instituto da ação rescisória com o objetivo de garantir a prevalência da interpretação constitucional definitivamente fixada pelo STF; e) se as técnicas de modulação temporal de efeitos da declaração de inconstitucionalidade são legítimas sob a ótica da Teoria do Discurso; f) quais os efeitos democráticos do instituto da teoria da transcendência dos motivos determinantes para a garantia do respeito aos discursos de aplicação.

Do mesmo modo, nesse ponto percebemos a necessidade de incorporarmos uma perspectiva minimalista de interpretação constitucional delineada por Cass Sunstein como mecanismo hermenêutico capaz de se contrapor aos excessos decorrentes da aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes e abstrativização da jurisdição constitucional, de um modo geral.

Sunstein diferencia as decisões judiciais em duas dimensões: a dimensão profunda pressupõe uma concepção teórica geral na defesa de um resultado. Por outro lado, opiniões superficiais não pressupõem a defesa de seus resultados e nem invocam teorias gerais. O autor parte de uma distinção entre opiniões amplas e estreitas. As opiniões amplas aplicam-se a um amplo espectro de situações além do caso do caso decidido; as estreitas aplicam-se apenas ao caso particular, sem implicações em outros fatos diversos.<sup>2</sup> Nesse sentido, percebemos o aspecto positivo da estratégia minimalista de deixar em aberto questões morais controvertidas, favorecendo o dissenso social e incrementando a democracia, sobretudo como mecanismo capaz de se contrapor à crescente objetivização do controle difuso.

Para esse desiderato, objetiva-se abordar a discussão travada na Reclamação nº 4.335/AC, caso que pode ser apontado como paradigma à tendência em análise, por ter oferecido o principal ponto de partida e delineado seus contornos essenciais, na qual o Ministro Gilmar Mendes, seguido pelo Ministro Eros Graus, partira em defesa da hipótese de ocorrência do fenômeno da mutação constitucional no art. 52, X da CF/1988, de forma a modificar a competência do Senado Federal no que tange ao seu papel no caso de suspensão da eficácia declarada inconstitucional, que seria, então, de mero publicador da decisão proferida, através de seu Diário Oficial. Deste modo, estaria a ser dispensada a participação do Senado Federal do processo decisório de suspensão da eficácia da lei declarada inconstitucional *incidenter tantum*.

Tenciona-se igualmente analisar até que ponto tal teoria, defendida pelos precitados Ministros e aplicada em outros julgados recentes, respeita as normas e princípios constitucionais, e em especial, se ofende a vontade do Poder Constituinte Originário e o alcance semântico da norma inculpada no art. 52, X da CF/1988, ressaltando um possível processo de autocriação de regras de processo constitucional pelo Supremo Tribunal Federal;

Busca-se delinear, ademais, outros institutos e fatos pontuais representativos da referida tendência de objetivização, realçando as modificações constitucionais e legislativas que demonstrem tal ocorrência – a denominada institucionalização

---

<sup>2</sup> SUNSTEIN, Cass. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Harvard: Harvard University Press, 1999, p. 5.

da abstrativização, o que denota maior amplitude do fenômeno, não apenas no que tange ao controle difuso, mas em relação à própria jurisdição constitucional brasileira como um todo.

Por fim, intenta-se investigar a prática jurisprudencial como reflexo de uma postura ativista do Judiciário e até que ponto a nova composição do STF pode influenciá-la. Do mesmo modo, a decorrência da abstrativização em sede de controle da legalidade das normas realizado pelo Superior Tribunal de Justiça e, no plano estadual, em virtude da nomeada cláusula de reserva de plenário.

Além dos pontos mencionados, a análise se justifica por vários fundamentos, dentre os quais podemos enfatizar: primeiramente, deve ser destacada a atualidade do tema, de modo a ser exigida especial atenção, posto que os limites da tendência a ser estudada ainda não foram totalmente contornados. Em virtude disso, o assunto gera amplo debate no momento, que ressoa não só nos Tribunais, mas na doutrina e nas próprias reformas legislativas, das quais muitos ministros do STF vêm participando incisivamente. Envolver-se com o tema é, portanto, encarar a realidade atual do ordenamento jurídico pátrio e estudar o futuro do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro.